Le droit de la concurrence est fortement influencé par la pensée économique. Pourtant, aucune étude systématique n'avait encore été consacrée à la manière dont les juges chargés d'appliquer ce droit intègrent les apports de la science économique dans leur raisonnement. L'ouvrage d'Anne-Lise Sibony vient combler cette lacune. L'auteur passe en revue les obstacles réels ou supposés que rencontre le juge confronté aux raisonnements économiques débattus devant lui. Elle montre qu'ils ne sont pas absolus et que les juges s'inspirent réellement de la théorie économique, même si certains emprunts apparaissent maladroits. Surtout, et c'est là un apport essentiel de l'ouvrage, Anne-Lise Sibony fait apparaître clairement les différents rôles de la théorie économique dans l'élaboration d'un jugement. En revisitant une théorie du jugement très classique, celle de Motulsky, l'auteur opère un renversement de perspective. De source de difficulté pour le juge, le raisonnement économique devient un outil, que le juge peut mettre au service de son office : dire le droit pour trancher les litiges.

Cet ouvrage intéressera tous ceux qui étudient, enseignent ou pratiquent le droit de la concurrence (juges, autorités de concurrence, avocats ou économistes). Il s'adresse également à ceux qui s'interrogent sur les rapports du droit et de l'économie, ainsi que, plus généralement, à ceux qui s'intéressent à la manière dont le droit intègre d'autres savoirs.

Anne-Lise Sibony est ancienne élève de l'École normale supérieure, titulaire d'une maîtrise en économie et docteur en droit. Elle a également reçu un Master of Science in Regulation *de la London School of Economics. Elle enseigne le droit européen à l'Université de Liège, où elle co-dirige l'Institut d'études juridiques européennes (IEJE).*

www.lextenso-editions.fr

Codes barres
à insérer

ISBN : 978-2-275-03199-6

87 €

LE JUGE ET LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

ANNE-LISE SIBONY

L.G.D.J

Droit & Économie
DIRECTION Marie-Anne Frison-Roche

ANNE-LISE SIBONY

LE JUGE ET LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

Avant-propos de
Bo Vesterdorf

Préface de
Guy Canivet

L.G.D.J
lextenso éditions

Table des matières

Avant-propos XIII
Préface XVII
Sommaire XIX
Liste des principales abréviations XXI

INTRODUCTION 1

1. Perspectives théoriques 6
A. Perspectives juridiques 6
1. La perspective traditionnelle : l'économie comme réalité et comme science auxiliaire 6
2. La perspective du « droit économique » : l'économie comme source normative et cause de renouvellement des méthodes 8
B. Perspective économique : distance et liens de l'approche retenue avec l'analyse économique du droit 12

2. Perspective historique 17

3. Projet de la thèse 24

4. L'approche retenue 26
A. La logique juridique 27
B. Le raisonnement économique 31

5. Précisions sur le domaine de la recherche 35
A. Le droit de la concurrence 35
B. Les juges de la concurrence 36
1. Approche non sociologique 36
2. Diversité des contentieux et points communs à tous les juges 38
3. Juge et autorités de concurrence 42

6. Plan 47

Première partie
LE JUGE CONFRONTÉ AU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE

TITRE I. LES OBSTACLES À LA RÉCEPTION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE PAR LE JUGE 51

CHAPITRE 1. LES OBSTACLES À LA RÉCEPTION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE RELATIFS AUX FINALITÉS DU DROIT DE LA CONCURRENCE 53

Section I. Le point de vue du juge sur les finalités du droit de la concurrence 58

A. La détermination des finalités : une question qui se pose au juge 59

1. La nécessité d'une interprétation des règles 59

2. Les méthodes d'interprétation 62

B. Le devoir du juge de tenir compte d'une multiplicité de finalités 65

1. L'objectif d'intégration du marché européen : obstacle historique à la réception du raisonnement économique 66

2. Les autres objectifs du traité : obstacles inégaux et relatifs à la réception de l'approche économique 72

a) L'indétermination des objectifs 72

b) Loyauté, liberté et approche économique – généralités 75

c) Loyauté, intention et approche économique 81

Section II. Le point de vue économique sur les finalités du droit de la concurrence confronté au point de vue du juge 86

A. Confrontation des points de vue du juge et des économistes sur l'objectif « d'efficience » 87

1. Le point de vue économique sur l'objectif « d'efficience » . 87

a) Le raisonnement ou les propriétés d'efficience de la concurrence 88

b) Le postulat 92

2. Le point de vue du juge sur « l'objectif d'efficience » 97

a) L'apparition progressive de l'efficience dans les textes 99

b) La prise en considération limitée de l'efficience par le juge 107

i) La prise en considération de l'efficience en tant qu'objectif 107

ii) Les conséquences non admises de l'objectif d'efficience : l'exemple de l'efficience en tant que justification objective en matière d'abus de position dominante 111

C. Confrontation des points de vue du juge et des économistes à propos de l'objectif du « bien-être du consommateur » 118

1. L'objectif de bien-être du consommateur : points de vue économiques 119
2. L'objectif visant à favoriser les intérêts des consommateurs : point de vue du juge 123
a) L'intérêt du consommateur en matière d'accords anticoncurrentiels 124
b) L'intérêt du consommateur en matière d'abus de position dominante 129

CHAPITRE 2. LES OBSTACLES À LA RÉCEPTION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE TENANT À LA LOGIQUE ÉCONOMIQUE 137

Section I. Les caractéristiques du raisonnement économique : rapprochements inattendus avec le raisonnement du juge 139
A. La forme du raisonnement économique : mathématisation et modélisation 140
B. Les caractéristiques logiques du raisonnement économique : la prééminence de la déduction 147
C. Le postulat de rationalité 151
D. Les faits pertinents pour le raisonnement économique 155
E. Topiques du raisonnement économique 159

Section II. Les difficultés de traduction du raisonnement économique 163
A. Traductions et retraductions : entre fidélité et déplacement de sens 165
B. Typologie des difficultés de traduction 168
1. Les mots n'ayant pas le même sens 168
2. Les mots sans correspondance 170

CHAPITRE 3. LES OBSTACLES À LA RÉCEPTION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE TENANT AU JUGE 179

Section I. Les tensions entre l'approche économique et certains principes généraux du droit 180
A. La tension entre l'approche économique et la présomption d'innocence 180
1. Applicabilité et contenu du principe de présomption d'innocence 181
2. La prudence nécessaire du juge face au raisonnement économique 184
B. Les tensions entre l'approche économique et le principe de sécurité juridique 191
1. Le raisonnement économique et les différentes manières de produire de la sécurité juridique 193
2. Les différentes hypothèses envisageables 198

a) La prudence particulière du juge face au bouleversement du schéma de raisonnement 199
b) La prudence ordinaire du juge face à un nouveau critère de qualification 200
c) L'ouverture prudente du juge face aux nouveaux raisonnements probatoires 201

Section II. Les difficultés probatoires 203
A. Les difficultés relatives à l'administration de la preuve : les faits difficiles à prouver 204
1. La preuve des coûts : obstacle contourné et ignoré 204
2. La preuve des préférences : la difficulté escamotée 207
B. Les difficultés relatives à l'appréciation des preuves 209
1. Les difficultés d'appréciation conduisant au rejet du raisonnement économique 209
2. L'admissibilité du raisonnement économique en dépit des difficultés d'appréciation des preuves 211

TITRE II. L'OUVERTURE DU JUGE AU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE 215

CHAPITRE 1. L'OUVERTURE NÉCESSAIRE DU JUGE AU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE POUR L'INTERPRÉTATION DES NOTIONS À CONTENU VARIABLE : L'EXEMPLE DE LA NOTION DE RESTRICTION DE CONCURRENCE 217

Remarques préliminaires 225

Section I. Les principales conceptions de la restriction de concurrence 228
A. La recherche vaine d'une définition purement juridique de la restriction de concurrence 228
B. Les conceptions économiques de la restriction de concurrence .. 234
1. La restriction appréciée par rapport à la concurrence parfaite 235
2. Les référentiels souples de la concurrence praticable et de la concurrence efficace 238
3. La conception déterministe de l'École de Harvard 242
4. Le scepticisme de l'École de Chicago 244
5. Les approches contemporaines 244

Section II. L'éclectisme du juge 245
§ 1. L'ouverture réelle du juge au raisonnement économique en matière d'ententes 246
A. Le critère de la liberté commerciale devant le juge 246
1. L'insuffisance du critère de la liberté commerciale ou l'ouverture du juge au raisonnement économique 247

2. La persistance du critère de la liberté commerciale ou l'encadrement du raisonnement économique par le juge 253
a) Le domaine large du critère de la liberté commerciale 253
b) La signification du critère de la liberté commerciale au regard du raisonnement économique : un facteur d'encadrement 255
B. Les différentes conceptions économiques à l'épreuve du procès 260
1. L'insuffisance pratique de la concurrence pure et parfaite . 261
2. La réception de la concurrence praticable ou efficace 262
a) Sens proche du sens économique 262
b) Réception apparente 264
i) Référence purement nominale à la concurrence efficace .. 264
ii) Le raisonnement similaire du juge français indépendamment de la notion de concurrence effective . 266
c) La réception réelle de la notion de concurrence praticable .. 268
3. Le structuralisme bien tempéré 271
a) Le pouvoir de marché : question d'appréciation concrète . 271
b) L'admission de certains arguments relatifs à la stratégie de l'entreprise 274

§ 2. La résistance du juge au raisonnement économique en matière d'abus de position dominante 278
A. La prégnance de la conception ordo-libérale et le primat accordé à la structure du marché 278
B. Les obstacles au raisonnement économique 284

CHAPITRE 2. L'OUVERTURE FACULTATIVE DU JUGE AU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE MANIFESTÉE PAR LA RÉCEPTION DE NOTIONS ÉCONOMIQUES : L'EXEMPLE DU MARCHÉ PERTINENT 291

Section I. Le cheminement du raisonnement économique vers une définition opératoire du marché 295
A. La genèse de la définition du marché dans les théories économiques 296
1. La définition du marché dans l'approche de Marshall 296
2. L'apport de l'approche de la concurrence imparfaite à la définition du marché 298
B. L'élaboration d'une définition économique du marché adaptée au droit de la concurrence 305
1. La nécessité discutée de délimiter le marché pertinent aux fins de l'analyse concurrentielle 306
a) L'inutilité idéale de la délimitation du marché pertinent . 306
b) La nécessité pratique de délimiter le marché pertinent ... 308

2. L'élaboration d'une définition opératoire du marché pertinent 308
a) Les méthodes de délimitation du marché à partir de données observables 309
i) Le test de Elzinga-Hogarty 309
ii) La méthode du parallélisme des prix 310
b) La définition du marché à partir du pouvoir de marché : la méthode du monopole hypothétique 312
c) Précisions sur la mise en œuvre de la méthode du monopole hypothétique 316
i) La détermination du seuil d'augmentation de prix indicatif de pouvoir de marché 316
ii) La détermination de la rentabilité de l'augmentation de prix 318
iii) Les exigences de preuve 321
iv) Une difficulté persistante : le cas des produits différenciés 323

Section II. La notion de marché pertinent saisie par le juge ou les vicissitudes du raisonnement économique 327
A. L'ambiguïté des définitions jurisprudentielles de la notion de marché au regard du raisonnement économique 327
1. La définition fonctionnelle du juge communautaire 328
2. La définition formelle du juge français 330
B. Le raisonnement économique écarté par l'exigence générale de délimitation du marché 332
1. Le domaine étendu de l'exigence de délimitation du marché 332
a) L'exigence de délimitation du marché : un principe d'application très large 333
i) L'exigence de délimitation du marché commune à toutes les infractions 333
ii) L'exigence de délimitation du marché au-delà des éléments constitutifs des infractions aux règles de concurrence 343
α) L'exigence de délimitation du marché en matière de sanctions 343
β) L'exigence de délimitation du marché dans les décisions de renvoi préjudiciel 349
b) Les tempéraments admis par le juge à l'obligation de délimiter le marché 351
2. Les flottements dans la fonction du marché dans le raisonnement d'ensemble des juges 354
C. Le raisonnement économique progressivement accueilli dans la méthode de délimitation du marché 359
1. Les hypothèses dans lesquelles l'analyse économique du marché est superflue 359

2. L'analyse initialement incomplète du marché 361
a) Le raisonnement économique évincé par l'attention exclusive portée aux caractéristiques des produits 362
b) L'ébauche de raisonnement économique : la prise en considération de l'offre 367
3. L'adoption d'un raisonnement économique 372
a) L'exigence de motivation circonstanciée dans l'analyse de la demande 372
b) L'adoption du raisonnement à la marge et l'analyse des possibilités de discrimination 377
c) L'analyse plus fine de la substituabilité du côté de l'offre . 379

Seconde partie
LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE INSÉRÉ DANS LA MÉTHODE DU JUGE

TITRE PRÉLIMINAIRE. LA MÉTHODE DU JUGE 393

Section I. Retour sur l'analyse de Motulsky 393
1. Les caractères de la règle de droit 394
2. La notion de droit subjectif 394
3. Le syllogisme judiciaire 395
4. La recherche des prémisses du syllogisme 396
a) La recherche de la règle applicable 397
b) Le rapprochement des faits et de la règle 397
5. Redéfinition de la notion de charge de l'allégation 400
6. Les dispenses de décomposition 401
7. La charge de la preuve 403
8. Le contrôle de cassation 404

Section II. L'applicabilité de l'analyse de Motulsky au droit de la concurrence 405
1. Règles de concurrence et règles de droit 406
2. Règles de concurrence et droit privé 407
3. Règles de concurrence et droits subjectifs 409

Section III. La place du raisonnement économique dans l'élaboration du jugement envisagée à partir de l'analyse de Motulsky 415
1. La recherche de la règle applicable et le rôle des classifications 415
2. L'identification des « faits nécessaires » et des « faits pertinents » 420
3. L'analyse des faits de la cause 422
4. Les dispenses de décomposition 423
5. La charge de la preuve 425
6. Premières vues sur le contrôle de cassation et le raisonnement économique 425

TITRE I. L'INSERTION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE DANS LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES FAITS 431

CHAPITRE 1. LES MODALITÉS D'INTÉGRATION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE DANS LA DÉFINITION PAR LE JUGE DE LA CHARGE DE L'ALLÉGATION 433

Section I. L'intégration du raisonnement économique dans la détermination par le juge des éléments de la qualification . 434

§ 1. Le raisonnement économique intégré à la définition des éléments de qualification 435
A. Les recherches parallèles du juge et des économistes 437
1. La décomposition des qualifications juridiques à l'aide de notions économiques 437
2. Le regard économique sur la décomposition des qualifications juridiques : l'exemple de l'intérêt du consommateur dans l'abus de position dominante 441
3. Les éléments de qualification dégagés à partir des catégories économiques : l'exemple des analyses stratégiques de la prédation 442
4. Le bouleversement de l'analyse juridique de la qualification . 445
B. Les qualifications économiques intermédiaires 446
1. Définition de la notion de qualifications intermédiaires .. 447
2. Incidences procédurales de la réception de qualifications économiques intermédiaires 450
a) L'incidence des qualifications intermédiaires sur la mise en œuvre du principe du contradictoire 450
b) L'incidence des qualifications intermédiaires sur la recevabilité 452

§ 2. Le raisonnement économique intégré dans le jeu des dispenses d'allégation 455
A. Le raisonnement économique facteur de remise en cause des dispenses 457
1. La dispense d'allégation relative à la stabilité de la part de marché dans la qualification de position dominante 457
2. La dispense relative aux justifications objectives dans l'abus de position dominante 458
B. Le raisonnement économique justificatif d'une dispense 460

Section II. Le raisonnement économique cristallisé dans la structure de la qualification 461

§ 1. Les tests de qualification 462
A. Le test de qualification : définition et intérêt de la notion 462
1. Le test de qualification comme structure de qualification . 462
2. Intérêts de la notion 466

B. L'élaboration des tests de qualification par le dialogue entre le juge et la doctrine 469
1. Le dialogue du juge et de la doctrine économique : l'exemple de l'intégration progressive de la théorie de l'oligopole 470
a) Le cadre d'analyse économique de la position dominante collective : « le problème de l'oligopole » 470
b) La reconnaissance par le juge de la pertinence du cadre d'analyse de l'oligopole 471
2. Le rôle de la doctrine juridique dans le dialogue entre le juge et la doctrine économique 476

§ 2. Le défi de l'évolution des tests de qualification : l'exemple de la prédation 480
A. L'adoption par le juge d'un test de qualification issu de l'analyse économique 481
1. Le cadre d'analyse économique de la prédation 481
a) La prédation : une stratégie d'entreprise dominante 482
b) La recherche des critères de la prédation 484
2. Le test de qualification consacré par l'arrêt *AKZO* 488
B. Le juge face à la remise en question du test économique 490
1. Le point de vue du juge sur la remise en question du test de la prédation 491
2. Les différentes techniques d'intégration d'un argument économique à la disposition du juge 491
a) Distinction préalable : la récupération effective et la possibilité de récupération 493
b) La possibilité de récupération envisagée comme fait nécessaire 494
c) La possibilité de récupération comme fait nécessaire objet de dispense d'allégation 497
d) La possibilité de récupération envisagée comme élément de preuve de l'intention et du préjudice aux consommateurs 498
e) Le choix du juge entre différents moyens d'intégration du raisonnement économique 500
f) Les faits pertinents pour apprécier la possibilité de récupération 501

CHAPITRE 2. LA DÉCISION DU JUGE D'INSÉRER UN RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE DANS LA DÉMARCHE DE QUALIFICATION 505

Section I. Les différents points de vue théoriques sur l'évolution de la jurisprudence 506
A. Point de vue de la sécurité juridique sur l'évolution de jurisprudence inspirée par l'analyse économique 507

1. Absence de spécificité des évolutions de la jurisprudence inspirées par l'analyse économique 507
2. Contribution positive de l'analyse économique à la sécurité juridique 509
a) Incertitude sur l'interprétation de la règle de droit et incertitude sur l'application de la règle de droit 510
b) La réduction de l'insécurité juridique permise par les typologies 512
c) Jusqu'où le juge doit-il aller dans la réception des typologies économiques ? 515
B. Le point de vue de l'analyse économique sur le choix d'une règle par le juge 517
1. L'existence d'un consensus parmi les économistes 518
a) Comparaison entre le consensus économique et le consensus scientifique au regard de leur usage judiciaire 518
b) Les risques du consensus économique 521
c) Distinction selon la nature des énoncés économiques 523
2. Le choix entre deux types d'erreur 525

Section II. La décision du juge éclairée par un savoir économique .. 529

§ 1. Les règles d'expérience économiques 529
A. Les différents usages judiciaires des règles d'expérience économiques 530
1. Les règles d'expérience utilisées pour fonder une présomption 530
2. Les règles d'expérience utilisées pour fonder une dispense d'allégation 532
3. Les règles d'expérience intégrées à la règle de fond 534
B. Le savoir économique incorporé aux règles d'expérience 536
1. La part des croyances dans les connaissances économiques 536
2. La confiance du juge dans les connaissances économiques 538
C. La nécessité d'organiser la contradiction sur les connaissances économiques 540

§ 2. Les modalités de coopération du juge avec les économistes 544
A. Les modalités de coopération entre juges et économistes à propos des questions de fait 544
1. L'expertise à la demande des parties 545
2. L'expertise ordonnée par le juge à titre de mesure d'instruction 549
a) Rareté des expertises à la demande du juge 550
b) Retour sur les rôles respectifs du juge et de l'expert 552
c) Le domaine de l'expertise économique en matière de concurrence 558
B. Les modalités de coopération du juge avec les économistes non limitées aux questions de fait 564
1. La demande d'avis aux autorités de concurrence 564

2. L'*amicus curiae* 566
3. L'économiste interne à la juridiction 571
4. Quelles modalités pour l'apport de connaissances empiriques générales ? 574

TITRE II. LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE DANS LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL 583

CHAPITRE 1. LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE, OBJET DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL 587

Section I. Les objets du contrôle peu liés au raisonnement économique 590
A. Le raisonnement économique peu lié au respect des règles de procédure 590
B. Le raisonnement économique non saisi par le détournement de pouvoir 593
C. Le raisonnement économique étranger à l'exactitude matérielle des faits 597

Section II. Les objets du contrôle intégrant le raisonnement économique 598
A. Le raisonnement économique objet du contrôle de l'appréciation des faits 599
1. Notion d'appréciation des faits et illustration 600
2. Les appréciations économiques érigées en objet autonome du contrôle par la doctrine du contrôle restreint 602
3. Le raisonnement économique dans les appréciations économiques 605
4. Le raisonnement économique dans la preuve 611
a) Le raisonnement économique comme preuve par présomption : similitudes de l'inférence et spécificité du postulat de rationalité 612
b) La valeur probante variable du raisonnement économique . 616
i) Le raisonnement économique admis à titre de présomption 616
ii) Le raisonnement économique admis à titre de commencement ou de complément de preuve 618
iii) Le raisonnement économique dépourvu de valeur probante 621
iv) Hypothèses sur la variation de la force probante reconnue au raisonnement économique 622
B. Le raisonnement économique, objet du contrôle de qualification 625
1. Le problème de l'identification des questions de qualification au regard du raisonnement économique . 626

2. Le raisonnement économique soumis au contrôle de qualification 631
a) Le raisonnement économique saisi par le contrôle de qualification 631
b) Le raisonnement économique soustrait au contrôle de qualification 636
C. Le raisonnement économique, objet du contrôle au titre des autres erreurs de droit 638

CHAPITRE 2. LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE ET LES TECHNIQUES DE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL 645

Section I. Le contrôle de motivation, technique privilégiée du contrôle du raisonnement économique 646
A. Le contrôle de motivation comme contrôle du raisonnement . 647
1. Distinction entre la forme et le fond et unité du contrôle de motivation 647
2. Les fonctions de la motivation 650
3. Le raisonnement : objet du contrôle de la motivation 652
B. La convergence des exigences juridiques et économiques de motivation en droit de la concurrence 654
1. La motivation : une exigence primordiale en droit de la concurrence 654
a) L'obligation de motiver renforcée en présence de notions indéterminées 655
b) L'obligation de motiver renforcée en présence d'un pouvoir d'appréciation 656
2. L'exigence de motivation dans l'approche économique contemporaine 658
a) L'exigence de motivation dans l'approche économique contemporaine : illustration 658
i) L'exigence de motivation en droit dans l'analyse économique 659
ii) L'exigence de motivation en fait dans l'analyse économique 661
iii) L'exigence de motivation des jugements de valeur dans l'analyse économique 662
b) L'exigence de motivation en économie : une caractéristique distinctive de l'analyse dite « Post-Chicago » 663
C. Application de la théorie du manque de base légale au contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique 668
1. L'insuffisance des motifs de fait appliquée au raisonnement économique 668
a) Le défaut des motifs de fait qui empêche le contrôle de qualification 669

b) Le défaut des motifs de fait qui empêche le contrôle des appréciations 671
2. L'insuffisance des motifs de droit appliquée au raisonnement économique 672

Section II. Le contrôle de motivation ou le bon usage du raisonnement économique 675
A. Des tests inadaptés au contrôle de qualification 675
B. La prudence du juge ou les raisons de préférer méthodiquement le contrôle de motivation au contrôle de qualification 678

CHAPITRE 3. L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL SUR LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE 685

Section I. L'intensité du contrôle vue à travers les standards de contrôle 688

§ 1. La valeur prescriptive et descriptive des standards de contrôle ... 689
A. La valeur prescriptive des standards de contrôle : l'exemple de l'erreur manifeste d'appréciation 689
1. Le problème du contrôle juridictionnel sur les décisions économiques comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire 690
2. La doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : la réponse du juge au problème du contrôle sur les actes comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire 693
B. Valeur descriptive des standards de contrôle : l'existence de différents standards de contrôle sur le raisonnement économique 696
1. Un standard imposé par un texte : le contrôle particulièrement restreint sur le raisonnement économique dans le contentieux des enquêtes 697
2. Un standard de contrôle restreint imposé par la nature du contentieux : le contrôle *prima facie* du juge communautaire des référés sur le raisonnement économique 699
3. Un standard de contrôle exigeant imposé par le juge : le contrôle approfondi du juge français sur les mesures conservatoires 703

§ 2. La valeur explicative limitée des standards de contrôle 706
A. L'erreur manifeste d'appréciation : un standard compatible avec une intensité variable du contrôle 707
1. Le contenu du principe du contrôle restreint sur les appréciations économiques complexes 707

2. L'approfondissement du contrôle par l'évolution du domaine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation . 711
a) L'accroissement du domaine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sous l'effet des progrès de l'évidence . 711
b) Le rétrécissement du domaine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sous l'effet de l'extension du droit : le rôle des contestations 714
B. Les raisons de la valeur explicative limitée du standard de contrôle restreint 718
1. L'accent mis sur des facteurs peu explicatifs pour le contrôle sur le raisonnement économique 719
a) La faible portée explicative de la répartition des pouvoirs entre le juge et l'administration 719
b) Pouvoir discrétionnaire : une justification ambiguë à la limitation du contrôle juridictionnel 722
i) Le pouvoir discrétionnaire distingué du pouvoir d'appréciation 722
ii) L'intensité du contrôle sur le pouvoir d'appréciation .. 724
iii) La difficulté d'identifier le lieu du pouvoir discrétionnaire 726
2. L'autre facteur pertinent pour une théorie du contrôle juridictionnel : l'office du juge 729

Section II. L'intensité du contrôle vue à travers les standards de preuve 734

§ 1. La valeur descriptive incertaine de la notion de standard de preuve 735
A. La notion de standard de preuve au-delà de la *common law* .. 736
B. La difficulté d'identifier le(s) standard(s) de preuve applicable(s) en droit de la concurrence 739
1. Difficulté de déterminer le standard de preuve applicable en droit français dans le domaine des mesures provisoires . 740
2. Le standard de preuve en droit communautaire de la concurrence : état des questions 743

§ 2. Les éléments de variation de l'intensité du contrôle définis en dehors des standards 747
A. L'intensité des exigences de preuve, fonction du contenu des allégations 747
B. Le raisonnement économique comme facteur d'explication de l'intensité du contrôle 751
1. Le raisonnement économique, facteur de nouveauté de l'interprétation 751
2. Le raisonnement économique comme invitation au renforcement du contrôle de motivation 753
3. Quelles limites au contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique ? 754

a) Limite tenant à l'office du juge 755
b) Le pragmatisme dans le contrôle des motifs ou la préséance de l'exigence de cohérence sur l'exigence d'exactitude 756

CONCLUSION GÉNÉRALE 763

Propositions de thèse 767
I. Propositions relatives au droit de la concurrence 767
II. Propositions théoriques générales 771

Bibliographie 773

Principales décisions citées 839

Index 861

Avant-propos

Lorsque j'ai appris le titre de la thèse de Madame Sibony, j'ai pensé que l'entreprise était un peu téméraire. En effet, ayant siégé pendant 18 ans comme juge au Tribunal de première instance des Communautés européennes et ayant eu l'honneur de le présider pendant neuf ans, je crois être bien placé pour savoir que le juge – en tous cas le juge communautaire – a une expérience mitigée du raisonnement économique. L'avocat général Darmon l'a exprimé dans ses conclusions sous l'arrêt *Pâte de bois*, lorsqu'il a remarqué que « la circonstance que deux explications opposées aient pu être avancées à propos d'un fait inexact conduit à une prudence légitime quant aux certitudes à retirer en l'espèce des enseignements de l'argumentation économique »[1]. De fait, pour un juge communautaire, l'analyse économique apparaît, spécialement en droit de la concurrence, comme une source quasi-inépuisable de controverses sur les faits et parfois aussi sur le droit.

Devant un tribunal, la contradiction est bien sûr la règle, mais elle peut également se révéler technique et difficile. C'est la raison pour laquelle, il y a quelques années, nous avions essayé au Tribunal de nous adjoindre les services d'un économiste. Mais l'expérience n'a pas été totalement concluante sur tous les points : les juges l'ont peu consulté et, lorsqu'ils l'ont fait, ils ont parfois été assez peu éclairés par ses réponses, généralement sujettes à la réserve « toutes choses égales par ailleurs ». À tout le moins cette tentative a-t-elle démontré que la rencontre entre les raisonnements de l'économiste et ceux des juges n'allait pas de soi.

En ce sens, il fallait un certain optimisme et une bonne dose d'opiniâtreté pour entreprendre de démontrer comment le juge peut tirer profit des arguments

1. Conclusions de l'avocat général Darmon sous l'arrêt de la Cour du 31 mars 1993, *Ahlström e.a./Commission*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à 129/85, Rec. p. I-1307, point 384.

économiques sans renoncer aux exigences propres du raisonnement judiciaire. À cet égard, le point de vue adopté par Madame Sibony est très original. En effet, à la différence d'une doctrine abondante, elle ne plaide pas en faveur d'une jurisprudence toujours plus conforme à l'analyse économique, qui détiendrait une sorte de vérité du droit de la concurrence et de la réalité économique. Madame Sibony démontre que les objectifs du droit de la concurrence ne sont pas dictés par la théorie économique mais relèvent de choix politiques plus fondamentaux – tels que l'objectif de protection du consommateur – et qu'il faut s'abstenir de céder à tout enthousiasme pour l'économie mal digérée ou mal présentée. De même que les juristes doivent écouter les économistes pour mieux appliquer les règles de concurrence, les économistes doivent écouter les juristes pour affiner leur raisonnement et le rendre utilisable dans le procès. Ce qui est en jeu n'est pas la nécessité pour le juge de recourir à l'économie, mais les conditions de son bon usage.

Madame Sibony propose sur ce point une analyse théorique par laquelle elle montre comment les arguments économiques peuvent être intégrés à la formation d'un jugement et, ensuite, sur un plan plus pratique, s'inscrire dans les contraintes processuelles pesant sur le juge. Ce détour initial par la théorie est très utile, car il fait apparaître clairement ce que la pratique suggère à sa manière : le raisonnement économique a sa place dans le procès en droit de la concurrence et cette place ne bouleverse pas l'activité juridictionnelle. Elle la complique, sans doute, et requiert une certaine adaptation de la part des juges. Mais, et c'est ce qu'il convient de souligner, les litiges en droit de la concurrence requièrent avant tout, comme tous les autres, un juge. Comme le dit l'auteur, l'économie se présente comme une source d'arguments, pour les parties comme pour le juge lui-même. Ces arguments ne sont pas d'une nature différente des autres, il ne sont *a priori* ni plus ni moins forts que d'autres. Lorsqu'ils viennent des parties, ils doivent dans chaque espèce être soumis aux mêmes épreuves que tous les autres arguments de fait ou de droit afin d'en apprécier la force de conviction, à commencer par l'épreuve de la contradiction. Lorsqu'ils viennent de l'autorité de concurrence ou du juge du fait qu'est le Tribunal, ils doivent être soumis au même contrôle de pertinence, de complétude de cohérence que tous les motifs d'une décision administrative ou judiciaire [2].

Les développements consacrés par Madame Sibony au contrôle des motifs et à l'intensité de ce contrôle seront très probablement lus avec beaucoup d'intérêt par les spécialistes de droit de la concurrence, pour qui cette question est d'une brûlante actualité, mais aussi, plus généralement, par ceux qui étudient la jurisprudence communautaire. En effet, la thèse de Madame Sibony présente, là encore, une grande originalité, car elle s'appuie pour décrire le contrôle du juge

2. Comme l'a indiqué la Cour dans son arrêt du 15 février 2005, *Commission/Tetra Laval*, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 39, le juge communautaire vérifie que la décision qui lui est déférée s'appuie sur des motifs qui « constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées ». V. également l'arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, *General Electric/Commission*, T-210/01, Rec. p. II-5575, point 63.

communautaire sur des éléments de théorie du droit peut-être bien connus dans les pays francophones, mais qui ne me semblent pas avoir encore véritablement pénétré la réflexion sur le droit communautaire. En ce sens, le présent ouvrage illustre le fait que la réflexion académique sur le droit communautaire ne peut que gagner à intégrer les apports issus de différentes traditions théoriques.

Bo VESTERDORF
Ancien président du Tribunal de première instance des Communautés européennes
Luxembourg, le 15 juillet 2007

Préface

Au sens propre, le livre d'Anne-Lise Sibony « *Le juge et le raisonnement économique* » tient du prodige. C'est un événement merveilleux.

Enfin, il donne la clé de l'intégration du raisonnement économique dans la méthode du jugement. Avec autorité et simplicité, il tranche le nœud de la relation entre le droit et l'économie.

Innombrables sont les colloques, études, recherches consacrés à cette question, lieu de division des juristes et des économistes, et au sein même des uns et des autres, lieu de controverse sur la logique de l'une et l'autre des disciplines et leur commensurabilité, de concours de postures entre leurs maîtres, lieu de conflit de pouvoir entre la norme juridique et la loi économique, d'incompréhension, d'erreurs, de malentendus, de suffisance, de dogmatisme, de fausse science…

Pour renouveler la question, il fallait l'aborder autrement : par la méthode, par la raison, par la logique et par la connaissance.

Par la connaissance d'abord : l'auteur maîtrise tout autant les deux disciplines, elle est aussi brillante juriste que remarquable économiste. Elle pénètre dans les deux matières de plain pied, l'esprit sûr, avec une paisible aisance, sans complexe, sans appréhension. Tranquillement, elle sait.

Par la méthode ensuite : s'agissant d'analyser le mécanisme du jugement en droit de la concurrence, Anne-Lise Sibony l'aborde par la méthode de réalisation du droit, en se référant au meilleur des maîtres : Henri Motulsky. S'agissant d'analyser la démarche du juge, elle se place de son point de vue, ce qui lui fait examiner l'incidence du raisonnement économique à tous les stades du processus judiciaire, de la preuve et l'appréciation des faits, à leur qualification, à la définition des concepts – celui de marché est remarquablement traité –, à l'interprétation de la règle de droit, puis au raisonnement d'application, résolvant au passage le fameux dilemme du syllogisme, enfin à la création de la jurisprudence.

Par la logique encore : s'appuyant sur la théorie de l'argumentation à travers Chaïm Perelman, l'ouvrage est un remarquable essai de logique juridique appliqué au droit économique, un modèle de rigueur rhétorique. La logique du droit est parfaitement restituée, la logique économique parfaitement décrite, celle du raisonnement parfaitement pratiquée.

Par la raison enfin : d'un point de vue rationnel ce livre est lumineux. Admirablement construit admirablement enchaîné, admirablement écrit. Tout est simple et clair. Ce n'est pas que les questions complexes ne sont pas vues, rien n'est omis, sans simplification, toutes les sources sont analysées et intégrées, tous les auteurs sont lus et compris, de la théorie du droit à la théorie économique, de la pratique judiciaire à la formation des juges.

Ni rupture ni révolution, le livre exprime une pensée exhaustive et sage, d'harmonie, de conciliation, d'intégration et de convergence. Il montre finalement que le raisonnement du juge en économie est classique, que la mise en œuvre juridictionnelle du droit de la concurrence ne dénature pas l'économie, ne trahit en rien la technique juridique et ne bouleverse pas l'office du juge.

Dans l'agitation créatrice, déstabilisatrice, déstructurante du droit de la concurrence, Anne-Lise Sibony jette un regard apaisé sur le juge, sur la juridiction économique, sur le contentieux du marché. Après la période d'innovation et de recherche, il fait entrer la pratique du droit de la concurrence dans l'ère de la maturité, celle du droit classique, du procès ordinaire, celle du commun de la justice. Cette recherche, magnifiquement aboutie, est un point d'orgue dans la théorie du droit économique en même temps qu'une référence indispensable pour tous les praticiens. Il ouvre une période nouvelle. C'est une pensée neuve et belle.

Guy Canivet
Premier président honoraire de la Cour de cassation
Membre du Conseil constitutionnel
Professeur associé à Sciences Po

INTRODUCTION

1. « La science économique n'est certes pas une science exacte ; ce n'est pas une science occulte »[1]. Par ces mots adressés aux juges qui devaient trancher l'une des premières affaires dont la Cour de justice ait eu à connaître, l'avocat général Lagrange soulignait ce que l'économie peut avoir d'incertain, mais aussi ce qu'elle peut avoir d'ordinaire. Cette invitation à considérer l'économie comme un outil somme toute assez banal du point de vue de l'application du droit paraît aujourd'hui véritablement programmatique si l'on considère le rôle qu'a acquis l'économie en droit de la concurrence.

2. **Droit de la concurrence et économie.** Dans ce « droit économique par excellence »[2], « l'analyse économique a pénétré le raisonnement juridique »[3]. Si cette observation n'est pas nouvelle, elle n'a fait que gagner en acuité au fil des ans. Chaque nouvelle « modernisation »[4] du droit de la concurrence consacre en effet une approche plus économique des règles de droit[5]. Dans ce domaine, l'analyse économique n'a pas seulement droit de cité, elle apparaît comme une composante de la légitimité des règles de droit[6]. C'est là, assurément, une

---

[1] Conclusions de l'avocat général Lagrange sous l'arrêt de la Cour du 16 juillet 1956, Fédération charbonnière de Belgique/Haute Autorité, 8/55, Rec. p. 231, p. 284.

[2] Cl. CHAMPAUD, « Caractères du droit de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence Consommation*, 1991, fasc. 30, spéc. n° 1, 57 et 66 et, du même auteur, « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, Chron. pp. 215-220. Comme le remarque L. BOY, *Droit économique*, L'Hermès, 2002, pp. 3-4, le droit de la concurrence était curieusement absent du *Droit économique* de G. FARJAT (préc.), y compris de la 2nde éd. de 1982, bien que le phénomène de la concentration économique soit au cœur des analyses de l'auteur. Dans son ouvrage plus récent, G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2004, l'auteur consacre un chapitre au droit de la concurrence (chap. V, p. 121 et s.).

[3] M.-C. BOUTARD LABARDE et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, p. 2.

[4] Sur l'euphémisme que recouvre ce terme en droit de la concurrence, M.-A. FRISON-ROCHE, « À propos du règlement communautaire sur l'application des articles 81 et 82 du Traité : variation sur les lois de modernisation », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp. 31-38.

[5] Tel fut le cas de la réforme des règles applicables en matière de restrictions verticales. Sur ce point, V. notamment L. IDOT, « La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 § 3 CE », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, préc., pp. 85-104 ; du même auteur, « Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence : les règlements d'exemption », *P.A.*, 1er février 2005, pp. 5-13. De même, la « réforme de (l'interprétation de) l'article 82 CE », actuellement envisagée par la Commission, vise à faire une plus grande place à l'analyse économique. Sur ce point, V. notamment Ph. LOWE, « DG Competition's Review of the Policy on Abuse of Dominance », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2003 (B. Hawk, éd. 2004), pp. 163-173 et les contributions rassemblées dans C.-D. EHLERMANN, et I. ATANASIU, (éds.), *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of a Dominant Position ?*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

[6] Ainsi, le président du Tribunal de première instance des Communautés européennes soulignait récemment qu'il existe désormais un consensus assez large sur les fondements économiques du droit de la conurrence, B.

particularité des règles de concurrence[1]. Mais si particulières que soient ces règles au regard de leur composante économique, elles n'en sont pas moins des règles de droit. Leur concrétisation passe donc par le procès[2].

3. **Juge et droit de la concurrence.** L'application du droit de la concurrence n'est pas réservée aux autorités de concurrence, ne serait-ce que parce que les décisions que prennent ces autorités peuvent faire l'objet de recours juridictionnels. Ainsi, la Cour d'appel de Paris connaît, sous le contrôle de la Cour de cassation, des recours dirigés contre les décisions du Conseil de la concurrence. De même, le Tribunal de première instance des Communautés européennes connaît, sous le contrôle de la Cour de justice, des recours contre les décisions adoptées par la Commission en matière de concurrence. Ce contentieux place le juge au cœur de l'élaboration du droit de la concurrence[3]. Cette voie contentieuse n'est cependant pas la seule qui amène le juge à appliquer ces règles si particulières. En effet, tant les articles L 420-1 et L 420-2 du code de commerce que les articles 81 et 82 CE peuvent être invoqués à l'occasion de procès ordinaires[4]. À cet égard, le rôle des juridictions de droit commun dans

---

VESTERDORF, « Economics in Courts : Reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition law regime », *Liber Amicorum in Honour of. Sven Norberg – A European for All Seasons*, Bruylant, 2006, pp. 504-524, spéc. p. 513.

[1] H. MUIR-WATT, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *in* B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, pp. 37-45.

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, « Présentation de l'ouvrage », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, préc., pp. IX-XXIII, p. X.

[3] G. CANIVET, « Le juge joue un rôle majeur dans l'élaboration d'une politique de concurrence », *Gaz. Pal.*, 20-21 janvier 2006, pp. 3-6, spéc. p. 5. C'est là l'expression en droit de la concurrence d'une tendance qui caractérise aussi le droit de la régulation. G. CANIVET, « Le juge et les autorités de marché », *RJC*, 1992, pp. 185-204. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et la régulation économique », *Annonces de la Seine*, 22 mai 2000, n° 36, pp. 1-3. A. VIANDIER, « Le modèle français de relations entre le juge et les autorités de marché », *Le juge et le marché boursier*, *P.A.*, n° spécial 15 juin 1994, *Le juge et le marché boursier*, pp. 17-20. *Régulateurs et juges*, *P.A.* n° spécial 23 janvier 2003. *Adde :* D. MARTIN et S. AMIEL-MORABIA, « L'extension du contrôle juridictionnel des marchés », *RTD com.*, 1996, pp. 31-49.

[4] La compétence du juge de droit commun pour appliquer les règles nationales de concurrence n'est pas nouvelle : M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Conseil de la concurrence et ses concurrents », *Gaz. Pal.*, 1997. 1, pp. 282-283. Les juridictions nationales étaient par ailleurs compétentes dès l'origine pour appliquer le droit communautaire de la concurrence, reconnu d'effet direct par l'arrêt de la Cour du 30 janvier 1974, BRT/SABAM, 127-73, Rec. p. 51, point 16. Cependant, par l'effet du règlement 17/62 (Règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, JOCE n° 13 du 21 février 1962, p. 204), cette compétence était limitée à l'application de l'article 81, paragraphes 1 et 2, CE (à l'exclusion du paragraphe 3) et de l'article 82 CE. Il en résultait que le juge national devait fréquemment surseoir à statuer dans l'attente d'une décision de la Commission. Le règlement n° 1/2003 a remplacé le système de la notification préalable par un système d'exception légale (art. 1er) et mis fin au monopole de la Commission pour l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE (art. 6), si bien que la compétence des juridictions nationales n'est plus limitée. Sur l'application du droit communautaire de la concurrence par les juridictions nationales avant le règlement n° 1/2003, V. L. GYSELEN, « Le juge national face aux règles de concurrence communautaires applicables aux entreprises », *JT Droit européen*, 1993, n° 2, pp. 25-33. *Adde : Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun*, Actes du colloque du 18 mars 1994, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995 (droit français et droit communautaire) ; Sur le règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002

l'application du droit de la concurrence pourrait être appelé à s'accroître en raison des nouvelles prérogatives qui leur sont conférées par le règlement n° 1/2003 pour l'application du droit communautaire[1]. En outre, il revient aussi au juge de rendre effectives les règles de concurrence au travers du contentieux de la réparation des dommages concurrentiels, dont le développement est encouragé[2]. Le juge est donc amené de multiples manières à connaître de litiges soulevant des questions de droit de la concurrence.

4. **Le défi de l'économie.** Les deux grandes tendances du droit de la concurrence qui viennent d'être évoquées, son « économisation », d'une part, et sa « judiciarisation », d'autre part[3], dessinent ce qui apparaît pour le juge comme un véritable défi[4]. En effet, il ne s'agit pas seulement pour le juge de prendre en considération des réalités économiques, ce qu'il fait dans bien d'autres domaines[5]. Il s'agit d'appliquer un droit qui l'invite à chausser des lunettes

---

relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE n° L 1 du 4 janvier 2003 p. 1, V. notamment L. IDOT, « La modernisation du droit communautaire de la concurrence, adoption par le Conseil du nouveau règlement relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 CE, Aperçu rapide », *JCP (G)*, 2003, p. 1 ; L. IDOT, Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application) », *Cahiers de droit européen*, 2003, pp. 283-371 ; « L'entrée en vigueur du règlement 1/2003 : les dispositions procédurales du ''paquet modernisation'' », *Europe*, 2004, n° 5, pp. 4-8 ; R. KOVAR, « Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE », *D.*, 2003, Chron., p. 478. J. NOUVEL, « 1er mai 2004 : L'entrée en vigueur du règlement 1/2003 et du "paquet modernisation" portant réforme des règles de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE », *RDAI*, 2004, n° 4, pp. 371-386 ; G. DECOCQ, « La réforme du droit processuel européen des pratiques anticoncurrentielles (Règlement 1/2003 et "paquet modernisation") », *RJC*, 2004, pp. 274-293.

[1] Règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE du 4 janvier 2003, L1, pp. 1-25. R. KOVAR, « Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité », *D.*, 2003, p. 478 ; L. IDOT, « France », *in* D. CAHILL et J. D. COOKE, *The Modernisation of EC Competition Law Enforcement in the EU – FIDE 2004, National Reports*, Cambridge University Press, 2004, pp. 151-185.

[2] Plusieurs initiatives sont destinées à encourager le contentieux de la réparation des dommages concurrentiels, notamment le livre vert de la Commission européenne, *Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Livre vert, 9 décembre 2005, COM(2005) 672 final. Sur ces tendances : *infra* n° 625 et s.

[3] P.e. E. CLAUDEL, « Les grandes tendances du droit de la concurrence en 2005 », *L'année 2005 et le droit de la concurrence*, Conférence AFEC, 2 février 2006, Cour de cassation. Texte disponible à l'url suivante : http://www.courdecassation.fr/manifestations/conference/conferences_2006/afec_2005_concurrence/mme_claudel.pdf.

[4] C. NOURRISSAT et R. WTTERWULGHE, *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004 ; L. IDOT, « Quelques exemples de la difficulté du juge du contrat à appréhender le droit de la concurrence et le règlement n° 2790/99 », *Revue des contrats*, 2005, n° 4, pp. 1033-1036.

[5] Travaux de l'Association Capitant, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, T. XXII, 1970, en particulier les contributions de B. OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », pp. 184-211 (qui évoque notamment les baux commerciaux ou les clauses d'échelle mobile, à propos desquelles « les tribunaux se sont toujours déterminés en dernière analyse, en fonction de préoccupations économiques »). V. aussi, dans le même volume, M. CABRILLAC, « Le rôle du juge en présence de problèmes

d'économiste pour aborder les faits. Sur le plan pratique, le défi est avant tout celui de la formation des juges, à la fois au droit communautaire et à l'économie[1]. Cependant, l'application par le juge d'un droit aussi imprégné d'économie soulève également des interrogations d'ordre plus théorique. Le droit de la concurrence réveille chez le juriste la crainte que l'économie ne porte « atteinte à l'intégrité du droit »[2]. Cette crainte n'est pas nouvelle et elle concerne directement le rôle du juge dans la réalisation du droit. Ainsi, les auteurs qui avaient, dans les années 1970, annoncé l'avènement d'un « droit économique » pensaient que la « déjudiciarisation du droit » était inéluctable[3]. Dans leur conception, le droit économique se distinguait du droit civil ou du droit des affaires par le fait qu'il exprimait un rôle nouveau qui revenait à l'État dans la direction de l'économie. C'est précisément la perméabilité de la norme juridique aux considérations économiques qui était censée entraîner une « dégradation des sources formelles du droit »[4]. À son tour, la « disparition des normes générales et permanentes »[5] aurait entraîné celle d'« un élément du syllogisme judiciaire »[6]. En somme, le droit aurait perdu au contact de l'économie les qualités nécessaires à l'application judiciaire de la norme[7].

5. **Questions de principe.** Le défi de l'économie n'est donc pas seulement pratique. Il touche à des questions de principe concernant la possibilité pour le juge d'appliquer, selon les méthodes qui lui sont propres, des règles de droit qui incorporent de l'économie. À cet égard,

---

économiques en droit commercial français », pp. 152-166. Plus récemment, V. A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, PUAM, 2004, préf. B. SAINTOURENS.

[1] Les discussions qui ont précédé l'adoption du règlement n° 1/2003, préc. l'ont mis en avant. V. notamment les contributions réunies dans C.-D. EHLERMANN et L. L. LAUDATI, *European Competition Law Annual 2000 : The modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford, Hart, 2001, spéc. la troisième partie de l'ouvrage : « Courts and Judges », p. 475 et s. V. aussi L. IDOT, « France » *in* D. CAHILL et J. D. COOKE, *The Modernisation of EC Competition Law Enforcement in the EU – FIDE 2004, National Reports*, Cambridge University Press, 2004, pp. 151-185, spéc. p. 176, soulignant la formation moindre des juges consulaires au droit comme à l'économie. Plus spécialement sur la formation des juges en économie, V. M. ARMAND-PRVOST, « Quel profil pour un juge économique en France ? », *in Mélanges Pierre Bézard*, Petites Affiches et Montchrestien, 2002**,** pp. 33-40. G. CANIVET, « La formation du juge à l'économique », *RJC*, 2002, pp. 63-73. Du même auteur, « The Role of the Judge », *in* C.-D. EHLERMANN et L. L. LAUDATI (éds.), *Robert Schuman Centre Annual on Competition Law 1996*, Kluwer Law International, 1997, pp. 325-333, spéc p. 332.

[2] Ch. JAMIN « Économie et droit », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF et Lamy, 2003, pp. 578-581, p. 579. Ainsi, L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit », préc., p. 606, pose la question : « la progression de l'économie annonce-t-elle la fin du droit ? ».

[3] G. FARJAT, *Droit économique*, PUF, coll. « Thémis », 1ère éd. 1971, p. 392.

[4] G. FARJAT, *op. cit.*, p. 393.

[5] G. FARJAT, *op. cit.*, p. 394.

[6] *Ibid*.

[7] J. BOULOUIS, « Droit économique » (introduction à la seconde partie), *in L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 175.

le droit de la concurrence apparaît comme un révélateur de questions plus générales susceptibles d'intéresser aussi d'autres domaines du droit. Ce droit rend en effet très explicite le rôle d'un savoir extérieur au droit dans l'activité du juge, ce qui invite à une réflexion sur le bon usage par le juge d'un tel savoir. Les questions qui sont soulevées par le rôle de l'économie en droit de la concurrence mettent en effet en jeu les principes directeurs du procès, comme le principe dispositif et le principe du contradictoire. Le juge est appelé à trancher un litige[1]. En vertu du principe dispositif, il doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé[2]. Dès lors, on peut s'interroger sur ce qu'il doit faire dans l'hypothèse où une interprétation économique de la règle applicable conduirait à soulever des questions qui ne sont pas invoquées. Le principe dispositif oblige aussi le juge à ne fonder sa décision que sur des faits qui sont dans le débat[3]. Peut-il au besoin mettre lui-même dans les débats des faits économiquement pertinents ? Le doit-il ? Quant au principe du contradictoire, il oblige le juge à faire observer la contradiction en toutes circonstances[4]. Cette obligation s'étend-elle aux connaissances économiques qui sont nécessaires pour appliquer le droit, y compris à celles du juge ? Telles sont quelques-unes des questions de principe que soulève l'application par le juge des règles de droit de la concurrence. De manière plus générale, on en vient à se demander si l'économie peut se plier aux contraintes du procès et devenir utile au juge pour remplir son office.

6. **Plan de l'introduction.** Si ces questions ne paraissent pas avoir reçu toute l'attention qu'elles méritent, c'est peut-être parce que le juge n'a pas été au centre des réflexions sur les rapports entre droit et économie[5]. De fait, les diverses manières d'aborder les relations entre ces deux disciplines débouchent surtout sur des interrogations à propos de la possibilité pour le juge de se servir de l'économie. À cet égard, les perspectives théoriques (I) méritent d'être mises en regard d'une perspective historique (II). En effet, les approches théoriques révèlent les difficultés qu'il y a à concevoir l'utilisation du raisonnement économique par le juge, tandis que l'histoire enseigne la nécessité d'y parvenir. C'est à partir de ce constat que nous présenterons le projet de notre thèse (III) et l'approche retenue (IV), avant d'apporter quelques précisions sur le domaine étudié (V) et d'exposer le plan adopté (VI).

---

[1] J. NORMAND, *Le juge et le litige*, LGDJ, Pichon et Durand-Auzias, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 65, 1965.

[2] Art 5 NCPC.

[3] Art 7 NCPC.

[4] Art 16 NCPC.

[5] V. cependant *Le juge de l'économie*, *RJC*, 2002, n° spécial Colloque de la Baule.

I. PERSPECTIVES THÉORIQUES

7. Il ne saurait s'agir de présenter de manière générale l'ensemble des études concernant les rapports du droit et de l'économie. Le thème est en effet extrêmement vaste. Il a donné lieu à nombre de travaux et dépasse de beaucoup le cadre de cette introduction. De manière plus limitée, il s'agit d'en rappeler les principales perspectives théoriques et de souligner les interrogations ou les doutes qu'elles suscitent sur la possibilité pour le juge de se servir de l'économie. Les rapports entre le droit et l'économie ont été abordés de manières différentes selon le point de vue de l'observateur. Schématiquement, on peut distinguer les perspectives juridiques (A) de la perspective économique, dont il conviendra de préciser tant la distance que les liens avec notre approche (B).

A. Perspectives juridiques

8. Parmi les regards portés par les juristes sur les relations entre droit et économie, deux perspectives peuvent être identifiées, chacune soulevant des questions distinctes à propos du juge. La première peut être qualifiée de perspective traditionnelle (1), la seconde est celle du droit économique (2).

1. La perspective traditionnelle : l'économie comme réalité et comme science auxiliaire

9. **Connaissance des faits.** Du point de vue du droit, l'économie est avant tout un aspect de la réalité sociale régie par le droit. « La perspective retenue est alors essentiellement celle du traitement des phénomènes économiques par le droit »[1]. Dans cette perspective, la science économique apparaît comme un outil de connaissance des faits[2]. À l'instar de la sociologie, qui permet de mieux connaître les réalités de la famille[3], la science économique est une science auxiliaire du droit en ce qu'elle permet de mieux comprendre ces phénomènes économiques[4]. Ainsi les connaissances économiques sur les effets des cartels ou des

---

[1] F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 5ème éd., 2000, n° 397, p. 427 (non repris dans la dernière édition).

[2] P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des publications officielles, 1960, n° 28, p. 53 : « il est impossible de manier intelligemment les institutions juridiques lorsqu'on ignore les problèmes économiques sous-jacents ».

[3] J. CARBONNIER, *Introduction au droit*, PUF, coll. « Thémis », 27ème éd., 2002, n° 27, p. 73.

[4] J. CARBONNIER, *op. cit.*, *loc. cit.*, le souligne à propos de la sociologie juridique. Comme l'écrit le professeur Terré, le droit « ne peut se désintéresser de rien ». Il s'intéresse donc aussi à l'économie, parmi beaucoup d'autres savoirs spécialisés. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 7ème éd., 2006, n° 1, p. 2. L'auteur envisage par ailleurs l'analyse économique du droit comme une « nouvelle science

concentrations ont-elles parfois joué un rôle dans l'adoption des lois sur la concurrence[1]. Dans cette perspective, l'économie éclaire le législateur tout en restant extérieure au droit. C'est une science auxiliaire comme une autre, à qui le droit demande des grilles de lecture[2]. Elle n'est pas non plus envisagée comme source parallèle de normes, à la différence, par exemple, de la morale.

10. **Juge.** Dans cette manière de concevoir les relations entre droit et économie, l'usage de l'économie est souvent envisagé du point de vue du législateur. La question de savoir si le juge, qui doit appliquer la loi, peut se servir de l'économie n'est pas véritablement abordée. Cette question se pose pourtant. En effet, pour juger, le juge doit tout d'abord comprendre les faits de la cause. Assez souvent, cela ne nécessite pas de recourir à une science particulière. Le sens commun suffit à comprendre les faits qui donnent lieu au litige lorsque, par exemple, un créancier prétend n'avoir pas été payé. En revanche, lorsque des faits sont plus complexes et que leur mise en relation avec les notions légales ne va pas de soi, le besoin d'une connaissance spécialisée se fait sentir[3]. Cette science peut être celle d'un expert, mais le juge doit au moins être en mesure de comprendre ce que dit l'expert. En droit de la concurrence, cela peut nécessiter une étroite collaboration entre juges et économistes[4]. En outre, la décision même d'ordonner une mesure d'instruction suppose d'identifier les faits dont dépend la

---

auxiliaire » (n° 43, p. 41) et s'interroge sur la question de savoir si elle prolonge la sociologie du droit. Nous pensons que le rapport entre le droit et l'économie est conçu de manières différentes dans l'analyse économique du droit et dans la sociologie du droit. V. *infra* n° 45.

[1] Sur le rôle des connaissances économiques dans l'adoption de la première loi sur les cartels en Europe, V. *infra* n° 26. En France, les apports de la recherche en économie industrielle semblent avoir joué un rôle important dans l'adoption de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977. En ce sens, F. JENNY, « French Competition Policy in Perspective », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1987 (B. Hawk, éd., 1988), pp. 301-322, p. 306. Plus généralement, D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press,1998, pp. 155-160, rapporte que dans plusieurs pays européens et notamment en Allemagne, en Autriche, en Suède et en Norvège, l'adoption de législations sur la concurrence ne reposait pas sur des théories économiques abstraites, mais sur des études empiriques relatives aux effets économiques de comportements perçus comme dangereux.

[2] Ch. JAMIN « Économie et droit », préc., p. 579.

[3] Sans que ses développements se rapportent spécifiquement à l'économie, G. TIMSIT, « Raisonnement jurdique », *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 1290-1297, p. 1291, montre en quoi le juge peut avoir besoin d'une science auxiliaire. L'auteur souligne que la loi contient nécessairement une représentation de la réalité (il dit en ce sens que la loi est un « double de la réalité »). Or, la loi (et la représentation de la réalité qu'elle contient) présente aussi des lacunes, qu'il revient au juge de combler. Dès lors, on peut se demander dans quelle mesure le juge peut s'appuyer, pour compléter la description de la réalité contenue dans la loi, sur cette représentation extra-légale de la réalité que propose la science économique.

[4] G. CANIVET, « L'expertise en droit de la concurrence », *in* M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, (coords.), *L'expertise*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1995, pp. 51-61.

solution du litige[1]. Cela suppose déjà d'interpréter la règle de droit et de mettre en relation les notions légales avec les notions économiques pouvant servir à la description des faits.

11. Le point de vue traditionnel, selon lequel on pourrait considérer l'économie comme une science auxiliaire destinée à permettre la connaissance des faits, suffit à envisager que le juge puisse avoir besoin de l'économie pour trancher un litige. Cependant, on aperçoit aussi que l'économie ne peut être cantonnée au domaine du fait. Cela est pleinement reconnu dans la perspective du droit économique, qui réserve à l'économie un tout autre statut que celui de science auxiliaire.

2. La perspective du « droit économique » : l'économie comme source normative et cause de renouvellement des méthodes

12. **Spécificité.** La réflexion sur le droit économique a inauguré une nouvelle perspective juridique sur l'économie[2]. Par rapport à la perspective traditionnelle, la perception des rapports du droit tant avec la réalité économique qu'avec la science économique s'y trouve en effet modifiée[3]. Alors que dans la perspective précédemment exposée, l'économie n'avait aucun statut particulier, la thématique du droit économique est précisément née de la prise de conscience, par un certain nombre d'auteurs, en Allemagne puis en France, d'une spécificité des relations entre droit et économie[4]. Cette spécificité s'est révélée difficile à appréhender[5],

---

[1] Art 143 NCPC.

[2] La question du critère de définition du droit économique a occupé les auteurs. F.-C. JEANTET, « Aspects du droit économique », *in Dix ans de conférences d'agrégation. Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, 1961, pp. 33-46, voit dans le droit économique un droit de l'intervention de l'État. Cl. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », préc., y voit un droit de l'entreprise. R. SAVY propose de le définir comme un droit de l'intérêt économique général. Cette discussion n'est pas essentielle pour notre propos. Les caractéristiques du droit économique, sur lesquelles les auteurs s'accordent assez largement, sont plus importantes pour l'appréhension des rapports entre droit et économie.

[3] Cl. CHAMPAUD, « L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies », *Justices*, 1995, n° 1, pp. 61-80, p. 64, parle d'une « montée en puissance *des faits* et de *la pensée* économique » (nous soulignons).

[4] F.-Ch. JEANTET, « Aspects du droit économique », préc., p. 33. Cl. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », préc., p. 217, parle d'un « droit nouveau » qui reflète dans l'ordre du droit le « passage à la civilisation industrielle ».

[5] Cette difficulté transparaît notamment dans les discussions autour de la question de savoir si le droit économique est une branche du droit ou autre chose. Le droit économique est perçu comme une modification structurelle du système juridique qui affecte la plupart des branches du droit. F.-Ch. JANTET, *op. cit.*, parle d'une « science particulière » (p. 35). G. FARJAT, *op. cit.*, d'une « nouvelle discipline scientifique et pratique » (p. 377). En ce sens aussi, A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, *Le droit économique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4ème éd., 1974, chap. V. Cette manière de voir a suscité des critiques. G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges Vigreux,* 1981, p. 7. *Adde* : L. BOY, *Droit économique*, L'Hermès, 2002, n° 44, p. 30. L'auteur parle d'une « méthode de lecture de la réalité juridique » et d'« état d'esprit » (n° 48, p. 33) tout en cernant l'objet du droit économique comme « le droit de la concentration et de l'organisation de l'économie dans un contexte concurrentiel » (*ibid*.). G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2004, pp. 107-108, souligne le rôle de ce qu'il appelle « analyse substantielle » dans la méthode du droit économique :

notamment en ce qui concerne le contentieux[1]. Cependant, les interrogations sont renouvelées sur deux points, qui concernent l'un et l'autre le juge. Tout d'abord, l'économie n'est plus considérée seulement comme un savoir instrumental pour le droit, mais aussi comme une source normative. En second lieu, l'économie n'est plus envisagée comme une science auxiliaire, mais comme une discipline qui doit être intégrée au droit par une nouvelle méthode. Cette mutation du rapport des savoirs appelle, selon les partisans du droit économique, des juridictions d'un nouveau type, les « magistratures économiques ». Ces deux aspects doivent être brièvement exposés et leurs implications du point de vue du juge soulignées.

13. **L'économie source normative.** Certains auteurs, qui se situent dans la mouvance du droit économique, ont pu dire que, « [d]ans le droit économique, "le droit" n'est pas une source première et le fondement de la règle juridique, c'est une technique subordonnée à la réalisation du but économique »[2]. D'autres sont allés jusqu'à affirmer que « l'esprit du droit économique est guidé par l'idée que cette science est la servante de l'économie et non sa maîtresse »[3]. La formule n'a pas manqué de susciter la controverse[4]. Il est vrai qu'elle traduit une inversion des valeurs complète par rapport à la perspective traditionnelle : dans cette conception, l'économie n'est plus un outil pour le droit, c'est le droit qui devient un instrument de l'économie[5]. Du point de vue du juge aussi, une telle perspective modifie radicalement le statut de l'économie : celle-ci ne serait plus seulement un instrument de connaissance des faits, qui relèverait de l'expertise, mais la source ultime de la règle de droit, intéressant directement le juge dans son activité d'interprétation. À suivre cette logique, il

---

il s'agit de s'intéresser à la réalité des phénomènes économiques saisis par le droit, au besoin en bouleversant par une analyse critique les classifications, considérées comme « formelles », à travers lesquelles le droit les appréhende. Dans cette perspective, le raisonnement économique est un outil critique du droit.

[1] J.-Cl. VENEZIA, « Sur le degré d'originalité du contentieux économique », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ et Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1974, pp. 147-164. L'auteur montre que le contentieux économique fait appel aux techniques juridictionnelles habituelles, notamment le contrôle de motivation. P. WEIL, « Le droit international : mythe ou réalité », *in Aspects du droit international économique*, Actes du colloque d'Orléans, 25-27 mai 1971, Pédone, 1972, pp. 1-34, p. 21, souligne pour sa part que le contentieux économique est technique, mais qu'il n'y a là aucune originalité, car d'autres le sont tout autant, par exemple le contentieux de la construction ou de la responsabilité médicale.

[2] F.-Ch. JEANTET, *op. cit.*, p. 36.

[3] Cl. CHAMPAUD, *op. cit.*, p. 219.

[4] A. JACQUEMIN, « Le droit économique, serviteur de l'économie ? », *RTD com.*, 1972, pp. 283-295 ; D. DANET, « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *RIDE*, 1993, pp. 4-27 ; L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit », *Mélanges André Decocq. Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, pp. 605-614.

[5] Ce point de vue a, très tôt et à juste titre, été critiqué comme excessif, mais aussi naïf par A. JACQUEMIN, *op. cit.*, spéc. p. 289.

faudrait dire qu'en cas de doute sur ce que dit la loi, le juge devrait se référer à l'économie comme source normative. Le droit de la concurrence devrait être interprété de manière « économiquement correcte »[1]. Cette perspective est critiquable, nous y reviendrons[2], mais elle a le mérite de soulever une question fondamentale, liée au statut de l'économie comme science à la fois positive et normative[3]. En effet, le juge a pour mission d'appliquer le droit, pas l'économie. Dès lors, il faudra se demander dans quelle mesure le choc des normativités juridique et économique fait obstacle à la prise en considération de l'économie par le juge[4].

14. **Magistratures économiques.** Outre la question des finalités de la règle de droit, les réflexions sur le droit économique suscitent une seconde interrogation, qui touche directement à l'objet de la présente étude. C'est, cette fois, une question de méthode. Les promoteurs du droit économique soulignent qu'une « symbiose étroite » des savoirs économiques et juridiques est nécessaire[5]. Pour appliquer un droit nouveau, pénétré d'économie, il faudrait inventer des « magistratures économiques »[6]. La définition du magistrat économique est demeurée vague. Celui-ci devait « guider les évolutions et apporter, dans l'application du droit de l'économie, la sagesse d'un conciliateur informé »[7] ou réaliser l'« alliage de la science de l'économiste et de la conscience du juriste »[8]. L'imprécision de ces conceptions explique sans doute en partie que l'idée de magistratures économiques n'ait pas connu de traduction institutionnelle[9]. Cependant, là encore, des questions essentielles pour le droit de la concurrence se trouvaient posées.

---

[1] D. DANET, « Le droit antitrust doit-il être économiquement correct ? », *D. Aff.*, 1996, n° 43, pp. 1370-1376 (l'auteur répond par la négative).

[2] *Infra* n° 113 et s.

[3] Sur le lien indissoluble entre positivité et normativité en économie, V. D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, spéc. p. 19 et Chap. 15.

[4] Cette question est traitée dans le Chapitre 1 du titre I de la première partie.

[5] Cl. CHAMPAUD, *op. cit.*, p. 219.

[6] A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, *La magistrature économique*, Oyez et Bruylant, 1976, « Éléments structurels d'une magistrature économique », *RTD com*, 1977, pp. 421-434. A. JACQUEMIN et B. REMICHE, *Les magistratures économiques et la crise*, Centre de Recherche et d'Information Socio-politiques, Bruxelles, 1984. *Adde : Les magistratures économiques I* et *II*, *RIDE*, 1997, vol. 11, n° 2 et n° 3. Cl. CHAMPAUD, « L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies », préc., spéc. pp. 61-62.

[7] R. HENRION, « Exposé de synthèse », *in* A. JAQUEMIN et G SCHRANS, *op. cit.*, p. 13, cité par Cl. CHAMPAUD, « L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies », préc., p. 63.

[8] Cl. CHAMPAUD, *ibid.*

[9] A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, préc., note 138, p. 33. Cp. D. DANET, préc., qui voit dans le Conseil de la concurrence un exemple de magistrature économique.

15. **Questions.** La difficulté que peuvent éprouver les magistrats d'appliquer le droit de la concurrence est bien réelle[1]. Aussi la question de la formation des juges en économie se pose-t-elle de manière très concrète[2]. La réponse à lui apporter est loin d'être évidente[3]. On peut remarquer que ces questions pratiques sont directement liées au statut de l'économie pour le juge et à son éventuelle spécificité. En effet, la nécessité d'une formation des juges à la physique des solides n'a, par exemple, jamais été soulevée, alors même que, dans le contentieux de la construction, le juge peut être amené à se prononcer sur la résistance des matériaux utilisés. Si le besoin d'une formation économique des juges se fait jour, c'est donc le signe, sinon d'une spécificité radicale du contentieux économique, du moins du fait que, comme l'avaient pressenti les tenants du droit économique, l'économie n'intervient pas seulement dans la connaissance des faits. L'économie ne serait pas seulement un savoir d'expert, mais aussi un outil pour le juge lui-même. Il en va spécialement ainsi en droit de la concurrence, où le besoin d'intégrer le savoir économique est largement reconnu, sans que

---

[1] L. IDOT, « Quelques exemples de la difficulté du juge du contrat à appréhender le droit de la concurrence et le règlement no. 2790/99 », *Revue des contrats*, 2005, n° 4, pp. 1033-1036 ; C. NOURRISSAT et R. WTTERWULGHE, *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004.

[2] M. ARMAND-PREVOST, « Quel profil pour un juge économique en France ? », *in Mélanges Pierre Bézard*, Petites Affiches et Montchrestien, 2002**,** pp. 33-40. G. CANIVET, « La formation du juge à l'économique », *RJC*, 2002, pp. 63-73. Du même auteur, « The Role of the Judge », *in* C. D. EHLERMANN et L. L. LAUDATI (éds.), *Robert Schuman Centre Annual on Competition Law 1996*, Kluwer Law International, 1997, pp. 325-333, spéc p. 332.

[3] F. JENNY, « Competition Law Enforcement : Is Economic Expertise Really Necesssary ? », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998, chap. 11, pp. 185-201. Certains juges soulignent que les connaissances économiques sont parfois moins importantes que les règles de preuve. En ce sens, D. P. WOOD, *in* « The Role of the Judge », préc., p. 312. Sans doute la question de la formation des juges à l'économie appelle-t-elle des réponses différenciées et nuancées. Le point de vue de Madame Wood est celui d'un juge qui a précisément une connaissance approfondie de l'économie (V. D. P. WOOD, « Le rôle de la science économique et des économistes dans les affaires de concurrence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence*, 1999, pp. 99-123). Les questions de degré ne peuvent être négligées. V. sur ce point. L. IDOT, « France » *in* D. CAHILL et J. D. COOKE, *The Modernisation of EC Competition Law Enforcement in the EU – FIDE 2004, National Reports*, Cambridge University Press, 2004, pp. 151-185, spéc. p. 176. L'auteur souligne la formation moindre des juges consulaires au droit comme à l'économie. En outre, la question de savoir comment la formation des juges devrait, le cas échéant, être organisée appelle une réponse qui tienne le plus grand compte de l'indépendance des juges, au sens le plus large. C'est notamment un argument pour que la formation ne soit pas organisée par les autorités de concurrence. En ce sens, D. SONKA, « The Role of the Judiciary in Enforcing and Legitimizing Competition Law and Policy », Discours prononcé à Hong-Kong le 12 décembre 2005, disponible à l'url www.ftc.gov/speeches/other/051212hongkongshonka.pdf. Cp. M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit des obligations*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 32, 2004, n° 7504 p. 692. En outre, la formation à l'économie ne doit pas être un « endoctrinement » qui nourrirait le non-dit du jugement. Sur ce thème (indépendamment de la formation des juges à l'économie), *L'officieux et le non-dit dans le jugement*, Conférence du 31 mars 2005, Cour de cassation, spéc. l'intervention de Y. AGUILA, disponible sur le site http://www.courdecassation.fr.

cela supprime la distance du souhait à la réalité[1]. C'est pourquoi il paraît essentiel de se demander non seulement *si*, mais aussi *comment* le juge peut se servir de l'économie[2].

16. **Conclusion du A : questions juridiques.** Les perspectives juridiques sur les relations du droit et de l'économie posent donc sans véritablement les résoudre plusieurs questions fondamentales en ce qui concerne l'usage de l'économie par le juge : quel est le rôle de l'économie dans la connaissance des faits ? Quel est son rôle dans l'interprétation du droit ? Enfin, quel est son rôle dans le va-et-vient entre le fait et le droit qui préside à la qualification juridique des faits ?

17. Outre le regard juridique, les relations entre le droit et l'économie donnent aussi lieu à une analyse dans une perspective économique. Il convient de la présenter succinctement afin d'exposer ce qui distingue notre approche de celle de l'analyse économique du droit.

B. Perspective économique : distance et liens de l'approche retenue avec l'analyse économique du droit

18. **Analyse économique du droit.** La perspective économique la plus générale sur le droit est celle qui est connue sous le nom d'analyse économique du droit[3]. La perspective est alors inverse de la perspective juridique décrite plus haut. En effet, il ne s'agit plus de considérer le fait économique comme un objet de la règle juridique, mais au contraire de prendre les règles de droit et les institutions juridiques comme objet de l'analyse économique. La perspective se distingue aussi nettement de celle du droit économique. Alors que celui-ci cherche son unité dans son objet (les relations économiques, l'intervention de l'État et la vie

---

[1] Cl. CHAMPAUD, « Caractères du droit de la concurrence », préc., n° 78, décrit le droit de la concurrence comme l'« exemple le plus achevé d'osmose entre droit et économie ». Cependant, encore aujourd'hui, cette caractérisation nous semble relever du souhait autant que du constat. La question de l'intégration des savoirs est aussi abordée *de lege ferenda* par M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, Précis, 2006, n° 9, p. 10 : « [i]l ne faut donc pas *craindre* le rôle de l'analyse économique dans le droit de la concurrence. C'est à l'inverse lorsqu'une pensée économique claire est absente des règles du droit de la concurrence que les inquiétudes doivent naître ». Pour un point de vue d'économiste sur une question d'actualité, D. SPECTOR, « From Harm to Competitors to Harm to Competition : One more Effort, Please ! », *European Competition Law,* 2006, pp. 145-162. De manière plus générale, sur la réticence des juristes à véritablement aller vers un savoir économique en dépit de proclamations contraires, Ch. JAMIN, « Économie et droit », préc., p. 579 (à propos de l'introduction de l'économie dans les facultés de droit à la fin du XIX^{ème} s.) et p. 580 (actuellement).

[2] Tel est l'objet de la seconde partie.

[3] Pour des présentations générales en français, T. KIRAT, *Économie du droit*, La Découverte, coll. « Repères », 1999. A. OGUS et M. FAURE, *Économie du droit : le cas français*, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit comparé », 2002. E. MACKAAY, *L'analyse économique du droit*, Éd. Thémis et Bruylant, Montréal et Bruxelles, 2000.

des entreprises), l'analyse économique du droit tire son unité de la construction de son objet[1]. Plus précisément, cette unité vient du modèle du choix rationnel[2], applicable à tout type de choix, y compris, mais pas uniquement, le choix d'une règle juridique par le législateur ou le juge[3]. La perspective est donc externe au droit. Elle s'intéresse aux règles et aux institutions, mais assez peu au juge en tant que tel[4]. Cela ne signifie pas qu'elle soit sans intérêt pour le droit, car l'analyse économique du droit renvoie au droit une image de lui-même qui intéresse le juriste en général et le juge en particulier[5]. Cependant, il s'agit d'une image très particulière, puisque le droit est vu uniquement à travers le prisme de « l'efficience »[6]. L'utilité d'une telle analyse du point de vue du législateur ou du juge renvoie donc à deux questions. La première consiste à se demander si l'auteur d'une règle (législateur ou juge) se détermine au regard des conséquences prévisibles de cette règle. Si cette première question reçoit une réponse affirmative, la seconde question consiste à se demander quelles conséquences sont prises en considération. Cette dernière interrogation renvoie à l'interprétation des finalités du droit et nous n'y reviendrons pas[7]. En revanche, la première question concerne un possible conflit de logiques qu'il convient d'exposer.

19. **Conflit de logiques.** Le raisonnement conséquentialiste est intimement lié à la réception de l'analyse économique du droit[8]. Or, dans la tradition française, ce raisonnement

---

[1] Ph. COPPENS, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit », *in* Y. CHAPUT, *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, 2002, pp. 207-222, p. 211.

[2] *Ibid*.

[3] V. G. S. BECKER et G. N. BECKER, *The Economics of Life*, Mac Graw Hill, 1997.

[4] L'analyse économique du droit s'intéresse à l'organisation judiciaire et au procès, mais il s'agit d'une question différente de celle de l'application de la norme par le juge. Sur l'économie de la justice, V. notamment B. DEFFAINS, « Économie de la justice », *in* L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2005 ; M. DORIAT-DUBAN, *L'analyse économique du règlement des conflits : application au droit civil français*, Thèse Nancy II, 2000 ; B. DEFFAINS et M. DORIAT-DUBAN, « Le temps de la justice : analyse économique de la durée des litiges selon leur mode de règlement *», in Le droit et l'économie : quelles rencontres ?*, Éditions du CNRS, 2000. Dans une perspective juridique, L. CADIET, « L'économie des conventions relatives à la solution des litiges », *in L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, préc., pp. 313-331 ; G. CANIVET, « Économie de la justice et procès équitable », *JCP (G)*, 2001, I, p. 2085.

[5] En ce sens, G. CANIVET, « Le juge, le droit et l'économie », *Droit et justice* (lettre de la mission de recherche Droit et Justice), 2004, n° 17 : « le souci de l'efficacité que poursuit l'analyse économique du droit n'est pas étranger aux finalités de la jurisprudence ». V. aussi F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n° 43, p. 41.

[6] Nous reviendrons sur le sens précis de cette notion (*infra* n° 117). Qu'il suffise ici de dire à titre provisoire que le critère d'efficience équivaut à dire que le but poursuivi par les règles de droit est la recherche de la plus grande production possible, compte tenu des ressources disponibles.

[7] *Supra* n° 13.

[8] H. MUIR-WATT, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *in* B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, pp. 37-45, p. 42.

n'est pas le plus apparent[1]. Si la perspective instrumentale n'est pas étrangère au législateur[2], l'idée que le juge décide en fonction des conséquences de sa décision continue, à tort ou à raison, de susciter des réserves. Cette idée va à l'encontre de l'image d'une justice aux yeux bandés. Elle prend aussi à revers la description traditionnelle du syllogisme judiciaire, qui part de la règle pour en déduire une conséquence[3]. À l'inverse, le raisonnement conséquentialiste part de l'analyse des conséquences pour en inférer la meilleure règle. En ce sens, l'approche économique semble conduire à une « inversion de la chronologie juridique »[4].

20. **Syllogisme et conséquentialisme.** L'opposition entre une logique inductive, qui caractériserait l'analyse économique, et une logique déductive, qui caractériserait le raisonnement du juge, mérite d'être immédiatement relativisée. Elle repose en effet sur une description caricaturale du raisonnement judiciaire. En ce sens, les auteurs ont de longue date souligné que le syllogisme, même lorsqu'il reste, comme en France, la forme du jugement, ne reflète pas le raisonnement par lequel le juge parvient à la solution du litige[5]. Comme l'a écrit Jacques Normand, « le syllogisme judiciaire, par quoi l'on est accoutumé à caractériser la démarche intellectuelle du juge dans l'accomplissement de sa mission, ne peut avoir que valeur d'image. Encore est-ce une image dangereusement déformante de la réalité. Aussi bien l'office du juge ne s'exerce-t-il pas d'une manière mécanique. Dans le syllogisme, les prémisses supposent toujours un jugement de valeur, il s'y glisse une irréductible part d'appréciation personnelle, et c'est par le truchement de cette appréciation que le juge assume son double rôle créateur, à l'égard du fait et à l'égard du droit »[6]. Cela est si vrai que le raisonnement conséquentialiste transparaît parfois même dans les syllogismes de la Cour de cassation[7]. Comme l'a observé un premier président honoraire de la Cour de cassation,

---

[1] *Ibid*.

[2] L'existence d'un office parlementaire d'évaluation de législation (créé par la loi du 15 juin 1996) en témoigne. Sur l'évaluation législative, V. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n° 422, p. 339 et références citées.

[3] H. MUIR-WATT, *op. cit.*, *loc. cit.*

[4] M.-A. FRISON-ROCHE, « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire », *in* Y. CHAPUT (dir.), *Le droit au défi de l'économie, préc.*, pp.45-60, p. 46.

[5] P. HÉBRAUD, « Rapport introductif », *in La logique judiciaire*, 5ème Colloque des IEJ (Paris, 18-20 mai 1967), PUF, 1969, pp. 26-70, spéc. pp. 28-36.

[6] J. NORMAND, *Le juge et le litige*, préc., n° 17, p. 16.

[7] Pour un arrêt ancien qui manifeste clairement la prise en considération par la Cour de cassation des conséquences de la règle qu'elle pose, V. Req. 20 octobre 1920, *D*. 1920, 1, 161, P. Matter ; *S.* 1922, 201, note J. Hamel, *Grands arrêts du droit des affaires,* n° 8, p. 90, obs. A. LAUDE. Pour donner force de loi à la solidarité des co-débiteurs en matière commerciale, la Cour de cassation constate dans cet arrêt que cette règle est ancrée

« derrière lui [le syllogisme], elle [la Cour de cassation] a abrité sa réserve et sa pudeur, et elle a coupé court à toute tentative d'analyse du comportement réel des magistrats »[1]. Le syllogisme est une forme du jugement qui correspond au souci de mettre en avant la fidélité du juge à la loi, mais il n'est pas la forme logique caractéristique du raisonnement judiciaire. Il ne reflète pas non plus la démarche concrète du juge[2]. Du reste, même les auteurs qui, comme Motulsky, estiment que le syllogisme a été injustement décrié ne contestent pas que la partie difficile du travail du juge n'est pas la déduction finale, mais la recherche des prémisses du syllogisme[3]. Ces remarques permettent de relativiser l'opposition des méthodes : il n'y a pas nécessairement de contradiction entre la méthode inductive de l'analyse économique et la méthode du juge, car la déduction ne caractérise que l'étape ultime du raisonnement du juge et non la démarche par laquelle il recherche la solution. Cependant, une fois cette opposition superficielle écartée, reste une véritable question du point de vue du juge : l'analyse économique peut-elle être utile au juge dans la recherche des prémisses du syllogisme et/ou dans le rapprochement des faits et du droit et, dans l'affirmative, en quoi ?

21. Il convient de souligner que ces interrogations suscitées par l'analyse économique du droit concernent tout particulièrement le droit de la concurrence. En effet, l'économie de la concurrence se situe dans la même perspective que l'analyse économique du droit.

22. **Économie de la concurrence**. Il existe une vaste littérature, principalement anglo-saxonne, sur le droit de la concurrence et l'économie. Nous y ferons largement appel dans le corps des développements et il ne s'agit pas ici d'en présenter le contenu, fût-ce cursivement.

---

dans l'usage mais aussi que « la solidarité entre débiteurs se justifie par l'intérêt commun du créancier [que cet usage] incite à contracter, et des débiteurs dont il augmente le crédit ». La consécration de l'usage est donc justifiée par l'impact néfaste qu'aurait eu sur le crédit une solution contraire.

[1] P. BELLET, « Servitudes et liberté du juge : les articles 4 et 5 du code civil français », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Études publiées par P. VASSART sous la direction de G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Éd. Nemesis, 1988. C'est précisément en cela que le syllogisme et le style ramassé qui va de pair rendent l'étude du raisonnement du juge plus difficile. C'est aussi la raison pour laquelle notre étude octroie une large place aux arrêts des juridictions communautaires, dont le raisonnement est plus apparent.

[2] Sur ce point, V. notamment Ch. PERELMAN, « Raisonnement juridique et logique juridique », *APD*, 1966, pp. 2-6, spéc. p. 5 : « bien souvent le juge, pour justifier sa qualification, s'inspire de (…) l'appréciation des conséquences légales qui découleraient de sa décision » ; A. GARAPON, *L'âne portant des reliques : essai sur le rituel judiciaire*, Le centurion, coll. « Justice humaine », 1985, préf. J. CARBONNIER, pp. 134-135. L'auteur note aussi que « [c]ontrairement à ce qu'on peut penser, l'activité intellectuelle du juge ne se réduit pas à l'application syllogistique d'une règle de droit à une situation de fait ». Pour un point de vue sociologique sur le raisonnement conséquentialiste du juge (notamment dans ses décisions d'organisation de son propre travail), V. R. BOUDON, *Le juste et le vrai : Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Fayard, 1995, pp. 344-345.

[3] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002 (réimpr.), n° 51, p. 50.

Il s'agit plutôt de situer par rapport au juge le point de vue de l'analyse économique dans le domaine de la concurrence. À cet égard, la concurrence est pour les économistes un sujet d'études bien avant l'avènement du droit éponyme[1]. Si le modèle de la concurrence parfaite est approximativement contemporain du *Sherman Act*, il n'a nullement été développé en vue d'une application pratique[2]. Cela est encore vrai des théories néoclassiques ultérieures[3]. Cependant, la théorie économique de la concurrence s'est, par la suite, développée en relation étroite avec le droit de la concurrence. L'École de Chicago a développé ses analyses pour critiquer l'influence de l'École de Harvard sur la conception du droit de la concurrence[4]. L'analyse économique n'avait donc pas comme seul objet la concurrence, mais aussi le droit de la concurrence. C'est en cela que l'économie de la concurrence se situe dans la perspective de l'analyse économique du droit. On peut dire qu'elle en est une application particulière. En effet, les économistes qui s'intéressent aux règles de droit de la concurrence admettent généralement les prémisses normatives de l'analyse économique du droit et cherchent à évaluer les règles de droit au regard de leur effet[5]. Le juge de la concurrence est donc

---

[1] On fait généralement remonter la conception économique de la concurrence à la naissance de l'économie politique elle-même. Adam Smith, père de l'économie politique, est en ce sens aussi un précurseur des théories de la concurrence. V. sur ce point, M. GLAIS et Ph. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la* concurrence, PUF, 1982, p. 7. Dans *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, (trad. française P. TAÏEB, PUF, 1995, édition comportant un précieux index), Smith ne consacre aucun des cinq livres de l'ouvrage ni aucun chapitre à la concurrence. En revanche, il s'y réfère à plusieurs reprises, comme à un mécanisme qui fait graviter les prix vers leur niveau naturel (p. 65 et s.) et comme à un mécanisme qui contient le profit dans des limites raisonnables (p. 963). Il souligne, dans un passage souvent cité, que restreindre la concurrence est dans l'intérêt des négociants et non du public (p. 298). Il expose également ses bienfaits du point de vue de l'intérêt du public (p. 377) et fait valoir que le souverain y trouve aussi son intérêt (p. 733).

[2] La formulation mathématique de ce modèle est due à WALRAS. La première publication de sa *Théorie de la richesse sociale* date de 1849, mais la théorie a été complétée entre 1874 et 1877. V. sur ce point, la bibliographie citée par J. LALLEMENT, « Prix et équilibre selon Léon Walras », *in* A. BÉRAUD ET G. FACARELLO, *Nouvelle histoire de la pensée économique,* T. 2. *Des premiers mouvements socialistes aux néoclassiques*, La Découverte, 2000, pp. 449-497. Comme l'expose J. Lallement (p. 456 et s.), Walras distinguait nettement l'économie pure de l'économie appliquée. En ce qui concerne la concurrence, Walras pense que l'économie pure démontre les bienfaits des marchés de libre concurrence pour résoudre la question de l'échange des richesses sociales. Par ailleurs, l'économie appliquée montre la supériorité de la concurrence dans l'organisation de la production de certains biens mais aussi la nécessité du monopole dans certains cas. Fort de ces résultats, Walras préconise un rôle actif de l'État dans le maintien de la concurrence, mais la justification générale des politiques de concurrence doit être distinguée des outils conceptuels d'application du droit de la concurrence. (*op. cit.*, pp. 456-457). Le Sherman Act date de 1890.

[3] V. A. BÉRAUD ET G. FACARELLO, *Nouvelle histoire de la pensée économique*, T. 3, *Des institutionnalistes à la période contemporaine*, La Découverte, 2000, partie VIII « Les années de haute théorie », p. 119 et s. et spéc. le chapitre de M. RAINELLI, « Comportement et formes de concurrence », pp. 125-161.

[4] Certains auteurs comme H. BORK puis POSNER se sont fait les relais des enseignements des théories de Chicago.

[5] Sur le présupposé de l'analyse économique selon lequel le but des règles de concurrence est l'efficience, V. notamment F. JENNY, « Droit européen de la concurrence et efficience économique », *Revue d'économie industrielle*, n° 63, 1993, pp. 193-206 ; D. HILDEBRAND, « The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules : The European School », 2e éd. Kluwer 2002, p. 5.

directement concerné par les questions plus générales qui ont été évoquées, à savoir, d'une part, la question de la compatibilité entre l'approche économique et l'approche juridique relativement aux finalités de la règle de droit et, d'autre part, la question de l'articulation des méthodes. Pour autant, pas davantage que l'analyse économique du droit en général, l'économie de la concurrence ne s'est encore intéressée spécifiquement à l'application judiciaire du droit de la concurrence[1].

23. **Juge et raisonnement dans l'approche économique.** L'absence de prise en considération de la spécificité du procès paraît venir de la manière dont l'analyse économique définit son objet. Elle s'intéresse aux règles, indépendamment de leur auteur. Partant, elle ne s'intéresse pas non plus au mécanisme d'élaboration de la règle par le juge à l'occasion d'un litige. C'est également ce qui conduit cette approche à ne pas s'intéresser au raisonnement économique. Dans la perspective de l'analyse économique, seule la conclusion du raisonnement économique (la règle efficiente) importe en effet, et non le raisonnement lui-même. Cette manière de voir ne fait pas de place à la contradiction et débouche sur une conception réductrice du juge. Celle-ci a été très nettement exprimée par Bork[2]. Cet auteur emblématique de l'École de Chicago réduit en effet le juge au statut d'agent de l'efficience[3]. Dans son analyse, il appartient à l'économie de dégager des solutions *a priori* à partir de l'analyse abstraite des questions de droit, et il appartient au juge de les appliquer. Les solutions sont dictées au juge indépendamment des faits de la cause. Cette approche nie non seulement la normativité du droit positif – lequel peut poursuivre d'autres finalités que l'efficience – mais elle ignore aussi la réalité élémentaire du procès. Ni les faits invoqués par les parties, ni les prétentions qu'elles formulent n'ont de place dans cette analyse. Or, même le juge de la légalité qu'est le juge administratif ou communautaire n'est jamais saisi d'une pure question de droit. Il est précisément saisi de la légalité d'une décision, rendue à propos de faits et répondant à des argumentations contradictoires. En somme, la conception défendue par Bork évince à la fois le droit, les faits et l'argumentation. Elle constitue donc un utile repoussoir pour l'étude de l'usage judiciaire du raisonnement économique.

---

[1] D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 271-285, p. 279. L'auteur relève que les économistes commencent tout juste à prendre conscience de la spécificité de l'usage de l'économie dans les procès.

[2] R. H. BORK, « The Role of the Courts in Applying Economics », *Antitrust L. J.*, 1985, pp. 21-26.

[3] Sur la justification paradoxale que donne BORK de cette affirmation, V. *infra* n° 160. L'auteur soutient que c'est parce que le juge ne doit pas s'appuyer sur des jugements de valeur qu'il doit s'efforcer de ne prendre en considération que l'efficience (feignant d'ignorer que cette norme contient un jugement de valeur).

24. **Conclusion du I : questions sur l'usage judiciaire de l'économie.** Les relations entre droit et économie ont été abordées de différents points de vue par les juristes et par les économistes. La confrontation des points de vue montre cependant que les questions spécifiques au juge n'ont pas été au centre des analyses. La mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence soulève donc des questions largement inédites. Quel est le rôle de l'économie dans la connaissance et dans la preuve des faits ? dans l'interprétation du droit ? dans l'opération de qualification juridique des faits ? En ce qui concerne l'interprétation du droit, le juge doit-il admettre la prémisse de l'analyse économique selon laquelle le but ultime de toute règle de droit est l'efficience ? Ces questions montrent que le rapprochement entre l'analyse économique et la démarche du juge n'est pas évident. Pourtant, l'histoire du droit de la concurrence permet de comprendre à quel point le rapprochement du droit et de l'économie est, dans cette matière, nécessaire au juge.

II. PERSPECTIVE HISTORIQUE

25. Le droit de la concurrence est un droit jeune, si bien qu'il n'y a pas lieu de remonter très loin dans le temps pour le mettre en perspective. Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, le droit de la concurrence n'existait pour ainsi dire pas en Europe[1]. La discipline est donc âgée d'à peine plus de cinquante ans. Il est cependant utile de revenir sur quelques aspects de cette brève histoire. Il ne s'agit pas ici de retracer l'histoire du droit français de la concurrence, de la jurisprudence sur la concurrence déloyale à l'Ordonnance de 1986. Cela a été fait[2] et n'est pas nécessaire à notre propos. En revanche, il est utile de présenter plusieurs éléments de l'histoire du droit de la concurrence dans une perspective européenne plus large, car cette histoire – peu accessible jusqu'à un ouvrage relativement récent[3] – éclaire spécifiquement la question du juge. Avant cette étude précise, on avait surtout mis en avant

---

[1] P. J. SLOT, « A view from the Mountain : 40 Years of developments in EC Competition Law », *CML Rev.*, 2004, pp. 443-473, p. 443.

[2] D. BRAULT, *L'État et l'esprit de la concurrence en France*, Economica, 1987. J.-M. MOUSSERON et V. SÉLINSKY, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, 2ème éd., 1988, n° 8 et s., p. 10 et s. V. aussi P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, Economica, 2006, spéc. pp. 455-476.

[3] D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus*, préc. L'une des raisons de la rareté des études historiques tient à ce que des documents essentiels n'étaient accessibles qu'en allemand. Il a fallu attendre l'ouvrage de A. PEACOCK et H. WILLGERODT (éds.), *Germany's Social Market Economy : Origins and Evolution*, MacMillan, Londres, 1989, pour disposer d'une traduction en anglais d'une sélection de textes importants. À notre connaissance, aucune traduction n'est disponible en français. Pour une présentation en français du courant ordo-libéral allemand, V. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 560 et s. p. 481 et s.

l'influence du droit américain[1]. Il est vrai que les autorités américaines ont fait pression après la guerre pour l'adoption de règles sur la concurrence[2]. Il est également exact que la rédaction des articles du traité de Rome consacrés aux règles de concurrence doit beaucoup à un professeur de droit américain[3]. Cependant, le rôle du juge dans la mise en œuvre du droit de la concurrence a été très différent en Europe et aux États-Unis. En Europe, l'application judiciaire de ce droit n'allait pas de soi. C'est l'expérience qui a révélé la nécessité de faire une place importante au juge. En ce sens, l'histoire éclaire le rôle du juge. Plus précisément, c'est vers l'Autriche et l'Allemagne qu'il faut se tourner pour comprendre les spécificités européennes du droit de la concurrence.

26. **Le projet autrichien.** Le premier projet européen de loi sur la concurrence est contemporain du *Sherman Act*. Il a vu le jour en Autriche en 1897 et si, pour des raisons politiques contingentes, il n'a pas été voté, il n'en a pas moins grandement et durablement influencé le débat européen[4]. Le projet était issu du diagnostic d'après lequel la crise économique de 1873 révélait l'impasse du laisser-faire. L'idée selon laquelle il fallait, pour sauver le libéralisme, à la fois protéger et encadrer la concurrence gagnait du terrain. Le principe de prohibition des cartels avait été présenté en 1894 par Adolf Menzel, un professeur de droit autrichien, dans une conférence organisée par l'influent *Verein für Sozialpolitik*[5]. Selon cet auteur, la raison pour laquelle il fallait interdire les cartels tenait au fait qu'ils restreignaient la concurrence et pouvaient en conséquence être l'instrument d'une augmentation des prix, et donc d'un dommage à la société. Sa thèse s'appuyait sur les écrits des économistes autrichiens qui lui étaient contemporains. Dans son projet, la justification de

---

[1] L. VOGEL, *Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2006, n° 1, p. 16 ; Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit européen des affaires*, 4ème édition, Litec, 2002, n° 3878. V. aussi B. VAN DER ESCH, « EC Rules on Undistorted Competition and U.S. Antitrust Laws : The Limits of Comparability », *Fordham. Corp. L. Inst.* 1988 (B. Hawk ed. 1989), pp. 18-28 ; B. HAWK, « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne ? », *RTD Eur.*, 1989, n°1, p. 6. V. Aussi G. MARENCO, « La notion de restriction de concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes » *in Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 1217-1245, p. 1224 : « les auteurs du traité CECA entendaient importer les notions américaines même si leur contenu précis et leurs objectifs n'étaient ni familiers ni clairs ».

[2] Les autorités américaines estimaient que les cartels avaient contribué à l'avènement du nazisme et à la guerre. Par ailleurs, la décartellisation promettait d'ouvrir les marchés européens aux entreprises américaines. Sur ces points, D. GERBER, *op. cit.*, pp. 172 et s. et référence citée note suivante.

[3] L'épisode est raconté par J. MONNET, *Mémoires*, Fayard, 1976, réimpr. 2004, pp. 410-412. Le professeur Bowie, de l'université de Harvard, avait été appelé en renfort par le général McCloy, commandant de la zone d'occupation américaine en Allemagne. Il a rédigé une première version de ces textes, revue ensuite, comme l'ensemble du projet de traité, par M. Lagrange, alors Conseiller d'État et appelé à devenir le premier avocat général français à la Cour de justice.

[4] Tout ce passage s'appuie sur D. GERBER, *op. cit.* chap. 2.

[5] F. KLEIWÄCHTER, *Die Kartellen*, Insbruck, 1883, cité par D. GERBER, *op. cit.*, p. 54 et s.

l'interdiction était exprimée en termes d'allocation des ressources, le pouvoir de marché exercé par un cartel étant comparé à une taxe privée prélevée sur les consommateurs. Il n'y avait là cependant qu'un principe et Menzel considérait que les cartels pouvaient aussi, dans certains cas, être bénéfiques. Pour mettre en œuvre ce principe d'interdiction et ses exceptions non définies, il proposait une innovation juridique. Constatant l'ineffectivité des sanctions pénales[1], le caractère inapproprié des sanctions civiles[2] et la nécessité d'une intervention législative[3], il concluait à la mise en place d'une surveillance administrative de la concurrence avec un mécanisme de notification préalable[4]. Le juge était écarté de ce dispositif. Ce premier volet historique traduit donc une certaine confiance dans le droit pour assurer le maintien de la concurrence[5], mais il s'agit d'un droit sans juge.

27. **Le modèle administratif européen.** La conception selon laquelle le droit de la concurrence doit lutter contre les abus de pouvoir économique et doit être mis en œuvre par un mécanisme administratif s'est généralisée en Europe à partir des années 1930[6]. En ce sens, le dispositif adopté en France en 1953, qui confiait au ministre (sur avis de la Commission technique des ententes) le pouvoir d'autoriser les ententes, s'inscrivait dans un modèle européen[7]. Ce modèle administratif se démarque nettement du modèle américain, dans lequel certains types de comportement sont interdits par des règles générales et dont la mise en œuvre est confiée aux tribunaux[8]. En Europe, l'éviction du juge a fréquemment débouché sur une sous-application des dispositifs, qui étaient politiquement vulnérables et dans lesquels le

---

[1] Le droit autrichien connaissait des dispositions analogues à celles de l'article 419 de l'ancien Code pénal français dont elles partageaient l'origine napoléonienne.

[2] L'efficacité dissuasive des sanctions civiles reposait sur la défection peu probable d'un membre du cartel. Par ailleurs, les interdictions fondées dans le droit civil pouvaient être facilement contournées.

[3] D. GERBER, *op. cit*., p. 56, note que Menzel rejetait par avance les thèses de l'École de Chicago selon lesquelles une intervention législative ne serait pas nécessaire, car le processus concurrentiel serait assez fort pour éliminer de lui-même les phénomènes de pouvoir de marché.

[4] Pour un écho contemporain de ces propos, F. JENNY, « Les relations entre le droit et l'économie dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *Gaz. Pal.*, 1997. 1., pp. 260-261, p. 261.

[5] D. GERBER, *op. cit.*, p. 63.

[6] D. GERBER, *op. cit.*, pp. 162 et s. L'auteur expose le mécanisme de dissémination du modèle et le rôle qu'a joué la Conférence de l'union interparlementaire qui s'est tenue à Londres en 1933.

[7] Pour une présentation plus détaillée du décret du 9 août 1953 et, plus généralement, du droit français de cette époque, V. D. BRAULT, *op. cit.*, spéc. p. 33 et s. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n° 543 et s., p. 469 et s. *Adde :* F. JENNY, « French Competition Policy in Perspective », préc., p. 303.

[8] V. aussi D. GERBER, *op. cit.*, p. 215 (sur la prégnance du modèle administratif européen et le rejet du modèle judiciaire américain en Grande-Bretagne).

pouvoir discrétionnaire était généralement exercé sans recourir à l'analyse économique[1]. C'est principalement en réaction à cette situation que s'est opérée une progressive judiciarisation du droit de la concurrence[2]. Cependant, certaines tentatives de donner un rôle accru aux juges dans la mise en œuvre du droit de la concurrence ont débouché sur des approches très formalistes[3]. À cet égard, le contrôle du juge conçu en dehors de toute approche économique ne représentait une amélioration que toute relative.

28. De cette tendance brossée à grands traits, on peut retenir que le remède aux écueils du modèle administratif doit être recherché à la fois du côté du juge et de l'économie. Seul le développement par le juge de normes de comportement plus précises, notamment à partir de concepts économiques, permet de rendre plus prévisibles et plus transparents des systèmes de droit de la concurrence fortement marqués par le pouvoir discrétionnaire de l'administration[4]. Si le modèle administratif s'est largement diffusé en Europe, il faut cependant mentionner un développement historique parallèle, qui jette une autre lumière sur le rôle du juge.

29. **Le cas allemand.** L'Allemagne a connu, comme les autres pays européens, un contrôle administratif des ententes[5]. Cependant, ce pays a aussi vu naître une réflexion et un modèle différents. À la différence de Menzel et des économistes autrichiens, les économistes de l'école historique allemande, dominante en Allemagne de la fin des années 1880 jusqu'à la Première guerre mondiale, voyaient les cartels sous un angle favorable[6]. Dans ce climat intellectuel et à une époque où les cartels n'étaient pas interdits, les juges ont été amenés à leur appliquer le droit commun. Les litiges dont les juridictions étaient saisies opposaient soit des membres d'un cartel entre eux, soit d'anciens membres au cartel qu'ils avaient quitté[7].

---

[1] D. GERBER, *op. cit.*, p. 230. En ce qui concerne le droit français, outre les références déjà citées, V. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, « La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire », *D.*, 1963, Chron., pp. 33-40.

[2] D. GERBER, *op. cit.*, pp. 180.

[3] Tel fut notamment le cas de la loi britannique confiant à la *restrictive practices court* l'application d'une réglementation des accords commerciaux très formaliste. D. GERBER, *op. cit.*, p. 219.

[4] D. GERBER, *op. cit.*, p. 230. Sur l'objectif de renforcement du contrôle juridictionnel dans la réforme de 1986 en France, V. J.-M. MOUSSERON et V. SÉLINSKY, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, 2ème éd., 1988, n° 14, p. 17 et s.

[5] Ce contrôle a été instauré par une loi de 1923. V. sur ce point, P. DIDIER et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n° 535, p. 462.

[6] D. GERBER, *op. cit.*, p. 85 et s., observe que la querelle dite des méthodes (*methodentreit*) qui opposait les deux écoles était aussi une querelle politique sur les conclusions pratiques des analyses économiques divergentes. Il donne par ailleurs une description nuancée de la position des économistes allemands sur les cartels, dont nous ne reprenons que la conclusion.

[7] D. GERBER, *op. cit.*, p. 90.

Ces litiges ont été analysés au regard de deux principes juridiques qui semblaient entrer en contradiction l'un avec l'autre, à savoir, d'une part, la liberté contractuelle et, d'autre part, la liberté du commerce et de l'industrie. Du point de vue de la liberté contractuelle, les cartels devaient être considérés comme légaux. Il s'agissait en effet d'accords qui manifestaient un usage de cette liberté, ils étaient donc opposables à leurs membres. En revanche, du point de vue de la liberté du commerce, les cartels paraissaient plus problématiques, car ils pouvaient, et c'est ce qui était souvent plaidé, restreindre l'accès à une activité économique. Les juges allemands opéraient la conciliation entre ces deux principes au regard de l'exigence de conformité aux bonnes mœurs (*Sittenwirdigkeit*)[1]. L'affaire dite de la pâte de bois saxonne a donné à la plus haute juridiction allemande l'occasion de rendre un arrêt de principe sur cette question[2]. Dans cette affaire, les juges ont considéré que la liberté du commerce et de l'industrie avait deux objectifs, à savoir l'intérêt commun et la liberté individuelle. L'analyse de l'accord du point de vue de « l'intérêt commun » a été menée dans la perspective des conceptions économiques historicistes de l'époque[3]. Les juges ont considéré que les cartels ne sont généralement pas nuisibles à l'intérêt commun au motif que « si des entreprises dans un secteur particulier s'entendent pour limiter ou éliminer les réductions de prix, leur co-opération peut être vue non seulement comme une application justifiée de l'instinct de conservation, mais aussi, en règle générale, comme un service rendu au public, dès lors que les prix sont continuellement si bas qu'ils menacent la survie des entreprises »[4]. Pour les juges allemands, comme pour leurs contemporains économistes, les cartels servaient l'intérêt général en évitant « les calamités de la surproduction »[5]. Les seules restrictions posées au principe de légalité des cartels concernaient l'hypothèse d'un abus au détriment des consommateurs. Si cet arrêt ancien et à certains égards exotique mérite d'être rapporté, c'est qu'il illustre trois propositions. Tout d'abord, même en l'absence d'un droit spécial explicitement inspiré de conceptions économiques, les juges se sont tournés, pour appréhender les ententes, vers la théorie économique qui leur était contemporaine, manifestant

---

[1] *Ibid*.

[2] Arrêt du Reichsgericht du 4 février 1897, 38 RGZ, 155, cité par D. GERBER, *op. cit.*, p. 92. Notre présentation s'appuie sur celle de cet auteur. L'accord en cause prévoyait que tous les membres du cartel commercialiseraient leur production par l'intermédiaire d'un agent sous peine de sanctions. L'un des membres vendit directement de la pâte à bois à des clients, et ce à de nombreuses reprises. Le cartel lui infligea donc les sanctions contractuellement prévues. L'entreprise refusait de les payer en soutenant que cette clause était contraire à la liberté d'entreprendre.

[3] D. GERBER, *op. cit.*, p. 91.

[4] D. GERBER, *op. cit.*, p. 92.

[5] *Ibid*.

ainsi le besoin d'un savoir économique pour appréhender une question de concurrence. En deuxième lieu, cet arrêt permet de mesurer l'écart existant entre les conceptions économiques qui ont irrigué le droit allemand et les conceptions économiques actuelles, les cartels étant de nos jours unanimement considérés comme les restrictions de concurrence les plus graves[1]. En troisième lieu, enfin, l'arrêt témoigne d'un aspect essentiel pour notre recherche, au-delà de l'évolution des conceptions économiques : les juges insèrent le raisonnement économique auquel il font appel dans leur propre raisonnement (ici, sur les buts de la liberté d'entreprendre). Ils combinent des éléments de raisonnement économique avec des principes juridiques (ici, l'abus).

30. **L'ordo-libéralisme.** Il manquerait un aspect essentiel à ce panorama historique si l'on n'évoquait un autre volet de la contribution allemande au droit de la concurrence et à la conception des rapports entre juge et économie. Il s'agit de l'École de Freibourg et de la théorie dite ordo-libérale[2]. Il en sera à nouveau question dans les développements ultérieurs, on se contentera donc ici d'une présentation rapide[3]. Par son influence sur le droit allemand, puis l'influence du droit allemand sur le droit communautaire[4], cette doctrine a fortement contribué à l'établissement du rôle du juge tel que nous le connaissons aujourd'hui. Elle est le fruit de la rencontre d'un économiste et de deux juristes[5], unis dans leur opposition au nazisme et ayant trouvé à l'Université de Freibourg un havre protecteur propice à la réflexion. Ce contexte historique est important. Comme tous leurs contemporains opposants au nazisme, dont Motulsky et Perelman, ces auteurs cherchaient dans le droit le moyen de réaliser un impératif moral et politique : combattre l'arbitraire et protéger méthodiquement les droits subjectifs[6]. Le nom même d'*ordo*-libéralisme, que ces théoriciens donnent au mouvement qu'ils initient, est révélateur de cette recherche. D'un côté, l'idéal libéral de protection des libertés individuelles est le point de départ de leur pensée. De l'autre, la conviction que les libertés ne peuvent être protégées que par un système fort, constituant un *ordre* capable d'empêcher les déviances, résulte de leur expérience. C'est aussi l'expérience historique qui

---

[1] P.e. OCDE, *Les ententes injustifiables : Progrès récents et défis futurs*, Éditions OCDE, 2003.

[2] Pour une présentation plus complète, V. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 560 et s., p. 481 et s. ; D. GERBER, *op. cit.*, chap. VII. A. PEACOCK et H. WILLGERODT (éds.), *Germany's Social Market Economy : Origins and Evolution*, préc.

[3] *Infra* n° 96 et s.

[4] D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, préc., spéc. p. 263 et s.

[5] Respectivement, Walter Eucken, Franz Boehm et Hans Grossmann-Doerth.

[6] Sur cet aspect de la pensée de Motulsky, V. l'avant-propos de M.-A. FRISON-ROCHE à la réédition des *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, 2002.

conduit ces penseurs à élargir le champ du libéralisme. L'histoire allemande dont ils ont été témoins leur a en effet enseigné que les atteintes de l'État contre les libertés politiques ne forment pas le seul danger et que la liberté individuelle devait également être protégée contre le pouvoir économique. Cette conviction les conduit à adopter une conception très radicale de la concurrence, une concurrence « complète »[1], et une conception tout aussi radicale de la protection juridique qui devait lui être associée, laquelle devait être constitutionnelle[2].

Deux précisions doivent encore être données sur la conception ordo-libérale. La première est relative aux rapports entre droit et économie, la seconde au rôle du juge.

31. **Intégration des savoirs.** L'ordo-libéralisme, nous l'avons dit, est né de la rencontre de juristes et d'économistes dans un contexte particulier. Les penseurs de l'École de Freibourg considéraient que les deux disciplines étaient à réformer et à articuler. Les juristes de cette École considéraient que le droit devait prendre de nouvelles directions, car l'échec du positivisme à assurer la protection contre l'arbitraire leur semblait patent[3]. Dans son ordre de savoir, l'économie apparaissait également comme un échec[4]. En effet, d'un côté, s'était développée une théorie abstraite, de l'autre, des études empiriques étaient produites, mais les deux volets n'avaient pas été intégrés d'une manière cohérente[5]. Les théoriciens de l'ordo-libéralisme ont envisagé, comme les promoteurs français du droit économique, mais dans un tout autre contexte et de manière plus précise, l'intégration des savoirs juridiques et économiques[6]. La nécessité d'une science économique qui intègre dans ses analyses les facteurs juridiques appréhendés concrètement est soulignée dans leurs écrits, comme l'était celle d'une science juridique qui tiendrait compte des rapports entre la sphère économique et celle du droit. Cette intégration n'est pas seulement souhaitée d'un point de vue théorique, elle paraissait également déterminante pour la mise en œuvre pratique de la conception ordo-libérale du droit de la concurrence. Celle-ci réservait en effet une place éminente au juge[7].

---

[1] Telle est du moins la conception de Eucken, qui n'est pas partagée par tous les ordo-libéraux. V. D. GERBER, *op. cit.*, p. 245.

[2] D. GERBER, *op. cit*, spéc. pp. 245 et pp. 250-251.

[3] D. GERBER, *op. cit.* p. 237.

[4] C'est ce que pense Eucken. En ce sens, D. GERBER, *op. cit.*, p. 242 et s.

[5] La théorie abstraite avait été développée par l'école dite de Manchester, qui allait donner naissance à l'économie néo-classique, tandis que l'école historique allemande s'était concentrée sur des études empiriques sans développer de cadre théorique.

[6] D. GERBER, *op. cit.*, p. 241 et s. Selon les penseurs ordo-libéraux, l'intégration des savoirs doit se faire au moyen de ce qu'ils appellent une « pensée par ordres ».

[7] D. GERBER, *op. cit.*, p. 254 et s.

32. **Rôle du juge.** Dans la conception ordo-libérale, le rôle de l'économie n'était autre que celui de conférer à la règle de droit la précision nécessaire pour exclure l'arbitraire. La loi, adoptée conformément à la « constitution économique »[1], devait traduire les principes de la « concurrence complète ». L'économie, quant à elle, devait désigner les conditions nécessaires à la concurrence[2]. Dans ce schéma, l'application de la loi devait être confiée à une autorité indépendante composée de spécialistes du droit et de l'économie[3], sous le contrôle du juge. Tel qu'envisagé, le contrôle juridictionnel revenait aux tribunaux judiciaires et non aux juridictions administratives. Cela découlait de ce que l'application des règles de concurrence n'était pas considérée comme l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, mais comme l'application de dispositions légales, protectrices des libertés individuelles et relevant du contrôle des tribunaux ordinaires. Sans avoir été transcrit exactement, le système imaginé par les penseurs ordo-libéraux a clairement constitué une source d'inspiration pour la conception des institutions que nous connaissons actuellement[4]. Cependant, la science économique n'a pu tenir les promesses auxquelles les théoriciens de l'ordo-libéralisme ont voulu croire. C'est précisément ce qui rend si difficile la tâche du juge de la concurrence et justifie notre recherche.

33. **Conclusion du II : enseignements historiques.** De ces développements historiques sélectifs et des observations faites précédemment se dégagent trois idées. Tout d'abord, le droit de la concurrence ne peut être un droit effectif sans juges. Ensuite, l'économie, pour autant qu'elle ait joué un rôle dans l'adoption des lois sur la concurrence, n'intervient qu'à titre de justification assez générale de l'interdiction des cartels, des abus de position

---

[1] Sur la notion de constitution économique dans la pensée ordo-libérale, F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'économie politique », T. 5, 1964, pp. 78-79.

[2] D. GERBER, *op. cit.*, pp. 255-6.

[3] *Ibid*. L'idée d'une autorité indépendante, novatrice à l'époque, vise à ne laisser aucun rôle au pouvoir exécutif.

[4] Le Bundeslkatellamt allemand en procède directement. Le système communautaire en est également inspiré, quoique avec la nuance importante du contrôle juridictionnel de type administratif. L'influence du modèle allemand sur le droit communautaire doit beaucoup à Walter Hallstein, membre de la délégation allemande lors de la fondation des Communautés européennes et premier président de la Commission. C'était un ami de Franz Böhm, il admirait les idées de Eucken. Il a activement cherché à les promouvoir. Hans van der Gröben, l'un des rédacteurs du rapport Spaak, sur lequel s'appuie le Traité de Rome, avait aussi de forts liens avec l'ordo-libéralisme. L'influence sur les institutions françaises n'est pas non plus absente. Monsieur Barre, qui a promu le développement du droit de la concurrence en France, connaissait la pensée d'Eucken dès 1952. R. BARRE, « L'analyse économique au service de la science et de la politique économique », *Critique*, 1952, p. 331. Sur tous ces points, D. GERBER, *op. cit.*, p. 260 et s.

dominante ou du contrôle des concentrations[1]. Enfin, il apparaît que le juge, indispensable à la mise en œuvre de ces lois imprécises, a un besoin impérieux de savoir économique pour remplir son office[2]. Le projet de notre thèse procède de ces constats.

III. PROJET DE LA THÈSE.

34. **Analyse juridique de l'économie**[3]**.** Le projet de recherche à l'origine de la présente thèse est d'essayer de comprendre *comment* l'économie peut être utilisée par le juge. Cela suppose d'établir des liens entre, d'une part, l'apport de l'économie à l'élaboration du droit de la concurrence et, d'autre part, ce qui est spécifique au juge, à commencer par son devoir de dire le droit pour trancher le litige. Il s'agit donc d'aborder l'économie du point de vue du juge, à travers les catégories du droit, notamment la distinction du fait et du droit et la notion de qualification. En cela, notre démarche rejoint celle du professeur Vogel qui, dans sa thèse, avait adopté une « perspective véritablement juridique sur la concurrence »[4]. Il y avait démontré que le degré de concentration observé sur un marché était un « facteur de qualification juridique »[5]. À la différence de cette étude, notre projet ne consiste pas à s'intéresser à la prise en considération par le droit d'un aspect particulier de la réalité économique, appréhendé à travers une notion économique. Il s'agit plus généralement de tenter d'établir à quels stades du raisonnement judiciaire l'analyse économique peut intervenir. Outre le mécanisme de la qualification, il est nécessaire d'envisager l'articulation du raisonnement économique avec les règles de preuve et avec l'exigence de motivation des jugements. Si notre thèse concerne le droit de la concurrence, qui apparaît à certains égards comme très spécifique, l'objet de notre recherche conduit donc vers les catégories juridiques les plus générales et les plus difficiles du droit. Par ailleurs, le fait que le droit de la concurrence soit appliqué à la fois dans le cadre d'un contentieux judiciaire et dans un contentieux de type administratif, notamment devant les juridictions communautaires, oblige

---

[1] Ce point n'a été abordé qu'à propos des cartels et des concentrations, car de plus amples développements seront consacrés ci-après à l'abus de position dominante. V. *infra* n° 413 et s.

[2] En ce sens, mais dans une perspective plus générale, A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, *op. cit.*, n° 14, p. 26.

[3] L'expression est empruntée à M. GERMAIN, « Interrogations juridiques », *in* G. CANIVET et M.-A. FRISON-ROCHE, (dirs.), *Analyse économique du droit : Quelques points d'accroche*, *P.A.*, 19 mai 2005, n° 99, pp. 65-66, p. 66.

[4] B. GOLDMAN, Préface à la thèse de L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique. Étude comparative*, Economica, 1988, p. V.

[5] Tel était l'objet de la première partie de la thèse, sous-titrée « Le degré de concentration, facteur de qualification juridique ».

à croiser, à propos du contrôle juridictionnel, les catégories du droit privé, comme le manque de base légale, et celles du droit public, comme l'erreur manifeste d'appréciation.

35. **Précision sur la normativité.** On l'aura compris, notre projet est d'essayer de *comprendre* l'articulation du droit et de l'économie dans le procès. Il n'est donc pas normatif. Nous ne considérons pas le raisonnement économique comme un modèle, auquel le juge devrait se conformer. Comme l'ont montré les développements qui précèdent, le juge n'a pas besoin de la doctrine pour découvrir que l'économie lui serait utile pour appliquer le droit de la concurrence. De notre point de vue, le fait que le juge adopte ou refuse un raisonnement économique n'est pas *a priori* bon ou mauvais. Il peut y avoir de bonnes raisons de refuser un raisonnement économique comme il peut y avoir de mauvais usages du raisonnement économique. Dans les développements qui suivent, nous donnons notre opinion sur l'interprétation des textes et sur certains arrêts, mais tous les développements ne se veulent pas normatifs. Plusieurs conclusions normatives sont toutefois apparues chemin faisant. Ainsi, certaines manières d'intégrer le raisonnement économique nous ont paru curieuses[1]. C'est notamment ce qui nous a conduit à tenter de proposer des principes de prudence du juge à l'égard du raisonnement économique. Ces principes trouvent leur source au cœur de la méthode du juge, dans l'attention aux faits de la cause, dans le contradictoire sur tous les éléments menant à la solution du litige (y compris les connaissances personnelles du juge), ainsi que dans une exigence de cohérence, appliquée au raisonnement d'ensemble qui justifie l'application d'une qualification.

Ces précisions sur le projet de notre recherche étant faites, il convient d'exposer plus précisément l'approche retenue, qui est centrée sur le raisonnement.

IV. L'APPROCHE RETENUE

36. **Raisonnement.** Il a été observé que peu de recherches ont été spécifiquement consacrées au bon usage du raisonnement économique par le juge[2]. Tel est précisément l'objet de la présente étude. Le terme « raisonnement » désigne à la fois une activité de l'esprit et le

---

[1] *V infra* Première partie, titre II, chapitre II (consacré au marché pertinent).

[2] En ce sens, D. GERBER, « Courts as Economic Experts in European Merger Law », *Fordham Corp. L. Inst*. 2004, pp. 475-494, p. 475. V. aussi G. CANIVET, préface à B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, préc. p. 1. Plus généralement sur la rareté des études consacrées au raisonnement du juge, C. JAMIN, « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », *BICC*, n° 596, du 15 avril 2004, disponible sur le site http://www.courdecassation.fr. Un ouvrage récent, dans un tout autre domaine que celui de la présente étude, s'intéresse de près au raisonnement du juge : J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, notamment n° 269 et s., p. 184 et s.

produit de cette activité[1]. Au sens premier, le raisonnement est défini comme la faculté de raisonner, l'exercice de cette faculté ou la manière de l'exercer[2]. Le raisonnement s'oppose alors, notamment, au constat d'évidence. En un second sens, où l'on parlera non « du » raisonnement mais d'un raisonnement ou de raisonnements, le terme désigne le résultat de l'action de raisonner[3]. Il s'agit alors, au sens large, d'un « ensemble d'arguments issus d'une réflexion et qui ont pour but de convaincre quelqu'un » ou, au sens étroit, d'une « suite logique de propositions aboutissant à une conclusion »[4]. Décrire une manière de raisonner est chose difficile. C'est l'objet de la logique. Il faut cependant distinguer plusieurs acceptions de ce mot. En un premier sens, la logique est la science du raisonnement[5]. C'est « un instrument d'une grande généralité et susceptible de servir l'étude d'une matière quelconque »[6]. En ce sens, mais dans ce sens seulement, la logique est indépendante de son objet et on ne peut pas plus parler d'une « logique économique » que d'une « logique juridique »[7]. La logique, entendue comme l'étude du genre commun qu'est le raisonnement, ne permet pas de caractériser la différence spécifique entre raisonnement juridique et raisonnement économique. Cette approche ne pouvait donc éclairer l'objet de la présente étude en ce qu'il vise à comprendre l'articulation de deux modes de raisonnement distincts[8]. C'est pourquoi il convenait de s'intéresser à ce qui distingue respectivement la logique juridique (A) et le raisonnement économique (B).

A. La logique juridique

37. Il ne saurait s'agir de traiter en quelques lignes de la logique juridique. Pas davantage il ne peut être question de proposer des affirmations définitives sur la logique judiciaire, dont

---

[1] *Trésor de la Langue Française informatisé*, éd. CNRS, Paris, 2004, entrée « raisonnement » ; P. OLÉRON, *Le* raisonnement, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 1671, p. 3 ; Ch. PERELMAN, *Logique juridique : Nouvelle rhétorique*, 2ème éd., réimpr. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1999, n° 1, p. 1.

[2] *Trésor de la Langue Française informatisé*, *loc. cit.*

[3] *Ibid.*

[4] *Ibid.*

[5] M.-L. IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF, coll. « Thémis », 2001, p. 3.

[6] *ibid*. Comme le précise cet auteur, ce sens général est aussi celui dans lesquel Aristote entend la logique. Le titre de son ouvrage *Organon* signifie « instrument ». Ce sens général correspond aussi au point de vue de la logique formelle.

[7] M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, p. 2.

[8] Cela ne signifie pas qu'il était possible d'ignorer les formes logiques dominantes dans le raisonnement économique et juridique. Sur le rôle de la déduction,V. en particulier *infra* n° 195 et s.

on a pu dire qu'elle constituait un cas particulier d'application de la logique juridique[1]. Plus modestement, nous exposerons les points de départ de notre réflexion. Il est possible d'être bref, car certains points ont déjà été mentionnés. On s'en tiendra à trois remarques concernant respectivement la spécificité du raisonnement judiciaire, la logique de l'argumentation et l'office du juge.

38. **Spécificité.** La spécificité du raisonnement du juge tient à son rôle particulier. En effet, le juge ne dit pas le droit abstraitement, cela lui est précisément interdit[2]. Il dit le droit pour trancher un litige[3]. Le juge peut être plus ou moins familier de l'approche économique d'une question de droit de la concurrence, mais ce sont avant tout les contestations dont il est saisi qui le conduisent à aller plus ou moins loin dans le raisonnement économique[4]. Le raisonnement économique ne vient pas d'abord du juge, mais du débat qui se déroule devant lui[5]. C'est ce qui justifie la conjonction « et » dans le titre de notre étude[6] : le raisonnement économique n'est pas d'emblée celui *du* juge, mais un raisonnement contradictoirement débattu devant le juge. La question de savoir si et comment le juge fait sien le raisonnement forme l'objet de notre recherche.

39. **Perspective sur les arrêts et la jurisprudence.** À cet égard, il convient de préciser que le choix de centrer notre étude sur le raisonnement implique d'étudier les arrêts non seulement pour leurs solutions, mais aussi et surtout pour leur motivation. C'est ce qui explique que certains arrêts soient discutés de façon détaillée. Cela a également pour conséquence que notre étude ne cherche pas à rendre compte de manière exhaustive de la

---

[1] P. HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 25. En ce sens aussi, P. RAYNAUD, Avant-propos *in La logique judiciaire*, préc., p. 1, définit la logique judiciaire comme « la logique juridique quand elle est maniée par le juge ou par ceux qui plaident ou postulent devant lui ».

[2] Art. 5 C. civ. V. M.-A. FRISON-ROCHE, Application de la loi par le juge (commentaire de l'article 5 du Code civil), *J-Cl. Civil*, 1995.

[3] J. NORMAND, *Le juge et le litige*, préc. ; D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 236, 1994.

[4] G. CANIVET, préface à B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, préc. p. 2.

[5] Il peut s'agir d'un débat entre *parties* au sens strict, dans le cas d'un litige privé soulevant une question de concurrence. Le plus souvent cependant, il s'agit de la contestation d'une décision prise par une autorité de concurrence. Devant les juridictions communautaires, la Commission est partie à l'instance. En revanche, devant la Cour d'appel de Paris, le Conseil de la concurrence n'a pas formellement la qualité de partie. Il peut cependant formuler des observations écrites, si bien qu'un débat s'instaure dans tous les cas entre l'autorité de concurrence et l'entreprise ou les entreprises qui conteste(nt) une décision.

[6] *Le juge et le raisonnement économique.*

jurisprudence en droit de la concurrence[1]. Dans la perspective adoptée, la jurisprudence fait partie des contraintes à l'intérieur desquelles le raisonnement du juge se déploie. Cette contrainte n'est, bien entendu, pas rigide, car la jurisprudence évolue. Cependant, les solutions consacrées par les précédents jurisprudentiels forment indéniablement des schémas de raisonnement qui orientent la manière dont le juge aborde les litiges dont il est saisi[2].

40. **Références théoriques.** Pour aborder la question de l'intégration du raisonnement économique dans la démarche du juge, nous emprunterons à la fois à Motulsky, qui part de la rigueur du syllogisme judiciaire pour décrire la méthode du juge[3], et à Perelman, qui met en avant la logique souple de l'argumentation[4]. Les analyses de Motulsky se révèleront fructueuses pour aborder la question de savoir comment le raisonnement économique s'insère dans la méthode du juge[5]. Quant aux analyses de Perelman, il suffit pour se rendre compte de leur valeur pratique, d'assister à une audience dans une affaire de concurrence ou de lire un rapport d'audience[6] : les parties opposent, économistes à l'appui, des argumentations touffues qui forment la matière que doit traiter le juge[7]. La thèse défendue par Perelman, selon laquelle la spécificité de la logique juridique réside dans la logique de l'argumentation, a été critiquée. On a fait valoir qu'il n'y avait rien de spécifique dans la controverse ni dans la jonction d'arguments de natures diverses en vue d'emporter la conviction[8]. Cette même logique serait aussi celle de la controverse scientifique[9]. La critique nous paraît fondée, mais c'est précisément la raison pour laquelle la logique de l'argumentation est un modèle particulièrement pertinent pour notre analyse. Le fait que la logique de la controverse économique ne soit pas étrangère à celle du juge est précisément ce qui peut permettre la

---

[1] Pour une étude de la contribution du Tribunal de première instance à la jurisprudence, V. FAURÉ, *L'apport du Tribunal de première instance des communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », T. 42, 2005.

[2] Sur le précédent, V. *infra* n° 77 et aussi n° 960.

[3] *Supra* n° 20.

[4] Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, réimpr. Dalloz, 1999. Sur ce qui rapproche et ce qui éloigne ces deux auteurs, M.-A. FRISON-ROCHE, Avant-propos à la réédition de H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, 2002.

[5] V. *infra* le titre préliminaire de la seconde partie, n° 575 et s.

[6] Devant les juridictions communautaires, les rapports d'audience sont des documents disponibles à l'entrée d'une audience, dans lesquels sont exposées les argumentations des parties. L'exposé est détaillé dans les rapports d'audience du Tribunal de première instance, synthétique dans ceux de la Cour de justice.

[7] Déjà en ce sens que l'approche de Perelman restitue les réalités du palais, P. HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 33.

[8] R. POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *APD*, 1978, pp. 11-34.

[9] Pour R. POIRIER, *op. cit.,* p. 15, « Raison et rationalité scientifique sont foncièrement les mêmes et il y a homologie entre les problèmes, les méthodes, les solutions, les difficultés, voire les antinomies que rencontrent le savant et le juriste ».

convergence des raisonnements. Ainsi peut-on envisager, dans les termes de Perelman, que le raisonnement économique fournisse des « arguments non contraignants »[1], que sa réception par le juge soit liée à « l'idée qu'[il] se fait du droit » (de la concurrence)[2] ou encore que cette réception soit contrainte par l'idée du juste[3]. Dans cette perspective, le raisonnement économique peut donc être un élément de la logique juridique[4].

41. **Office du juge.** Une autre référence théorique utile pour notre analyse sera la réflexion sur ce que certains auteurs ont appelé les offices du juge[5]. L'office du juge n'est pas une notion juridique[6]. C'est une notion critique, qui tente de saisir ce que doit faire le juge, l'œuvre de justice qui est attendue de lui à travers l'acte dont il est chargé[7]. Or, les attentes adressées au juge se sont diversifiées. Tour à tour ou concomitamment, il lui est demandé de trancher les litiges, d'apaiser le conflit, de concrétiser le droit, d'incarner et de réaliser la vertu de justice, ou encore de participer à la régulation[8]. Les mutations de la fonction judiciaire sont difficiles à saisir, car elles s'opèrent sans que les offices traditionnels soient suspendus et sans uniformité entre les contentieux concernés ou les matières traitées. C'est pourquoi on a pu chercher à les saisir à travers la méthode des idéaux-types[9]. François Ost a ainsi distingué trois modèles du juge : le juge-pacificateur, le juge-arbitre et le juge-entraîneur[10], soulignant notamment leur incidence sur les méthodes du juge[11]. Le « juge-entraîneur » correspond au

---

[1] Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, préc. n° 4, p. 3.

[2] Ch. PERELMAN, *op. cit.* n° 5, p. 5.

[3] Ch. PERELMAN, *op. cit.* n° 9, p. 11 et n° 38, p. 71. Sur ce point plus particulièrement, V. *infra* n° 120 à 122.

[4] Les références explicites au raisonnement économique dans certains arrêts en témoignent s'il en était besoin. V. p.e. l'arrêt du Tribunal du 22 octobre 2002, Schneider/Commission, T-310/01, Rec. p. II-4071, points 115 et 127. Au point 115, le Tribunal précise : « avant d'entreprendre l'examen des différents moyens relevant de cette rubrique [erreur manifeste d'appréciation], il y a lieu d'exposer la substance du raisonnement économique sur lequel la Commission a fondé son analyse de l'impact de l'opération notifiée ». « Raisonnement économique » désigne l'ensemble des considérations relatives à la causalité économique. Même arrêt, point 127 (titre) « sur le deuxième moyen, pris du caractère erroné du raisonnement économique sur lequel repose l'analyse de la concentration ».

[5] M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge » *in Jean Foyer auteur et législateur. Leges Tulit, Jura Docuit, Écrits en hommage à Jean Foyer*, pp. 463-476.

[6] M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, n° 1, p. 464.

[7] M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, n° 5, p. 465.

[8] M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit*, *passim*.

[9] La méthode préconisée par Max Weber consiste à construire des figures théoriques qui cumulent et amplifient les traits caractéristiques du phénomène étudié. Pour un plus ample exposé de la méthode et de ses limites, et pour l'utilisation qu'il en fait, V. F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur », *in* P. GÉRARD, M. van de KERCHOVE et F. OST (dirs.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1983, pp. 1-70, pp. 2-5.

[10] F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur », préc.

[11] F. OST, *op. cit.*, respectivement chap. 1, 8, 9 et 10.

juge qui doit appliquer les règles de droit visant à organiser des équilibres économiques ou sociaux et attribuent des droits peu définis[1]. Ce portrait-robot évoque le juge de la famille pour certaines de ses décisions concernant « l'intérêt de l'enfant »[2], mais aussi le juge de l'excès de pouvoir dans le contentieux de l'expropriation, qui met en balance les intérêts que l'administration est chargée de représenter et ceux auxquels elle porte atteinte[3]. Il évoque, de manière générale, le juge communautaire[4]. Ce portrait fait aussi penser au juge de la concurrence[5], y compris, et peut-être surtout, au juge de cassation[6]. Dans le système qu'il forme avec les autorités de concurrence, le juge est le gardien de la légalité procédurale[7], mais il est plus que cela. En tant que gardien de la légalité substantielle des décisions qui lui sont soumises[8], le juge est amené à vérifier si les règles de fond ont été correctement appliquées et son rôle créateur n'est plus véritablement contesté[9]. L'intérêt pour notre étude d'une telle réflexion sur les offices du juge tient au lien qu'entretiennent les nouveaux offices et les nouveaux modes de raisonnement. Dès lors qu'il est demandé au juge de préserver des équilibres entre des intérêts divergents plutôt que d'attribuer des droits nettement définis, son raisonnement se fait nécessairement téléologique[10]. Du syllogisme, le juge passe à la

---

[1] F. OST, *op. cit.*, p. 21 et p. 46. Le juge-entraîneur ne statue plus seulement sur l'attribution de droits subjectifs mais est en charge de la conservation et de la promotion d'intérêts finalisés par des objectifs socio-économiques et régulés par un système de normes techniques correspondantes.

[2] J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, *loc. cit.*

[3] CE, 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est*, Rec., p. 409. V. sur ce point, A. de LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *Mélanges Waline. Le juge et le droit public*, pp. 531-549, spéc. p. 537.

[4] Cl. CHAMPAUD, « L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies », préc., p. 72, voit dans la Cour de justice le modèle d'une magistrature économique « dont les méthodes d'analyse ne manqueront pas de conditionner celles des juridictions économiques nationales ». Il a en effet de longue date été observé que la Cour de justice procède pour mettre en œuvre les objectifs multiples de l'article 3 CE à « des pesées d'intérêts et à des conciliations ». V. sur ce point, P. REUTER, « Le Recours de la CJCE aux principes généraux du Droit », *Mélanges Rolin*, Pédone, 1964, pp. 254 et s., p. 283.

[5] Cl. CHAMPAUD, « L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies », préc., p. 76, parle d'une « matière entièrement investie par l'idée de magistrature économique ».

[6] G. CANIVET, « Le juge, le droit et l'économie », *Droit et justice*, n° 17, printemps 2004, p. 5, décrit en ces termes l'activité jurisprudentielle : « compléter la loi en dépassant les intérêts individuels des parties au litige afin de proposer une règle interprétative visant la satisfaction d'un intérêt général supérieur ».

[7] Sur cette notion, V. L. CADIET, « La légalite procédurale en matiere civile », *BICC*, n° 636, du 15 mars 2006. On sait le rôle qu'a joué dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence la question de la présence du rapporteur au délibéré. V. sur ce point, *infra* n° 59.

[8] Par « légalité substantielle », on veut désigner la légalité au regard des règles de fond, par différence avec la légalité procédurale.

[9] V. p. e. L. VOGEL, *op. cit.*, n° 13, p. 610. L'auteur souligne le rôle éminent de la jurisprudence.

[10] F. OST, *op. cit.*, p. 60.

pondération des intérêts[1]. C'est dans ce raisonnement judiciaire ainsi diversifié que l'on se demandera quelle peut être la place du raisonnement économique.

B. Le raisonnement économique

42. Esquisser une définition de ce qui caractérise la « logique économique » n'est pas plus simple que de définir la logique juridique. Comment définir un « style de pensée démonstrative »[2], une « manière d'organiser ses pensées »[3] ? À cette fin, on peut à la fois partir de l'analyse de Perelman et s'appuyer sur les apports de l'épistémologie économique. Perelman commence son ouvrage sur la logique juridique en exposant que, si l'on veut étudier le raisonnement pour lui-même, il faut s'intéresser « à la manière dont il a été formulé, au statut des prémisses et de la conclusion, à la validité du lien qui les unit, à la structure du raisonnement et à sa conformité à certaines règles ou *schémas* préalablement reconnus »[4]. Cet objet d'étude, qu'il assigne à la logique, est aussi celui de l'épistémologie. C'est pourquoi le recours à l'épistémologie s'impose pour définir les termes mêmes de notre sujet. Sans développer ici les caractéristiques du raisonnement économique, qui appellent de plus amples développements[5], on se contentera d'écarter une définition inopérante du raisonnement économique et d'esquisser brièvement les apports de l'épistémologie pour une définition utile de ce terme.

43. **Insuffisance de la définition par l'objet.** On pourrait être tenté de définir le raisonnement économique par son objet. Le raisonnement économique serait celui qui est pratiqué en économie, cette science étant elle-même définie par ce qu'elle étudie. Une telle

---

[1] J. VAN COMPERNOLLE, « Du syllogisme à la pondération des intérêts », *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, vol. XXII, Bruxelles, 1993, pp. 495-506, spéc. p. 502. Différents auteurs ont souligné l'écueil de l'opportunisme auquel le juge est exposé en permanence par ses nouvelles fonctions et par ce mode de raisonnement. F.OST, *op. cit.*, p. 61. En des termes différents, on trouve la même mise en garde chez d'autres auteurs, p. e. A. de LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », p. 547, qui parle « d'arbitraire *a posteriori* du juge ». M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 476, évoque « l'*ubris* » qui, à travers une « conception messianique du juge », mettrait en danger la rationalité du jugement et les offices classiques du juge. D'autres auteurs insistent sur la légitimité propre du juge, p. e. J. VAN COMPERNOLLE, préc., p. 506, admet que la légitimité du juge n'est pas issue du suffrage universel, mais estime qu'elle procède de son indépendance, de son impartialité, des garanties procédurales et de la motivation des jugements.

[2] Nous empruntons l'expression à G.-G. GRANGER, *Méthodologie économique*, Paris, PUF, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine »,1955, p.12.

[3] D. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 106.

[4] Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, n° 1, p. 1 (nous soulignons). L'importance des schémas de raisonnement sera soulignée tout au long de nos analyses. V. *infra* n° 720 et s.

[5] *Infra* première partie, titre I, chapitre 2.

démarche est cependant vouée à l'échec. On a bien essayé de définir la science économique par son objet (la production et la distribution des richesses), mais une telle définition inclut nécessairement une référence à un *point de vue* sur cet objet[1]. L'impossibilité de définir l'objet économique en tant que tel explique du reste l'incapacité du droit économique à définir son objet[2]. Dès lors, toute tentative de définition du raisonnement économique comme étant celui qui porte sur des faits économiques débouche sur un emploi peu strict de la notion de raisonnement économique[3]. Corrélativement, on ne saurait soutenir que le juge mène un raisonnement économique chaque fois qu'il « prend acte » de données économiques [4]. Tout dépend de la manière dont il les prend en considération. Le juge peut combler une lacune de la loi en s'appuyant quasi-exclusivement sur des considérations économiques[5], tout en allant à

---

[1] Selon la définition classique qu'en a donné John Stuart Mill, l'économie est définie comme « la science qui énonce les lois de ceux des phénomènes sociaux qui résultent des opérations combinées des hommes en vue de la production des richesses, en tant que ces phénomènes ne sont pas modifiés par la poursuite d'une autre fin ». J. S. MILL, « On the Definition of Political Economy and the Method of Investigation Proper to It », 1836, réimpr. *in Collected Works of John Stuart Mill*, vol. 4, Toronto, University of Toronto Press, p. 323, cité par D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 2. Comme on le voit, cette définition n'est pas seulement relative à l'objet (production et distribution), mais aussi au point de vue (« en vue de »). Cette définition, parfois complétée, est reprise en substance par des auteurs plus récents. V. p.e. G.-G. GRANGER, *Méthodologie économique*, Paris, PUF, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1955 p. 279. De la même manière, la définition proposée par Walras de l'économie comme science de la « richesse sociale » n'est une définition par l'objet qu'en apparence. Sur ce point, V. G. LALLEMENT « Prix et équilibre selon Léon Walras », *in* A. BÉRAUD et G. FACARELLO, *Nouvelle histoire de la pensée économique*, T. II, La Découverte, 2000, pp. 449-497. Le point de vue de l'économie (celui du choix rationnel dans un univers de rareté) est inséré dans la définition même de la richesse sociale donnée par Walras (citée p. 452) : « l'ensemble des choses matérielles ou immatérielles (…) qui sont *rares*, c'est-à-dire qui, d'une part, nous sont utiles et qui, d'autre part, n'existent à notre disposition qu'en quantité limité ».

[2] Sur le problème toujours non résolu de la définition du droit économique, V. les références citées *supra* note 1, p. 8 et Ch. JAMIN, « Économie et droit », préc., p. 579.

[3] P.e. A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, PUAM, 2004, préf. B. SAINTOURENS, n° 36, p. 53 : « parce que le citoyen peut être aussi un chef d'entreprise (…), le juge ne peut plus se soustraire au raisonnement économique dès lors qu'il agit dans le cadre de son office de protection ». V. aussi n° 203, p. 205 : le fait que le juge relève, dans l'appréciation des circonstances aggravantes, que le produit en cause est « économiquement sensible » ne suffit pas, selon nous, à dire qu'il mène un raisonnement économique.

[4] *Contra* (implicitement) : A. LECOURT, *op. cit.*, n° 205, p. 209.

[5] A. LECOURT, *op. cit.*, n° 241 p. 243.

l'encontre d'une véritable analyse économique[1]. Le raisonnement économique ne peut donc être défini par son objet. Il doit l'être par sa méthode[2].

44. **Définition par la méthode**[3]. Dans une perspective méthodologique, l'économie se définit en deux temps. Elle se définit d'abord par les facteurs causals qu'elle prend en considération[4]. Son domaine est ensuite délimité comme l'ensemble des phénomènes pour lesquels les facteurs causals pris en considération sont dominants. Cela conduit à définir l'économie comme l'étude des conséquences de la cupidité rationnelle[5]. Le premier volet de cette définition est essentiel et mérite seul d'être souligné pour notre propos : l'économie est définie par les faits auxquels elle accorde pertinence (pour l'explication des phénomènes qu'elle cherche à expliquer)[6]. Une telle définition est bien plus fructueuse du point de vue de notre étude qu'une définition partant de l'identification des phénomènes dont l'économie cherche à rendre compte. En effet, une définition reposant sur la détermination des faits pertinents permet d'apercevoir un lien entre le raisonnement économique et celui du juge.

---

[1] *Contra : ibidem*. L'auteur considère que « l'excellence de la prise en compte du paramètre économique dans le raisonnement du juge » est au contraire manifeste (n° 249, p. 251). Pour un exemple plus frappant encore de contrariété entre ce que cet auteur appelle « la conscience économique du juge » et le raisonnement économique, V. n° 279, p. 284 (à propos des critères de détermination d'un marché ou d'un sous-marché pertinent), la distinction de deux sous-marchés en présence de deux usages distincts d'un même produit est considérée comme empreinte de « conscience économique », alors qu'un raisonnement économique conduit dans pareille hypothèse à ne distinguer deux sous-marchés que s'il est possible pour le producteur de pratiquer des conditions distinctes à l'égard des acheteurs selon qu'ils acquièrent le bien en vue de l'un ou l'autre usage (les économistes parlent de possibilité de discrimination). Sur ce point, V. *infra* n° 564.

[2] On ne développera pas l'analyse de la définition également classique de l'économie donnée par L. ROBBINS, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 1932, 2nde éd. 1935, London, Macmillan, p. 15. L'auteur définit l'économie comme « la science qui étudie les comportements humains en tant que relation entre des fins et des moyens limités dont les usages sont alternatifs ». Les analyses épistémologiques développées ci-après tiennent compte de cette définition tout en l'approfondissant.

[3] Dans son ouvrage classique sur la méthodologie de l'économie, M. BLAUG, *The Methodology of Economics or How Economists Explain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, p. 1, définit la méthodologie comme l'analyse des concepts, des théories et des principes élémentaires du raisonnement d'une matière. Plusieurs auteurs se sont attachés à l'étude de la méthode scientifique. On peut notamment citer T. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1970 ; K. POPPER, *Logique de la découverte scientifique* ; I. LAKATOS, « Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes» (1970) *in* I. LAKATOS, *Philosophical Papers,* Cambridge, Cambridge University Press, 1987, 2 vol., pp. 8-101. Les analyses de ces auteurs ne seront pas reprises ici pour elle-mêmes. D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 83 et s., montre que ces analyses ne sont que partiellement pertinentes pour l'étude de l'économie. Les développements qui suivent s'appuient sur les analyses de ce dernier auteur.

[4] D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, préc., p. 91 et s.

[5] En anglais : « *rational greed* », *op. cit.*, p. 95

[6] D. HAUSMAN, *op. cit.*, p. 93 et s. C'est ce qui la rend inexacte (*op. cit.* p. 125 et s., d'où le titre de l'ouvrage). Il existe en effet des causes efficientes que l'économie ne prend pas en considération et qui interfèrent avec celles dont elle tient compte, si bien que ses prédictions, fondées sur une appréhension partielle des causes, peuvent être démenties par la réalité. Le juge, lui, n'est pas lié par les engagements épistémologiques des économistes. Rien ne l'oblige à ne pas tenir compte des causes efficientes que l'économiste choisit d'ignorer.

Dire que l'économie sélectionne des facteurs considérés comme pertinents conduit à rapprocher le raisonnement économique de l'activité du juge, qui doit constamment « faire le tri » parmi les faits allégués et identifier les faits pertinents pour l'application de la règle de droit[1]. Nous verrons que le rapprochement peut être approfondi à partir d'une caractérisation plus précise du raisonnement économique, issue de cette définition[2].

45. **Précisions terminologiques**. Dans la suite des développements, il sera question de « raisonnement économique », mais aussi de « théorie économique » ou « d'approche économique ». Ces termes ne sont pas équivalents, mais, eu égard aux précisions qui viennent d'être données, ces distinctions ne sont pas non plus déterminantes. Le raisonnement économique, qui constitue l'un des objets de notre étude, est caractérisé par les jugements de pertinence sur lesquels il est bâti. Or, les théories économiques se distinguent notamment les unes des autres par la découverte d'un facteur pertinent jusque-là négligé[3]. On peut donc dire que le *raisonnement* s'enrichit d'un nouveau facteur pertinent à mesure que la *théorie* progresse. Le terme d' « analyse économique » est aussi employé. Là encore, le lien est étroit avec le raisonnement. En effet, l'analyse économique d'une situation peut être définie comme l'application d'un raisonnement économique, issu d'une théorie économique, à cette situation[4].

46. **Précision méthodologique.** Il résulte de ce qui a été dit que le raisonnement économique ne se reconnaît pas dans les arrêts à l'emploi de certains mots. Le jargon n'est pas un raisonnement. Il suffit pour s'en convaincre de songer au médecin du *Malade imaginaire*[5]. Ce qui vaut pour la médecine vaut également pour l'économie[6]. Comme un faux

---

[1] P. HÉBRAUD, « Rapport introductif » *in La logique judiciaire*, préc., p. 31. Cp. M. BRUNT, « Antitrust in the Courts : The Role of Economics and of Economists », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998 (B. Hawk éd., 1999), qui souligne que l'économie permet, premièrement, *de trier les faits* bruts ou les preuves (*scan the raw facts, here the raw evidence*), deuxièmement, d'abstraire les faits pertinents et, troisièmement, de construire un modèle en utilisant les théories disponibles (nous soulignons).

[2] *Infra* n° 183 et s.

[3] Sur tous ces points, *infra* n° 210.

[4] D. J. GERBER, « Courts as Economic Experts in European Merger Law », *Fordham Corp. L. Inst.* 2004, pp. 475-494, p. 477, définit l'analyse économique comme « le processus d'application d'un ensemble d'outils intellectuels à des données économiques afin de les interpréter. Ces outils consistent principalement en propositions, hypothèses et prévisions concernant la causalité économique. Celles-ci peuvent être explicites ou implicites, elles peuvent refléter une formation poussée en économie ou l'expérience commune » (nous traduisons).

[5] MOLIÈRE, *Le malade imaginaire*, Acte II, scène VI.

[6] Sur ce point, nous rejoignons H. R. BORK, « The Role of Courts in Applying Economics », *Antitrust L. J.*, 1985, p. 22 : « [i]t is, of course possible to state every legal problem in economic language, and thus to leave the impression that you are applying economic analysis. But economics is not a set of words ; it is a method of

médecin, le juge peut aussi user d'un florilège de termes économiques sans pour autant mener un raisonnement cohérent. Inversement, le juge peut raisonner en économiste sans utiliser de termes techniques[1]. L'occurrence de certains mots ou de certaines expressions dans les décisions n'offre donc qu'un indice très approximatif du raisonnement économique[2]. C'est dans la juxtaposition et la liaison des différents motifs et non dans le vocabulaire utilisé qu'il faut chercher les indices d'un raisonnement économique. En somme, la méthode employée pourrait être décrite comme celle du « souvenir théorique », pour reprendre une expression que l'on trouve sous la plume du juge-économiste[3]. Elle consiste à aborder les raisonnements développés dans les arrêts à la lumière de ce que nous avons retenu de la littérature des économistes sur la concurrence et sur le droit de la concurrence[4]. La méthode présente donc une part de subjectivité. Les connaissances personnelles du commentateur, comme celles du juge, influencent nécessairement son jugement[5]. La perspective adoptée ayant été exposée, il reste à donner quelques précisions sur la délimitation du domaine de la recherche.

---

reasoning ». (Notre accord avec cet auteur s'arrête là, car il termine sa phrase en ajoutant, à propos du raisonnement économique « and it works only when dealing with things that are comparable ». Dans l'argumentation de l'auteur, cette précision sert à exclure les aspects distributifs comme non comparables aux gains et pertes d'efficience).

[1] Dans le passage suivant, le Conseil d'État mène une analyse en termes d'élasticité de l'offre sans employer de terme technique. CE 6 février 2004, *Société Royal Philips e.a.* : « compte tenu d'une part des caractéristiques technologiques des produits en cause, et, d'autre part, de l'existence de capacités de production immédiatement ou rapidement mobilisables par ces concurrents, directement ou en recourant à la sous-traitance, comme c'est déjà largement le cas dans ce secteur, il n'est pas établi que ces concurrents n'auraient pas été en mesure de fournir rapidement les quantités nécessaires pour pallier la disparition des produits Moulinex ».

[2] Cp. B. VAN BESIEN, *Les barrières à l'entrée et la concurrence potentielle dans le droit communautaire de la concurrence*, Thèse Paris I, 1998, Presses universitaires du Septentrion, Coll. « Thèse à la carte », Villeneuve d'Asq, 2002, p. 19. L'auteur avance l'absence du terme « barrières à l'entrée » dans les décisions de la Commission avant une certaine date pour « preuve » de ce que les barrières à l'entrée n'étaient pas prises en considération dans l'analyse.

[3] L'expression « juge-économiste » est empruntée à L. RICHER, « Le juge économiste », *AJDA*, 2000, pp. 703-705. En l'espèce, il s'agissait de J. RUEFF, premier juge français à la Cour de justice (1952-1959 et 1960-1962), qui avait enseigné l'économie avant d'être nommé juge. L'expression « souvenir théorique » figure dans un arrêt rendu dans une affaire dont M. Rueff avait été le rapporteur. Il s'agit de l'arrêt de la Cour du 18 mai 1962 Comptoirs de vente de charbon de la Ruhr, 13/60, Rec. p. 212. On y lit : « pareille conception [celle défendue par des parties] évoque irrésistiblement le *souvenir* des marchés atomistiques que décrivait l'économie libérale, où chaque intervenant se trouvait devant le prix de marché que son propre comportement ne pouvait en rien affecter » (nous soulignons). Sur le profit original de M. Rueff, V. *infra* n° 50.

[4] À cet égard, les ouvrages suivants ont été particulièrement précieux. S. BISHOP et M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, 2nde éd., Sweet&Maxwell, Londres, 2002 ; D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules*, Kluwer Law International, coll. « European Monographs », vol. 17, 2onde éd., La Haye, 2002. *Adde :* E. COMBE, *Économie et politique de la conurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 1ère éd., 2005.

[5] Sur les connaissances personnelles du juge, V. *infra* n° 894 et s.

V. PRÉCISIONS SUR LE DOMAINE DE LA RECHERCHE

A. Le droit de la concurrence

47. Assez classiquement, le champ de notre étude se limite au droit de la concurrence *stricto sensu*, c'est-à-dire à l'interdiction des ententes et des abus de position dominante, ainsi qu'au contrôle des concentrations. Les pratiques dites restrictives de concurrence qui font l'objet du livre IV du titre IV du code de commerce ne seront pas traitées. De nombreux auteurs adoptent cette distinction. Certains opposent à cet égard le « grand » et le « petit » droit de la concurrence[1]. Force est aussi de constater que les juridictions elles-mêmes distinguent la logique du droit des pratiques déloyales et du droit de la concurrence[2]. Dans la perspective adoptée, la distinction ne comporte aucun jugement de valeur. Il ne s'agit pas d'opposer un « vrai » et un « faux » droit de la concurrence. Comme cela a été souligné, cette opposition ne figure pas dans tous les droits européens[3] et mérite d'être dépassée[4]. Il s'agit cependant là d'un véritable programme de recherche, distinct de l'objet de la présente étude[5]. Les règles de droit concernées par notre étude étant précisées, il reste à exposer de quels juges il sera question.

---

[1] Cl. LUCAS de LEYSSAC, Rapport de synthèse, *La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles, P.A.*, 20 janvier 2005, p. 65, parle de « grand droit de la concurrence ».

[2] Dans un arrêt récent, la Cour d'appel de Paris fait une distinction particulièrement nette à ce égard (pour l'appréciation de la prescription) entre l'action civile en dommages et intérêts (concurrence déloyale), qui vise la défense d'un intérêt particulier, et les actes tendant à la recherche, la constatation et la sanction de pratiques anticoncurrentielles, effectués pour la défense d'un ordre public économique et la régulation du marché. Paris, 21 mars 2006 (recours contre la décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-42 du 19 juillet 2005).

[3] L. BOY, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence », *RIDE*, 2005, pp. 27-50, p. 33.

[4] M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des Thèses », Paris, 2001, n° 44 et s., p. 78 et s. (soulignant le rapprochement des deux corps de règles et leur complémentarité) ; M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 18 à 21, pp. 20-24. V. aussi G. CANIVET, « Propos sans valeur ni portée à propos de la clientèle en droit de la concurrence…et ailleurs », *in* Colloque du CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, 6 décembre 2000, *Gaz. Pal.*, *Cah. dr. conc.*, n° 313-314 du 9-10 novembre 2001. V. également L. VOGEL, *Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2006-2007, n° 8, p. 30, qui présente le droit français de la concurrence comme composé de différents éléments formant, au regard de leurs objectifs, une gradation qui va du droit de la concurrence déloyale au droit des ententes et abus de position dominante en passant par un droit « intermédiaire » des pratiques restrictives. Dans cette gradation des finalités, l'auteur associe le droit des concentrations au droit des ententes et abus de position dominante.

[5] Sur un point particulier, les développements qui suivent rejoignent néanmoins cette recherche, *infra* n° 96.

B. Les juges de la concurrence

48. **Le juge et les juges.** Parler du juge au singulier est un abus de langage[1]. C'est d'autant plus le cas en droit de la concurrence que le contentieux est éclaté[2]. Il faut donc justifier ce singulier. On commencera par la partie la plus simple de la justification. La figure « du » juge masque la diversité des hommes et des femmes qui exercent les fonctions de magistrat. Négliger cet aspect se justifie dans une approche non sociologique (1). Il faudra ensuite examiner un aspect plus délicat de la justification du singulier et exposer pourquoi il ne nous semble pas que la division entre un contentieux de type administratif et un contentieux judiciaire justifie un traitement séparé (2). Enfin, il faudra préciser la distinction retenue entre juge et autorité de concurrence (3).

1. Approche non sociologique

49. La présente étude n'entend pas proposer une sociologie de la pratique du raisonnement économique par les magistrats. On ne peut cependant écarter d'un revers de la main la question des connaissances personnelles du juge.

50. **Approche non sociologique.** « Le » juge n'existe pas. Il y a des juges, on ne peut l'ignorer[3]. Certains juges expriment leurs positions personnelles dans leurs discours, ou leurs écrits[4]. Certains contentieux, comme le référé, sont plus que d'autres empreints de la

---

[1] M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », préc., p. 463. Le singulier se glisse parfois sous la plume des juges eux-mêmes, bien qu'il renvoie à une pluralité de juges, V. p.e. R. LECOURT, « La concurrence devant le juge », *Gaz. Pal.*, 1973, doctr., pp. 741-748. G. CANIVET, « Le juge et l'autorité de marché », *RJ com.*, 1992, pp. 185-204. Le Nouveau Code de procédure civile se réfère aussi au juge au singulier pour désigner toute juridiction (p.e, art. 7, 8, 12).

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge du marché », *in Le juge de l'économie*, *RJC*, 2002, n° spécial Colloque de la Baule, pp. 44-60, p. 49 et s.

[3] Ch. PERELMAN, « Raisonnement juridique et logique juridique », préc., p. 5 : « [n]ous savons que, à côté des règles de droit que personne ne s'avise de contester, ni d'interpréter à sa façon, tout système de droit comporte assez d'éléments d'incertitude, donne au juge assez de liberté, et dépend tellement de la conviction intime du juge en ce qui concerne l'établissement des faits, que la personnalité du juge joue toujours un rôle, parfois limité, mais parfois décisif, dans le déroulement du procès et dans son issue ».

[4] Outre les articles déjà cités de Monsieur le premier président Canivet, on peut songer, en droit de la concurrence, aux interventions de Monsieur Jenny ou encore aux articles du président du Tribunal de première instance. P.e. B. VESTERDORF, « Economics in Courts : Reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition law regime », préc. Il arrive même que les juges expriment un point de vue personnel sur les juridictions auxquelles ils appartiennent. P.e. H. LEGAL, « Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction », *Concurrences*, n° 2-2005, pp. 1-2. Plus généralement, pour un exposé de points de vue personnels de juges sur les modifications contemporaines du rôle des juges, *Les Entretiens de Provence : le juge dans la société contemporaine,* À l'initiative de Robert Badinter et de Stephen Breyer, Publications de la Sorbonne et Fayard, coll. « Droit économique », 2003.

personnalité du juge[1]. En dehors du référé, certains arrêts portent la marque d'une personnalité. Ainsi, l'arrêt *Comptoirs de vente de charbon de la Ruhr*[2], qui a surpris les commentateurs par la profondeur de l'analyse économique qu'il comporte[3], doit beaucoup à la présence de Jacques Rueff, premier juge français nommé à la Cour de justice des communautés européennes. De formation scientifique et économique, l'intéressé avait enseigné l'économie avant d'être nommé juge[4]. On pourrait aussi citer René Joliet, autre juge communautaire, arrivé à la Cour de justice après avoir commencé une carrière universitaire[5]. Une fois devenu juge, il n'a pu oublier les études approfondies qu'il avait faites de la jurisprudence américaine[6]. Les idées de l'École de Harvard, découvertes au cours d'un séjour aux États-Unis et auxquelles il avait marqué son adhésion, n'ont pu qu'influencer sa manière de juger[7]. Il est inutile de multiplier les exemples. Étudier le raisonnement économique des juges à travers le parcours des individus relèverait d'une approche sociologique qui n'entre pas, du moins dans la conception française, dans le champ des études juridiques[8]. Parler « du » juge au singulier est une fiction qui gomme la dimension humaine de la fonction qu'exercent les magistrats, mais c'est une fiction nécessaire, car les aspects qu'elle occulte ne font guère partie de l'objet d'étude des juristes[9].

---

[1] R. PERROT, « L'évolution des référés », *in Mélanges Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 645-663, p. 647.

[2] Arrêt de la Cour du 18 mai 1962, *Geitling, Mausgatt et Präsident/Haute Autorité*, 13/60, Rec. p. 167.

[3] J. BOULOUIS, R.-M. CHEVALLIER, D. FASQUELLE, M. BLANQUET, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire,* T. 2, 5ème éd., Dalloz 2002, p. 244, n°1, notent que « [j]amais (…) le juge communautaire, jusque-là si prudent à l'égard des analyses économiques, ne s'est engagé si loin sur ce terrain ».

[4] Le souvenir de ses enseignements a été durable chez certains de ses élèves juristes. V. à cet égard R. MARTIN, « Loi économique et règle de droit », *D.*, 1990, chron., pp. 259-262, p. 259 : « à l'époque où nous suivions les cours de J. Rueff à l'École des sciences politiques, nous devions admettre que l'économie fût une science, au même titre que la physique ». Pour le point de vue un peu différent de l'enseignant, V. J. RUEFF, « La Cour et l'économie politique » *in Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 1965, pp. 13-30, p. 25. V. aussi le récit que donne l'auteur de son passage à la Cour de justice : « Dix années chez Thémis », *in Œuvres complètes*, T. I, *De l'aube au crépuscule, Autobiographie*, Plon, Paris, 1977, pp. 216-225.

[5] René Joliet fut le juge belge à la Cour de 1984 à 1995.

[6] Notamment R. JOLIET, *The Rule of Reason in Antitrust Law*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967 ; « Monopolisation et abus de position dominante. Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome », *RTD Eur.* 1969, pp. 646-696.

[7] Cette adhésion est manifeste dans R. JOLIET, « Monopolisation et abus de position dominante », préc., spéc. pp. 650-654.

[8] Une telle étude relèverait de ce que les juristes américains appellent la *sociological jurisprudence*, courant qui a sa place, parmi beaucoup d'autres, dans les *law schools*.

[9] En cela, la science juridique, comme la science économique, se définit par les faits auxquels elle accorde pertinence.

51. **Connaissances personnelles du juge.** Sans s'intéresser spécifiquement aux personnes qui jugent, on ne peut cependant négliger l'importance des connaissances personnelles du juge. Le rôle de ces connaissances a été peu étudié[1]. La réflexion sur l'usage de l'économie par le juge ne peut cependant l'éluder. Nous verrons en effet que les conceptions que le juge se fait de la normalité économique interviennent nécessairement dans l'appréciation des preuves, voire parfois dans l'interprétation du droit. Sur le plan pratique, ce constat conduit à souligner l'importance de la formation économique des juges. Sur le plan des principes, il conduit surtout à souhaiter que la contradiction puisse être organisée sur les éléments de connaissances économiques qui viennent du juge lui-même et qui peuvent jouer un rôle déterminant dans le jugement.

Il importe à présent de justifier le choix de s'intéresser de manière unitaire au juge en dépit de la diversité des contentieux.

2. Diversité des contentieux et points communs à tous les juges

52. Le contentieux de la concurrence se répartit entre le contentieux communautaire et le contentieux interne. Dans l'ordre interne français, les règles de concurrence sont appliquées à la fois par le Conseil de la concurrence, sous le contrôle des juridictions judiciaires, par les juridictions de droit commun et par les juridictions administratives. Faut-il alors opérer une distinction entre le juge communautaire et le juge interne, entre le juge judiciaire et le juge administratif ? Ces distinctions ne seront pas retenues, il faut s'en expliquer.

53. **Contentieux administratif et judiciaire.** Le choix de confier aux juridictions judiciaires le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence a donné lieu à « une sorte de querelle de religion juridique proche des vieux débats scolastiques »[2]. La division du contentieux a elle-même donné lieu à un contentieux[3]. Il ne s'agit pas ici de retracer ces

---

[1] V. cependant J. CHEVALLIER, « Remarques sur les utilisations par le juge de ses informations personnelles », *RTD Civ.*, 1962, pp. 5-19.

[2] Cl. CHAMPAUD, « Caractères du droit de la concurrence », *préc.*, n°83 et 87.

[3] La jurisprudence du Tribunal des conflits sur les conflits de compétence entre les deux ordres de juridictions a évolué. Depuis l'arrêt du 18 octobre 1999, *Préfet de police de la région Ile-de-France*, le critère de répartition réside dans la distinction entre, d'une part, les actes des personnes publiques pris dans l'exécution des activités de production et de distribution de services, qui relèvent de la compétence du Conseil de la concurrence sous le contrôle des juridictions judiciaires, et, d'autre part, les actes d'organisation du service public comportant l'exercice d'une prérogative de puissance publique, qui relèvent du contrôle des seules juridictions administratives. Sur cette solution et les développements antérieurs, p.e. S. NICINSKY, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, coll. « Système », 2005, p. 144 et s.

péripéties, ni de porter un jugement sur cette situation[1]. De manière plus limitée, il convient d'exposer pourquoi le dualisme juridictionnel ne donnera pas lieu à une distinction importante dans notre étude. La question se pose certainement, car les auteurs de droit administratif ont souligné que le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, bien que confié aux juridictions judiciaires, était de « nature » administrative[2]. Ces auteurs expliquent que les recours dont connaît la Cour d'appel de Paris ne sont pas des appels, mais des recours de plein contentieux[3]. En effet, bien que l'appellation « recours en annulation ou en réformation » corresponde littéralement à la définition de l'appel[4], ce recours est, à la différence de l'appel, enfermé dans « la stricte contestation de la décision du Conseil de la concurrence »[5], notamment par l'interdiction faite à la partie qui conteste la décision de produire d'autres preuves que celles qui ont été débattues[6]. C'est là un trait qui distingue ce recours de l'appel, en tant que celui-ci est considéré comme une « voie d'achèvement du procès »[7].

---

[1] Pour un jugement critique selon lequel la distinction ne se justifie pas, même dans la perspective du droit administratif, B. SELLIER, *Droit administratif*, T. 2. *L'action administrative*, Flammarion, coll. Champs Université, 2ème éd., 2005, pp. 299-302. L'argument de cet auteur est le suivant : la compétence du juge administratif est en principe justifiée par la spécificité des personnes publiques. Or, expose l'auteur, celle-ci est niée par le juge administratif lui-même en matière de concurrence. Pour un jugement critique sur la division du contentieux du point de vue de l'effectivité des règles de concurrence, G. CANIVET, « De l'efficacité de la politique de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 26-28 janvier 2003, pp. 83-89, spéc. p. 85.

[2] P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, *passim.* J.-J. ISRAEL, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, pp. 315-332, spéc. p. 319. Y. GAUDEMET, « Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », *JCP (G)*, 1999, I-188, n° 1. J.-J. MENURET, *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2002. La nature administrative du contentieux devant la Cour d'appel de Paris est l'objet principal de la seconde partie de la thèse, spéc. chap. 1 du titre I et tout le titre II. concl. n° 893, p. 674. Sur l'effacement du critère organique dans la détermination du juge compétent en matière économique, V. déjà J. DELMAS-MESRALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, fasc. 22, pp. 133-160, spéc. pp. 140-141.

[3] P. DELVOLVÉ, *op. cit*., spéc. n° 25 et 29. En ce sens également, B. RAJOT, « Pouvoir d'annulation et de réformation des décisions du Conseil de la concurrence par la Cour d'appel de Paris », *JCP(E)*, 2003, jurispr. 666 note (n° 9) que « la Cour d'appel contrôle la légalité interne et externe de la décision, comme le ferait un juge administratif dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir ». J.-J. MENURET, *op. cit.*, spéc. n° 584, p. 449 et n° 589, p. 453.

[4] L'article 542 NCPC définit l'appel en ces termes : « [l]'appel tend à faire réformer ou annuler par la Cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré ». Sur la double fonction de l'appel, V. J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz, coll. « Précis », 27ème éd., 2003, n° 1342, p. 983, et L CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* Litec, 4ème éd., 2004, n° 1040, p. 582, n° 1065, p. 599, et n° 1071 et s., p. 603 et s. Il est néanmoins hasardeux de tirer des conclusions de l'identité des termes, ceux-ci étant également utilisés dans le contentieux administratif. Sur ce point, J.-J. MENURET, *op. cit.*, n° 589 et s., p. 453 et s.

[5] G. CANIVET, « De l'efficacité de la politique de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 26-28 janvier 2003, pp. 83-89, spéc. p. 88.

[6] *Ibid*.

[7] L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 1027, p. 577.

54. **Convergence – plein contentieux.** On peut cependant noter que le caractère administratif de ce contentieux n'est pas exclusif de traits propres au contentieux judiciaire. Par certains traits, le recours contre les décisions du Conseil de la concurrence se rapproche du droit commun de l'appel[1]. L'application du principe dévolutif par la Cour d'appel en est l'indice le plus clair, mais non le seul[2]. En effet, la Cour d'appel n'hésite pas à combler les lacunes des textes en recourant au droit commun de la procédure civile[3]. Un autre indice de l'influence du droit commun de l'appel est donné par les arrêts de la Cour de cassation statuant sur les pouvoirs de la Cour d'appel, rendus au double visa des dispositions spécifiques au droit de la concurrence et des dispositions générales régissant l'appel[4]. La rencontre de traits administratifs et judiciaires dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence n'a en réalité rien d'une contradiction[5]. Au contraire, « la fonction normale de l'appel épouse celle du recours administratif de plein contentieux »[6]. Dès lors, la portée de la « nature » du contentieux apparaît bien relative[7]. À cet égard, Laferrière, à qui l'on doit l'expression de « plein contentieux », pointait lui-même la parenté entre cette partie du contentieux administratif et l'office ordinaire du juge civil. Le juge administratif, écrivait-il, s'y « prononce entre l'administration et ses contradicteurs comme les tribunaux ordinaires entre les parties litigantes »[8]. L'office du juge administratif dans le plein contentieux rejoint donc celui du juge ordinaire, car dans les deux cas le juge « statue directement sur le bien-

---

[1] En ce sens, O. DOUVERELEUR, « Une voie de recours "*sui generis*" : le recours contre les décisions du Conseil de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 1988, 1, doctr. p. 179.

[2] J.-J. MENURET, *op. cit.*, n° 734 et s., p. 562 et s.

[3] On peut notamment citer le recours à l'art. 330 NCPC en matière d'intervention accessoire. Sur ce point, J-J. MENURET, *op. cit.*, n° 773, p. 591.

[4] Ces arrêts sont rendus au double visa de l'article L. 464-8 du Code de commerce, d'une part, et des articles 561 et 562 du nouveau Code de procédure civile, d'autre part. V. p. e. Cass. com., 26 février 2002, *CNE*, Bull. civ. IV n° 42, p. 42, note B. RAJOT, *JCP (E)*, 2003, jurispr. 666, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats Conc. Conso.*, 2002, n° 126 ; Cass. com., 27 septembre 2005, *Société Béton travaux e.a.*, Bull. civ. IV, n° 181, p. 195 obs. C. NOURISSAT, *RLC*, 2005/5, n° 381, p. 67 ; obs. M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats Conc. Conso.*, 2002, comm. n° 208. Sur le devoir de statuer en fait et en droit – et non seulement d'examiner s'il existe une erreur manifeste qui constituerait un motif de réformation du jugement attaqué – en application du droit commun, Cass. civ. 11 mars 1997, pourvoi n° 96-19588 Bull. civ. IV, n° 73, p. 65, *RJDA*, 1997, p. 965.

[5] Sur cette rencontre, CADIET et JEULAND, préc. n° 12, p. 8 V. J. CHEVALLIER, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices*, 1995, n° 1, p. 81.

[6] J. MENURET, *op.cit.*, n° 593, p. 457. E. PUTMAN, *Contentieux économique*, PUF, 1998, n° 240, choisit aussi la métaphore de l'union, pour se demander s'il s'agit d'un mariage de raison.

[7] Le professeur Delvolvé ne déduit de son analyse sur la nature administrative du contentieux qu'une critique du législateur pour avoir introduit du désordre dans l'attribution du contentieux.

[8] E. LAFFERIÈRE, *Traité de droit administratif*, T. I p. 15 cité par R. DRAGO, « Le juge judiciaire, juge administratif », *RFDA*, 1990, pp. 757-763, p. 759.

fondé des demandes des parties » en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait et de droit établies à la date de sa décision[1].

55. **Convergence – contrôle de légalité.** La convergence du contentieux de type administratif[2] et du contentieux judiciaire n'est pas limitée au plein contentieux. Elle concerne aussi le contrôle de légalité. La Cour d'appel de Paris saisie d'un recours en annulation contre une décision du Conseil de la concurrence est, en tant que cet office peut être distingué de l'office de juge de la réformation qu'elle exerce aussi, un juge de la légalité[3]. Le Conseil d'État est, d'une façon générale, un juge de la légalité, en matière de contrôle des concentrations comme dans d'autres domaines[4]. Enfin, la Cour de cassation est, elle aussi, un juge de la légalité. Son rôle est précisément, dès l'origine, de contrôler la conformité à la loi des jugements rendus par les juridictions du fond[5]. L'élargissement des sources de la légalité au- delà de la seule loi au sens matériel n'affecte pas son rôle de « juge suprême de la légalité »[6]. Le juge communautaire, quant à lui, n'est en règle générale que juge de la légalité[7], sauf en matière d'amendes où il peut exercer une compétence de plein contentieux[8].

56. Ces remarques ne visent pas à nier qu'il existe différents types de jugements liés à la compétence particulière du juge qui les rend. La situation du juge de première instance n'est pas celle du juge d'appel, et la Cour de justice saisie d'une question préjudicielle est évidemment dans une situation différente de celle du juge du fond. Nos observations ont seulement pour but de souligner les traits communs, qui justifient d'appréhender globalement

---

[1] Y. GAUDEMET, « Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », *JCP (G)*, 1999, I-188, n° 2.

[2] Par cette expression, nous désignons aussi le contentieux communautaire.

[3] Sur la difficulté de distinguer en pratique les deux offices, J. MENURET, *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, préc., n° 805, p. 615.

[4] Le Conseil d'État exerce aussi un contrôle de la légalité concurrentielle sur les décisions qui mettent en œuvre une prérogative de puissance publique, mais il ne s'agit pas là du contentieux des décisions prises par une autorité de concurrence et cet aspect ne sera pas traité. Sur le droit public de la concurrence, V. notamment S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005.

[5] P. FORIERS, « La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation de Belgique » *in Le fait et le droit*. Études de logique juridique, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1961, pp. , spéc. p. 59 et s., rappelle (p. 61) la formule de Robespierre selon laquelle le Tribunal de cassation devait être le « protecteur des lois, surveillant et censeur des juges ». Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, réimpr. Dalloz, 1999, n° 26, p. 38. J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 3ème éd. 2003-2004, spéc. n° 1.61, p. 8, et n° 1.92, p. 11-12.

[6] J. DABIN, Préface à F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, 1966, p. X. Dans cet ouvrage, F. Rigaux propose une présentation du contrôle de cassation comme contrôle de légalité. V. notamment p. 141 et s.

[7] Art. 230 CE.

[8] Art 229 CE mis en œuvre par l'art. 31 du règlement (CE) n° 1/2003, préc.

« le » juge et le raisonnement économique, par-delà la distinction des contentieux[1]. Cette démarche sera justifiée *a posteriori* par la conclusion à laquelle nous parvenons, selon laquelle le raisonnement économique prend place dans le cœur commun de l'activité juridictionnelle, qui consiste à interpréter le droit, à préciser le contenu des notions et à définir les charges d'allégation. De même, en ce qui concerne le contrôle juridictionnel, nous verrons que le contrôle de type administratif exercé par les juridictions communautaires sur les décisions de la Commission peut adéquatement être décrit dans les termes de la théorie du manque de base légale, élaborée à propos du contrôle de cassation en droit privé[2].

57. Pour terminer, signalons que la présente recherche n'inclut pas les autorités de concurrence parmi les juges de la concurrence.

3. Juge et autorités de concurrence

58. **Juges et autorités de concurrence.** La question de la nature juridictionnelle des autorités de concurrence a pu être qualifiée d'embarrassante[3]. De fait, elle divise les auteurs et n'a pas donné lieu à une jurisprudence univoque. En doctrine, le débat sur les critères – organiques, matériels, procéduraux – qui permettent de distinguer une juridiction est ancien sans être clos[4]. En l'absence d'un cadre d'appréciation consensuel, la doctrine n'est pas unanime à propos de la qualification qui sied aux autorités de concurrence. Certains auteurs soulignent qu'elles sont dotées de pouvoirs de sanction et de règlement des différends qui les apparentent tour à tour à un juge pénal et à un juge civil[5]. D'autres, en revanche, considèrent

---

[1] Sur le juge administratif, V. D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, préf. L. GRARD, PUAM, 2004.

[2] H. MOTULSKY, « Le "manque de base légale", pierre de touche de la technique juridique », *JCP*, 1949 I.775, reproduit dans *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 31-37 ; T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LDGJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 270.

[3] J.-J. SUEUR, « Droit économique et méthodologie du droit », *in Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, préc., pp. 291-308, p. 301 à propos des autorités de marché en général.

[4] R. BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *Mélanges Carré de Malberg*, Topos et Duchemin, Vaduz et Paris, 1977, pp. 3-29, R. CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction : la réponse de la jurisprudence administrative », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, pp. 265-297. O. GOHIN, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *in La fonction de juger*, *Droits*, 1989, n° 9, pp. 93-105 et, dans le même volume, J. CHEVALLIER, Réflexions sur l'arrêt « Cadot », pp. 79-91. Plus récemment, C. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 364, 2002, dont toute la première partie est consacrée à « l'autorité de marché et la fonction juridictionnelle ».

[5] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge du marché », préc., p. 49. En faveur de la qualification de juridiction appliquée au Conseil de la concurrence, V. aussi D. DANET, « Le Conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou juridiction innommée », *RIDE*, 1991, n°1, pp. 3-17.

que le Conseil de la concurrence n'est saisi que de faits et non de contestations, si bien que les procédures qui se déroulent devant lui ne pourraient être qualifiées de contentieuses. Ils en concluent que « le Conseil de la concurrence n'est pas une juridiction »[1]. D'autres encore tentent de saisir l'ensemble des traits de l'institution en la qualifiant de quasi-juridiction[2] ou de « juridiction insolite »[3].

59. **Question sans réponse.** Différents juges ont été par ailleurs saisis de la question du caractère juridictionnel des autorités de marché, à commencer par le Conseil constitutionnel qui, le premier, a jugé que le Conseil de la concurrence n'était pas une juridiction[4]. La solution semblait définitive. Et pourtant…[5] Cette solution ferme n'a pas empêché la question de réapparaître, indirectement, devant le juge judiciaire et, directement, devant le juge communautaire, respectivement à travers la question de l'applicabilité des garanties du procès équitable aux procédures devant les autorités de régulation et à propos de la compétence de la Cour de justice des communautés européennes pour connaître des questions préjudicielles adressées par une autorité de concurrence[6]. La jurisprudence sur l'application des principes du procès équitable à la procédure devant les autorités de concurrence a fait l'objet de nombreuses études, elle ne sera pas reprise ici[7]. Qu'il suffise de souligner que cette jurisprudence aboutit à soumettre le contentieux devant les autorités de concurrence à un

---

[1] S. GUINCHARD *et alii*., *Droit processuel : Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, coll. « Précis », 3ème éd., Paris, 2005, n° 750, p. 1193. *Contra :* G. CANIVET, « Le juge et les autorités de marché », *RJC*, 1992, pp. 185-204 et « Conclusions générales » *in Régulateurs et juges*, *P.A*., 23 janvier 2003, n° spécial, pp. 50-55, p. 51, pour qui l'affirmation est « contestable ».

[2] Cl. LUCAS de LEYSSAC, « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », *RJ Com.*, 1992, p. 346 ; D. DANET, *op. cit.* ; R. MARTIN, « Loi économique et règle de droit », préc., p. 261.

[3] C. DELICOSTOPOULOS, *op. cit.*, n° 182, p. 276.

[4] Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, points 17, 21 et 22.

[5] M. PASTUREL, « Le procès devant le Conseil de la concurrence », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp. 333-340, p. 334.

[6] L'article 234 CE dispose que la Cour est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur une question d'interprétation du traité lorsqu'une *juridiction* d'un État membre estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son *jugement*.

[7] Sur l'application de l'article 6.1 de la Conv. EDH devant le conseil de la concurrence, V. Cass. Com., 5 octobre 1999, Bull. civ. IV, n° 158, p. 133, concl. M.-A. LAFORTUNE et note O. FLECHEUX, *Gaz. Pal.*, 2 décembre 1999, n° 336, p. 2., note M.-L. NIBOYET, *Dalloz affaires*, 2000, n° 2, p. 9, note E. CADOU *JCP (G)*, 2000, n° 7/8, p. 309, note J.-J. MENURET, *Contrats, Conc. Conso.*, 2002, n° 1, Chron., pp. 4-17 ; note D. WAELBROECK et M. GRIFFITHS, *CML Rev.* 2000, pp. 1465–1476. Sur cette question à propos de la Commission, V. notamment les conclusions de l'avocat général Roemer sous l'arrêt de la Cour du 13 juillet 1966, Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH/Commission, 56 et 58/64, Rec. p. 429, point 14 ; conclusions du juge Vesterdorf faisant fonction d'Avocat général présentées le 10 juillet 1991 dans les affaires Rhône-Poulenc e.a./Commission, T-1/89 à T-15/89, Rec. p. II-867. V. plus généralement C. DELICOSTOPOUSLOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire*, préc., n° 122 et s., p. 182 et s.

régime procédural proche de celui qui s'applique aux juridictions. De là à conclure que ce sont des juridictions, il y a un pas que la Cour de justice des communautés européennes invite à ne pas franchir trop facilement. Dans un arrêt récent – l'arrêt *Syfait* de 2005 –, elle a en effet jugé que l'autorité grecque de la concurrence n'était pas une juridiction[1]. La solution résulte de l'examen d'un faisceau d'indices et n'est donc pas directement transposable au Conseil français de la concurrence[2]. Elle pourrrait cependant s'appliquer par analogie, bien que l'on ne puisse être absolument certain de sa portée[3]. La jurisprudence, pas plus que la doctrine, n'a donc définitivement tranché la question de la nature juridictionnelle des autorités de concurrence. Il est donc *a priori* possible d'adopter l'un ou l'autre point de vue pour inclure ou, à l'inverse, exclure les autorités de concurrence de la définition du juge aux fins de la présente recherche.

60. **Justification.** Si nous choisissons d'exclure les autorités de concurrence, c'est moins par conviction qu'elles peuvent ou doivent être distinguées des juridictions au regard de la théorie de l'acte juridictionnel que pour des raisons propres à l'objet de notre étude. En effet, certaines particularités de la position du juge face au raisonnement économique ne se retrouvent pas – ou se retrouvent à un degré bien moindre – devant les autorités de concurrence. Tout d'abord, le raisonnement économique est moins extérieur aux autorités de concurrence qu'au juge. Les autorités de concurrence disposent en leur sein d'une expertise économique dont les juridictions sont le plus souvent dépourvues[4]. Du reste, même lorsqu'une juridiction comme la Cour de cassation compte un économiste en son sein[5], la situation n'est

---

[1] Arrêt de la Cour du 31 mai 2005, Syfait e.a./GlaxoSmithKline plc., C-53/03, Rec. p. I-4609, note Ch. MOMÈGE, *Concurrences*, n° 3-2005, pp. 116/117 ; note L. IDOT, « Coopération entre les ANC et le juge communautaire », *Europe*, 2005, comm. nº 256 pp. 23-24 ; note É. BARBIER de LA SERRE, « Les autorités nationales de concurrence et le renvoi préjudiciel : les enseignements ambigus de l'arrêt *Syfait* », *RLC*, 2005/4, n° 299.

[2] Notamment, au regard du critère d'indépendance, l'existence d'une tutelle ministérielle distingue l'autorité grecque de concurrence du Conseil de la concurrence.

[3] Une partie des caractéristiques prises en considération valent pour toutes les autorités de concurrence des États membres. En particulier, le critère relatif à la question de savoir si l'autorité est « appelée à statuer dans le cadre d'une procédure *destinée à aboutir* à une décision de caractère juridictionnel » (*Syfait*, préc., points 34-38, nous soulignons). Ce qui semble conférer une généralité à ce critère est le fait que, pour son application, la Cour s'est appuyée sur une disposition procédurale applicable à toutes les autorités nationales de concurrence, à savoir la possibilité pour une autorité nationale de concurrence d'être dessaisie d'une affaire pendante devant elle à l'initiative de la Commission.

[4] Au sein de la Commission, la présence d'économistes a été renforcée par la création d'un poste d'économiste en chef au sein de la direction générale chargée de la concurrence et le recrutement d'économistes en vue d'atteindre 30 % de l'effectif de la direction générale « Concurrence ». Sur ce point, V. O. GUERSENT, « L'autorité de concurrence et l'analyse économique », *in L'analyse économique, serviteur ou maître du droit de la concurrence ?*, *Rev. Conc. Conso.*, 2003, n° 134, pp. 24-27, p. 27.

[5] F. JENNY, « Un économiste à la Cour », Entretien, *Concurrences*, n° 1-2005, pp. 5-8.

pas comparable à celle de l'autorité de concurrence[1]. Elle ne l'est pas notamment en raison des *usages* que font respectivement les autorités de concurrence et les juges du raisonnement économique. Pour les autorités de concurrence, les apports de l'économie peuvent se traduire par des priorités dans la mise en œuvre des règles de concurrence[2], par des réformes de procédure[3] ou encore dans des lignes directrices[4]. Ce sont autant d'usages du raisonnement économique qui ne concernent pas le juge. Quant à l'examen des affaires dont elles sont saisies, les juridictions ne les instruisent pas comme le font les autorités de concurrence. Elles sont moins à même et moins amenées à élaborer de manière autonome des raisonnements économiques. Leur rôle est différent et consiste à vérifier que les raisonnements économiques élaborés par les autorités de concurrence sont conformes au droit. Ces raisons, jointes à la nécessité de circonscrire le corpus étudié, conduisent à distinguer le juge de l'autorité de concurrence[5].

61. **Juridictions de droit commun.** Les juridictions de droit commun ont toujours été compétentes pour appliquer le droit interne de la concurrence, qu'il s'agisse des tribunaux de

---

[1] L'importance de cette différence est soulignée par G. CANIVET, « Conclusions générales » *in Régulateurs et juges*, *P.A.*, 23 janvier 2003, n° spécial, p. 50, pp. 54-55. En ce sens également, C. BELLAMY, « Le juge contrôleur du régulateur », *Régulateurs et juges*, *P.A.*, 23 janvier 2003, n° spécial, pp. 38-40, p. 38.

[2] Par exemple, la priorité accordée par la Commission à la lutte contre les ententes horizontales. Sur ce point, V. notamment M. MONTI, « Why should we be concerned with cartel behaviour », *in Fighting cartels : Why and how ?*, Konkurrensverket (autorité suédoise de la concurrence), 2001, pp. 14-22. L. IDOT, « La réforme du droit antitrust en Europe : un an de pratique. À propos du colloque de Bruxelles des 10-11 mars 2005 », *Europe*, 2005, n° 4, pp. 6-9, spéc. n° 26, p. 8.

[3] L'adoption du règlement n° 1/2003, préc., qui réforme la procédure de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE, n'est pas étrangère à l'approche économique. En ce sens, S. POILLOT-PERUZZETTO, « Les réformes de fond à l'occasion des réformes de procédure en droit communautaire de la concurrence », *Contrats Conc. Conso.*, 2004 étude n° 8. V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, « À propos du règlement communautaire sur l'application des articles 81 et 82 du Traité : variation sur les lois de modernisation », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2006, pp. 30-38.

[4] Sur la nouvelle approche traduite dans les lignes directrices sur les exemptions verticales, V. *supra*, n° 2. *Adde :* I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique : l'exemple du traitement des relations verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, Thèse Strasbourg, 2004.

[5] Cette approche semble par ailleurs concorder avec la perception qu'ont pu exprimer de hauts magistrats. P. BÉZARD, « Le nouveau visage du juge économique et financier », *in Droit et vie des affaires : Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, coll. « Le droit des affaires », 1997, pp. 147-167, p. 158, affirme qu'« [i]l est évident que [la COB et le Conseil de la concurrence], bien que dotés de pouvoirs juridictionnels et comprenant des juristes, sont de nature économico-financière ». V. aussi G. CANIVET, « Le juge et les autorités de marché », préc., et, du même auteur, « Conclusions générales » *in Régulateurs et juges*, préc., p. 50. L'auteur souligne que la question pertinente est de savoir « [à] quoi sert le juge dans un tel mécanisme [la régulation], essentiellement économique ? ». La même question vaut aussi pour le droit de la concurrence. La distinction est également ressentie par certains auteurs. P.e. C. LUCAS de LEYSSAC, Rapport de synthèse, *La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles, P.A.*, 20 janvier 2005, p. 65.

grande instance, des tribunaux de commerce ou, plus accessoirement, du juge pénal[1]. Malgré cette compétence concurrente[2], il a encore été constaté récemment que « le développement des procès civils (…) semble relever pour l'heure de l'incantation »[3]. Il sera donc très peu question des arrêts rendus par les juridictions judiciaires, encore relativement peu nombreux et qui concernent surtout l'application des règlements d'exemption[4]. Pour autant, l'analyse proposée s'applique aussi au juge de droit commun. La spécialisation des juridictions françaises appelées à connaître du contentieux de la concurrence a désormais été organisée[5]. À terme, elle pourrait déboucher sur des usages innovants du raisonnement économique par les juges du fond[6]. Il est encore trop tôt pour le dire. Ce qui est en revanche certain et vaut aussi pour l'avenir, c'est que les juridictions du fond puisent d'abord les principes de leur raisonnement dans les arrêts des juridictions supérieures et communautaires. Dès lors, l'étude du raisonnement économique principalement menée à partir de ces arrêts les concerne aussi. Pour terminer ce tour d'horizon des juges, il faut en dernier lieu évoquer les arbitres.

62. **Arbitres.** Pour la Cour de justice, les arbitres ne sont pas des juridictions au sens de l'article 234 CE[7]. Cela ne signifie pourtant pas que les arbitres ne sont pas des juges de la concurrence[8]. En effet, l'arbitrabilité du droit communautaire de la concurrence est désormais

---

[1] Le contrôle du juge pénal était naguère important en application de l'article 419 du Code pénal. Sur ce point, P. BÉZARD, « le nouveau visage du juge économique et financier », préc., p. 156. Aujourd'hui, l'intervention du juge pénal se réduit à l'application de l'article L 420-6 C. com., qui prévoit une peine d'emprisonnement de quatre ans et de 75 000 € d'amende à l'encontre de toute personne physique qui prendrait frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L 420-1 et L 420-2 C. com.

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le conseil de la concurrence et ses concurrents », préc.

[3] E. CLAUDEL, « La processualisation du droit de la concurrence » *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp. 285-313, n° 26, p. 297.

[4]Ces arrêts sont publiés sur le site de la Commission et accessibles à partir de l'url http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/national_courts/index_en.html

[5] La possibilité d'une spécialisation des juridictions de premier degré avait été ouverte par la loi NRE (n° 2001-420 du 15 mai 2001) et codifiée à l'article L. 420-7 C. com., modifié par l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004. Elle a été mise en place par le décret d'application n° 2005-1756 du 30 décembre 2005, JO du 31 décembre 2005, p. 2831, obs. B. CHEYNEL, *RLC*, 2006/6, n° 462.234 CE. *Adde :* G. CANIVET, « L'organisation des juridictions nationales pour l'application du droit communautaire de la concurrence », *Concurrences*, n° 1-2004, pp. 21-28.

[6] En ce sens, A. SCHAUB, « Continued Focus on Reform : Recent developments in EC Law and Policy », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2000, ch. 13, p. 201.

[7] Arrêt de la Cour du 23 mars 1982, Nordsee, 102/81, Rec. p. 1095.

[8] R. NAZZI, « International Arbitration and Public Enforcement of Competition Law », *ECLR*, 2004 pp. 153-162, p. 156. Certains auteurs considèrent qu'ils peuvent être dans une situation « meilleure que les juridictions nationales pour appliquer le droit de la concurrence », notamment en raison des connaissances techniques et économiques qu'ils peuvent posséder s'ils sont convenablement choisis. Y. DERAINS, « L'arbitre, la Commission et la Cour : Question de procédure », *Gaz. Pal.* 28-29 mai 2003, pp. 1520-1523, p. 1522. En ce sens également, C. BAUDENBACHER et I. HIGGINS, « Decentralization of EC Competition Law Enforcement and

bien établie[1]. L'application du droit de la concurrence par les arbitres a par ailleurs déjà donné lieu à une thèse[2]. La nécessité de limiter le corpus étudié et la difficulté de certaines questions spécifiques à l'arbitrage nous ont cependant conduit à ne pas traiter cette question[3]. Les spécialistes de l'arbitrage trouveront peut-être dans notre thèse matière à analogie. Nous leur laissons ce soin. Toutes ces précisions étant données sur le domaine étudié, il convient d'exposer le plan adopté. Il résulte de ce qui a été dit.

VI PLAN

63. Les développements qui précèdent ont indiqué que le droit de la concurrence amenait le juge à se tourner vers l'analyse économique, mais aussi que l'approche économique n'allait pas de soi pour le juge. Celle-ci procède d'une logique propre et postule certaines finalités du droit, ce qui la rend à première vue étrangère au juge. En outre, le juge n'est pas économiste et n'a pas à l'être[4]. Ce n'est pas de lui que vient le raisonnement économique, mais des parties. Le juge est donc tout d'abord confronté[5] au raisonnement économique (Première partie). La réception du raisonnement économique par le juge rencontre des obstacles, tant sur le plan des

---

Arbitration », *Columbia Journal of European Law*, 2002, pp. 1-17, p. 3 et A. P. KOMNIONOS, « Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement », *World Competition*, 2001, pp. 211-238, p. 223. Cp. A. MOURRE, « Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de justice des communautés européennes », *Gaz. Pal.* 9-11 janvier 2000, pp. 30-35, p. 32 ; *Adde :* L. SIMONT, « Arbitrage et droit de la concurrence : quelques réflexions d'un arbitre », *RDAI*, 1998, pp. 547-556, p. 549 ;

[1] L. IDOT, « Arbitrage et droit communautaire », *RDAI*, 1996, pp. 561-591, n° 8 et références citées. Certaines questions sur la place de l'arbitrage sont cependant laissées en suspens dans le règlement n° 1/2003. Sur ces points, C. NOURRISSAT, « La place de l'arbitrage dans le nouveau paysage communautiare de la concurrence », *in* C. NOURRISSAT et R. WTTERWULGHE, *op. cit.*, pp. 51-62. *Adde :* L. IDOT, L. BURGER, C. PARTASIDES, C. BOVET, F. KNOEPFLER, D. RUIZ-JARABO COLOMER, B. MERKT, « Ordre public, concurrence et arbitrage », *Concurrences*, n° 3-2006, pp. 10-32 ; W. ABDELGAWAD, « L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE », *Revue de l'arbitrage,* n° 2/2004, p. 258.

[2] W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence*, LGDJ, 2001, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 346.

[3] Nous ne traiterons pas non plus du contrôle juridictionnel sur les sentences arbitrales. Il semble que ce contrôle demeure superficiel et que le juge judiciaire ne cherche pas à entrer dans l'éventuel raisonnement économique de l'arbitre. V. Paris, 1ère ch. C, 18 novembre 2004, Thalès c. Euromissile, jugeant que le contrôle du juge de l'annulation se limite aux violations manifestes du droit de la concurrence. Cependant, en l'espèce, la question de l'application des règles de concurrence n'a pas été débattue devant les arbitres. Le contrôle du juge pourrait être plus approfondi dans le cas contraire. V. sur cet arrêt Cl. LUCAS DE LEYSSAC, « Arbitrage et concurrence : Retour sur Eco Swiss », *Concurrences*, n° 1-2005, p. 1 et note É. BARBIER de LA SERRE et C. NOURRISSAT, *RLC*, 2005/2, n° 150.

[4] G. CANIVET, Préface à B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, préc. p. 2.

[5] Tel est également le terme employé par R. ENCINAS de MUNAGORRI, « L'analyse économique du droit est-elle une source du droit ? », *RTD Civ.*, 2006, pp. 505-510, p. 508.

principes que sur le plan pratique. Il est nécessaire de les examiner avant que de se demander dans quelle mesure l'ouverture du juge au raisonnement économique reste néanmoins possible. Ce n'est qu'une fois la possibilité et la réalité de cette ouverture établies qu'il conviendra de voir comment le raisonnement économique peut s'insérer dans la méthode du juge (Seconde partie).

Première partie. Le juge confronté au raisonnement économique.

Deuxième partie. Le raisonnement économique inséré dans la méthode du juge.

PREMIÈRE PARTIE : LE JUGE CONFRONTÉ AU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE

64. Pour le juge, le raisonnement économique est d'abord un défi. La technicité de l'économie est en effet rebutante et l'orientation exclusive de l'approche économique vers l'efficience semble ignorer la normativité propre du droit. En outre, l'approche économique spéculative est mal adaptée aux réalités du procès. Les obstacles à la réception du raisonnement économique doivent donc d'abord être étudiés (Titre I). Cependant, le raisonnement économique apparaît aussi comme une nécessité pour le juge. En effet, les ressources du seul droit sont insuffisantes pour appréhender les notions vagues du droit de la concurrence. En dépit des obstacles, le juge est donc amené à manifester une certaine ouverture à l'économie (Titre II).

TITRE I. LES OBSTACLES À LA RÉCEPTION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE PAR LE JUGE

65. Lorsqu'il est question de réception de l'analyse économique dans l'application par le juge du droit de la concurrence, l'obstacle auquel on songe immédiatement est celui de la connaissance. Le juge n'est pas ou peu formé à l'économie. De ce fait, il éprouverait quelque difficulté à s'en saisir, en raison d'un manque de familiarité. S'ajoutent à cela les difficultés de l'expertise économique[1]. Ces obstacles pratiques ne sont pas minces. Ils ne sont en outre pas les seuls, car il faut aussi envisager des obstacles de principe. Une réflexion sur des questions de principe peut du reste éclairer les questions pratiques. En effet, la découverte d'obstacles de principe forts est susceptible de supprimer une partie de ces questions pratiques. Enfin, le type d'obstacle identifié d'un point de vue théorique peut avoir des conséquences sur le contenu qu'il est utile de donner à la formation économique des magistrats.

---

[1] Sur ces difficultés, V. notamment G. CANIVET, « L'expertise en droit de la concurrence », *in* M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, *L'expertise*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, pp. 51-61 ; M. NUSSENBAUM, « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles », *P.A.,* 20 janvier 2005, pp. 37-45. Sur l'expertise comme moyen d'apporter des connaissances économiques au procès, V. *infra* n° 912, et s.

66. Le présent titre entend donc examiner les obstacles de principe à la réception du raisonnement économique par le juge. Pour ce faire, on partira de la description du problème la plus simple possible : le juge doit appliquer le droit de la concurrence et les économistes lui proposent des raisonnements. Le juge peut-il les accepter ? *A priori*, les obstacles peuvent avoir trois sources : premièrement, les règles de droit de la concurrence, deuxièmement, les raisonnements économiques proposés et, troisièmement, le juge lui-même, compte tenu des ses devoirs généraux. Ces trois types d'obstacles seront envisagés tour à tour.

67. Il faut d'entrée de jeu se demander si les règles de droit que le juge doit appliquer font obstacle à une approche économique. On dit parfois que le droit de la concurrence serait « une théorie économique mise sous la forme de règles juridiques »[1]. Si tel était le cas, le problème envisagé ne se poserait pas. Les règles de droit appelleraient par construction un raisonnement économique pour leur application. Cependant, cette manière de voir ne peut être acceptée sans examen. En effet, les raisonnements économiques invoqués en droit de la concurrence reposent sur des prémisses, dont certaines sont relatives aux finalités du droit de la concurrence. Or, la détermination des finalités poursuivies appartient au législateur et non aux économistes. Quant au juge, il doit appliquer le droit et non l'économie. Il faut donc envisager la possibilité d'obstacles de principe qui tiendraient à la discordance entre les finalités postulées par les économistes et celles des règles de droit, telles qu'elles peuvent être appréhendées du point de vue du juge. On verra à cet égard que les obstacles relatifs aux finalités des règles de concurrence (Chapitre 1) existent, mais ce sont des obstacles relatifs. Ils n'empêchent pas le juge d'admettre des raisonnements économiques.

68. Dès lors, l'examen doit être poursuivi. Comme cela a été évoqué en introduction, on a parfois opposé la logique du raisonnement économique et celle du raisonnement judiciaire. Si cette opposition se confirme, elle constitue un obstacle sérieux. En effet, il faudrait de bien puissantes raisons pour prescrire au juge de dénaturer son mode de raisonnement afin d'accommoder une manière économique de raisonner. Il importe donc de voir dans quelle mesure la logique économique constitue, du point de vue du juge, un obstacle à la réception du raisonnement économique (Chapitre 2). Pour cela, on ne peut s'en tenir à une

---

[1] L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit », *in Mélanges André Decocq. Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, pp. 605-614, n° 15, 610. Cp. J. S. KINGDON, « Economic Arguments in Anti-Trust Cases : An American Litigator's Perspective, *ECLR*, 1987, pp. 371-385, p. 372 : « the second fallacy – that antitrust is economics codified – is implicit in much of the Chicago doctrine ».

caractérisation superficielle du raisonnement économique. Or, on verra que l'examen approfondi de ces caractéristiques révèle en réalité plus de points de convergence avec le raisonnement du juge qu'on ne pouvait l'imaginer. Des obstacles réels mais aucun obstacle dirimant n'étant révélé par l'analyse des finalités du droit ni celle du raisonnement économique, il restera à envisager les obstacles tenant au juge (Chapitre 3). Plus spécifiquement, il convient d'apprécier dans quelle mesure certains principes généraux du droit ou certaines difficultés de preuve justifient, du point de vue du juge, le rejet de raisonnements économiques.

Chapitre 1. Les obstacles à la réception du raisonnement économique relatifs aux finalités du droit de la concurrence.

Chapitre 2. Les obstacles à la réception du raisonnement économique relatifs à l'économie.

Chapitre 3. Les obstacles à la réception du raisonnement économique relatifs au juge.

CHAPITRE 1. LES OBSTACLES À LA RÉCEPTION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE RELATIFS AUX FINALITÉS DU DROIT DE LA CONCURRENCE

69. Les fondements économiques du droit de la concurrence sont mis en avant par de nombreux auteurs[1]. Comme l'a récemment indiqué le président du Tribunal de première instance des Communautés européennes, ces fondements économiques du droit de la concurrence font, de plus en plus, l'objet d'un consensus parmi les autorités de concurrence, mais aussi des juges, sur les deux rives de l'Atlantique[2]. Ce consensus renvoie directement à la question de la légitimité du raisonnement économique du point de vue du juge. En effet, derrière l'appellation de « fondements », ce sont les finalités des règles de concurrence qui sont visées. Les économistes présentent traditionnellement la recherche de « l'efficience » et, plus récemment, la recherche du « bien-être des consommateurs » comme les seules finalités légitimes des règles de concurrence[3]. Par-delà la variation des conceptions économiques, l'exclusivisme avec lequel elles envisagent les finalités du droit de la concurrence est leur marque commune[4]. La réduction des objectifs à une ou deux finalités[1] conditionne en effet la

---

[1] Pour s'en tenir à quelques références F.-Ch. JEANTET, « Aspects du droit économique », *in Dix ans de conférences d'agrégation, Études de droit commercial offertes à J. Hamel*, Dalloz 1961, p. 42 : « le fondement de la règle n'est pas éthique mais économique » ; J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA*, 2000, 687-696, p. 691 ; avec des nuances, Ch. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 4ème éd., 2002, n° 382, p. 263. V. aussi L. VOGEL, *op. cit.*, *loc. cit. Adde :* J. P. SLOT, « A View from the Mountain : 40 years of Development in Competition Law », *CML Rev.*, 2004, pp. 443-473, p. 444 : « the objectives of competition policy are primarily based on economic theory » ; T. T. SHARPE, « Predation », *ECLR*, 1987, pp. 53-76, p. 54. Aux États-Unis, ce consensus existe de longue date parmi les auteurs. Comme l'indique D. GERBER, « Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp. 107-129, p. 111 : « [i]l est (…) acquis que les objectifs du droit de la concurrence sont déterminés par la seule théorie économique, de sorte que ne reste en débat que le contenu de cette théorie. Ceux qui envisagent d'autres objectifs perdent toute crédibilité ».

[2] B. VESTERDORF, « Economics in Court : Reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition law regime », *in* M. JOHANSSON, N. WAHL et U. BERNITZ (éds), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg : a European for all seasons*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 505 à 524, p. 513.

[3] Les différents sens précis de ces notions économiques sont discutés *infra,* respectivement n° 112 et s. (« efficience ») et n° 157 et s. (« bien-être des consommateurs »).

[4] P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, Economica, coll. « Corpus », 2005, n° 611, p. 510.

légitimité de la plupart des raisonnements que propose la théorie économique aux praticiens du droit de la concurrence. C'est pourquoi elle doit être examinée.

70. **Séduction.** Engager cette étude de manière neutre est chose ardue tant est grande la séduction qu'exerce sur les juristes l'appréhension économique des finalités du droit de la concurrence[2]. « La décision du juge devient juridiquement bonne parce qu'elle est en réalité économiquement efficace ou acceptable »[3]. Le juge de la concurrence est ainsi exhorté à faire sienne la notion d'efficacité économique[4]. La Cour de cassation donne du reste des signes de son adhésion à cette finalité. Ainsi lit-on dans un rapport annuel que « la préservation de la concurrence est légitimée par la poursuite de l'efficience »[5]. L'approche économique des finalités revêt d'autant plus d'attraits que les buts initialement assignés aux règles de concurrence, du moins dans le système communautaire, sont largement atteints, notamment en ce qui concerne la construction du marché intérieur[6]. Il en résulte un besoin de redéfinir les buts actuels des règles de concurrence[7]. Les finalités avancées par les économistes viennent à point nommé et s'offrent comme une réponse aux interrogations normatives actuelles.

71. **Actualité.** Assurément, la question des finalités du droit de la concurrence n'est pas nouvelle. Cependant, la remarque faite il y a vingt ans selon laquelle il n'existe pas de consensus sur les finalités du droit communautaire de la concurrence[8] est encore pleinement

---

[1] L'efficience et le bien-être du consommateur sont des notions distinctes, mais souvent utilisées l'une pour l'autre. Sur cette distinction et les confusions parfois volontaires entre les deux notions V. *infra* section II, spéc. n° 121.

[2] Plus généralement, sur la séduction exercée par « la puissance mythique de l'efficience », H. MUIR-WATT, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », *in L'américanisation du droit*, *APD*, 2001, tome 45, pp. 2-36, spéc. n° 9, p. 35. L'auteur y voit l'un des déterminants du prestige du modèle américain.

[3] A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, PUAM, 2004, préf. B. SAINTOURENS, n° 19, p. 30.

[4] E. CLAUDEL, « La processualisation du droit de la concurrence », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ coll. « Droit et économie », 2006, pp. 285-313, p. 298, écrit par exemple que le juge « doit faire sienne la notion d'efficacité, être apte à intégrer les subtiles analyses développées par la Commission dans les lignes directrices résolument tournées vers l'analyse économique ».

[5] C. CHAMPALAUNE, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence », *in Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2001, introduction.

[6] D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998 (ci-après « Protecting Prometheus »), p. 8.

[7] *Ibid*.

[8] V. KORAH, « EEC Competition Policy – Legal Form and Economic Efficiency », *Current Legal Problems*, 1986, p. 85.

d'actualité[1]. Cela vient d'être évoqué et mérite d'être brièvement illustré. Dans le droit des ententes, la question de la place de l'efficience a longtemps occupé le débat sur le traitement des restrictions verticales[2]. Actuellement, la décentralisation de l'application du droit de la concurrence et la compétence des juges nationaux pour appliquer l'article 81, paragraphe 3, CE[3] ont relancé le débat sur la prise en considération d'autres finalités[4]. De même, en ce qui concerne l'abus de position dominante, la question des finalités, pour n'être pas nouvelle[5], reste d'une grande actualité. Le débat vif et prolixe sur la « modernisation » de l'article 82 CE en témoigne[6]. De très nombreux auteurs, économistes et juristes, préviennent en effet que le droit de l'abus de position dominante ne pourra être clarifié sans un retour à la question

---

[1] V. p.e. C. PRIETO, « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *D.,* 2006, doctr., p. 1603 ; L. BOY, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence », *RIDE*, 2005, pp. 27-50, p. 33.

[2] Un article essentiel sur cette question est celui de B. HAWK, « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la communauté économique européenne? », *RTD Eur.*, 1989, n° 1, pp. 5-44. Pour une étude approfondie sur cette question V. I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique : l'exemple du traitement des relations verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, Thèse Strasbourg, 2004. *Adde :* V. VEROUDEN, « Vertical Agreements and Article 81(1) EC : The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.*, 2003, pp. 525-575.

[3] Pour ne pas alourdir inutilement le texte, on se réfèrera dans la suite à la numérotation actuelle, même à propos des arrêts, décisions ou articles antérieurs à la nouvelle numérotation.

[4] Le débat est ancien : R. JOLIET, *The Rule of reason in Antitrust Law*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967, spéc. p. 113 et s. (qui considère que l'article 81, paragraphe 3, CE a pour fonction de mettre en balance la restriction de concurrence avec des avantages appréciés du point de vue de l'intérêt général). Il a été relancé avec la consultation qui a précédé l'adoption des lignes directrices sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE. V. notamment le débat dans C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 3ème partie, « Courts and judges », Panel discussion, spéc. p. 479 et s. À l'issue de ce débat, la Commission a adopté une conception restrictive des bénéfices pouvant être pris en considération au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE. Celle-ci a été consacrée par les lignes directrices sur l'application de l'article 81, paragraphe 3. Communication de la Commission 2004/C 101/08, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité, JOUE du 27 avril 2004, C 101/97, spéc. points 48 et s. La conciliation de cette interprétation avec l'arrêt *Wouters* n'est pas évidente. En ce sens, L. IDOT, « La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 § 3 CE », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2006, pp. 85-104. Sur l'arrêt *Wouters*, V. *infra* n° 95.

[5] V. p.e. R. JOLIET « Monopolisation et abus de position dominante », *RTD Eur.*, 1969, pp. 645-696 ; J. TEMPLE-LANG, « Monopolisation and the Definition of "abuse" of a Dominant Position under Article 86 EEC Treaty », *CML Rev.*, 1979, pp. 345-364, spéc. p. 348.

[6] Sur la « modernisation » comme euphémisme, M.-A. FRISON-ROCHE, « À propos du règlement communautaire sur l'application des articles 81 et 82 du Traité : variation sur les lois de modernisation », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, préc., pp. 31-38. *Adde* : E. ROUSSEVA, « Modernising by Eradicating : How the Commission's New Approach to Article 81 EC Dispenses with the Need to Apply Article 82 EC to Vertical Restraints », *CML Rev.*, 2005, pp. 587-638. Sur la « réforme » de l'article 82 CE, V. aussi R. WHISH, « Quelle réforme pour l'article 82 CE ? », *Concurrences*, n° 4-2005, p. 10 ; C.-D. EHLERMANN, « Le projet de lignes directrices sur l'application de l'article 82 CE », *Concurrences*, 2006, n° 2, p. 1. *Adde* : L. IDOT, « La réforme du droit antitrust en Europe : un an de pratique », *Europe*, 2005, chron. n° 4.

fondamentale des finalités[1]. La Commission en a pris acte dans son document de travail sur la question. Il y est énoncé que l'objectif de l'article 82 CE est la protection de la concurrence en tant que moyen d'accroître le bien-être du consommateur et de garantir une allocation efficiente des ressources[2]. La question des finalités n'est pas non plus absente du débat sur le contrôle des concentrations. Ainsi, on s'est demandé dans quelle mesure les divergences transatlantiques dans le traitement judiciaire de certaines opérations de concentration s'expliquaient par des conceptions divergentes des finalités[3]. De manière transversale enfin, et en conjonction avec l'affirmation des objectifs de compétitivité de l'agenda de Lisbonne, la contribution du droit de la concurrence à l'innovation est revenue dans le débat[4].

---

[1] Les contributions des économistes au débat sont très nombreuses et insistent toutes sur la question des finalités. Pour s'en tenir aux plus générales : P. REY *et alii*, *An Economic Approach of Article 82*, juillet 2005, spéc. p. 2 sur les finalités, http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, aussi publié dans *Competition Policy International*, 2006, n° 1, www.esapience.org. J. VICKERS, Speech to the 31st Conference of the European Association for Research in Industrial Economics, Berlin, 3 septembre 2004, http://www.oft.gov.uk/News/Speeches+and+articles/2004/spe03-04.htm. Les contributions sur des points particuliers sont innombrables, il n'est pas possible de toutes les citer ici. En guise d'illustration : D. RIDYARD, « Article 82 Price Abuses – Towards a More Economic Approach », *in* C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds), *What is an Abuse of Dominant Position ?*, European Competition Law Annual 2003, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 441-460.

Les contributions de juristes sont également fort nombreuses, qui insistent sur la question des finalités. R. WHISH, « Rethinking Article 82 », *Concurrences*, n° 4-2005, p. 18 note qu'en l'absence de clarification sur les objectifs poursuivis, l'article 82 est comme un bateau sans gouvernail. Ce point de vue est unanime parmi les auteurs qui prennent part au débat actuel sur l'abus de position dominante en général ou sur le traitement de certaines pratiques en praticulier, par exemple les rabais. V. notamment B. HAWK, « À propos de la "concurrence par les mérites" : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 33. A. WACHSMANN et É. SARRAZIN, « Limites de l'approche actuelle en matière d'abus de position dominante : Quelques réflexions », *Concurrences*, n° 4-2005, pp. 10-13. B. SHER, « The Last of the Steamed Powered Trains: Modernizing Article 82 EC », *ECLR*, 2004, pp. 243-246. J. KALLAUGHER et B. SHER, « Anticompetitive Rebates Revisited : Anticompetitive Effects and Exclusionary Abuses under Article 82 », *ECLR*, 2004, pp. 263-285. D. GÉRADIN, « Prêt pour une révolution ? », *in Quelle réforme pour l'article 82 CE ?*, *Concurrences*, n° 4-2005, pp. 16-17 et, du même auteur, « Limiting the Scope of Article 82 EC : What Can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgement in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom? », *CML Rev.*, 2004, pp. 1519-1553, p. 1527. D. SINCLAIR, « Article 82 at a Crossroads : Potential Effect, Object and Appreciability under Article 82 EC », *ECLR*, 2004, pp. 491. E. ELHAUGE, « Defining Better Monopolization Standards », *Stanford L. Rev.*, 2003, pp. 253-344. T. EILMANSBERGER, « How to Distinguish Good from Bad Competition Under Article 82 EC : In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses », *CML Rev.*, 2005, pp. 129-177.

[2] *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuse*, http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf, n° 4.

[3] Spécialement à propos des traitements divergents de l'opération de concentration GE/Honeywell, V. notamment Atelier de la concurrence du 4 décembre 2002, « Malentendus ou divergences transatlantiques », *Revue Conc. Conso.*, 2003, n°133, pp. 31-49. En ce sens que les divergences ne sont pas dues à une appréhension différente des finalités, mais à des exigences de preuve : A. PERA et V. AURICCHIO, « Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objective of Competition Policy », *European Competition Journal*, 2005, pp. 153-177.

[4] A. KOMNINOS et I. FORRESTER, « Agenda de Lisbonne et le droit de la concurrence », *Concurrences*, n°3-2006, pp. 1-2 ; Ph. LOWE et A. HELD, « Modernisation and Beyond : The Role of Competition Policy in

72. **Fragilité.** Pourtant, quelle que soit la séduction de l'approche économique dans le contexte des interrogations actuelles, la fragilité des fondements économiques du droit de la concurrence a été soulignée[1]. Il y a près de trente ans, le professeur Jacquemin formulait un avertissement qui mérite d'être rappelé. « La tentation est grande pour le juriste de s'abandonner à l'économisme et de se considérer comme étant la servante du seigneur. Il s'agirait là d'un acte de foi largement immérité »[2]. Si la thèse selon laquelle le droit de la concurrence doit se donner pour but la recherche de l'efficience (ou des variantes de cette thèse) ne mérite pas une telle confiance de la part des juristes en général et du juge en particulier, ce n'est pas seulement en raison des faiblesses internes à la théorie économique. La raison en est plus fondamentale. Elle tient à ce que, du point de vue du juriste, c'est le droit, à commencer par la loi, qui est la source de la normativité, et non les économistes[3]. Comme le souligne le professeur Jenny, ce qui peut être interprété par les économistes comme un échec du droit de la concurrence à réaliser l'objectif d'efficience, seul légitime à leurs yeux, peut aussi bien se concevoir comme l'échec des économistes à admettre que le droit de la concurrence ait vocation, en raison d'un choix politique, à produire d'autres effets jugés

---

Driving Economic Growth », *European Competition Journal*, mars 2005, pp. 35-40, p. 35. V. aussi N. KROES, « Effective Competition Policy – a Key Tool for Delivering the Lisbon Strategy », Introductory statement at EMAC Open Meeting of Coordinators, Brussels, 3 février 2005 et « Towards a Pro-active competition Policy in favour of Innovation », Conférence *Promoting Innovation and Competitiveness – A transatlantic Dialogue* , La Haye, 27-28 avril 2005. Cp. Livre vert, *La politique de la concurrence communautaire et les restrictions verticales*, COM(96)721, n° 1 et n° 70 (où il était souligné que le lien entre la concurrence et la compétitivité passe par l'objectif d'intégration du marché).

[1] F. SEUROT, « La fragilité des fondements théoriques des droits de la concurrence », *RJJ*, 1987/2, pp. 583-596.

[2] A. JACQUEMIN, « Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique », *in* M. Van de KERCHOVE, *L'interprétation en droit*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 485-404, p. 490. V. aussi, du même auteur, « Le droit économique, serviteur de l'économie ? », *RTD com.*, 1972, pp. 283-295, p. 289. D. DANET, « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *RIDE*, 1993, pp. 4-27, p. 19 et s.

[3] Nous employons cette formule prudente (« le droit, à commencer par la loi »), car la question de savoir qui de la loi ou du juge est la source de la norme renvoie à un vaste débat qu'il n'est pas possible de reprendre ici pour lui-même. Dans le modèle positiviste, la loi est la seule source de normativité. À l'inverse, dans le modèle réaliste, la loi n'est qu'un texte et le juge forge la norme, dans un contexte caractérisé par toutes sortes d'influences, y compris idéologiques. Sur ces modèles, leurs variantes et leurs insuffisances, V. G. TIMSIT, « Raisonnement juridique », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF et Lamy, coll. « Quadrige », 2003, p. 1290 et s. Sur le modèle réaliste, V. aussi Ph. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004, spéc. 265 et s. Les développements qui suivent n'ont aucunement pour ambition de trancher ce débat théorique. La question des sources forme cependant nécessairement l'arrière-plan. Nous nous sommes efforcés de l'aborder sans préjugés théoriques sur le « modèle » adéquat, en partant de la situation concrète du juge qui doit appliquer les règles particulières de droit de la concurrence.

souhaitables[1]. Aussi faut-il ne pas mésestimer la possibilité que l'économie n'ait pour le juge qu'une utilité réduite, parce que les raisonnements qu'elle propose souffrent d'une légitimité juridique fragile.

73. **Plan.** Ces remarques montrent que la question des finalités assignées aux règles de concurrence ne peut être esquivée. Elle doit d'autant moins l'être que la relative pauvreté des analyses sur ce thème dans la doctrine française a été signalée[2]. Comme on l'a dit, la pertinence du raisonnement économique est conditionnée à une certaine vision des finalités du droit de la concurrence, à laquelle le juge ne doit pas adhérer par un effet de mode. Le point de vue du juge sur les finalités du droit de la concurrence (section 1) doit donc être confronté au point de vue économique (section 2). Il ressort de cette confrontation que la réserve du juge à l'égard du raisonnement économique peut se justifier, mais aussi que l'appréhension différente des finalités par le juge et par les économistes ne fait pas forcément obstacle à la réception par le juge de raisonnements économiques.

SECTION 1. LE POINT DE VUE DU JUGE SUR LES FINALITÉS DU DROIT DE LA CONCURRENCE

74. La détermination des finalités des règles de concurrence conditionne la pertinence du raisonnement économique dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. On pourrait cependant se demander en quoi la question concerne le juge. En principe, en effet, la détermination des finalités revient au législateur, et non au juge. Le juge est néanmoins directement concerné, car les finalités sont un guide dans l'interprétation des règles de droit. Pour pouvoir juger, le juge doit aussi comprendre les enjeux du litige et mesurer l'impact des solutions au regard de la finalité de la règle de droit[3]. La question des finalités se pose en outre très concrètement au juge (A). Celui-ci l'aborde à partir des textes, qui lui font un devoir de tenir compte d'objectifs multiples (B). Il en résulte que, du point de vue du juge, ni la recherche de « l'efficience », ni celle du « bien-être des consommateurs » ne sauraient

[1] F. JENNY, « Competition Law Enforcement : Is Economic Expertise Really Necessary ? », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998, chap. 11, pp. 185-201, spéc. p. 190. Comme le souligne l'auteur, du point de vue des économistes, la poursuite d'autres objectifs que l'efficience a un coût, mais cela ne signifie pas que du point de vue du choix collectif, on ne soit pas prêt à supporter ce coût pour sauvegarder ou promouvoir d'autres objectifs. L'argument du coût associé à la poursuite d'autres objectifs est cependant toujours évoqué. V. p.e. B. SHER, « The Last of the Steam-Powered Trains : Modernising Article 82 », *ECLR*, 2004, pp. 243-246, p. 245.

[2] F. SOUTY, *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, 2e éd, Montchrestien, coll. « Clefs », Paris 1999, spéc. chap. 1, « Les objectifs de la politique de concurrence », pp. 19-39, p. 14.

[3] G. CANIVET, *in* B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Éd. Cujas, 2002, préface, p. 2.

constituer les finalités uniques du droit de la concurrence. Pour autant, on verra que la multiplicité des objectifs ne constitue pas un obstacle de principe à la réception des raisonnements économiques.

A. La détermination des finalités : une question qui se pose au juge

75. Le juge est amené à se poser la question des finalités du droit de la concurrence pour plusieurs raisons. Il doit interpréter les règles de droit pour les appliquer à des cas concrets (1). La méthode d'interprétation téléologique qui est privilégiée le conduit ainsi à s'interroger sur les finalités des règles de droit de la concurrence (2).

1. La nécessité d'une interprétation des règles

76. **Application des textes.** Pour appliquer au cas concret la règle de droit, le juge doit l'interpréter[1]. Cela est toujours nécessaire, mais représente un travail d'autant plus considérable pour le juge que les notions employées par le législateur sont imprécises[2]. Ainsi la notion d'abus de position dominante n'est-elle pas définie par les textes. Or, selon que l'efficience et le bien-être des consommateurs sont ou non considérés comme les seuls buts de l'interdiction, on s'orientera vers une définition ou une autre de la position dominante[3]. Si le bien-être du consommateur est le seul but, la question déterminante sera de savoir si le comportement en cause a un effet sur les prix payés par le consommateur final ou sur la variété des choix qui lui sont offerts. Si, en revanche, le juge considère que la protection de la liberté individuelle et celle des petites entreprises sont aussi des buts poursuivis par la règle, il se demandera si, dans le cas qui lui est présenté, un pouvoir de marché existe, en amont vis-à-vis des fournisseurs ou en aval vis-à-vis des distributeurs. Dans un cas, l'attention se porte sur l'effet du comportement pour les consommateurs et, dans l'autre, sur ses effets pour les

---

[1] H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », *APD*, T. 18, *L'interprétation en droit*, 1972, pp. 2-27, spéc. p. 10. L'auteur relève que la nécessité de l'interprétation est consubtantielle à l'application d'une règle générale à un cas particulier. Ainsi, « l'opération apparaît, non plus comme un accident, mais comme un moment central de la vie du droit ». V. aussi, dans le même volume, Ch. PERELMAN, « L'interprétation juridique », pp. 29-37.

[2] F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 7ème éd., 2006, n° 546, p. 447.

[3] Le sens précis des notions d'efficience et de bien-être du consommateur est examiné *infra*, respectivement n° 112 et s. et n° 157 et s.

concurrents. L'application à une espèce concrète de la qualification d'abus de position dominante dépend donc fortement des finalités retenues[1].

77. **Interprétation des précédents.** Il convient de souligner que la question des finalités ne se pose pas seulement à propos de l'interprétation des règles écrites, mais aussi à propos de l'interprétation des règles jurisprudentielles[2]. Sans qu'il existe en droit français ou en droit communautaire une doctrine du précédent comparable à la *stare decisis* du droit anglais ou du droit américain, il existe indubitablement une autorité des précédents[3]. Le juge communautaire a l'habitude de citer ses arrêts antérieurs et, si ces citations ne dispensent pas d'une motivation adéquate en droit, elles participent de cette motivation[4]. Même lorsque les citations de précédents dans les arrêts ne sont pas d'usage, comme en France[5], la stabilité de la *ratio decidendi* est un élément essentiel de la sécurité juridique et les juges ne cherchent pas à innover[6]. Pour le juge qui s'appuie sur un précédent, toute la question est de déterminer avec précision sa portée. Or, seule la considération des finalités permet d'éviter qu'une solution soit interprétée littéralement et étendue aveuglément aussi loin que le permettent les termes utilisés. Cela se vérifie particulièrement en droit de la concurrence.

---

[1] F. FISHWICK, « Definition of monopoly power in the antitrust policies of the United Kingdom and the European Community », *Antitrust Bull.* 1989, pp. 451-488, p. 454-456.

[2] Sur la nécessaire « interprétation de la jurisprudence », F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 7ème éd, 2006, n° 556, p. 456.

[3] D. TALLON, « Précédent », *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 1185 et s.

[4] Sur le précédent en droit communautaire, A. ARNULL, « Owning up to Faillibiliy : Precedent and the Court of Justice », *CML Rev.*, 1993, pp. 247-266. « Interpretation and Precedent in European Community Law », *in* M. ANDENAS et F. JACOBS (éds.), *European Community Law in the English Courts*, Oxford, OUP, 1998, pp. 115-136 et, du même auteur, « Interpretation and Precedent in English and Community Law : Evidence of Cross-fertilisation ? », *in* M. ANDENAS (éd.), *English Public Law and the Common Law of Europe*, Londres, Key Haven Publishing, 1998. pp. 93-130. J. BARCELO, « Precedent in European Community Law », *in* N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS, A. L. GOODHART (éds.), *Interpreting Precedent : A Comparative Study (Applied Legal Philosophy)*, Londres, Dartmouth, 1997, pp. 407-436. T. KOOPANS, « Stare Decisis in European Law », *in Juridisch Stippelwerk*, Kluwer, 1991, pp. 309-325. *Adde :* R. MEDHI, « Le revirement jurisprudentiel en droit communautaire », *in L'intégration européenne au XXème siècle : en hommage à Jacques Bourrinet*, 2004, pp. 113-136.

[5] La Cour de cassation ne mentionne qu'exceptionnellement un précédent dans le corps d'un arrêt. En revanche, les précédents ou les arrêts dont elle s'écarte sont mentionnés au bas des arrêts publiés, ainsi que dans le rapport annuel.

[6] V. D. TALLON, *op. cit.*, p. 1185. *Adde :* Conculsions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 25 juillet 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Conseil, C-50/00 P, Rec. p. I-6677, point 82: « pour des raisons de sécurité juridique, la Cour ne devrait s'écarter de sa jurisprudence établie que s'il existe des arguments convaincants en faveur d'une telle démarche et que le moment est venu pour ce faire ».

78. L'évolution de la doctrine jurisprudentielle dite des « facilités essentielles »[1] illustre ce propos et le problème posé par une application mécanique des précédents[2]. Initialement reçue par la jurisprudence américaine, l'évolution de cette doctrine aux États-Unis a pu être analysée comme un mouvement en trois temps[3] : dans un premier temps, une affaire présente un cas extrême et la juridiction saisie y répond ; dans un second temps, la solution formulée par cette juridiction est appliquée à d'autres espèces, de sorte que la portée de la solution s'en trouve étendue ; dans un troisième temps, la portée de la solution est restreinte, car son extension apparaît contraire aux finalités de la règle[4]. En droit communautaire, où la doctrine des ressources essentielles a été reçue et critiquée pour son extension, l'arrêt *Bronner*[5] semble avoir marqué un temps d'arrêt en édictant des conditions plus restrictives à son application[6]. Or, la réflexion de la Cour de justice sur les finalités de la règle paraît avoir été déterminante dans cette évolution[7]. L'inflexion marquée par la solution s'explique en effet par l'idée selon laquelle le but de l'article 82 CE n'est pas de protéger les concurrents en leur donnant accès au fruit d'un investissement réalisé par une entreprise dominante, mais bien de protéger la concurrence, et ce au bénéfice des consommateurs[8]. Sans doute la question évoluera-t-elle

---

[1] Cette traduction de l'expression *essential facilities* est courante, mais elle est, en elle-même, peu parlante en français. Aussi, dans la suite du texte, nous lui préfèrerons l'expression « ressource essentielle ».

[2] Pour une synthèse un peu ancienne, mais intéressante sur l'évolution de la notion, V. *The Concept of Essential Facilities*, série des tables rondes de l'OCDE sur la politique de la concurrence, OCDE/GD(96)113, disponible sur le site www.ocde.org.

[3] P. AREEDA, « Essential Facilities, An Epithet in Need of Limiting Prinicples », *Antitrust L. J.*, 1989, pp. 841-853, cité par M. BERGMAN, « The Bronner Case – A Turning Point in the Essential Facilities Doctrine ?, *ECLR*, 2000, pp. 59-63, p. 59.

[4] *Ibid*. L'auteur attribue le mouvement d'extension au fait que trop peu de juges ont assez d'expérience du problème ou qu'ils perdent de vue la finalité de la règle et appliquent mécaniquement le précédent. L'extension se poursuit alors jusqu'aux limites permises par la formulation de la solution. Dans ce cas, lorsque les extensions successives deviennent manifestement excessives, la tendance s'inverse pour devenir restrictive. L'auteur juge qu'à l'époque où il écrit, la jurisprudence américaine se trouvait dans la seconde phase de l'évolution évoquée.

[5] Arrêt de la Cour du 26 novembre 1998, Bronner/Commission, C-7/97, Rec. p. I-7791.

[6] En ce sens, M. BERGMAN, *op. cit.*

[7] L'arrêt est moins explicite sur ce point que les conclusions de l'avocat général. V. en particulier le point 57 des conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt *Bronner*, préc.

[8] Cette idée a été martelée par les économistes critiques de la doctrine des ressources essentielles. V. en particulier D. RIDYARD, « Compulsory Access under EC Law – A New Doctrine of "Convenient Facilities", *ECLR*, 2004, p. 669, et, du même auteur, « Essential Facilities and the Duty to Supply Competitors », *ECLR*, 1996, p. 438. Pour une position plus nuancée, C. STOTHERS, « Refusal to Supply as an Abuse of a Dominant Position : Essential Facilities in the European Union », *ECLR*, 2001, pp. 256-262, spéc. pp. 260-1. *Adde* : D. GERBER, « Rethinking the Monopolist's Duty to Deal : A Legal and Economic Critique of the Doctrine of Essential Facilities », *Virginia L. Rev.*, 1998, p. 1069, A. OVERD et B. BISHOP, « Essential Facilities : The Rising Tide », *ECLR*, 1998, p. 183.

encore[1], mais, et c'est ce qui importe pour les présents développements, la considération des finalités de l'article 82 CE sera à n'en pas douter au cœur de ces évolutions[2]. Preuve en est que l'interprétation économique des finalités de la concurrence inspire les contestations dont le juge est saisi.

79. **La doctrine économique relayée par les contestations**. La question de l'interprétation des règles, écrites ou jurisprudentielles, se pose d'autant plus au juge en termes de finalités que les contestations élevées par les parties puisent dans la doctrine économique. Or, celle-ci critique fréquemment la jurisprudence au motif que, en omettant de prendre en considération certains arguments économiques, le juge n'oriente pas l'application du droit de la concurrence vers les véritables objectifs du droit de la concurrence que seraient l'efficience ou l'avantage du consommateur[3]. Les entreprises qui contestent une décision défavorable n'hésitent pas à s'appuyer sur les thèses des économistes pour plaider en faveur d'une interprétation du droit qui sert leur intérêt[4]. Ainsi, le juge est amené, pour trancher les contestations, à prendre parti sur la pertinence des considérations d'efficience ou sur le type de dommage au consommateur qui est suffisant pour constituer un abus. L'invitation des

---

[1] L'état actuel du droit résulte de l'arrêt de la Cour du 29 avril 2004, *IMS Health*, C-418/01, Rec. p. I-5039. L'arrêt pose trois conditions pour que le refus opposé par une entreprise dominante à une demande de licence sur un droit de propriété intellectuelle dont elle est titulaire soit considéré comme abusif : premièrement, le demandeur de licence doit avoir l'intention de proposer un produit innovant, non une copie du bien ou service déjà proposé par l'entreprise dominante ; deuxièmement, le refus doit ne pas être objectivement justifié et troisièmement, le refus doit conduire à l'élimination de toute possibilité de concurrence sur le marché aval. L. IDOT, « Droits exclusifs et abus de position dominante (à propos de quelques développements récents) », *P.A.*, 2005, n° 235, pp. 5-14.

[2] Sur les évolutions envisageables quant à la question des ressources essentielles, V. T. EILMANSBERGER, « How to Distinguish Good from Bad Competition Under Article 82 EC : In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses », *CML Rev.*, 2005, pp. 129-177, spéc. pp. 155-165. L'auteur propose une démarche en trois étapes. La première étape consiste à s'assurer que l'on est en présence de deux marchés distincts (condition nécessaire à tout effet de levier). En second lieu, le bien sur lequel porte le refus de contracter doit être indispensable pour l'accès au marché aval (l'auteur approuve l'approche stricte de la jurisprudence sur ce point). La troisième étape du test consiste à examiner si le refus est justifié. C'est là que l'auteur innove par rapport à la jurisprudence et propose une approche plus restrictive que celle qui résulte de l'arrêt *IMS Health* (préc.). Il propose que soient admissibles non seulement les justifications de nature technique, mais aussi les justifications de nature commerciale ou stratégique. Cette proposition s'appuie sur des considérations relatives à la finalité des règles de concurrence et à l'impératif visant à encourager (et non à décourager) l'investissement dans des innovations qui relèvent par excellence de la concurrence par les mérites.

[3] Pour un exemple parmi beaucoup d'autres, A. S. PATHAK, « Article 85 and Article 86 and Anticompetitive exclusion in EEC Competition Law », *ECLR*, 1998, pp. 74-104 et 255-273, p. 262.

[4] V. les arguments de HB dans l'arrêt du Tribunal du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods, T-65/98, Rec. p. II-4653, et les observations de B. RODGER, « The Big Chill for National Courts : Reflection on Market Foreclosure and Freezer Exclusivity under Article 81 », *Irish Journal of European Law*, 2004, pp. 76-116, p. 100. V. également les arguments de *British Airways* dans l'arrêt du Tribunal du 17 décembre 2003, *British Airways/Commission*, T-219/99, Rec. p. II-5917.

parties à juger des fins est encore renforcée par la primauté accordée par le juge à la méthode d'interprétation téléologique parmi les diverses méthodes d'interprétation.

2. Les méthodes d'interprétation.

80. Pour déterminer le sens de la règle, plusieurs méthodes d'interprétation peuvent être mises en œuvre. Pour s'en tenir à une présentation classique, trois méthodes sont à la disposition du juge : la méthode exégétique, la méthode téléologique et la méthode dite de la libre recherche scientifique[1]. La première est peu utilisée en droit de la concurrence, alors que la deuxième, qui met l'accent sur les finalités, l'est beaucoup. La troisième, dont on dit qu'elle n'est pas adoptée par les juges[2], éclaire néanmoins la question de la réception de l'analyse économique par le juge, y compris dans l'interprétation des finalités de la règle de droit.

81. **Exégèse**. La première méthode est celle de l'exégèse ou méthode historique. Elle consiste à s'attacher au sens que les auteurs des règles ont entendu leur donner, notamment par le recours aux travaux préparatoires[3]. Cette méthode n'est pas toujours praticable, notamment lorsque les travaux préparatoires ne sont pas accessibles ou que l'intention du législateur n'en ressort pas clairement[4]. En droit communautaire, les travaux préparatoires n'ont été publiés que partiellement, si bien que l'exégèse joue un rôle limité[5]. Cela explique

---

[1] F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n° 549 et s., p. 450 et s., qui conclut au pluralisme des méthodes (n° 554, p. 454). Pour une présentation différente, mais soulignant aussi le chevauchement des différentes méthodes, M. TROPER, « Interprétation », *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc., spéc. p. 844.

[2] F. TERRÉ, *op. cit.*, préc., n° 553, p. 453. V. aussi, du même auteur, « En relisant Gény », *APD*, 1961, pp. 125-140. Comme l'écrit Ch. JAMIN, « Économie et droit », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF et Lamy, 2003, p. 578-581, p. 579, « les juristes français ont *officiellement* refusé d'entériner la méthode de Gény » (nous soulignons).

[3] Ph. GÉRARD, « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur », *in* M. van de KERCHOVE, *L'interprétation en droit: approche pluridisciplinaire*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 51-95.

[4] Dans le cas contraire, une juridiction peut très bien recourir à la méthode exégétique pour interpréter les règles de concurrence. Pour un exemple en ce sens (le tribunal suédois du marché), D. GERBER, *Protecting Prometheus*, préc., p. 203.

[5] Les travaux préparatoires des États membres ont cependant été publiés : S. NERI et H. SPERL, *Traité instituant la Communauté économique européenne, Travaux préparatoires, Déclarations interprétatives des six gouvernements, Documents parlementaires*, Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg, 1960. Par ailleurs, une étude exégétique approfondie de l'article 81 CE a été réalisée par V. J. J. A. ELLIS, « L'interprétation du mot "affecter" dans l'article 85 §1er, du traité de la Communauté économique européenne par rapport aux mots "empêcher", "restreindre", ou "fausser le jeu de la concurrence" », *D.* 1963, Chron. p. 221, qui s'appuie en partie sur des documents non publiés. Sur l'utilisation croissante des travaux préparatoires par

que la Cour de justice des communautés européennes ait, parfois très explicitement, renoncé à rechercher la volonté du législateur[1].

82. **Méthode téléologique.** La deuxième méthode d'interprétation est la méthode dite téléologique, qui consiste à interpréter la règle de droit au vu de ses finalités, sans se limiter à la lettre du texte ni aux travaux préparatoires. Telle est la méthode privilégiée par le juge communautaire, pour les raisons techniques évoquées, mais aussi pour des raisons de fond, tenant à la conviction qu'une interprétation évolutive des traités était nécessaire[2]. Cette méthode d'interprétation est d'application très générale en droit communautaire. Elle est aussi, et parfois très explicitement, adoptée pour l'interprétation des règles sur la concurrence[3]. Les arrêts français sont quant à eux moins explicites sur les méthodes d'interprétation. On peut néanmoins penser que la méthode téléologique domine également, ne serait-ce qu'indirectement, en raison de l'imitation fréquente de la jurisprudence communautaire. La méthode téléologique conduit le juge à se poser ouvertement la question des finalités. À ce titre, elle permet de prendre en considération les arguments économiques explicitement relatifs aux finalités du droit. Elle permet en conséquence de les discuter et, éventuellement, de les rejeter. À cet égard, la troisième méthode dont dispose le juge est plus ambiguë.

---

les juridictions communautaires dans certains domaines, S. SCHONBERG et K. FIRCK, « Finishing, Refining, Polishing : on the Use of *Travaux Préparatoires* as an Aid to the Interpretation of Community Legislation », *European L. Rev.*, 2003, pp. 149-171.

[1] Pour un exemple très clair de rejet par la Cour de justice des tentatives d'exégèse en l'absence de volonté claire du législateur (à propos de l'applicabilité du règlement sur les concentrations aux positions dominantes collectives) : arrêt de la Cour du 31 mars 1998, France e.a./Commission (*Kali & Salz*), C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375, points 166 à 168, et conclusions contraires de l'avocat général Tesauro. L'avocat général s'appuyait sur des considérations essentiellement formelles pour conclure à l'inapplicabilité du règlement aux situations de position dominante collectives (points 78 et s. des conclusions).

[2] J.-P. PUISSOCHET, « Des traités et des juges : la fonction de la jurisprudence dans l'élaboration du droit communautaire », *in Problèmes d'interprétation à la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Sakoulas et Bruylant, Athènes et Bruxelles, 2002, pp. 303-320, p. 315.

[3] En ce sens, J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, T. 1, PUF, Thémis, 5ème éd., 1999, p. 219. V. aussi B. van der ESCH, « Les principes d'interprétation dégagés par la Cour de justice des communautés européennes et leur pertinence en droit européen de la concurrence », *RDAI*, 1992, pp. 419-447, et J. MERTENS de WILMARS, « Statements of Reasons and Methods of Interpretation in the Case Law of the Court of Justice Relating to Articles 85 and 86 », *Fordham Corp. L. Inst*., 1988, (B. HAWK éd., 1989), pp. 607-627. Pour un exemple très explicite d'interprétation téléologique, V. l'arrêt du Tribunal du 25 mars 1999, Gencor Ltd/Commission, T-102/96, Rec. p. II-753, point 148 : « [d]ès lors que les interprétations littérale, historique et systématique d'un acte ne permettent pas d'en apprécier la portée exacte, il y a lieu d'interpréter l'acte en cause [en l'espèce le règlement sur les concentrations] en se fondant sur sa finalité ».

83. **Libre recherche scientifique.** La libre recherche scientifique préconisée par Gény est souvent considérée comme une méthode sans postérité. Il n'est pourtant pas inutile d'y revenir, car il existe un véritable écho entre cette méthode d'interprétation et la conception implicite que se font parfois les économistes du droit de la concurrence. Gény, dans sa critique de l'exégèse, ne s'oppose pas en principe à la recherche de la volonté du législateur. Il souligne en revanche ce que la recherche de la volonté historique du législateur a parfois d'artificiel[1]. Lorsque cette recherche est infructueuse, soit que la volonté ne puisse être connue, soit qu'elle n'ait pas porté sur les questions dont est saisi le juge, Gény invite les juges à le reconnaître et à faire plus explicitement œuvre de législateur en s'appuyant sur les connaissances procurées par les sciences sociales (nouvelles à l'époque), comme la sociologie ou l'économie[2]. La proximité est frappante entre la conception défendue par Gény et le rôle prêté à la théorie économique en droit de la concurrence, que ce soit dans des conceptions anciennes ou plus récentes. Dans la conception ordo-libérale déjà évoquée[3], l'économie joue très exactement le rôle que Gény attribue à la science[4]. Il est attendu de la science économique qu'elle fournisse le moyen d'une interprétation objective et exacte de la règle de droit[5]. Comme on le verra, cette conception de l'apport de l'économie à l'interprétation n'est pas très éloignée de la conception de l'école de Chicago[6]. Les thèses économiques sur les finalités du droit de la concurrence se présentent précisément comme un discours scientifique objectif qui ne demande qu'à être repris par le juge. L'ambiguïté entre le registre du descriptif et du prescriptif est commune à la méthode de la libre recherche scientifique et à certaines approches économiques du droit de la concurrence[7]. Le droit de la concurrence se prête ainsi à des avatars modernes de la libre recherche scientifique. Aussi importe-t-il de souligner que, à

---

[1] F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif,* 1899, réimpr. de la 2ème éd. (1919), LGDJ, 1996.

[2] Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004, pp. 143. Les auteurs soulignent (p. 145) l'accent mis sur la sociologie.

[3] *Supra* n° 30 et s.

[4] Comme Gény, les ordo-libéraux sont obsédés par l'ordre. Sur ce point (à propos de Gény), Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 147.

[5] Comme le notent Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 146, c'est un rôle dogmatique qui est assigné aux sciences sociales (ici l'économie).

[6] *Infra* n° 1120 et s.

[7] Sur le « va-et-vient permanent entre le registre du descriptif et du prescriptif » dans la libre recherche scientifique, Ph. JESTAZ et C. JAMIN, *op. cit.*, p. 146. Sur les ambiguités similaires dans l'approche économique, V. *infra* n° 119.

la différence de la méthode téléologique, qui suppose une discussion ouverte sur les finalités, la méthode de la libre recherche scientifique ouvre la porte à une réception sans discussion de conceptions économiques normatives présentées comme objectives.

84. **Conclusion du A**. La question des finalités du droit de la concurrence ne se pose pas seulement au législateur, au moment de l'adoption de règles de concurrence. Elle se pose de manière renouvelée et concrète au juge, lequel est notamment confronté aux interprétations économiques des finalités par le biais des contestations dont il est saisi. L'ouverture du juge aux interprétations économiques des finalités dépend des méthodes d'interprétation adoptées. La méthode téléologique, explicitement pratiquée par le juge communautaire, permet l'ouverture aux interprétations économiques. La méthode de la libre recherche scientifique prône, quant à elle, une réception subreptice des interprétations économiques. Quelle que soit la méthode retenue, le juge ne détermine pas librement les finalités. Son rôle est d'appliquer les textes. Or, la lecture des textes conduit à reconnaître le devoir du juge de tenir compte de multiples finalités.

B. Le devoir du juge de tenir compte d'une multiplicité de finalités

85. La réduction des finalités du droit de la concurrence à celles que la doctrine économique considère comme exclusives n'est pas admissible d'un point de vue juridique, ni en droit français, ni en droit communautaire[1]. L'affirmation n'est pas nouvelle[2]. Elle reste cependant vraie. En effet, l'acceptation pure et simple du point de vue économique

---

[1] P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, Economica, coll. « Corpus », 2005, n° 610, p. 510. Selon certains, elle ne l'est pas davantage en droit américain. En ce sens, L. A. SULLIVAN, *Handbook of the Law of Antitrust*, St. Paul, West Publishing Co., 1977, Hornbook Series, p. 11: « If antitrust law is to remain a system of law, not a system of applied economics, it must be responsive to values other than allocative efficiency (…). And it must be open to influences other than economics. In enacting the antitrust laws, Congress had in view other desiderata in addition to the one to which economists grant recognition. The Courts have an obligation to attend to all of these goals, not just the ones economists also sanction. Thinking and writing about the law as though rational resource allocation were the only goal can only lead to confusion ».

[2] P.e. A. JACQUEMIN, « Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique », *in* M. Van de KERCHOVE, *L'interprétation en droit*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 485-404. Adoptant le langage des économistes pour qui ce point est moins évident que pour les juristes, l'auteur expose (p. 491) que « le rôle du droit est d'introduire des contraintes ou de compléter les arguments de la fonction d'objectif des agents économiques, en un mot de limiter la portée du modèle économique en fonction de l'organisation institutionnelle globale de la société ».

constituerait un jugement sur les fins[1]. Or, il n'est pas permis au juge de former un tel jugement au regard des textes. Le constat n'étant pas nouveau, les développements qui suivent se borneront à évoquer des aspects connus. Ils n'entendent pas présenter un panorama exhaustif des finalités du droit de la concurrence, mais mettre en relation l'existence de différentes finalités avec la possibilité pour le juge d'adopter un raisonnement économique. Sur ce point, l'objectif d'intégration du marché européen sera évoqué prioritairement, car il a historiquement fonctionné comme une fin de non-recevoir opposée par le juge au raisonnement économique (1). Les multiples autres objectifs dont le juge doit tenir compte doivent également être mentionnés, pour signaler que la tension avec l'approche économique, si elle existe, n'est pas toujours aussi forte qu'on pourrait le croire (2).

1. L'objectif d'intégration du marché européen : obstacle historique à la réception du raisonnement économique

86. **Intégration du marché.** L'intégration du marché commun est l'objectif premier du droit communautaire. On l'oublie, mais, à ses débuts, la construction européenne dans son ensemble est vue avant tout comme une réponse à la menace soviétique, alors jugée pressante[2]. Comme l'exprimait alors le représentant allemand, « il n'existe pas de choix entre l'intégration et l'attente ; il n'existe qu'un choix entre l'intégration et la désintégration »[3]. Les dispositions du traité sur la concurrence portent la marque de cette primauté accordée à l'intégration. De manière significative, les articles 81 et 82 CE énoncent en effet *l'incompatibilité avec le marché commun* des accords restrictifs de concurrence et des abus de position dominante. C'est bien au nom du marché commun que sont interdites les restrictions de concurrence[4]. L'objectif d'unification du marché a gouverné toute la première période de

---

[1] A. JACQUEMIN, « Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique », *in* M. Van de KERCHOVE, *L'interprétation en droit*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 485-404, p. 492.

[2] *Travaux préparatoires*, préc. T. 1, p. III. V. aussi, sur ce point, les déclarations de M. P. Abelin, président de la Commission des affaires économiques, rapporteur pour avis du projet de loi n° 4676 autorisant le Président de la République à ratifier le traité instituant la Communauté économique européenne, J.O.R.F., Débats parlementaires A. N., p. 3177.

[3] *Travaux préparatoires*, *op. cit.*, p. III.

[4] M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *Commentaire J. Mégret, le droit de la CE,* Vol. 4, *Concurrence,* Éditions de l'Université de Bruxelles, 2ème éd. 1997, n° 116. Les auteurs précisent qu'il s'agit là d'un motif et non d'une condition d'application de l'interdiction. J. J. A. ELLIS, « L'interprétation du mot "affecter" dans l'article 85, paragraphe 1 du traité de la Communauté économique européenne par rapport aux mots "empêcher", "restreindre" ou "fausser le jeu de la concurrence" », D. 1963, Chron. p. 221-228, p. 222. L'auteur voit aussi

l'application du droit communautaire de la concurrence[1]. Cette priorité explique l'accent mis sur les relations verticales dans l'application de l'article 81 CE[2]. Alors que, dans les droits nationaux, les restrictions horizontales sont à l'honneur, qui créent les distorsions les plus patentes au processus concurrentiel, en droit communautaire, l'accent est placé sur les restrictions verticales, car elles constituent les obstacles les plus évidents à l'intégration des marchés[3]. La priorité accordée à l'intégration a concerné la Commission, mais aussi le juge communautaire. Comme en témoigne le juge Lecourt, alors président de la Cour de justice, le juge qui se reporte au texte du traité ne peut que voir dans « le marché commun (…) la finalité suprême » à laquelle les règles de concurrence doivent contribuer[4]. Il ne peut qu'en tenir compte dans son application des règles de concurrence, notamment dans l'interprétation de la condition d'affectation du commerce entre États membres[5]. Cet objectif n'a pas disparu avec les progrès de la réalisation du marché commun[6].

---

dans cette référence une preuve de la fonction qu'il qualifie de dérivée des règles de concurrence, fonction qui consiste à protéger le bon fonctionnement du marché commun.

[1] P. VERLOREN VAN THEMAAT, Introduction à *Antitrust and the Common Market – A Symposium*, N.Y.U.L. Rev. 1963, n° 3, p. 435, spéc. p. 436 : « [o]n ne saurait trop insister sur le fait que dans ce contexte, les articles [81 CE] et [82 CE] ne sont qu'un élément d'une finalité plus générale consistant à éliminer toutes les restrictions et distorsions entre États » et p. 437 : « [l]a tâche la plus urgente de la politique communautaire de concurrence est de balayer les barrières privées [à la libre circulation des biens, des personnes et des capitaux] ». Nous traduisons. V. aussi, notamment, J. J. A. ELLIS, *op. cit.*,. p. 221 et s. ; B. VAN DER ESCH, « E.E.C. Competition Rules : Basic Principles and Policy Aims », *LIEI*, 1980, n° 2, p. 75 ; B. HAWK, « Antitrust in the EEC – The First Decade », *Fordham. L. Rev*., 1972, p. 229, à la page 231. V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7ème éd., Hart Publishing, 2000, p. 1. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 572, p. 492.

[2] Pour une analyse beaucoup plus développée de l'objectif d'intégration du marché dans le traitement des restrictions verticales, V. I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique : L'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, thèse Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004, p. 137 et s. V. aussi V. VEROUDEN, « Vertical Agreements and Article 81(1) EC : The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.*, 2003, pp. 525-575, spéc. p. 530.

[3] D. GERBER, *Protecting Prometheus*, préc., p. 354. Comme le relève l'auteur (p. 366), cette priorité accordée à l'objectif d'intégration du marché et aux relations verticales a également influencé l'application de l'article 82 CE, qui a dans un premier temps concerné des situations verticales unilatérales (donc non soumises à l'article 81 CE).

[4] R. LECOURT, « La concurrence devant le juge », *Gaz. Pal.*, 1973, 2, doctr., pp. 741-748, spéc. p. 743.

[5] R. LECOURT, *op. cit.*, *loc. cit.*, à propos de l'arrêt de la Cour du 12 décembre 1967, Brasserie De Haecht, 23/67, Rec. p. 528.

[6] C.-D. EHLERMANN, « The Contribution to EC competition policy to the single market », *CML Rev.*, 1992, pp. 257-282.

87. **« Concurrence-moyen ».** Il a souvent été dit que la concurrence était, dans l'ordre communautaire, un moyen au service de la fin, à savoir l'intégration du marché[1]. Cela est juste en ce sens que toutes les politiques communautaires, y compris la politique de concurrence, visent au départ à créer un marché intégré. Dans les termes de la Cour de justice, l'article 81 CE « répond à » l'objectif de suppression des barrières entre États[2]. Cependant, l'expression de « concurrence-moyen » laisse à penser que la concurrence n'est qu'un moyen, ce qui est inexact même dans la conception initiale[3]. Les relations entre concurrence et intégration sont plutôt considérées comme réciproques, la concurrence et l'intégration se renforçant mutuellement[4]. En effet, l'intégration est tout autant une condition de la concurrence que la concurrence une condition de l'intégration. La suppression des frontières intérieures est une condition d'un meilleur fonctionnement concurrentiel en ce qu'elle expose les entreprises peu performantes, mais protégées par les barrières d'un marché national, à une concurrence accrue avec d'autres entreprises européennes[5]. Davantage qu'un moyen, les règles de concurrence sont plutôt un adjuvant, un « auxiliaire des règles relatives à l'ouverture du marché »[6]. Dans la construction d'ensemble du traité, la concurrence peut être comprise comme une force qui garantit l'efficacité des véritables moyens de l'intégration que sont les libertés de circulation des marchandises, des capitaux et des personnes[7]. C'est un « élément

---

[1] P. BONASSIÈS, « Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen », *in Études dédiées à Alex Weill* , Dalloz et Litec, 1983, p. 51. V. aussi B. VAN DER ESCH, « E.E.C. Competition Rules : Basic Principles and Policy Aims », préc.

[2] Arrêt de la Cour du 13 juillet 1966, Consten et Gründig/Commission, 56 et 58/64, Rec. p. 429, p. 494.

[3] Au départ, certains doutent même du rôle de la concurrence pour l'intégration. Ainsi, Antoine Pinay parle de la concurrence comme d'une question « devant être mise à l'étude ». Il souligne qu'elle ne constitue pas une « condition préalable » à l'établissement du marché commun. Cité dans les *Travaux préparatoires*, préc. p. IV. En revanche, le mémorandum allemand met en avant le rôle de la concurrence dans l'intégration. V. *Travaux préparatoires*, préc., p. V.

[4] D. GERBER, *Protecting Prometheus*, préc., p. 348.

[5] Comme l'a écrit un ancien juge à la Cour de justice, « on trouve dans les arrêts, intimement liés, les thèmes de la liberté de la concurrence et de l'unité du marché commun : donner libre cours aux forces compétitives de l'économie, cela suppose en effet d'éliminer les obstacles qui entravent la libre circulation ». P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté comme principe d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour », *Miscellania Ganshof Van Der Meersch*, Bruylant et LGDJ, Bruxelles et Paris, 1972, T. II, p. 346. En ce sens aussi, M. WAELBROEK et A. FRIGNANI, *op. cit.*, n° 3, p. 8.

[6] M. WAELBROEK et A. FRIGNANI, *op. cit.*, n° 5, p. 9, qui précisent que ce n'est pas sa seule fonction.

[7] B. VAN DER ESCH, « E.E.C. Competition Rules : Basic Principles and Policy Aims », *LIEI*, 1980, n° 2, p. 75, V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7ème éd., Hart Publishing, 2000, p. 10. V. également J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, T. 1, PUF, Thémis, 5ème éd., 1999, p. 218-219.

régulateur », un « principe fondamental régissant le fonctionnement du marché commun »[1]. On ne peut donc dire que la concurrence est seulement un moyen, c'est aussi une finalité et une politique dotée de ses propres finalités[2]. La Cour de justice l'a reconnu[3]. Cette reconnaissance est essentielle, car, sans elle, la discussion sur les finalités des règles de concurrence serait privée de toute portée juridique. L'autonomie des règles de concurrence au sein du système que forme le traité a en outre été confirmée par l'évolution des textes.

88. **Autonomie.** Le statut de politique dotée de finalités propres a été confirmé lorsqu'un article destiné à conférer une base juridique à une politique industrielle communautaire a été introduit dans le traité[4]. En effet, les rédacteurs ont précisé qu'une telle politique ne constituait pas une base pour l'introduction de mesures pouvant entraîner des distorsions de concurrence. Le juge communautaire a également eu l'occasion de confirmer l'autonomie des règles de concurrence. Ainsi, il a été jugé que ces règles ne devaient pas être utilisées comme des instruments d'intégration au prix d'un forçage de leur sens, et ce d'autant que d'autres instruments d'intégration sont disponibles[5]. Il existe donc une autonomie des règles de concurrence par rapport à la finalité d'intégration. La concurrence caractérise le marché unique à construire : celui-ci doit être un marché où la concurrence n'est pas faussée, et non un grand marché des cartels. La concurrence a pour fonction de diffuser les bénéfices attendus de l'intégration. En ce sens, elle est bien un but du traité et pas uniquement un moyen d'intégration. Dans cette conception, la concurrence et l'intégration sont des objectifs qui ne se confondent pas, mais qui se combinent harmonieusement. Or, dans une perspective économique, les deux objectifs sont apparus en conflit.

---

[1] L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la C.E.E. », *RTD. Eur.*, 1977, n° 2, p. 266. Déjà à propos du traité CECA, la concurrence avait été qualifiée « d'exigence fondamentale du traité », J.-P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les communautés européennes*, LGDJ 1966, p. 311.

[2] G. AMATO, *Antitrust and the Bound of Power*, Hart Publishing 1997, p. 2.

[3] Arrêt de la Cour du 21 septembre 1989, Hoechst/Commission, 46/87 et 227/88, Rec. p. 2859, point 25 : les règles de concurrence « ont pour fonction d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs ».

[4] Art 157 CE, introduit par le traité de Maastricht.

[5] Arrêt du Tribunal du 26 octobre 2000, Bayer/Commission, T-41/96, Rec. p. II-3387, point 176 : « dans le système du traité, [la Commission] ne peut essayer d'aboutir à un résultat comme l'harmonisation des prix dans le marché des médicaments, en élargissant ou en forçant le champ d'application de la section 1 (les règles applicables aux entreprises) du chapitre 1 du livre VI du traité [les règles de concurrence], d'autant plus que ledit traité lui offre des voies spécifiques pour rechercher une telle harmonisation lorsqu'il est constant que de fortes disparités de prix des médicaments entre les États membres sont engendrées par des différences existant entre les mécanismes étatiques de fixation des prix et de modalités de remboursement comme c'est le cas en l'espèce ».

89. **Conflit.** Ce conflit s'est manifesté très tôt, à l'occasion de l'arrêt *Consten et Grundig*[1], qui symbolise la fin de non-recevoir opposée par le juge communautaire au raisonnement économique au nom de l'objectif d'intégration[2]. Cette affaire célèbre concernait les établissements Consten, distributeurs exclusifs des produits Grundig en France. L'exclusivité territoriale était notamment assurée au distributeur par une licence de marque, qui lui donnait le moyen de s'opposer aux importations parallèles par le biais d'actions en contrefaçon. Dans son arrêt, la Cour de justice a condamné l'ensemble des accords sur le fondement de l'article 81, paragraphe 1, CE, au motif qu'il restreignait la concurrence entre les distributeurs de produits Grundig[3]. Cela n'était guère contestable. Cependant, en jugeant ce point suffisant, la Cour de justice oppose une fin de non-recevoir à deux arguments économiques, et ce contrairement aux conclusions de l'avocat général Roemer[4]. En premier lieu, elle refuse d'accorder une quelconque pertinence à l'éventuel accroissement de la concurrence que ce système de distribution pouvait entraîner entre Grundig et les producteurs concurrents (concurrence horizontale)[5]. L'ouverture du marché français à la concurrence et l'intégration du marché européen prennent ainsi le pas sur la concurrence entre producteurs, ce qui n'a pas manqué de susciter très tôt les critiques[6]. En second lieu, la Cour considère comme inopérant l'argument selon lequel une protection territoriale absolue du distributeur pendant une

---

[1] Arrêt de la Cour du 13 juillet 1966, Consten et Gründig/Commission, 56 et 58/64, Rec. p. 429, p. 494.

[2] Sur ce point, J. S. CHARD, « The Economics of the application of Article 85 to Selective Distribution Systems », *European L. Rev*., 1982, pp. 83-102. V. KORAH, « EEC Competition Law – Legal Form or Economic Efficiency », *Current Legal Problems*, 1986, Vol. 39, p. 85. B. HAWK, « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne ? », *RTD Eur*, 1989, p. 5-44, spéc. p. 39, du même auteur, « System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law », *CML Rev*., 1995, pp. 973-989, spéc. p. 981. V. VEROUDEN, « Vertical Agreement and Article 81(1) EC : The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.*, 2003, pp. 525-575, p. 543 et s. et références citées. D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules. The European School*, 2e éd., Kluwer, coll. « European Monographs », 2002, p. 302.

[3] *Consten et Grundig*, préc., p. 497 : « l'accord visant ainsi à isoler le marché français des produits Grundig et à maintenir artificiellement, pour des produits d'une marque très répandue, des marchés nationaux distincts au sein de la Communauté est donc de nature à fausser la concurrence dans le marché commun ».

[4] Conclusions de l'avocat général Roemer sous *Consten et Grundig*, préc., points 33 et s.

[5] La Cour considère (p. 496) que « la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence » (y compris entre distributeurs).

[6] R. JOLIET, *The Rule of Reason in Antitrust Law*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967, spéc. pp. 162-166. Comme l'avait déjà noté René Joliet, l'approche formaliste consacrée par cet arrêt aboutit à faire de la notion de restriction de concurrence un usage dépourvu de réalisme économique : l'interdiction est à la fois trop large, en ce qu'elle inclut des accords dont l'effet restrictif de concurrence est négligeable, et trop étroite, en ce qu'elle n'inclut pas des accords réellement restrictifs de concurrence, mais qui ne restreignent pas formellement la liberté commerciale d'une partie.

certaine durée aurait été nécessaire pour qu'il réalise les investissements nécessaires à l'introduction sur le marché français d'un nouveau produit[1]. Ce faisant, elle témoigne d'une conception étroite de l'intégration du marché[2], mais aussi, et c'est là surtout ce qui importe pour notre propos, elle dénie toute pertinence à l'argument tiré des gains d'efficience dans la distribution permis par l'exclusivité[3]. En déclarant qu'un accord qui organise une protection territoriale absolue a forcément pour objet de restreindre la concurrence, la Cour écarte toute possibilité d'exciper d'un raisonnement économique pour justifier un tel accord. Certes, l'arrêt *Consten et Grundig* ne représente plus l'état actuel du droit[4]. Il n'en illustre pas moins comment la primauté de l'objectif d'intégration, tel qu'il a été interprété dans un premier temps, a pu autoriser, du point de vue du juge communautaire, une solution qui excluait tout raisonnement économique. Le conflit qui s'est fait jour à la faveur de l'arrêt *Consten et Grundig* ne traduit cependant pas une opposition de principe entre l'approche juridique et l'approche économique, et ce pour deux raisons. La première est que le rejet de l'analyse des effets de l'accord est limité à l'hypothèse particulière des restrictions territoriales absolues. Cela a été souligné de longue date[5] et le Tribunal de première instance a, dans un arrêt récent, insisté sur ce point[6]. La seconde raison a reçu moins d'attention.

---

[1] La Cour retient au contraire que « les efforts du commerçant sont stimulés par la concurrence entre distributeurs des produits d'une même marque » (p. 497).

[2] V. VEROUDEN, « Vertical Agreements and Article 81(1) EC : The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.*, 2003, pp. 525-575, p. 546.

[3] L'argument économique consiste à dire que l'exclusivité est nécessaire pour que le distributeur (ici Consten) consacre les efforts nécessaires pour faire connaître la marque (Grundig) alors inconnue des acheteurs français. Le distributeur ne serait pas incité aux efforts de promotion nécessaires (qui représentent un coût) s'il devait subir la concurrence de distributeurs étrangers qui n'ont pas subi ce coût. Sur cet argument dit du passager clandestin en relation avec l'objectif d'intégration, L. GYSELEN, « Vertical Restraints and the Distribution Process : Strength and Weakness of the Free Rider Rationale under E.E.C. Competition Law », *CML Rev*. 1984, pp. 647-668. V. aussi *infra* n° 406 et s.

[4] V. en particulier l'arrêt du 8 juin 1982, Nungesser/Commission, 258/78, Rec. p. 2015, point 57. Plus généralement, sur le traitement des restrictions territoriales au regard des règles de concurrence, V. p.e. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 1ère éd., 2006, n° 234 et s., p. 209 et s. Sur les interactions entre les règles de libre circulation et des règles de concurrence, R. O'LOUGHIN, « EC Competition Law and Free Movement Rules : an Examination of their Parallels and their Furtherance by the ECJ Wouters Decision, *ECLR*, 2003, Vol. 23, n° 2, p. 62-69, spéc. pp. 63-65. Dans un arrêt récent, le Tribunal a par ailleurs procédé à une relecture de l'arrêt *Consten et Grundig*. V. l'arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline/Commission, T-168/01, non encore publié au Recueil, point 120 et s.

[5] R. JOLIET, *op. cit.*, p. 166.

[6] Arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline/Commission, T-168/01, non encore publié au Recueil, point 120.

90. **Contingence.** L'opposition entre l'approche adoptée dans l'arrêt *Consten et Grundig* et une approche économique est doublement contingente. Elle est contingente, d'une part, en ce qu'elle dépend d'une conception particulière de l'intégration, laquelle a depuis évolué, et, d'autre part, en ce qu'elle est liée à un état de la science économique, susceptible d'évoluer encore. Les torts sont donc, si l'on ose dire, partagés : si le juge s'attache à l'intégration sans se préoccuper de l'efficience, les économistes semblent préférer un point de vue inverse et également partiel. En effet, l'objectif d'intégration est absent des raisonnements que les économistes proposent aux autorités de concurrence[1]. Pour autant qu'il est permis d'en juger, ce désintérêt de la science économique pour la question de la contribution de la concurrence à l'intégration n'apparaît pas justifié[2]. Peut-être s'explique-t-il par la présence d'un obstacle épistémologique interne à la science économique, à savoir la séparation des branches de l'économie entre micro- et macro-économie[3]. L'intégration des économies nationales est en effet considérée comme une question relevant de la macro-économie et non de la micro-économie ou de l'économie industrielle, qui sont les branches de la science économique jugées pertinentes pour éclairer les questions de concurrence[4]. Pourtant, en elle-même, l'intégration est un phénomène qui relève tout autant de l'analyse économique que la concurrence. Aussi cette carence de l'analyse économique de la concurrence est-elle réversible et l'on peut envisager qu'une nouvelle école d'analyse économique n'exclue plus l'intégration de son champ d'investigation[5]. Un tel développement irait dans le sens souhaité par plusieurs auteurs[6].

---

[1] J. PELKMANS, « Economic Theories of Integration Revisited », *Journal of Common Market Studies*, Vol. 18, juin 1980, p. 4 ; du même auteur, *Market Integration in the European Community*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1984. Plus récemment, D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules*, préc., p. 105 et s.

[2] La même remarque vaut pour l'étude des liens entre l'intégration et l'efficience ou la compétitivité.

[3] La notion d'obstacle épistémologique est empruntée à G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938, pp. 14-19.

[4] Le partage entre ces deux branches de l'économie explique peut-être aussi que, comme le rapporte le professeur Jenny, la question de savoir si et dans quelle mesure la concurrence contribue à la croissance et au développement (questions macro-économiques) ait donné lieu à aussi peu d'études, dont aucune n'est conclusive. F. JENNY, « Competition law enforcement : Is Economic Expertise Really Necessary ? », *Fordham Corp. L. Inst.* 1998, pp. 185-201, p. 190.

[5] En ce sens, B. HAWK, « System Failure : Vertical Restraints and EC Competition Law », *CML Rev.*, 1995, pp. 973-989, p. 981. V. aussi F. SOUTY, *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, préc., p. 29.

[6] C.-D. EHLERMANN, dans sa préface au livre de J. LONBAY, *Frontiers of Competition Law*, Londres 1994, appelle de ses vœux le développement d'une « École de Bruxelles » d'économie de la concurrence, qui ferait pendant aux Écoles de Harvard et de Chicago (p. vi). Ce souhait est également formulé et développé par D.

91. **Conclusion du 1.** L'objectif d'intégration du marché intérieur est une source de conflit avec l'approche économique. Ce conflit s'est clairement exprimé dans l'arrêt *Consten et Grundig*. Il faut cependant le relativiser. L'objectif d'intégration ne constitue pas, en lui-même, un obstacle insurmontable à la prise en considération de raisonnements économiques. Cela tient, en premier lieu, à ce que cet objectif n'est prioritaire que dans des hypothèses très particulières. L'obstacle n'est opposé par le juge que sélectivement. En second lieu, l'objectif d'intégration n'est pas, en lui-même, contraire à toute approche économique possible. En réalité, c'est moins un obstacle juridique réel à l'approche économique qu'un obstacle perçu comme tel par les économistes, en raison d'une lacune de l'approche économique elle-même. Outre l'objectif d'intégration, d'autres objectifs non envisagés par les économistes s'imposent au juge. Là encore, il convient de souligner que ces objectifs ne sont pas tous intrinsèquement des entraves à la réception par le juge de raisonnements économiques.

2. Les autres objectifs du traité : obstacles inégaux et relatifs à la réception de l'approche économique

92. **Annonce.** Les développements qui suivent ne prétendent pas présenter de manière exhaustive les objectifs auxquels les juges doivent ou ont pu accorder pertinence dans l'application des règles de concurrence[1]. Ils visent seulement à illustrer la variété de ces objectifs (a) et à éclairer leurs relations avec l'approche économique. Il s'agit plus particulièrement de revenir sur l'opposition souvent invoquée entre, d'une part, les objectifs de loyauté et de préservation des libertés économiques et, d'autre part, l'approche économique (b). Nous pensons qu'il n'y a là aucune opposition indépassable et nous montrerons comment la conciliation entre l'objectif de loyauté et l'approche économique pourrait s'opérer sur le critère de l'intention (c). D'une manière générale, rien ne sert de nier que des tensions existent entre les objectifs légaux variés et ceux, moins nombreux, que postule la doctrine économique. En revanche, nous voudrions souligner que la contradiction ne revêt aucun caractère systématique. Dans certains cas, l'interprétation permet ou

---

HILDEBRAND, *op. cit.*, *loc. cit.* V. aussi, du même auteur, « The European School in EC Competition Law », *World Competition*, 2002, pp. 3-23. L'école européenne d'économie de la concurrence dont l'auteur distingue les prémisses prendrait en compte l'ensemble des objectifs de politique économique de la construction européenne.

[1] Pour une étude de ce type, R. B. BOUTERSE, *Competition and Integration : What Goals Count ?*, Deventer, 1994. L'auteur analyse la prise en considération de politiques autres que la concurrence dans la mise en œuvre de l'article 81, paragraphe 3, CE.

permettrait au juge de réconcilier des objectifs non envisagés par la doctrine économique avec une approche économique.

a) L'indétermination des objectifs.

93. **Variété des objectifs.** Des objectifs multiples sont assignés aux règles de concurrence. Comme il a été dit à propos de l'objectif d'intégration, les articles 81 et 82 CE renvoient implicitement à l'article 2 CE. Dans sa rédaction initiale, cet article énonçait que le marché commun était un moyen « de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue et des relations plus étroites entre les États [membres] ». Les règles de concurrence sont donc présentées comme devant contribuer, avec d'autres règles[1], à la réalisation des objectifs généraux du traité, sans que soit précisé aucun objectif intermédiaire qui leur serait propre. Ni les liens avec l'objectif d'intégration, déjà discutés, ni les ajouts opérés depuis au texte de l'article 2 CE ne modifient ce constat d'indétermination. La concurrence reste une exigence du marché commun, qui est lui-même un moyen de réalisation d'objectifs de politique économique tout aussi généraux et encore plus nombreux que par le passé. En effet, dans sa rédaction actuelle, l'article 2 CE vise, outre les objectifs généraux qui viennent d'être rappelés, le développement durable, l'emploi, la protection sociale, l'égalité entre hommes et femmes, une croissance non-inflationniste, la compétitivité et la convergence des performances économiques, la qualité de l'environnement, la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre États membres[2].

94. **Objectifs transversaux.** Au constat d'indétermination des objectifs propres des règles de concurrence, s'ajoutent les interférences des objectifs poursuivis au titre d'autres politiques. À la lecture du traité CE dans sa rédaction actuelle, on est en effet frappé par la variété de ses objectifs transversaux, qui doivent être pris en considération dans toutes les politiques communautaires, y compris la politique de concurrence. Tel est le cas de la protection de l'emploi[3], de la diversité culturelle[4], de la protection de la santé[1], de la protection

---

[1] L'article 3 CE dans sa rédaction initiale n'énonce pas moins de onze corps de règles contribuant à la réalisation des objectifs généraux de l'article 2 CE. Dans sa version actuelle, ce chiffre passe à 21.

[2] Cette rédaction est issue du traité de Maastricht signé le 7 mai 1992.

[3] Art. 127 CE.

[4] Art. 151 CE.

des consommateurs[2], de la promotion de la compétitivité[3], de la cohésion économique et sociale[4] et de l'aide au développement[5]. Ces objectifs rivalisent potentiellement avec ceux du droit de la concurrence, tels qu'ils sont appréhendés dans une perspective économique[6]. Cela réduit *a priori* d'autant le rôle de l'analyse économique dans la mise en œuvre du droit de la concurrence[7]. On pourrait penser que la conciliation de ces différents objectifs concerne peu le juge, car c'est principalement à la Commission qu'il incombe d'effectuer ces arbitrages[8].

95. **Rôle du juge.** Bien qu'il ne revienne pas à titre principal au juge de concilier les objectifs de différentes politiques, on ne saurait exclure qu'il soit amené à prendre en compte ces objectifs divers. Cela vaut spécialement pour le juge français, puisque les textes stipulent que les pratiques anticoncurrentielles peuvent être exemptées des prohibitions édictées par les articles L 420-1 et L 420-2 C. com. lorsqu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, « y compris par le maintien de l'emploi »[9]. Cela vaut aussi pour le juge communautaire, qui a, par exemple, déjà été amené à prendre en considération la préservation

---

[1] Art. 152 CE.

[2] Art. 153 CE.

[3] Art. 157 CE.

[4] Art. 159 CE.

[5] Art. 178 CE.

[6] D. GERBER, *Protecting Prometheus*, préc., p. 371.

[7] *A priori* seulement, car un examen plus poussé peut révéler des convergences. Ainsi, en ce qui concerne la politique de l'environnement (art. 174 CE), le principe pollueur-payeur est pleinement compatible avec la poursuite de l'efficience et avec la politique de concurrence, les deux se renforçant mutuellement. En ce sens, L. IDOT, « Environnement et droit communautaire de la concurrence », *JCP(G)*, 1995, I-3852. V. aussi F. VOGELAAR, « Towards an Improved Integration of EC Environmental Policy and EC Competition Law: An Interim Report », *Fordham Corp. L. Institute*, 1994 (B. Hawk éd. 1995), p. 529. J. DUTHEIL de LA ROCHÈRE (dir.), *Le droit communautaire de l'environnement : mise en œuvre et perspectives*, La documentation française, Paris, 1998. C. LONDON, « Concurrence et environnement : une entente écologiquement rationnelle ? », *RTD Eur.*, 2003, pp. 267-286. Atelier de la concurrence du 6 juillet 2005, « Droit de l'environnement et droit de la concurrence », *Rev. Conc. Conso.*, 2006, n° 144, pp. 1-39.

[8] En ce sens, D. GERBER, *op. cit.*, p. 377. Les nouvelles lignes directrices sur le calcul des amendes illustrent ce point à propos de la conciliation des règles de concurrence avec l'objectif de protection de l'emploi. En effet, l'incidence que pourrait avoir sur l'emploi le paiement par une entreprise d'une amende dont le montant aurait été calculé selon la méthodologie exposée dans les lignes directrices peut justifier, à titre exceptionnel et sur demande, une diminution du montant de l'amende. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1/2003, JOUE du 1er septembre 2006, C 210, p. 2, point 35. Cependant, la prise en considération de l'emploi au travers de la modulation du montant de l'amende selon la capacité contributive des entreprises résultait déjà de la jurisprudence. En ce sens, É. BARBIER de LA SERRE, « Les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes », *RLC*, 2006/9, n° 620, spéc. n° 48.

[9] Art. L 420-4 C. com (précision insérée par l'article 48 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001). Le Conseil de la concurrence avait, par exemple, tenu compte de la contribution au maintien de l'emploi dans l'appréciation du progrès économique dans sa décision n° 88-D-20 du 3 mai 1988, BOCCRF n° 11, du 28 mai 1988, p. 140.

de l'emploi dans une affaire de concurrence[1]. L'arrêt *Wouters*[2] atteste la disposition du juge communautaire à opérer, lorsque cela s'avère nécessaire, une conciliation entre l'objectif de concurrence et d'autres objectifs de régulation[3]. Le juge n'est donc pas absent de l'activité de conciliation des différents objectifs. Aussi, il importe pour notre propos de souligner que, si certains objectifs, comme la préservation de l'emploi, sont en évidente tension avec l'objectif d'efficience[4], ce n'est pas le cas de tous les objectifs politiques. Contrairement peut-être à ce que soutiennent les économistes, le fait que les textes mentionnent des objectifs autres que l'efficience, et imposent par là même au juge de les prendre en considération, n'induit pas obligatoirement que le juge s'écarte d'une approche économique. Cela mérite d'être rappelé à propos des objectifs de loyauté et de protection des libertés économiques, souvent opposés à une approche économique.

---

[1] Arrêt de la Cour du 25 octobre 1977, Metro SB-Groβmärkte GmbH & Co. KG/Commission, 26/76, Rec. p. 1875, point 43.

[2] Arrêt de la Cour du 19 février 2002, Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c/ Algemene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten, C-309/99, Rec. p. I-1577, obs. S. POILLOT-PERUZZETO, *Contrats conc. conso.*, avril 2002, n° 64, p. 38 ; obs. C. PRIETO, *J.D.I.*, 2002, n° 2, p. 599 ; obs. A. VOSSENSTEIN, *CML Rev.* 2002, vol 39, p. 841; L. IDOT, « Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu », *Europe*, 2002, n° 5, p. 5-8. *Adde :* C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éd.), *European Competition Law Annual 2004 : The Relationship between Competition Law and (Liberal) Professions*, Hart Publishing, Oxford, 2006, spéc. A. KOMNINOS, « Non-Competition Concerns: Resolution of Conflicts in Integrated Article 81 EC », pp. 451-472 ; M-D. HAGELSTEEN, « Les professions libérales et le droit de la concurrence », *Droit Administratif*, 2006, n° 3, p. 6. C. PRIETO, « La modernisation du droit de la concurrence et le marché des professions libérales », *in* G. CANIVET (dir), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », pp. 397-438.

[3] *Wouters*, préc., point 110 : « une réglementation nationale [interdisant aux avocats de s'associer avec d'autres professions] adoptée par un organisme tel que l'ordre néerlandais des avocats n'enfreint pas l'article [81], paragraphe 1, du traité, étant donné que cet organisme a pu raisonnablement considérer que la dite réglementation, nonobstant les effets restrictifs de la concurrence qui lui sont inhérents, s'avère nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat telle qu'elle est organisée dans l'État concerné ». La solution de l'arrêt *Wouters* ne paraît pas limitée à l'articulation de l'article 81 CE avec les objectifs de politique publique, mais porte, plus généralement, sur l'articulation des règles de concurrence avec les autres objectifs de politique publique. En ce sens, E. ROUSSEVA, « The Concept of "Objective Justification" of an Abuse of a Dominant Position : Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC ? », *Competition L. Rev.*, 2006, vol. 2, n° 2, pp. 27-72, spéc. p. 39. En ce sens aussi, quoique que l'argument soit moins développé, P. OLIVER, « The concept of "Abuse" of a Dominant Position under Article 82 EC : Recent developments in Relation to Pricing », *European Competition Journal*, 2005, pp. 315-339, spéc. p. 336.

[4] En ce sens, Cl. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, p. 853.

b) Loyauté, liberté et approche économique – généralités

96. **Loyauté.** Dans le traité, la concurrence est d'abord mentionnée à travers l'objectif de concurrence « loyale »[1]. Cet objectif n'appartient assurément pas à une approche économique. Au contraire, une perspective économique écarte classiquement l'objectif de loyauté en considérant qu'il se rapporte exclusivement à un corps de règles distinct du véritable droit de la concurrence[2]. Pareille approche est possible dans les droits nationaux qui, comme le droit français, comportent les deux corps de règles[3]. En droit communautaire cependant, on ne peut soutenir que l'objectif de loyauté se rapporte à des règles particulières sur les pratiques commerciales, puisque de telles règles ne figurent pas dans le traité CE. C'est donc bien aux « vraies » règles de concurrence, celles des articles 81 et 82 CE, que se rapporte l'objectif de loyauté[4]. Pour éclairer le sens de l'objectif de loyauté dans le traité, il faut revenir aux influences intellectuelles dont il procède. Derrière la référence textuelle à la loyauté, ce sont en effet les objectifs de protection de la liberté commerciale et de diffusion du pouvoir économique, issus des conceptions ordo-libérales, qui sont en cause[5].

---

[1] Le quatrième alinéa du préambule énonce que [les hautes parties contractantes], « [r]econnaissant que l'élimination des obstacles existants appelle une action concertée en vue de garantir la stabilité dans l'expansion, l'équilibre dans les échanges et *la loyauté dans la concurrence* » (…) [ont décidé de créer une communauté européenne…]. Sur la concurrence loyale dans le traité, V. D. GERBER, *Protecting Prometheus*, préc., p. 37-38. *Adde* : R. KOVAR, « Concurrence déloyale et droit communautaire de la concurrence », *in La concurrence déloyale*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2001, p. 109 ; Y. SANT-GAL, « La nouvelle loi française instituant une action en cessation en matière de concurrence déloyale et sa place dans la Commmunauté économique européenne : importance que conserve la concurrence déloyale dans le cadre du Marché commun », *RTD Eur.*, pp. 94-112.

[2] *Supra* n° 47.

[3] *Supra* n° 47. Telle semble être par exemple l'approche de L. VOGEL, *Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2006, n° 1, p. 16 : « [a]u sens strict, le droit de la concurrence ne se préoccupe pas, en principe, de loyauté de la concurrence ». Sur cette question V. M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit des obligations*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 32, 2004, notamment n° 75, p. 86. L'auteur défend plus généralement un réordonnancement des règles selon les finalités principalement pousuivies. *Adde :* J.-L. LESQUINS, « L'ordonnance de 1986, la concurrence et la loyauté », *Rev. Conc. Conso*., 1995, n° 85, pp. 55-65. Soulignant la nécessité d'une approche unitaire des différentes règles de concurrence : M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 21, pp. 23-24 ; V. aussi M.-S. PAYET, « Code civil et concurrence », *in Le code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 715-730, spéc. n° 3, p. 717 ; Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1993, pp. 6-7.

[4] Cela ne faisait initialement aucun doute pour la Commission. *Premier rapport sur la politique de concurrence*, avril 1972, p. 13 : « [l]a politique de concurrence doit (…) garantir la loyauté dans la concurrence ».

[5] Il s'agit là d'une conception particulière de la loyauté, plus restreinte que celle qui prévaut en France. On peut en effet distinguer trois composantes dans l'objectif de concurrence loyale, à savoir, premièrement, l'égalité des chances qui doit être garantie aux concurrents (idée libérale), deuxièmement, la loyauté qui doit prévaloir entre les commerçants d'une même industrie (idée corporatiste) et, troisièmement, l'idée de loyauté des commerçants

97. **Liberté économique.** La protection de la liberté économique a été un objectif essentiel pour les rédacteurs du traité. En effet, comme on l'a vu, cet objectif était central dans la conception allemande[1]. Or, à l'époque de la rédaction du traité, les idées allemandes sur la concurrence pesaient d'un poids particulier. Elles étaient sur le point de donner naissance à la loi allemande sur la concurrence[2]. Les longs débats qui avaient précédé l'adoption de cette loi étaient parfaitement connus des membres de la délégation allemande, dont les positions ont eu une influence notable lors de la négociation du traité[3]. Les conceptions allemandes ont aussi exercé une influence déterminante dans la préparation du premier règlement d'application des articles 81 et 82 CE[4] et, pendant de nombreuses années, sur la pratique de la Commission[5]. Tant en ce qui concerne le droit primaire que le droit dérivé, l'intention du législateur historique doit donc être inférée à partir de la conception allemande. Dans celle-ci, la

---

vis-à-vis de la société, dont les acheteurs. Sur cette distinction, D. GERBER, *op. cit.*, p. 184. La dimension corporatiste de la loyauté ne semble pas présente dans la conception ordo-libérale.

[1] *Supra* n° 30. Ce n'est pas aussi vrai du droit français, qui n'a été qu'indirectement influencé par les conceptions ordo-libérales allemandes. Cependant, certaines des idées se retrouvent aussi en France. Ainsi, l'objectif de diffusion du pouvoir économique est la raison de l'incrimination de l'abus de puissance d'achat en droit français. Sur ce point, A. DECOCQ et M. PEDAMON, « L'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence-consommation*, 1987, n° spécial 1 bis ; M. GLAIS, « Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle (française et européenne) », *Revue économique*, 1987, p. 775. B. HAUDEVILLE, « La finalité de la politique de la concurrence : promouvoir l'égalité ou l'équité », *Rev. Conc. conso,*, 1995, n° 85, pp. 46-53. V. aussi F. FISHWICK, « Definition of monopoly power in the antitrust policies of the United Kingdom and the European Community », *Antitrust Bull.* 1989, pp. 451-488, p. 488 et références citées.

[2] La loi n'est entrée en vigueur que le 1er janvier 1958, mais les discussions sur son adoption, qui duraient depuis 1952, se sont achevées en 1957. Cette longue période de gestation a donné aux spécialistes allemands l'occasion de mettre leurs idées à l'épreuve du débat. Ils en ressortaient avec des conceptions plus fermes que celles des autres délégations. Sur l'adoption de la loi allemande, D. GERBER, *op. cit.*, p. 274 et s.

[3] D. GERBER, *op. cit.*, notamment p. 37 et p. 331. P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 560 et s.

[4] A. DERINGER, *Rapport fait au nom de la commission du marché intérieur ayant pour objet une consultation demandée par l'Assemblée parlementaire européenne par le Conseil de la Communauté économique européenne sur un premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité de la C.E.E.*, Documents de séance de l'Assemblée parlementaire européenne,1961-1962, document 57 du 7 septembre 1961 (ci-après « Rapport Deringer »), points 9 et 10, pp. 3-4. Un passage de ce rapport mérite d'être cité : « [l'] histoire nous enseigne (…) que la liberté ne peut être préservée qu'à condition d'être protégée contre les attaques de l'extérieur et aussi contre les abus de ses propres partisans (...). En ce qui concerne la liberté économique, le danger de l'abus est notamment de voir cette liberté s'anéantir elle-même par les concentrations et la formation de monopoles. » (point 9, p. 4).

[5] À propos des premières années, V. R. JOLIET, *The Rule of Reason in Antitrust Law*, préc., p. 116, parle à propos de la doctrine défendue par la Commission dans l'affaire Consten et Grundig de « régurgitation des théories allemandes ». Sur l'influence persistante de l'école allemande. V. p.e. F. FISHWICK, « Definition of monopoly power in the antitrust policies of the United Kingdom and the European Community », *Antitrust Bull.*, 1989, pp. 451-488, p. 453. Dans la hiérarchie des objectifs du droit de la concurrence, l'auteur place l'allocation efficiente des ressources après la diffusion du pouvoir économique et la protection de la liberté individuelle des petites entreprises.

protection de la liberté économique était centrale, mais la liberté économique qu'il s'agissait de garantir n'était pas la même pour tous. L'objectif premier des règles de concurrence était, comme on l'a dit, de protéger la société contre les abus du pouvoir économique[1]. C'est donc avant tout la liberté des petites entreprises et des consommateurs qui devait être défendue contre le pouvoir des entreprises puissantes[2]. Selon la formule radicale d'un auteur ordo-libéral, « celui qui a du pouvoir n'a pas le droit d'être libre et celui qui veut être libre ne doit avoir aucun pouvoir »[3]. La fonction de la prohibition des abus de position dominante était précisément d'obliger les entreprises dotées d'un pouvoir de marché à se comporter *comme si* elles n'en avaient pas[4]. Autrement dit, il s'agissait de limiter, au nom de la liberté économique, la liberté des entreprises dominantes[5]. Cette limitation était opérée au moyen de la prohibition des abus de position dominante, une norme de comportement conçue comme très stricte[6]. Pour son application, l'interdiction renvoyait à la distinction entre la concurrence « par les mérites » (*Leistungswettbewerb*) et la concurrence « par les obstacles » (*Behinderungswettbewerb*), élaborée à l'origine à propos de la concurrence loyale[7].

98. **Obstacle intellectuel.** Ainsi entendu, l'objectif de protection de la liberté économique et de diffusion du pouvoir économique s'accorde difficilement avec les conceptions économiques[8]. L'idée que la concurrence est nécessaire à la prospérité est présente dans la

---

[1] *Supra* n° 30. Sur ce point, D. GERBER, *op. cit.*, p. 240 ; W. MÖSCHEL, « Competition Policy from an Ordo point of view », *in* PEACOCK et WILLGERODT (éds.), *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, MacMillan, Londres, 1989, p. 142 et s., p. 146.

[2] On retrouve cette idée dans le rapport Deringer, préc., n° 76, p. 18. V. aussi les références citées par E. ROUSSEVA, « Modernising by eradicting… », préc., p. 591.

[3] Walter Böhm, cité par E. ROUSSEVA, *op. cit.*, p. 592.

[4] D. GERBER, *op. cit.*, p. 252. Ce qui crée bien évidemment une « responsabilité spéciale » dont on retrouve l'expression dans la jurisprudence. Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 57.

[5] Sur l'actualité de cet objectif, C. PRIETO, « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements politiques de la politique de concurrence », *D.*, 2006, pp. 1603-1609.

[6] Comme on l'a dit, « comme si » avait un sens très fort, puisqu'il s'agissait d'obliger les entreprises à se comporter de telle sorte que le résultat de la « concurrence complète » soit atteint. V. sur ce point, D. GERBER, *op. cit.*, p. 252.

[7] La distinction est attribuée à NIPPERDY par D. GERBER, *op. cit.*, pp. 252-253.

[8] En ce sens, notamment, B. HAWK, « À propos de la "concurrence par les mérites" : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 33. J. VENIT, « Article 82 : The Last Frontier – Fighting with Fire ? », *Fordham Int'l L. J.*, 2005, pp. 1157-1178, spéc. p. 1162 et s. et les références citées aux notes suivantes.

conception ordo-libérale[1], mais l'accent y est mis sur des valeurs politiques plutôt que sur l'efficience ou d'autres considérations économiques[2]. Cette discussion pourrait paraître théorique, car les juges ne sont évidemment pas liés par les idées ordo-libérales. Pourtant, l'influence ordo-libérale sur la jurisprudence communautaire a été considérable, spécialement en matière d'abus de position dominante[3]. Comme on le verra, cette influence a constitué un obstacle réel à la pénétration du raisonnement économique[4]. Le présent développement entend seulement montrer que cet obstacle est en principe surmontable. En effet, les juges ne se sentent pas liés par la méthode exégétique. Les objectifs assignés par les ordo-libéraux aux règles de concurrence ne sont en outre pas explicitement formulés dans le traité. Ce dernier contient seulement une référence à la loyauté, laquelle notion est susceptible d'autres interprétations, et l'interdiction des abus de position dominante, notion elle aussi sujette à interprétation. Les idées ordo-libérales ne forment ainsi que l'arrière-plan intellectuel de ces dispositions. Elles ont eu une influence intellectuelle importante, mais elles ne sont qu'une influence intellectuelle. Elles ont produit une manière de penser la concurrence sans accorder pertinence à l'efficience, à l'innovation ou aux consommateurs, qui se trouve aujourd'hui en décalage avec les attentes des auditoires des décisions judiciaires rendues en matière de concurrence[5]. Pour emprunter le vocabulaire de Perelman, on peut avancer que les « thèses de départ » de la conception ordo-libérale ne correspondent pas aux « lieux communs » admis dans les auditoires de décisions de justice[6]. C'est pourquoi il faut insister : l'ordo-libéralisme, qui constitue un obstacle intellectuel à la prise en considération du raisonnement économique, n'est pas du droit. Le juge n'a pas le devoir d'être fidèle aux penseurs qui ont inspiré le législateur. Il n'est tenu d'interpréter ni la référence à la loyauté ni l'article 82 CE à la lumière

---

[1] D. GERBER, *op. cit.*, p. 240.

[2] D. GERBER, *op. cit.*, p. 239 et références citées.

[3] V. sur cette question l'analyse approfondie de E. ROUSSEVA, « Modernizing by Eradicating: How the Commission's New Approach to Article 81 EC Dispenses with the Need to Apply Article 82 to Vertical Restraints », *CML Rev.*, 2005, pp. 587-638, p. 591 et s. et, du même auteur, « The Concept of "Objective Justification" of an Abuse of a Dominant Position : Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC ? », *Competition L. Rev.*, 2006, vol. 2, n° 2, pp. 27-72, spéc. p. 30, et L. LOVDAHL GORMSEN, « Article 82 EC : Where are we coming from and where are we going to ? », *Competition L. R.*, 2006, n° 2, pp. 5-25.

[4] *Infra* n° 413 et s.

[5] Sur les auditoires auxquels s'adresse le juge, Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1999, n° 52 et s., p. 107 et s.

[6] Ch. PERELMAN, *op. cit.*, n° 57 et 58, pp. 116-118.

d'un objectif de protection de la liberté économique des seules petites entreprises et des consommateurs.

99. **Efforts doctrinaux.** Surmonter l'obstacle historique de l'ordo-libéralisme n'est pas chose aisée. Pour n'être qu'intellectuel, cet obstacle n'en est pas moins puissant. Néanmoins, les grands efforts doctrinaux accomplis dans cette direction permettent de penser que cet obstacle sera peut-être franchi[1]. Parmi les multiples suggestions qui ont été émises, qu'il n'est pas possible de reprendre ici de manière exhaustive, l'une mérite particulièrement d'être mentionnée, car elle nous paraît prometteuse et va à l'encontre de conceptions communément exprimées. Il s'agirait pour le juge de procéder à une relecture de la définition jurisprudentielle de l'abus contenue dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*[2]. Cet arrêt définit jusqu'à présent la notion d'abus de position dominante en droit communautaire en référence à la distinction entre les moyens qui caractérisent une « compétition normale » et les autres[3]. La distinction fait directement écho à la distinction ordo-libérale entre « concurrence par les mérites » et « concurrence par les obstacles »[4]. Afin de rendre l'approche de l'abus de position dominante plus conforme au raisonnement économique, certains auteurs proposent d'abandonner la notion de concurrence par les mérites, trop chargée de référence ordo-libérale et si vague[5]. Cet abandon ne nous paraît cependant pas opportun. À notre avis, la prise en considération des finalités mises en avant par les économistes peut se faire à l'intérieur même

---

[1] La production doctrinale récente sur ce sujet est très abondante. On s'y référera au cours de développements ultérieurs. Pour s'en tenir aux principales contributions, mentionnons, outre les articles déjà cités de E. ROUSSEVA, E. ELHAUGE, « Defining Better Monopolization Standards », *Stanford L. Rev.*, 2003, pp. 253-344. T. EILMANSBERGER, « How to Distinguish Good from Bad Competition Under Article 82 EC : In Search of Clearer and More Coherent Standards for AntI-Competitive Abuses », *CML Rev.*, 2005, pp. 129-177.

[2] Arrêt de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461.

[3] *Hoffmann-La Roche/Commission*, préc., point 91 : « la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence ».

[4] Pour une analyse plus précise de l'influence ordo-libérale dans cet arrêt : L. LOVDAHL GORMSEN, *op. cit.* Cet auteur détaille (p. 17 et s.) les circonstances particulières dont on peut inférer l'influence du test proposé par le professeur Ulmer, dans la tradition ordo-libérale, sur la solution adoptée dans l'arrêt *Hoffmann-La-Roche*. En ce sens aussi que l'influence de la doctrine du professeur Ulmer a été déterminante : P.-J. LOEWENTHAL, « The Defence of "Objective justification" in the Application of Article 82 EC », *World Competition*, 2005, pp. 455-477, p. 458. Sur le rôle de la notion d'obstacle aux concurrents dans la qualification d'abus de position dominante, V. *Lamy droit économique*, éd. 2007, n° 1582, p. 595.

[5] B. HAWK, « À propos de la "concurrence par les mérites" : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 33.

de cette notion. Qui plus est, cette conciliation ne suppose pas de vider la notion de son contenu originel pour lui donner un contenu entièrement nouveau. En effet, la conception ordo-libérale contient en son sein les germes d'une conciliation entre loyauté et efficience. Dans son acception originelle, la concurrence « par les mérites » désigne les comportements qui ont pour conséquence une amélioration de la qualité des produits ou la baisse des prix, au bénéfice des consommateurs, tandis que la concurrence « par les obstacles » désigne les comportements qui nuisent à la capacité concurrentielle des concurrents[1]. La notion de concurrence par les mérites n'est donc pas si étrangère qu'on pourrait le croire à des considérations économiques pour l'efficience dynamique (amélioration de la qualité), le bien-être des consommateurs ou l'efficience productive (nuire à la capacité concurrentielle des rivaux, c'est par exemple augmenter leurs coûts ou réduire leur efficience)[2].

100. **Concurrence normale et efficience**. La proposition faite par un auteur de mettre directement en relation la notion de concurrence normale et l'efficience ne doit donc pas surprendre. Le professeur Elhauge raisonne à partir du droit américain, mais, comme cela a été souligné, la notion de concurrence par les mérites soulève des questions similaires dans la section 2 du *Sherman Act* et dans l'article 82 CE[3]. Il s'agit dans les deux cas de trouver les critères de la distinction entre les comportements permis et ceux qui sont interdits. Le professeur Elhauge trouve ce critère dans les moyens mis en œuvre par l'entreprise dominante pour accroître son pouvoir de marché. L'approche économique qu'il préconise fait donc directement écho à la notion ordo-libérale de « concurrence par les mérites » ou à celle de « moyens qui caractérisent une concurrence normale ». La démarche proposée par l'auteur intègre à la notion de concurrence par les mérites la préoccupation économique pour l'efficience. Elle consiste à se demander si, par le comportement qu'elle adopte, l'entreprise dominante accroît son pouvoir de marché *parce qu'elle améliore sa propre efficience*, auquel cas le comportement est réputé licite, ou bien *parce qu'elle diminue l'efficience de ses*

---

[1] D. GERBER, *op. cit.*, p. 253.

[2] On peut voir un rapprochement entre la notion de concurrence par les mérites et la notion d'efficience opéré, à travers le principe de proportionnalité, par le juge Kirschner, faisant fonction d'avocat général, sous l'arrêt du Tribunal du 10 juillet 1990, Tetra Pak/Commission, T-51/89, Rec. p. II-309, spéc. point 62 : « une entreprise dominante (…) peut agir en vue d'obtenir des bénéfices, faire en sorte de renforcer sa position commerciale *grâce à sa compétitivité* et poursuivre ses intérêts économiques légitimes, mais (…) elle ne doit employer à cette fin que les moyens nécessaires à la poursuite de ces objectifs légitimes. Elle ne doit notamment pas se comporter d'une façon qui, selon toute prévision, restreindrait la concurrence plus que nécessaire » (nous soulignons).

[3] B. HAWK, *op. cit.*

concurrents, auquel cas le comportement est considéré illicite[1]. Cette proposition n'est sans doute pas simple à mettre en œuvre pour un juge[2], mais c'est là une question distincte. Il ne s'agit ici que des obstacles de principe à la réception d'un raisonnement économique. De ce point de vue, le rapprochement entre, d'une part, la notion de concurrence par les mérites – issue de la pensée ordo-libérale et liée à l'objectif de loyauté dans la concurrence – et, d'autre part, la notion d'efficience, suggère qu'il n'y a pas de contradiction de principe entre loyauté et efficience.

101. **Conclusion partielle.** Il résulte de ce qui précède que l'objectif de loyauté ne justifie pas, de la part du juge, un refus de prendre en considération l'efficience. Il ne constitue donc pas, en tant que tel, un obstacle à la réception de raisonnements économiques. En particulier, le juge n'est pas lié, lorsqu'il s'efforce d'opérer une conciliation entre loyauté et efficience, par les conceptions qui ont pu historiquement influencer le législateur communautaire. L'obstacle à la réception d'un raisonnement économique en termes d'efficience réside dans la conception radicale de la liberté économique chère aux ordo-libéraux et non dans l'objectif de loyauté qui figure dans le traité. Cette conclusion n'est pas remise en cause si l'on prend en considération la conception ordo-libérale de la loyauté. Celle-ci est au contraire compatible avec la prise en considération de l'efficience.

102. **Transition.** Il convient de dissiper une autre idée reçue au sujet de l'objectif de loyauté comme obstacle à la réception d'un raisonnement économique. On oppose souvent, notamment à propos de l'abus de position dominante, la prise en considération de l'intention à la prise en considération de l'efficience. Le critère de l'intention serait subjectif et n'aurait pas sa place dans une appréhension économique objective des comportements anticoncurrentiels[3].

---

[1] E. ELHAUGE, *op. cit.*, p. 256. Dans le second cas, le fait que le comportement ait aussi pour effet d'améliorer l'efficience de l'entreprise est indifférent.

[2] Sur la question de la difficulté pratique de mise en œuvre des suggestions de la doctrine économique, V. *infra* Chapitre 3. Une solution très proche de celle que préconise le professeur Elhauge a néanmoins été adoptée par la Cour Suprême des États-Unis dans son arrêt *Aspen*. Elle a jugé que, si une entreprise a tenté d'exclure ses concurrents sur la base d'un motif autre que l'efficience, il convient de qualifier son comportement de prédateur. V. sur ce point, B. HAWK, « À propos de la "concurrence par les mérites" : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 33.

[3] OCDE, *Predatory Foreclosure*, 2005, série « Les tables rondes sur la politique de la concurrence », DAF/COMP(2005)14, pp. 76-80 et les auteurs cités (dont Posner, mais l'argument cité semble avoir disparu de la dernière édition de son ouvrage). *Adde* : B. HAWK, « À propos de la "concurrence par les mérites" : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 33-41, spéc. n° 14, p. 35 et référence citée ; R. O'DONOGHUE, « Over-regulating Lower Prices : Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC », *in* C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds), *European Competition Law*

La prise en considération de l'intention traduirait un attachement à l'objectif de loyauté et serait contraire à une approche économique. Cette manière de voir pourrait expliquer la volonté, chez certains auteurs, de minimiser le rôle de l'intention dans le droit positif de l'abus de position dominante[1]. Le critère de l'intention est effectivement sans doute à relier à l'objectif de loyauté. En revanche, cette expression de l'objectif de loyauté ne nous paraît pas constituer un obstacle à la réception de raisonnements économiques.

c) Loyauté, intention et approche économique

103. **Intention et approche économique**. L'intention est un élément de définition de l'abus de position dominante[2]. Ce critère paraît se rattacher à l'objectif de loyauté, car l'intention anticoncurrentielle est parfois difficile à distinguer de l'intention de nuire à ses concurrents. C'est du reste précisément l'argument avancé par les auteurs qui estiment que

---

Annual 2003 : What is an Abuse of a Dominant Position ?, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 371-426. p. 414 ; A. VANDENCASTEELE et D. WAELBROECK, « Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation ? Quelques commentaires à propos du document de travail de la Commission européenne relatif à l'application de l'article 82 aux abus de monopolisation », *RIDE*, 2006, pp. 87-121, spéc. pp. 106-7.

[1] P.e. R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Publisud, 2002, T. 1, p. 255.

[2] En droit français, cela ne fait aucun doute. L'objet du comportement est un élément de définition de l'abus. V., en dernier lieu, Cass. com. 10 mai 2006, *Etna France/France Telecom* et *Ministre de l'économie/Etna France*, pourvois n° 05-14.501 et 05-15.187, note J. PHILIPPE et T. JANSSENS, *Gaz. Pal.*, 13 septembre 2006, pp. 25-26 ; obs. A. WACHSMANN, *Concurrences*, n° 3-2006, pp. 87-98 ; obs. F. DUMARCAY, *RLC*, 2006/8, n° 555 ; G. DECOCQ, « Les conditions d'utilisation du test de ciseau tarifaire », *Contrats, conc. Conso.*, 2006, n° 7, pp. 31-32. À la différence de F. DUMARCAY, préc., nous ne pensons pas que c'est le niveau de preuve, mais l'objet de la preuve qui était en cause. En ce sens aussi, M. CHAGNY, « La pratique de "ciseau tarifaire" dans la téléphonie devant la Cour de cassation : à propos de l'objet de la preuve à administrer », Communication Commerce Électronique, 2006, n° 9, pp. 40-42. La Cour de cassation rappelle : pour que l'article L 420-2 C. com. soit applicable, il doit être établi que « les pratiques (…) *avaient pour objet* ou pouvaient avoir pour effet (…) de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché » (nous soulignons). En droit français, la pertinence de l'intention (objet) dans la qualification d'abus peut se prévaloir d'un argument de texte, puisque l'art. L 420-2 C. com. dispose que l'abus de position dominante est prohibé « dans les conditions prévues à l'art. L 420-1 », lequel prévoit que « [les ententes] sont prohibées (…) *lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet* … ». En droit communautaire, la question a pu être débattue. Comme le montre T. EILMANSBERGER, préc., seule une interprétation erronée du passage précité de l'arrêt *Hoffmann-La Roche* (point 91), dans lequel la Cour affirme que l'abus est une « notion objective », peut conduire à nier que l'intention soit un critère de l'abus. En droit communautaire, la pertinence de l'intention est attestée par de nombreux arrêts. V. notamment Arrêt de la Cour du 14 février 1978, United Brands Company/Commission, 27/76, Rec. p. 207, point 189. La Cour accorde pertinence au but poursuivi lorsqu'elle juge que, si une entreprise ne perd pas, du fait de sa position dominante, le droit de défendre ses intérêts, on ne peut cependant admettre les comportements qui « ont précisément pour *objet* de renforcer cette position dominante et d'en abuser ». Plus récemment, l'arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Manufacture française des pneumatiques Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, point 241, stipulait : « s'il est démontré que l'*objet* poursuivi par le comportement d'une entreprise en position dominante est de restreindre la concurrence, ce comportement sera également susceptible d'avoir un tel effet ».

l'intention ne devrait jouer aucun rôle dans l'appréhension des pratiques d'exclusion[1]. Ceux-ci ne manquent pas d'invoquer la maxime souvent citée du juge Learned Hand, selon laquelle « on ne saurait à la fois exhorter les concurrents à se battre et se retourner ensuite contre un compétiteur lorsqu'il est vainqueur »[2]. L'objet de l'intention anticoncurrentielle gagnerait assurément à recevoir une définition plus précise[3]. À cet égard, il n'est pas exclu qu'une approche économique soit utile. En effet, plusieurs raisonnements économiques peuvent être rattachés au critère de l'intention. On se contentera ici de les évoquer[4]. Ainsi, l'une des propositions économiques de critère de l'abus est le test dit du sacrifice. Celui-ci consiste à juger illicites les pratiques qui impliquent pour l'entreprise dominante des sacrifices (pertes ou manque à gagner) qui seraient irrationnels s'ils ne tendaient pas à restreindre ou à éliminer la concurrence[5]. Dans cette proposition, le raisonnement économique en termes de rationalité intervient à titre de preuve du critère juridique de l'intention[6]. Il n'y a donc pas contradiction, mais articulation entre le raisonnement économique et le critère de l'intention. De même, un raisonnement économique peut servir à articuler l'objectif d'intention et celui d'efficience.

---

[1] V. les auteurs cités *supra* (note 3, p. 86.) *Adde :* L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit », *Mélanges André Dococq*, Litec 2004, pp. 605-614, p. 606, qui suggère que, d'une manière générale, la volonté de l'entreprise est assez indifférente en droit de la concurrence.

[2] *U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416* (2nd Cir.1945). Traduction libre. La formulation originale est « The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins ».

[3] V. sur ce point la proposition de T. EILMANSBERGER, *op. cit.*, p. 149. L'auteur propose de distinguer entre l'intention de nuire à ses concurrents et l'intention de fausser la concurrence en manipulant l'offre ou la demande. En droit français, une caractérisation plus précise de l'intention comme intention *de fausser la concurrence* serait sans doute utile. Il est en effet arrivé qu'un abus (prédation) soit admis sans qu'une telle intention puisse, apparemment, être caractérisée. V. à cet égard Cass. com. 19 février 1991, Bull. IV, n° 82. Dans cet arrêt, Air France a été reconnu coupable d'une prédation sur le marché de l'élevage de poules dans un département d'Outre-mer. La gêne que provoque la solution n'est pas, à notre avis, liée à l'absence de connexité entre le marché du transport aérien et celui de l'activité avicole, mais à une analyse insuffisante de l'intention du prédateur. Des allusions contenues dans l'arrêt laissent en effet penser que l'intérêt de la compagnie aérienne était de conserver de bonnes relations avec le préfet, lequel voulait favoriser un élevage de poules concurrent de celui du demandeur. L'intention d'Air France était donc étrangère à la concurrence sur le marché de l'élevage de poules. Si tel était bien le cas, c'est moins Air France sur le terrain de l'abus de position dominante que le préfet sur le terrain du détournement de pouvoir et/ou l'éleveur de poules sur le fondement de la concussion qu'il aurait fallu attaquer.

[4] V. *infra* les développements consacrés au critère de l'intention dans l'analyse de la prédation, n° 779 et s., p. 519 et s., et plus spécialement n° 793, p. 525.

[5] OCDE, *Competition on the merits*, DAF/COMP(2005)27, p. 59 et 65 et s.

[6] Utiliser le raisonnement économique dans une telle perspective est d'ailleurs préférable à une utilisation autonome du critère du sacrifice choisie par les autorités de concurrence américaines et par la Cour suprême des États-Unis dans son arrêt *Trinko*. Sur ce point, E. ELHAUGE, *op. cit.*, p. 270, et réf. citées.

104. **Intention et efficience**. Un second critère de qualification de l'abus proposé par des économistes illustre une autre articulation possible entre l'intention et l'efficience. Il s'agit du critère dit de l'absence de justification du comportement[1], dont l'utilisation est recommandée par plusieurs auteurs[2]. Ce critère consiste à considérer comme abusifs les comportements qui causent un dommage concurrentiel et ne s'expliquent pas autrement que par la volonté sous-jacente de restreindre la concurrence (indépendamment cette fois de la question des coûts associés à ce comportement, à la différence du test du sacrifice). L'étude économique de la stratégie poursuivie par l'entreprise offre donc, comme dans le test du sacrifice, un moyen de révéler ses intentions. Le second temps du raisonnement économique vise à apprécier la licéité de l'intention à la lumière du critère d'efficience : si la stratégie s'explique par la poursuite de gains d'efficience, elle est considérée comme licite ; en revanche, si elle ne s'explique que par son effet espéré sur la structure du marché, elle est abusive[3]. Le raisonnement n'est pas identique, mais il est comparable à celui proposé par le professeur Elhauge et déjà évoqué[4]. Ces différents raisonnements montrent que la prise en considération de l'intention, qui peut, dans une perspective juridique, être rattachée à l'objectif de loyauté, n'est pas un obstacle à la réception de raisonnements économiques. Au contraire, le critère de l'intention est un point d'accroche de nombreux raisonnements économiques. Bien sûr, ces raisonnements procèdent à une interprétation particulière de la notion de loyauté, appréhendée ici à travers la notion d'efficience. Cette interprétation mérite d'être discutée et précisée[5]. En revanche, la démarche ne nous semble pas devoir être rejetée dans son principe. La question

---

[1] En anglais, ce test est appelé "*but for*" *test*, en référence à l'idée selon laquelle le comportement ne serait par rationnel *sauf à* restreindre la concurrence *(but for)*. Cette expression est parfois traduite de manière fort malheureuse en français par « mais pour », qui ne veut rien dire. V. p.e. la traduction française de l'article B. HAWK, « Analyse comparative de l'article 82 du traité CE et de la section 2 du Sherman Act », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp.131-149, p. 144. Version anglaise publiée dans OCDE, *Competition on the merits*, DAF/COMP(2005)27, pp. 259-271.

[2] P. REY *et alii*, *An Economic Approach of Article 82*, juillet 2005, spéc. pp. 3 et 5-7, http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf. La démarche proposée consiste à identifier dans un premier temps le dommage pour les consommateurs, puis, dans un second temps à identifier la stratégie sous-jacente au comportement. Pour des résumés en français de cette étude : P. REY, « Concurrence par les mérites », *in* G. CANIVET (dir), *Modernisation du droit de la concurrence*, préc. pp. 150-161. A. PERROT, « Les prix bas », *La baisse des prix : pratique concurrentielle ou anti-concurrentielle ?* (Cycle *Droit et économie de la concurrence*), Conférence du 27 mars 2006, Cour de cassation, http://www.courdecassation.fr/manifestations/.

[3] La structure du marché est ici entendue dans son sens étroit de nombre d'entreprises présentes. À cet égard, A. PERROT, *op. cit.*, p. 6, parle de manière imagée de « démographie du marché ».

[4] *Supra* n° 100.

[5] Sur les différents sens de l'efficience, V. *infra* n° 115.

que soulèvent les économistes n'est en effet pas réellement étrangère à la loyauté. Se demander si le comportement d'une entreprise s'explique par la volonté de prévaloir sur ses concurrents par l'amélioration de ses produits et/ou par la volonté de leur « mettre des bâtons dans les roues » en augmentant leurs coûts nous semble bien rejoindre le souci de loyauté.

105. **Conclusion sur la loyauté.** L'objectif de loyauté ne peut, en droit communautaire, être relégué à l'extérieur du champ des règles de concurrence. Le juge ne saurait donc l'ignorer lorsqu'il applique les règles de concurrence. Or, cet objectif pouvait *a priori* apparaître comme un obstacle à la réception de raisonnements économiques. Les développements qui précèdent montrent qu'il en est ainsi seulement si l'on admet une conception très particulière de la loyauté, qui ne s'imposerait au juge que si la méthode exégétique d'interprétation était seule admise, ce qui est loin d'être le cas. En lui-même, l'objectif de loyauté ne s'oppose pas à l'objectif d'efficience. Cela se vérifie en général comme en particulier. L'exemple du critère de l'intention dans l'abus de position dominante l'illustre. La pertinence accordée par les juges à ce critère a été critiquée : elle serait liée à une conception anti-économique de la concurrence, inspirée par des considérations déplacées de la loyauté. On a pu dire qu'il fallait supprimer tout critère d'intention. En réalité, ce serait supprimer la possibilité d'une approche économique moderne de l'abus de position dominante. Les raisonnements économiques proposés dans les approches récentes s'articulent précisément sur le critère de l'intention tout en étant formulés en termes d'efficience. L'objectif de loyauté ne doit donc pas être perçu comme un obstacle à la prise en considération par le juge de raisonnements économiques. Il fournit au contraire un solide point d'accroche pour le raisonnement économique[1].

106. **Conclusion du 2**. De multiples objectifs sont assignés aux règles de concurrence. Par ailleurs, de multiples objectifs propres à d'autres politiques peuvent interférer avec la mise en œuvre des règles de concurrence. Il existe donc indéniablement une tension entre l'approche économique des finalités et l'approche que peut en avoir le juge. En outre, l'objectif de protection de la liberté (des petits concurrents) contre le pouvoir économique, non explicité dans les textes, mais présent en toile de fond de la prohibition des abus de position dominante,

---

[1] Nous empruntons l'expression à G. CANIVET, B. DEFFAINS et M.-A. FRISON-ROCHE (dirs.), *Analyse économique du droit : Quelques points d'accroche*, cycle de conférences Chaire régulation et Cour de cassation, *P.A.* n° 99, du 19 mai 2005.

constitue un obstacle puissant à l'approche économique. Pour autant, les développements précédents ont montré que l'existence de finalités autres que celles envisagées par les économistes, y compris la loyauté, ne constitue pas un obstacle dirimant à la réception par le juge de raisonnements économiques. Pour accorder une pertinence à des raisonnements économiques, il n'est pas indispensable que le juge adhère à une vision exclusivement économique des finalités, laquelle serait *contra legem*. Il n'est pas non plus nécessaire que le juge vide de son contenu l'objectif de loyauté par une libre recherche scientifique débridée.

107. **Conclusion du B.** Le devoir du juge de tenir compte, dans l'application des règles de concurrence, de multiples finalités pouvait paraître un obstacle à la réception de raisonnements économiques, dans la mesure où l'approche économique postule au contraire une finalité unique, l'efficience. On a montré que la prise en considération par le juge d'autres objectifs, notamment l'objectif d'intégration, a pu faire obstacle à la prise en considération de raisonnements économiques. Gardons-nous toutefois d'exagérer l'importance de ces obstacles et surtout d'y voir des obstacles de principe. Le fait que l'objectif d'intégration ait pu recevoir une interprétation conduisant au rejet de raisonnements économiques ne signifie pas que cet objectif est, en lui-même, contraire à toute approche économique possible. Le développement de nouvelles approches économiques témoigne aussi d'une convergence *a priori* inattendue entre l'objectif de loyauté et certains raisonnements formulés en termes d'efficience.

108. **Conclusion de la section I.** Le point de vue du juge sur les finalités des règles de concurrence diffère nécessairement de celui des économistes. Le juge part des textes et ceux-ci se réfèrent à des finalités multiples. Cependant, il n'y a pas là un obstacle de principe à la réception de raisonnements économiques. Des raisonnements économiques peuvent être articulés à partir des objectifs visés par les textes et non contradictoires avec l'efficience. Les textes n'empêchent donc pas le juge de prendre en considération des raisonnements économiques. Ce constat est cependant insuffisant. Il ne permet ni de savoir quel statut le juge devrait accorder aux prémisses normatives du raisonnement économique, ni de déterminer quel statut il leur accorde. Pour répondre à ces questions, il faut changer de point de vue. Il est nécessaire de partir du point de vue des économistes et de se demander si les finalités qu'ils postulent sont positivement acceptables du point de vue du juge et quelle place leur est donnée. Il s'agit donc de confronter le point de vue économique sur les finalités du droit de la concurrence au point de vue du juge.

SECTION 2. LE POINT DE VUE ÉCONOMIQUE SUR LES FINALITÉS DU DROIT DE LA CONCURRENCE CONFRONTÉ AU POINT DE VUE DU JUGE.

109. **Points de vue économiques**. L'approche des économistes sur les buts du droit de la concurrence a varié. Dans la perspective de l'École ordo-libérale, qui était autant une pensée économique que juridique, l'objectif mis en avant était, comme on l'a vu, celui de protéger la liberté des concurrents et de diffuser le pouvoir économique[1]. Dans la perspective de l'École de Harvard, il s'agissait de préserver des structures concurrentielles[2], ce qui est un peu différent. Dans les années 1970 à 1990, l'approche économique popularisée aux États-Unis par l'École de Chicago a, de son côté, fait de « l'efficience » le but unique du droit de la concurrence[3]. Cette position est encore très influente, notamment aux États-Unis[4]. À l'heure actuelle, surtout en Europe, les économistes qui se penchent sur le droit de la concurrence insistent davantage sur l'intérêt des consommateurs comme objectif primordial du droit de la concurrence[5]. On verra que ces deux dernières notions – efficience et intérêt des consommateurs – ne sont pas sans lien entre elles, mais qu'il convient de les distinguer[6]. L'évolution des conceptions économiques sur les finalités du droit de la concurrence pourrait être une première source de décalage entre l'appréhension des buts par les économistes et par le juge. Il en est une seconde, qui tient à une différence de méthode.

110. **Différence de méthode**. Lorsqu'ils s'interrogent sur les finalités d'une règle de droit, les économistes et les juges n'ont pas le même point de vue, parce qu'ils n'adoptent pas la même démarche. Les économistes affirment que l'efficience et/ou le bien-être des consommateurs sont les seules finalités du droit de la concurrence, tandis que les juges sont, on vient de le voir, confrontés à une multiplicité de finalités. Ainsi que l'a observé Monsieur Jenny, cette divergence s'explique par une différence d'attitude devant la question des

---

[1] *Supra* n° 30 et n° 97.

[2] P et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 597 et s., p. 505.

[3] F. JENNY « Competition and Efficiency », *Fordham Corp. L. Inst.* 1993 (B. Hawk éd. 1994), p. 199. P et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n° 605, p. 507. Pour un exemple de juriste américain reprenant le point de vue à son compte, J. S. KINGDON, « Economic Argument in Anti-Trust Cases : An American Litigator's Perspective », *ECLR*, 1987, pp. 371-385, p. 372. Sur l'usage du terme « efficience » plutôt que celui d' « efficacité », V. *infra* n° 113 *in fine* et note.

[4] P.e., déclaration de M. Leary (membre de la Federal Trade Commission) : « [l]e but est l'efficience et non la concurrence, le but ultime est que l'efficience soit », cité par L. H. SUMMERS, « Perspectives on Competition : Competition Policy in the New Economy », *Antitrust L. J.*, 2001, p. 353.

[5] P.e. P. REY et allii, *An Economic Approach to Article 82*, préc., ainsi que les articles cités *supra* n° 71.

[6] *Infra* n° 159.

fondements : quand les finalités ne sont pas claires, et c'est souvent le cas, les économistes supposent que le législateur s'est laissé guider par la rationalité économique et n'a pu que vouloir une finalité compatible avec une telle rationalité[1]. Les juristes, eux, ne s'autorisent pas de telles suppositions. Ils restent attachés au postulat suivant lequel les fins du droit doivent être trouvées dans le droit lui-même[2]. En d'autres termes, l'incompréhension réciproque entre économistes et juges résulte d'un conflit de méthodes pour la production d'énoncés normatifs.

111. **Annonce**. Les développements qui suivent montreront que cette incompréhension est pour partie indépassable, ce qui justifie une réserve du juge à l'égard de l'objectif d'efficience, et pour partie réductible, en particulier en ce qui concerne le bien-être des consommateurs. On le démontrera en confrontant successivement le point de vue de l'économiste et celui du juge à propos de l'objectif d'efficience (A) puis de l'objectif de bien-être du consommateur (B).

A. Confrontation des points de vue du juge et des économistes sur l'objectif « d'efficience »

112. L'efficience est souvent présentée dans une perspective économique comme l'objectif unique des règles de concurrence. Telle quelle, la proposition ne peut être admise par le juge, non seulement en raison de la multiplicité des objectifs légaux, déjà évoquée, mais aussi pour des raisons propres à la notion d'efficience elle-même. Aussi convient-il à présent de confronter le point de vue économique (1) et le point de vue du juge (2) sur l'objectif d'efficience.

1. Le point de vue économique sur l'objectif « d'efficience »

113. Le point de vue économique, qui n'est ni historiquement ni actuellement celui de tous les économistes, mais a été et continue d'être largement partagé, est que le but du droit de la concurrence consiste à promouvoir « l'efficience ». Il s'appuie sur le syllogisme suivant : le droit de la concurrence veille au bon fonctionnement des marchés ; or la micro-économie est la science des marchés, donc « le droit de la concurrence ne doit pas être autre chose qu'une

---

[1] F. JENNY, « Competition and Efficiency », préc., p. 219. Sur ce point, V. aussi M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 8, p. 13. C'est en quoi l'économiste se livre à une « libre recherche scientifique » des finalités.

[2] *Ibid*.

branche "dérivée" de la théorie micro-économique »[1]. Derrière son apparence de logique, cette thèse réunit en fait deux éléments : un raisonnement économique au terme duquel il est établi que la concurrence conduit à « l'efficience » (a) et un postulat, suivant lequel « l'efficience économique » est un objectif légitime (b). Distinguer ces deux composantes permet de clarifier le sens du terme « efficience »[2].

a) Le raisonnement ou les propriétés d'efficience de la concurrence

114. **Mécanisme menant à l'efficience**. La concurrence mène à l'efficience. Il n'est pas rare que cette proposition issue de la théorie économique soit reprise à titre liminaire dans les ouvrages de droit de la concurrence[3]. Comme cela a été souligné, la force de la prétention des économistes à un rôle majeur dans l'élaboration des règles de concurrence réside dans l'apparente simplicité de l'analyse microéconomique qui lie concurrence et efficience[4]. Il est en effet enseigné que lorsque la concurrence règne entre des entreprises mues par le désir de maximiser leurs profits, toute différence entre les prix de vente et les coûts unitaires disparaît à long terme. Ce résultat découle directement de la rationalité des entreprises : lorsque les prix

---

[1] Pour une approche critique, V. E. FOX et L. SULLIVAN, « Antitrust – Retrospective and Prospective : Where Are We Coming From ? Where Are We Going ? », *N.Y.U. L. Rev*., 1987, pp. 936-987 ; D. DANET, « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *RIDE*, 1993, n° 1, p. 13 et, du même auteur, « Le droit antitrust doit-il être économiquement correct ? », *D. Aff.*, 1996, n° 43, pp. 1370-1376. Cp. L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit », préc.

[2] Il nous semble qu'il existe une raison d'admettre ce néologisme dans la mesure où l'adjectif « efficace » qualifie un moyen qui permet d'atteindre le résultat souhaité sans porter de jugement sur le caractère approprié ou proportionné du moyen. Le terme « efficient » revêt donc un sens propre lorsqu'il qualifie un moyen qui atteint le résultat souhaité au moindre coût. Dans la suite du texte, c'est en ce sens que les termes « efficient » et « efficience » sont employés, sans guillemets. Cet usage n'est pas admis par tous. Ainsi, *Le Grand Robert* [document électronique], Paris, Le Robert, 1994, à l'entrée « efficience » condamne comme abusif l'usage du mot « efficience » au sens d'une « efficacité, capacité de rendement ». En ce sens aussi, J. BALEYTE, A. KURGANSKY, C. LAROCHE, J. SPINDLER, *Dictionnaire économique et juridique Français/Anglais, Anglais Français,* 4ème éd., LGDJ, 1995. L'usage que nous proposons est cependant admis par certains. Ainsi, le *Trésor de la langue française informatisé*, Éd. CNRS, 2005, admet la distinction entre les deux notions et définit l'efficience comme « l'aptitude (d'une machine, d'une technique, d'une personne ou d'une entreprise) à fournir le meilleur rendement ». Cl. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, p. 694 et p.697, emploient le terme dans l'expression « efficience économique ». On peut remarquer que la version française de certains règlements d'exemption de la Commission emploie « efficience » et « efficient » dans le sens qui vient d'être indiqué. V. par exemple le règlement CE n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE du 29 décembre 1999, L 336, p. 21 ou encore le règlement n° 772/2004 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, JOUE du 27 avril 2004, L 123, pp. 11-17, n° 5 et s.

[3] J. FAULL et A. NIKPAY (éd.), *The EC Law of Competition, op. cit.* n°1.57; plus brièvement, R. WHISH, *Competition Law*, Butterworth, Londres, 5ème éd., 2003**,** pp. 2-8; Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit du marché*, p. 15 et s.

[4] F. JENNY, « Competition and Efficiency », *Fordham Corp. L. Inst*., 1993, pp. 185-220, p. 197.

sont supérieurs aux coûts, des entreprises sont attirées sur ces marchés profitables. Elles ont intérêt à pratiquer des prix inférieurs à ceux des entreprises déjà présentes afin de gagner la plus grande part de ces marchés. À terme donc, le prix se fixe à un niveau qui couvre juste le coût moyen. En outre, si les coûts de production ne sont pas les mêmes pour toutes les entreprises, celles dont les coûts sont les plus faibles ont intérêt à pratiquer des prix bas pour conduire les entreprises ayant des coûts plus élevés à quitter le marché. Les entreprises aux coûts élevés sont alors face au choix suivant : quitter le marché – volontairement ou à la suite d'une faillite – ou bien améliorer leur productivité. Ce raisonnement simple montre que le processus concurrentiel conduit à la fois à l'efficience allocative (l'égalité des prix et des coûts) et à l'efficience productive (les coûts de production sont réduits au minimum compte tenu de la technologie et du coût des ressources)[1]. Lorsque l'efficience productive et l'efficience allocative sont atteintes, la production de l'économie est la production maximale possible compte tenu des ressources disponibles et des prix[2]. Quelques précisions s'imposent sur ces notions peu familières et – peut-être pour cette raison – souvent instrumentalisées dans les discussions sur les objectifs de la concurrence[3].

115. **Trois formes d'efficience**. On distingue trois formes d'efficience économique : allocative, productive et dynamique. L'efficience allocative est atteinte lorsque chaque ressource est orientée, grâce au mécanisme des prix, vers son usage le plus valorisé[4]. Cette forme d'efficience porte sur le résultat auquel aboutit le processus économique. L'efficience productive est quant elle atteinte lorsque les méthodes de production choisies permettent de

---

[1] F. JENNY, *op. cit.*, p. 198. Tout le passage qui précède est traduit librement. Nous omettons par souci de brièveté le raisonnement qui démontre que le monopole aboutit à une perte pour le consommateur et pour l'économie dans son ensemble.

[2] Les prix jouent un rôle essentiel dans ces deux définitions : la combinaison de facteurs de production qui permet de produire au moindre coût dépend en effet des prix de ces différents facteurs, de même l'allocation de chaque ressource à son usage le plus productif signifie que chaque ressource est employée dans la production qui la valorise au mieux, ce qui dépend encore des prix des différentes ressources.

[3] Sur ce point, V. G. WILS, « "Rule of Reason" : une règle raisonnable en droit communautaire ? », *Cah. dr. eur.*, 1990, pp. 19-74, spéc. p. 29-30 : « [l]e moins que l'on puisse dire c'est que les partisans de l'opinion dominante [l'opinion selon laquelle l'efficience est l'objectif unique du droit antitrust américain] ne font pas toujours preuve d'une grande rigueur dans l'analyse lorsqu'ils s'appuient sur des concepts "scientifiques" tel (sic) que l'efficacité ».

[4] Dire que chaque ressource est attribuée à celui qui la valorise au plus haut signifie qu'elle l'est à celui qui peut et veut en donner le prix le plus élevé. R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Oxford Clarendon, 1986, Chap. 12, « Is Wealth a Value ? », p. 237.

produire au moindre coût[1]. Elle porte donc sur un aspect du processus concurrentiel. Tel est aussi le cas de l'efficience dynamique, qui introduit plus nettement une dimension temporelle. Cette troisième forme d'efficience concerne l'adaptation des méthodes de production et l'apparition de nouveaux produits, en somme l'innovation. L'efficience dynamique n'est pas une propriété de la concurrence mise en avant dans la théorie néoclassique, qui part de l'équilibre statique, mais elle l'est par l'école autrichienne[2]. À la différence de l'efficience allocative et de l'efficience productive, il n'est pas établi que l'efficience dynamique résulte nécessairement de la concurrence. En effet, ni la théorie économique ni les études empiriques ne permettent d'énoncer avec certitude une relation simple entre concurrence et innovation[3]. Si ces différentes formes d'efficience peuvent toutes être liées à la concurrence, on ne peut donc dire que la concurrence produise mécaniquement et simultanément les trois formes d'efficience.

116. **Choix nécessaires**. Des contradictions peuvent surgir entre différentes formes d'efficience[4], si bien que, du point de vue de la recherche des finalités, des priorités doivent

---

[1] D. CARLTON et J. PERLOFF, *Économie industrielle*, trad. fr. F. MAZEROLLE, De Boeck 1998, n° 4.3.1, p. 117, précisent que l'efficience productive est atteinte lorsqu'aucun réagencement des ressources (travail, machines, matières premières) entre entreprises ne permettrait d'augmenter la production d'un produit sans réduire celle d'au moins une autre.

[2] M. GLAIS et Ph. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la* concurrence, PUF, 1982, p. 11. Pour une discussion récente des théories autrichiennes dans la perspective de l'application du droit de la concurrence aux marchés innovants, V. le rapport commandé par l'OFT (autorité de concurrence britannique) *Innovation and Competition Policy, Part I - Conceptual Issues*, Economic Discussion Paper 3, March 2002, disponible sur http://www.oft.gov.uk, spéc. p. 16 et s.

[3] « Innovation technologique et concurrence », *in* Cour de cassation, *Rapport 2005*, pp. 67-86, spéc. p. 70. L'auteur de l'étude retient des études économiques l'enseignement suivant : la concurrence vive comme le monopole seraient défavorables à l'innovation, tandis que les situations intermédiaires d'oligopoles dans lesquels il existe une certaine rivalité seraient plus favorables à l'innovation. L'auteur mentionne aussi le doute de certains économistes sur la possibilité de généraliser cette observation, une distinction selon les secteurs étant peut-être requise. V. aussi J.-L GAFFARD, « Innovation et concurrence : retour sur les fondements des politiques anti-trust », *Rev. Conc. Conso.*, 1995, pp. 18-31 et, dans le même numéro, P. BUIGUES et F. CABALLERO, « Politique de concurrence et innovation », pp. 44-46. *Adde* : M. GLADER, « Innovation and the Antitrust Guidelines on Horizontal Cooperation », *World Competition*, 2001, pp. 515-540.

[4] M. GLAIS « Convergences et divergences dans les analyses économiques américaines et européennes des projets de concentration », *Revue Conc. Conso.*, 2003, n° 133, pp. 31-49, p. 37 : « la concentration peut parfois rendre difficile, voire impossible la poursuite simultanée de ces trois types d'efficience [productive, dynamique et allocative]. Promouvoir les composantes productive et dynamique peut en effet conduire à des entreprises hégémoniques dont les pratiques tarifaires risquent d'affecter l'efficience allocative ». C'est notamment la différence de conception de l'efficience qui sépare les Écoles de Harvard et de Chicago. V. F. SOUTY, « Les sources théoriques de la pensée économique antitrust aux États-Unis : les enjeux nationaux et mondiaux de la politique de la concurrence », *Revue Conc. Conso.*, 1984, n° 79, pp. 33-41, p. 37.

être définies[1]. À cet égard, la thèse du professeur Porter doit être mentionnée[2]. Spécialiste de la compétitivité plus que de la concurrence, l'auteur a ébauché une approche de la concurrence issue de ces analyses stratégiques. Son approche rompt avec l'approche économique traditionnelle précisément en ce qu'elle évalue le poids politique à accorder à chacune de ces formes d'efficience parmi les finalités de la politique de concurrence. Selon cet auteur, dans l'approche traditionnelle, la finalité première est l'efficience allocative. L'efficience productive (réduction des coûts) vient en deuxième place et l'efficience « dynamique » (innovation) seulement en troisième place. Le professeur Porter propose d'inverser l'ordre et le poids respectifs de ces finalités. L'innovation devient ainsi la première et la plus importante des finalités, l'amélioration de la productivité occupe le deuxième rang, tandis que la profitabilité (autre terme pour désigner l'efficience allocative) vient en dernier, avec un poids limité[3]. Cette manière de voir paraît compatible avec l'accent actuellement mis en Europe sur la compétitivité[4]. Selon cette conception, prétendre que l'efficience est le but des règles de concurrence (sans autre précision) n'a tout simplement pas de sens. Cela résulte aussi de la définition rigoureuse de la notion d'efficience en général.

117. **Notion d'efficience en général**. L'efficience économique peut être définie, en un sens général, comme la propriété d'un processus (de production ou de répartition) qui tire le meilleur parti de chaque ressource disponible. L'efficience est donc une propriété qui concerne le choix et l'utilisation de moyens en vue d'une fin déterminée. Pour le dire simplement, l'efficience est le contraire du gaspillage[5]. En revanche, dire qu'un processus est efficient ne préjuge pas de ce qui doit être produit ou réalisé, avec ou sans gaspillage. À proprement parler, l'efficience ne peut être une fin. Elle est, à l'instar de la proportionnalité, un critère pour apprécier l'adéquation entre une fin, quelle qu'elle soit, et les moyens mis en

---

[1] Pour une synthèse sur ces choix, dans une perspective comparatiste : OCDE, « Les objectifs du droit et de la politique de concurrence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence*, 2003, pp. 8-30.

[2] V. contribution de C. D. WELLER à la consultation lancée par la Commission sur la réforme de l'article 82 CE, disponible sur le site de la Commission : http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/085.pdf

[3] M. PORTER *et alii* , *Unique Value : Competition Based on Innovation Creating Unique Value*, Alas Books, Ashland, 2005, Chap. 6, p. 173. V. aussi, du même auteur, « Competition and Antitrust : Towards a Productivity-based Approach to Evaluating Merger and Joint-Ventures », *in Perspectives on Fundamental Theory,* ABA Section on Antitrust Law, Washington, 2001, pp. 125-179.

[4] V. *supra* n° 71.

[5] P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 585, p. 501.

œuvre pour la réaliser[1]. On ne parlera donc d'efficience que dans la poursuite d'un objectif, qu'il s'agisse de la maximisation des richesses, de la formation d'un marché unique ou de toute autre finalité. La référence doctrinale au concept « scientifique » d'efficience ne permet donc pas de faire l'économie d'un débat sur les finalités[2]. Comme le notait le professeur Jacquemin, la définition technique de l'efficience « ne correspond guère à l'idée que s'en fait l'observateur non averti »[3]. Il soulignait aussi que, « au niveau de généralité auquel se situe la définition rigoureuse, il n'est pas possible d'opposer l'efficacité « économique » aux normes juridiques »[4]. Elles ne sont pas sur le même plan, car, au sens propre, l'efficience n'est pas une fin. En ce sens, dire que l'efficience est un objectif procède d'une confusion « entre norme éthique et norme technique »[5].

118. **Glissement normatif**. Il s'opère en effet dans l'argumentation économique ce que l'on pourrait appeler un glissement normatif. Le premier volet de l'argumentation relève de l'économie positive. Ce raisonnement, rappelé plus haut, part d'une représentation stylisée de la concurrence et en infère des propriétés techniques, l'efficience allocative et productive. Cependant, ces propriétés caractérisent l'efficience *dans la poursuite de la maximisation des richesses*[6], parfois aussi nommée de manière moins transparente « efficience économique »[7]. Le glissement se produit précisément avec l'affirmation, généralement implicite, selon laquelle la fin particulière par rapport à laquelle l'efficience s'apprécie est de produire la plus

---

[1] Sur ce point, V. B. MARIS, *Antimanuel d'économie*, Éditions Bréal, Paris, 2003, p. 88.

[2] Sur l'illusion objectiviste, V. *supra* n° 83. *Adde :* M.-A. FRISON-ROCHE, « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », *in L'ordre concurrentiel : Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éd. Frison-Roche, pp. 581-591, spéc. p. 586.

[3] A. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 488.

[4] *Ibid*.

[5] *Ibid*. Sur le plan de la technique, le même auteur a par ailleurs souligné que la théorie économique ne fournissait pas de moyen d'évaluer scientifiquement la « performance économique » que la notion d'efficience cherche à saisir. A. JACQUEMIN, « The Criterion of Economic Performance in the Antitrust Policies of the United-States and the European Economic Community », *CML Rev*., 1970, p. 205 (critique de O. E. WILLIAMSON, « Economies as an Antitrust Defense : The Welfare Tradeoffs », *Am. Econ. Rev*., 1968, p. 18). *Adde:* O. E. WILLIAMSON, « Economies as an Antitrust Defense Revisited », *U. Pa. L. Rev.,* 1977, p. 669.

[6] La richesse se définit comme la valeur totale de la production. Le produit intérieur brut (PIB) est par exemple un indicateur de richesse. Seule la richesse marchande est prise en compte dans cette notion. Les productions qui ne sont pas l'objet d'un échange marchand (par exemple, l'assistance familiale aux personnes dépendantes) ne sont pas prises en compte.

[7] Pour un exemple de cette assimilation de la notion d'efficience avec la maximisation des richesses, A. OGUS et M. FAURE, *Économie du droit : le cas français*, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit comparé », 2002, p. 37.

grande richesse possible[1]. C'est en effet seulement sous l'hypothèse selon laquelle la fin recherchée est la production de la plus grande richesse possible que l'économie permet de conclure que la concurrence est efficiente[2]. La simplicité apparente du raisonnement économique ne doit donc pas masquer le fait que, pour servir de fondement théorique au droit de la concurrence, le raisonnement économique est adossé à un postulat. C'est ce postulat, selon lequel l'objectif ultime est la maximisation des richesses, qu'il convient d'examiner.

b) Le postulat

119. **Normativité de contrebande**. À strictement parler, le postulat de l'analyse économique est celui de la légitimité de l'objectif de maximisation des richesses[3], et non de l'efficience, puisque, comme cela vient d'être exposé, l'efficience n'est pas un objectif mais une propriété des moyens mis en œuvre pour atteindre un objectif. Ce serait donc par prétérition que l'on parlerait de l'objectif « d'efficience économique »[4] pour désigner en réalité un ensemble composé de deux éléments, à savoir, d'une part, l'objectif de maximisation des richesses et, d'autre part, le critère de choix entre plusieurs moyens d'y parvenir (le critère selon lequel le moyen le plus performant doit être préféré). En ce sens, l'expression « efficience économique », qui masque cette distinction, traduit un phénomène fréquent dans l'analyse économique du droit, qu'un auteur a nommé de manière très

---

[1] D. DANET « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *RIDE*, 1993, n° 1, p. 12. L'auteur considère en ce sens que « le critère d'efficience est concrètement équivalent à celui de la production maximale ». Plus précisément, les deux critères sont rhétoriquement rendus équivalents alors qu'ils sont théoriquement distincts.

[2] Comme le note le professeur Stigler, « le concept d'efficience contient deux valeurs : un but souhaitable et des moyens souhaitables à l'aide desquels réaliser ce but (…). Le concept d'efficience tel qu'il est couramment utilisé par les économistes s'articule avec la maximisation de la production d'un processus économique ou d'une économie. Il n'y a aucune raison de contester cette définition, qui a donné naissance à tout le courant, largement utilisé, de l'économie du bien-être. Cette définition accepte cependant les jugements privés, exprimés à travers l'échange marchand, sur la valeur des biens et des services. En termes de politique, il est légitime d'adopter une autre définition de l'efficience, qui repose sur les buts adoptés par la société à travers son gouvernement. Lorsqu'une société souhaite par exemple donner davantage de revenus à un groupe que le marché ne le lui en attribue [on songe, par exemple, à la politique agricole commune], il est possible d'analyser l'efficience avec laquelle cela est fait ». G. STIGLER, « Law or Economics », *J. of L. and Econ*., 1992, vol. 35, p. 455, aux pages 458-459, cité par F. JENNY, « Competition and Efficiency », *préc.*, p. 186 (nous traduisons).

[3] Sur ce point, le juge Posner est le traducteur le plus fidèle de la pensée économique en droit de la concurrence. R. A. POSNER, « Wealth Maximisation Revisited », *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 1985, p. 85.

[4] L'expression est néanmoins couramment utilisée, notamment par les auteurs de l'École de Chicago. Sur leur « doctrine de l'efficience », V. D. HILDEBRAND, *The Role of Economics in EC Competition Rules*, préc., p. 147 et s.

évocatrice « la normativité apportée en contrebande »[1]. Cette stratégie rhétorique consiste à mêler un argument normatif à un argument positif[2]. Plus précisément, l'expression « efficience économique » combine un argument normatif (la maximisation des richesses est désirable) et un argument instrumental (la concurrence est le moyen le plus efficient d'y parvenir). L'accent est mis sur le second élément (la rationalité instrumentale), qui ne suscite guère d'opposition. En effet, qui peut être favorable au gâchis[3] ? En revanche, le premier élément, l'objectif de maximisation des richesses (*total welfare*), est un jugement sur les fins beaucoup moins évident[4]. C'est sur cet objectif postulé par l'approche économique que doit porter la discussion.

120. **La maximisation des richesses**. Maximiser la richesse signifie, selon une métaphore pâtissière chère aux professeurs d'économie, faire en sorte d'avoir le plus gros gâteau possible. Le raisonnement qui accompagne habituellement cette appétissante représentation est le suivant : un gros gâteau vaut toujours mieux qu'un plus petit, puisqu'il est possible de donner à chacun une part plus grosse que celle qu'il aurait pu recevoir avec le petit gâteau[5]. En termes moins évocateurs, la « plus grande satisfaction (globale) possible » recèle la possibilité d'une plus grande satisfaction de chacun, ce qui en fait un objectif souhaitable.

---

[1] « *Smuggled normatives* ». L'expression est de A. A. LEFF, « Economic Analysis of Law : Some Realism about Nominalism », *Virginia L. Rev.*, 1974, Vol. 60, p. 451, cité par T. C. ARMITAGE, « Economic Efficiency as a Legal Norm », *Reasearch in Law and Economics*, 1985, pp. 1-27, p. 5.

[2] T. C. ARMITAGE, *op. cit., loc. cit.* et *supra* n° 83.

[3] F. JENNY, « Competition and Efficiency », *préc.*, spéc. p. 199 ; T. C. ARMITAGE, *op. cit.*, note 4, p. 20.

[4] En ce sens et pour une critique des arguments qui permettent de conclure au caractère moralement satisfaisant de la concurrence parfaite, D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 66 et s. Cp. F. JENNY, *op. cit.*, p. 199 et s., et p. 219. L'auteur expose trois arguments politiques indépendants de l'argument du gâchis. Selon lui, l'efficience est un but politiquement satisfaisant pour trois raisons. Tout d'abord, la reconnaissance d'un but unique permettrait d'éviter les incertitudes et contradictions qui accompagnent la reconnaissance d'une pluralité de finalités. Ensuite, le choix de l'efficience comme finalité confèrerait un rôle utile au droit de la concurrence, car il existe en effet des preuves empiriques de l'existence de rentes de monopoles durables et importantes, tandis que, pour la poursuite des autres finalités évoquées, le droit de la concurrence n'est pas l'instrument le plus approprié et entraîne au contraire des effets pervers. Enfin, la reconnaissance de ce but particulier permettrait d'utiliser les enseignements de la théorie économique pour la mise en œuvre du droit de la concurrence.

[5] Cette justification est explicitement admise par R. POSNER, *Antitrust Law*, 2001, p. 2. Derrière la métaphore, c'est le critère de choix social dit de Kaldor-Hicks qui est mis en œuvre dans cette justification de la concurrence. Ce critère consiste à dire que l'efficience est améliorée par un changement de répartition des richesses si ceux qui gagnent au changement y gagnent suffisamment pour être en mesure de dédommager ceux qui y perdent (sans que la redistribution effective soit exigée). Sur ce critère, V. p. e. A. OGUS et M. FAURE, *Économie du droit : le cas français*, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit comparé », 2002, p. 39. Pour une discussion plus approfondie : V. S. MERCURO et S. MEDEMA, *Economics and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997, p. 45.

121. **Sens caché.** Ce que la métaphore obscurcit quelque peu, c'est la dépendance de ce critère de choix social à l'égard du système de prix. Contrairement à un gâteau, dont on peut mesurer le poids ou le volume, les richesses ne sont pas mesurables physiquement. Elles ne peuvent être mesurées qu'en valeur. C'est sur cette différence essentielle que s'articule la principale critique du postulat selon lequel la maximisation des richesses est un objectif universel[1]. L'argument central est le suivant : la richesse ne peut être interprétée comme une mesure de l'intérêt général, car, en s'attachant à la valeur monétaire de la production, le critère de maximisation des richesses traite comme équivalente du point de vue social chaque unité monétaire retirée du processus productif. Autrement dit, cette manière de mesurer les richesses suppose qu'une unité monétaire représente une valeur constante pour tous les individus[2]. Or, affirment en substance les critiques, un euro ne représente pas la même chose pour un employé qui perçoit un bas salaire et pour un fonds d'investissement[3]. Mesurer les richesses à l'aune de la valeur marchande des biens, puis faire de la maximisation des richesses un objectif revient à dire que la satisfaction des besoins les plus solvables est socialement plus importante – car elle représente une plus grande richesse – que la satisfaction des besoins les moins solvables[4]. C'est dire que chacun doit recevoir selon sa solvabilité. Plus fondamentalement, c'est aussi nier l'existence de tout besoin non marchand[5]. Ainsi explicité, l'objectif de maximisation des richesses ne se retrouve, explicitement ou implicitement, dans aucun texte juridique[6]. Ainsi, aux États-Unis, où la doctrine de

---

[1] *Supra* n° 18. Cette critique a été exposée par R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986, Chap. 12 : « Is Wealth a Value ? », p. 237 et s.

[2] Ce postulat est présenté comme permettant à l'analyse économique de rester axiologiquement neutre. V. p.e. S. BISHOP et M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, Maxwell, 2002, n° 2.22. Les auteurs le justifient par l'argument selon lequel les consommateurs sont aussi des actionnaires, par exemple par le biais des fonds de pension, si bien que la distinction entre les intérêts des consommateurs et ceux des entreprises est moins tranchée qu'il n'y paraît. Cette justification ne nous paraît pas suffisante pour assimiler entièrement les intérêts des consommateurs et ceux des entreprises.

[3] En termes techniques, on parle de l'utilité marginale décroissante de la monnaie. Posner admet que l'hypothèse selon laquelle un dollar vaut la même chose pour tout le monde est « héroïque », mais conclut que l'augmentation de la richesse globale (selon le critère de Kalor-Hicks) est « probablement la seule mesure du bien-être social que le droit de la concurrence peut aider à promouvoir », *Antitrust Law*, 2e éd., p. 23.

[4] Par « besoin solvable », nous entendons un besoin qui peut être satisfait par une transaction marchande et que le consommateur a les moyens financiers de satisfaire.

[5] D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 66-67. En effet, la construction théorique en cause s'appuie sur l'idée selon laquelle le bien-être est maximal lorsque les préférences sont satisfaites, mais les préférences elles-mêmes sont supposées définies sur un ensemble de biens marchands.

[6] Il faudrait réécrire la devise de la République, qui deviendrait « liberté, solvabilité ».

l'efficience a rencontré un succès inégalé, un auteur a pu dire que ce concept avait été l'instrument rhétorique d'un bouleversement complet du sens donné à la notion de restriction de concurrence, une réduction drastique de sa portée sans modification des textes[1].

122. **Rejet du postulat.** Josserand, qui ne pouvait avoir à l'esprit la thèse de l'École de Chicago, avait déjà exprimé le rejet du postulat qui la sous-tend. Dans une formule qui semble aujourd'hui prémonitoire, il écrivait que l'abus à redouter d'une trop grande interpénétration du droit et de l'économie consistait à « donner le pas aux intérêts matériels »[2]. Cet argument est toujours d'actualité et mérite qu'on s'y arrête. On peut en effet se demander si les juristes qui utilisent le terme d'efficience ou d'efficacité économique[3] adhèrent réellement à l'objectif de maximisation des richesses qui y est inclus[4]. Les termes économiques sont en effet souvent employés dans une acception autre que celle de l'économie néoclassique[5]. Les éventuelles confusions terminologiques ne doivent cependant pas masquer un rejet réel du postulat économique[6]. Comme l'avait écrit le professeur Oppetit, l'approche économique en termes

---

[1] E. FOX, « What is Harm to Competition ? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect », *Antitrust L. J.*, 2002, Vol. 70, pp. 371-411, p. 378. Cette réduction du domaine de la restriction de concurrence aux seuls cartels était prônée par les économistes de Chicago, très influents dans l'administration Reagan.

[2] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, p. 8.

[3] Tel est le cas lorsqu'on dit que l'économie doit être la maîtresse du droit ou que le droit de la concurrence doit être la traduction de principes économiques.

[4] Bien sûr, certains auteurs sont parfaitement conscients du sens de la notion et adhèrent en connaissance de cause à l'objectif de maximisation des richesses. L'argument politique est alors que ce critère conduit à minimiser l'intervention de l'État. R. A. POSNER, « Wealth Maximisation Revisited *», Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 1985, vol. 2, p. 85. V. aussi R. H. BORK, *Antitrust Paradox*, p. 110. Sur cet argument politique en faveur de l'objectif d'efficience, V. les observations de T. C. ARMITAGE, *op. cit.*, p. 6. Cet argument politique ne figure pas chez les auteurs français, qui, comme le professeur Vogel, défendent l'idée que le droit de la concurrence « ne vise qu'à accroître le surplus global de l'économie ». L. VOGEL, *Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2006, n° 1, p. 16. L'auteur insiste par ailleurs sur le fait que le droit de la concurrence serait « neutre au regard de la répartition des ressources entre les différents opérateurs » et « dépourvu de toute préoccupation d'équité ».

[5] D. GERBER, *Protecting Prometheus*, préc., pp. 198-199. L'auteur rapporte les propos exceptionnellement explicites d'un ministre suédois du commerce à ce sujet. Le droit de la concurrence, expliquait ce ministre en 1953, n'a pas pour but l'efficience au sens où l'entend la théorie néoclassique, mais la concurrence la plus efficace du point de vue de la société, c'est-à-dire celle dont on peu espérer qu'à long terme elle induira la meilleure utilisation des ressources de la société (nous traduisons librement).

[6] Comme l'a observé le professeur Stigler dans le contexte américain, les économistes excipent fréquemment d'une mauvaise compréhension de leurs concepts pour refuser d'admettre que leurs idées sont rejetées. L'auteur s'étonne de l'attitude des économistes qui disent, « non pas années après années, mais générations après générations : "Parlement, te rends-tu compte que le libre-échange [*mutatis mutandis* la concurrence] accroîtrait le revenu national ?". Comme si le Parlement ne le savait pas ! La vérité est que les économistes ont refusé d'écouter la société, et non que la société a refusé d'écouter les économistes. Ce que les économistes avaient à dire de pertinent a été écouté et pris en compte, mais la société tenait à prendre en compte aussi les réalités d'un processus politique que les économistes continuaient à voir comme un dieu tout-puissant qui partageait leur

d'efficience « suppose que la science économique a la capacité de définir un résultat social optimal, ce qui n'est pas démontré »[1]. La maximisation des richesses ne peut être une représentation acceptable de l'intérêt général. En effet, ne tenir compte des intérêts divergents que dans l'exacte mesure de leur solvabilité est contraire à tous les critères de justice habituellement reçus[2]. Une formulation plus acceptable et plus consensuelle, au moins en Europe, consiste à retenir un objectif d'allocation des ressources à l'usage le plus profitable à la société (plutôt que le plus valorisé par le système de prix)[3]. Dans cette perspective, la concurrence est davantage une composante de l'intérêt général[4] qu'un mécanisme au service des intérêts solvables particuliers. Si cette manière de voir n'est pas admise par tous, on peut néanmoins penser que la thèse selon laquelle « l'efficience » (en réalité la maximisation des richesses) est le but unique des règles de droit suscite moins une véritable adhésion qu'elle n'exerce une séduction rhétorique sur les juristes[5].

---

préoccupation pour l'efficience ». G. STIGLER, « Economists and Public Policy », *Regulation*, 1982, p. 13, cité par T. C. ARMITAGE, *op. cit.* (nous traduisons).

[1] B. OPPETIT, « Droit et économie », *APD*, T. 37, 1992, pp. 17-26, p. 25.

[2] Dans la République, Platon met dans la bouche de *Thrasymaque* une thèse assez proche du critère de maximisation des richesses. Il lui fait soutenir que la justice consiste à favoriser les plus favorisés. Socrate réfute cette thèse. PLATON, *République*, trad. R. BACCOU, GF-Flammarion, 1966, pp. 92-93, texte reproduit dans *La justice*, textes traduits et présentés par M. BESSSONE, GF-Corpus, n° 3050, Flammarion, 2000, p. 47 et s. La contradiction du critère de maximisation des richesses avec le critère de Rawls de « maximin », qui consiste à avantager les plus désavantagés est également évidente. Sur ce critère, V. M. BESSONE, préc., p. 87. H. MUIR-WATT, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *in* B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Éd. Cujas, 2002, pp. 37-45, p. 39, souligne la « coloration distributive ou socialiste » des conceptions du juste que nous invoquons. L'argument est en effet fondé sur des considérations distributives. B. LEMENICIER, *Économie du droit*, Éd. Cujas, 1991, pp. 154-155, reproche à cet argument d'ignorer tout critère de justice procédurale. Nous pensons que cette critique n'est pas fondée. Le critère de la solvabilité est, en tant que tel, un mauvais critère d'attribution des droits, pas seulement au regard des résultats. V. aussi sur ce point T. KIRAT, « Action juridique et calcul économique : regards d'économie du droit », *in* T. KIRAT et E. SERVERIN, *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, 2000, pp. 43-58, spéc. p. 50.

[3] Outre la Suède, on retrouve cette thématique dans le Royaume-Uni d'après-guerre. Cf. GERBER, *op. cit.*, p. 213.

[4] Tel est l'objet de la démonstration de G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Vol. 51, 2006.

[5] H. MUIR-WATT, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », *APD*, 2001, tome 45, pp. 2-36, spéc. n° 9, p. 35. L'auteur parle à cet égard de « la puissance mythique de l'efficience » et y voit l'un des déterminants du prestige du modèle américain. En ce sens aussi, A. JACQUEMIN, « Droit économique, serviteur de l'économie ? », *RTD Com.*, 1972, n° 2, pp. 283-295, posait la question (rhétorique) suivante : « "L'économisme", qui consiste à opposer l'efficacité économique, critère scientifique et objectif aux valeurs qu'incarne traditionnellement le droit, depuis la sécurité juridique jusqu'à la loyauté commerciale, n'est-il pas dans une large mesure un leurre auquel succombent trop facilement les juristes ? ». *Adde* : P. VER LOREN VAN THEMAAT, *L'économie à travers le prisme du juriste*, *RIDE*, 1989, n° 2, pp. 133-162, p. 158 : « aux yeux d'un grand nombre, sinon de la plupart des juristes d'Europe occidentale ; la garantie d'une société juste (…) constitue la condition nécessaire à la réalisation du l'optimum de bien-être économique »

123. **Conclusion du 1.** Au terme de cet examen, la thèse selon laquelle le droit de la concurrence doit être de l'économie traduite en règles repose bien, d'une part, sur un raisonnement économique qui lie la concurrence à différentes formes d'efficience et, d'autre part, sur un postulat normatif, selon lequel l'efficience *dans la maximisation des richesses* est, parmi les propriétés de la concurrence, celle qui est souhaitable et doit être recherchée pour elle-même. Ces deux éléments doivent être appréciés séparément. Le raisonnement économique n'a pas à être critiqué d'un point de vue juridique. Tout au plus signalera-t-on qu'il l'a été d'un point de vue économique[1]. Il en résulte que, même d'un point de vue économique, la justification de la concurrence en termes d'efficience allocative est fragilisée. C'est là un facteur d'ouverture de l'analyse économique à d'autres finalités, notamment d'autres formes d'efficience. En ce sens, le mouvement interne de la science économique amorce un rapprochement entre les points de vue économique et juridique. Le postulat selon lequel l'efficience est une fin constitue un élément distinct du raisonnement. Ce postulat peut être critiqué, d'abord de façon conceptuelle : l'efficience ne peut, en toute rigueur, être présentée comme une fin. La fin postulée par l'analyse économique est en effet la maximisation des richesses. Cette fin est exprimée par la notion d'efficience allocative et non par la notion d'efficience en général. Cette notion a un sens très précis, qui exclut l'idée de justice distributive.

124. **Transition.** Cela implique-t-il que le juge s'oppose à la prise en considération de l'efficience allocative ? Certes non. Comme il a été rappelé, « l'analyse économique n'est pas dénuée de toute valeur du seul fait qu'elle ne permet pas de déterminer ce qui est juste »[2]. Cela vaut aussi du point du vue du juge. Le juge doit d'abord appliquer la loi et, si la loi vise l'objectif d'efficience allocative – et l'on va voir que c'est le cas –, son devoir est de l'interpréter conformément à cet objectif. Le sens de la justice n'est pas ce qui doit guider le juge, mais bien avant tout l'impératif d'éviter l'injustice[3]. Si la clarification du sens de la notion d'efficience revêt quelque intérêt du point de vue du juge, c'est celui de souligner que, lorsque « l'objectif d'efficience » est invoqué, le singulier est trompeur. La référence à

---

[1] A. BIENAYMÉ, *Principes de concurrence,* Economica, 1998, p. 16, et les remarques faites *supra* n° 115.

[2] A. OGUS et M. FAURE, *Économie du droit : le cas français*, préc., p. 41.

[3] M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », *in Jean Foyer, auteur et législateur: Leges tulit, jura docuit: écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, pp. 463-467, n° 37 et s., p. 475 et s. ; « Le juge et le sentiment de justice », *in Le juge et le droit de l'économie : Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Petites Affiches et Montchrestien, Paris, 2004, pp. 41-53, spéc. p. 48 et s.

l'efficience n'évince pas les choix nécessaires quant aux finalités. Ces choix, il est à peine besoin de le rappeler, ne relèvent pas de la compétence des économistes[1], mais du législateur et, dans le flou des textes, du juge.

2. Le point de vue du juge sur « l'objectif d'efficience »

125. **L'efficience et l'office du juge**. La thèse selon laquelle l'objectif d'efficience devrait être l'unique objectif du droit de la concurrence s'appuie notamment sur un argument tiré de l'office du juge, plus précisément sur une conception particulièrement restrictive de cet office. Le professeur Bork, défenseur inlassable de la thèse de l'efficience, fait le lien entre le juge et l'efficience dans les termes suivants : « [l]'idée que l'on se fait du rôle légitime du juge (…) affecte inévitablement la substance du droit »[2]. En l'espèce, l'idée que l'auteur se fait du rôle légitime du juge exclut que celui-ci puisse mettre en balance des intérêts divergents[3]. Les jugements de valeur que suppose une pondération des intérêts relèveraient ainsi du seul législateur[4]. C'est pour éviter de mettre le juge en situation de porter des jugements de valeur illégitimes que l'on devrait assigner au droit de la concurrence l'unique objectif de l'efficience[5]. Une telle conception de l'office du juge manque certainement de réalisme[1]. Pour

---

[1] Comme le note un auteur, « tout programme sujet d'une analyse économique appliquée en termes de *welfare* comportera vraisemblablement des aspects sur lesquels un économiste n'est pas qualifié pour se prononcer à titre professionnel et à propos desquels un économiste n'est pas qualifié pour contrôler les positions d'un autre. Ces aspects – en particulier les considérations de distribution des revenus (…) – peuvent être extrêmement importants mais ne font pas partie du bagage d'expertise qui distingue un économiste du reste de l'humanité » : A. C. HABERGER, « Three Basic Postulates for Applied Welfare Economics : An Interpretive Essay », Journal of Economic Literature, 1971, vol. 9, n° 3, cité par M. FURSE, « The Role of Competition Policy : A Survey », *ECLR*, 1996, n° 4, p. 250, note 17, p. 252 (nous traduisons). Pour une analyse fine de l'autorité morale dont se prévalent implicitement les économistes, V. D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 65 et s.

[2] R. H. BORK, *The Antitrust Paradox*, *op. cit.*, p. 72.

[3] Cp. J. VAN COMPERNOLLE, « Du syllogisme à la pondération des intérêts », *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, vol. XXII, Bruxelles, 1993, pp. 495-506. D'après l'auteur, la pondération des intérêts est un modèle au sens descriptif. L'auteur ne prétend pas que c'est un idéal.

[4] R. H. BORK, *The Antitrust Paradox*, p. 83 : « [l]es juridictions ne sont pas les bonnes institutions pour faire des comparaisons interpersonnelles non structurées à la fois parce que, dans une société dotée de nos présupposés démocratiques, des choix de ce type devraient être faits par des représentants élus et parce que les juridictions ne disposent pas des pouvoirs d'investigation à grande échelle dont dispose le législateur » (nous traduisons).

[5] R. H. BORK, « The role of Courts in Applying Economics *», Antitrust Law Journal*, 1985, vol. 54, p. 24. L'auteur considère que la mise en balance d'intérêts rivaux est un tâche si intrinsèquement législative que les tribunaux violeraient la Constitution des États-Unis s'ils prenaient en considération d'autres valeurs que l'efficience.

autant, on en retrouve l'écho dans les débats sur la règle de raison[2]. Encore récemment, à l'occasion du débat sur l'application par les juridictions nationales de l'article 81, paragraphe 3, CE, le souci d'éviter que les juridictions ne portent des appréciations sur des intérêts divergents s'est exprimé[3]. Ces appréciations pouvant elles-mêmes être divergentes, l'argument tiré de l'office du juge est renforcé par l'exigence d'application cohérente du droit communautaire. De telles considérations ne sont sans doute pas étrangères à l'adoption, dans les lignes directrices sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE, d'une approche centrée sur les considérations d'efficience[4]. L'efficience apparaît donc non seulement chez Bork, mais aussi, en réalité, comme un objectif ayant notamment pour fonction de maintenir le juge dans un rôle où il procède aussi peu que possible à la pondération d'intérêts divergents. Il est cependant impossible de nier que le juge procède à une telle pondération. Il a même le devoir de le faire, puisque l'article 81, paragraphe 3, CE l'oblige à apprécier si un accord réserve une part équitable du progrès économique aux consommateurs. Du point de vue du juge, l'efficience intervient dans la pondération des intérêts, elle ne l'évince pas. Cela soulève deux questions : quel poids le juge doit-il accorder à l'efficience et quel rôle lui attribue-t-il ? La première question renvoie à l'étude des textes. Celle-ci révèle que l'efficience apparaît progressivement dans les textes comme un objectif propre des règles de concurrence (a). La seconde question est plus ardue. Les développements qui suivent ne

---

[1] Nous reviendrons sur l'impossibilité de distinguer les choix politiques des questions de qualification juridiques des faits (V. *Infra* n° 1241). Qu'il suffise ici de mentionner que la balance des intérêts est, par exemple, une condition du référé communautaire. Pour un exemple très clair de prise en considération d'intérêts divergents au fond, V. l'arrêt de la Cour du 29 avril 2004, IMS Health, C-418/01, Rec. p. I-5039, point 48.

[2] Un argument différent mais convergent est développé dans le cadre du droit communautaire par G. WILS, « "Rule of Reason" : une règle raisonnable en droit communautaire ? », *Cah. dr. eur.*, 1990, pp. 19-74, au n° 18 p. 39 : « [l]a présence d'objectifs contradictoires dans le droit communautaire de la concurrence plaide en faveur d'un organe non judiciaire chargé (…) [de] la prise des décisions comportant un choix politique entre ces objectifs (...) ».

[3] V. les propos de différents intervenants dans C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds.), *European Competition Law Annual 2000 : The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 3ème partie, « Courts and judges », spéc. J. BURRICHTER (p. 494), S. VANCE (pp. 500-501) ; F. JENNY (p. 512). Pour sa part, A. PERA (p. 517) souligne qu'il existe des désaccords entre les juges sur le sens de l'article 81, paragraphe 3, CE. V. aussi J. RIFFAULT-SILK, « La jurisprudence de l'exception légale française : quel modèle pour l'application des règles communautaires ? », *ERA-Forum*, 2004/1, pp. 2-18, qui souligne la tendance des juridictions françaises à adopter une conception étroite de la notion de progrès économique. J. COOKE, « Judicial method and technique in AntI-Trust Litigation », conférence Sydney, 18-20 mars 2005, qui souligne le défi que représente pour les juridictions nationales la balance des intérêts à opérer en application de l'article 81, paragraphe 3, CE.

[4] J. VAN COMPERNOLLE, « Du syllogisme à la pondération des intérêts », *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, vol. XXII, Bruxelles, 1993, pp. 495-506.

prétendent pas offrir un panorama exhaustif des considérations d'efficience à travers la jurisprudence. Plus modestement, ils montrent que l'efficience est prise en considération en tant qu'objectif par les juges, mais que l'efficience n'a pas toujours, dans leur raisonnement, un rôle cohérent avec son statut d'objectif (b).

a) L'apparition progressive de l'efficience dans les textes

126. **Annonce.** Le juge ne saurait s'en tenir à la lettre des textes ni à l'intention historique du législateur[1], mais il ne peut que partir des textes et tenir compte de l'intention du législateur lorsqu'elle est connue. Or, force est de constater une évolution sur ce point. Originellement, les considérations d'efficience sont quasiment absentes des textes et, pour autant que l'on puisse en juger, de l'intention des législateurs français et communautaire. Depuis lors, l'efficience, dans ses diverses formes, est plus nettement reconnue comme un objectif propre des règles communautaires de concurrence, si bien que le juge a le devoir d'en tenir compte.

127. **Absence originelle – droit français**. Bien que la loi française interdisant les accords sur les prix entre concurrents adoptée en 1952 l'ait été sous l'impulsion de l'Agence européenne *pour la productivité* mise en place dans le cadre du Plan Marshall[2], on ne peut sérieusement soutenir qu'il existait, à cette époque dans l'esprit du législateur français, un lien entre efficacité productive et prohibition des cartels. C'est bien plutôt l'objectif de lutte contre l'inflation qui paraissait déterminant, comme il l'avait du reste été depuis l'origine pour les règles rattachables au droit de la concurrence[3]. En 1953, lorsque fut adoptée la première

---

[1] *Supra* n° 80 et s.

[2] D. BRAULT, *L'État et l'esprit de la concurrence en France*, Economica, 1987, p. 33.

[3] C'était déjà le but de l'ancien article 419 du Code pénal. C'est également celui de l'ordonnance de 1945 qui introduit accessoirement les premières dispositions interdisant certaines restrictions de concurrence. En ce qui concerne le droit français, V. D. BRAULT, *L'État et l'esprit de la concurrence en France,* préc., pp. 34 et 55, et P. PIGASSOU, « Les restrictions de concurrence », *D.*, 1982, Chron., p. 111-122, p. 112. Pour une discussion récente du rôle du droit de la concurrence dans la lutte contre l'inflation, H. NARAYAN-FOURMENT, « La maîtrise des prix : hors du droit de la concurrence, point de salut », *D.*, 2004, pp. 2023-2027. *Adde :* P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 543 et s., p. 469. Cet objectif anti-inflationniste du droit de la concurrence n'était pas propre à la France. Il était également poursuivi par la première loi sur la concurrence adoptée en Europe, la loi allemande sur la concurrence de 1923. Sur ce point, D. GERBER, *op. cit.*, 8, p. 7. La même remarque vaut pour la loi norvégienne provisoire de 1920, GERBER, *op. cit.*, p. 156. L'objectif de lutte contre l'inflation se retrouve aussi en Grande-Bretagne dans les années 1998-1999. Sur ce point, V. R. WHISH, *Competition Law,* 4ème éd., 2000 p. 16 (non repris dans la dernière édition). Cet objectif est également toujours actuel en Russie, où certains responsables estiment qu'un tiers de l'inflation serait explicable par des violations des règles de concurrence. Déclaration de M. Igor Artemyev, directeur du service fédéral anti-monopole russe,

législation sur la concurrence[1], la théorie économique était peu diffusée parmi les décideurs et mal comprise[2]. Les ententes, seul comportement réprimé à l'époque[3], étaient jugées nocives principalement au vu de leur effet sur le maintien de prix élevés[4].

128. **Textes d'origine – droit communautaire**. Le traité CECA contient, dans une même disposition, des références à la recherche de deux formes d'efficience. En effet, on y lit que « la Communauté doit réaliser l'établissement progressif *des conditions assurant par elles-mêmes la répartition la plus rationnelle de la production* (efficience allocative) *au niveau de productivité le plus élevé* (efficience productive) »[5]. Assurément, ces buts ne sont pas les seuls, puisque le même alinéa précise qu'ils doivent être poursuivis « tout en sauvegardant la sécurité de l'emploi et en évitant de provoquer, dans les économies des États membres, des troubles fondamentaux et persistants ». En outre, on sait que, dans le système mis en place par le traité CECA, l'amélioration de l'efficience n'était pas attendue de la seule concurrence, mais aussi d'un mécanisme dirigiste, qui comportait un contrôle des prix par la Commission[6]. L'efficience est donc un but du traité, mais il n'est ni unique ni exclusivement lié à la concurrence.

129. **Traité de Rome**. Dans le traité de Rome ne figure aucune référence aussi explicite à l'efficience. Certes, la recherche d'une plus grande efficience productive n'était pas étrangère à la stratégie d'intégration économique, laquelle visait notamment à tirer meilleur parti des

---

rapportée par *Global Competition*, Agency Watch Briefing du 22 mars 2006. Dans le contexte communautaire, la préoccupation pour l'inflation n'a pas non plus été absente. V. sur ce point *Deuxième rapport sur la politique de concurrence*, 1973, p. 25 ; *Troisième rapport sur la politique de concurrence*, 1974, point 17 p. 26 ; *Dixième rapport sur la politique de concurrence*, 1980, pp. 13-14, et H. NARAYAN-FOURMENT, *L'approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix* (dans les ventes commerciales et les contrats-cadre), PUAM, 2003, n°193 et s.

[1] Décret n°53-704 du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, JO du 10 août 1953, p. 7045, *corrigendum* JO du 10 octobre 1953 modifiant l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix, JO du 8 juillet 1945, p. 4150, *corrigenda* JO du 21 juillet 1945 et JO du 8 septembre 1945.

[2] F. JENNY, « French Competition Policy in Perspective », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1987 (B. Hawk, éd., 1988), pp. 301-322, p. 303.

[3] Les dispositions concernant l'abus de position dominante ont été introduites en droit français par l'article 3 de la loi de finances n° 63-628 du 2 juillet 1963 rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, JO 3 juillet 1963, p. 5915.

[4] F. JENNY, *op. cit., loc. cit.*

[5] Art. 2 CECA.

[6] Art. 66, paragraphe 7, CECA.

économies d'échelle alors inexploitées en Europe[1]. L'objectif d'efficience productive transparaît à travers l'interdiction de limiter le développement technique contenue dans l'article 81 CE[2]. Certains commentateurs ont par ailleurs cru déceler une allusion à l'efficience dans la référence de l'article 2 CE à l'amélioration du niveau de vie[3]. Cependant, tout comme dans le traité CECA, le lien entre la recherche d'efficience économique et les règles de concurrence n'est ni univoque ni direct. Dans l'esprit du traité, l'efficience est attendue de l'intégration plus que de la concurrence[4]. On l'a dit, la préoccupation essentielle à l'époque est la création d'un marché commun. Les finalités propres de la concurrence ne sont donc pas énoncées dans le traité[5], pas plus l'efficience qu'aucune autre. L'influence du droit américain sur la rédaction du traité[6] ne modifie pas ce constat. Le droit américain lui-même avait à l'origine une pluralité d'objectifs[7] et la « révolution » impulsée par l'École de Chicago, qui a conduit à consacrer une interprétation du droit de la concurrence comme visant uniquement un objectif d'efficience, n'avait pas encore eu lieu[8].

---

[1] V. KORAH, « From Legal Form Toward Economic Efficiency – article 81 (1) of the EEC Treaty in Contrast to U.S. Antitrust », *Antitrust Bulletin*, 1990, pp. 1009-1036, p. 1010.

[2] Art. 81, paragraphe 1, CE sous b)

[3] V. KORAH, « Concept of Dominant Position within the meaning of Article 86 », *CML Rev.*, 1980, pp. 395-414, spéc. p. 398 et p. 411: « article 86 (..) and the preliminary articles of the treaty do not mention efficiency specifically, although it can be read into article 2 – the higher standard of living that might be achieved by more efficient production and distribution of goods and services ».

[4] B. VAN DER ESCH, « EC Rules on Undistorted Competition and U.S. Antitrust Laws : The Limits of Comparability », *Fordham. Corp. L. Inst.*, 1988, p. 18-28. Certains commentateurs font bien un lien entre concurrence et efficience, mais il est assez inattendu, du moins rétrospectivement. Ainsi D. BRAULT, « Concurrence et concentration, réflexions à partir de l'expérience américaine », *Le Droit et les affaires*, 23 octobre 1967, n° 117, doc. XLV. L'auteur fait valoir que le droit de la concurrence, loin d'empêcher les concentrations, supposées les meilleurs véhicules d'une plus grande efficience, les favorise.

[5] *Supra* n° 86.

[6] *Supra* n° 25.

[7] J. J. FLYNN, « The Reagan administration's antitrust policy, "original intent" and the legislative history of the Sherman Act », *Antitrust Bull.*, 1988, p. 259 et s, spéc. p. 304, rejette de manière convaincante tant l'interprétation du professeur Bork, exclusivement en termes d'efficience, que l'interprétation opposée du professeur Lande, exclusivement en termes de redistribution. R. LANDE, « Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust : The Efficiency Interpretation Challenged », *Hastings L. Journal*, pp. 67-151. Flynn montre que les deux interprétations consistent à surimposer un modèle théorique simple sur des intentions plus complexes du législateur. Il dégage quatre finalités originaires du droit antitrust américain : encourager la dispersion du pouvoir économique afin de protéger l'intégrité du processus démocratique, assurer la promotion de la liberté du commerce et de la possibilité d'exercer une concurrence fondée sur les mérites, favoriser la satisfaction des consommateurs et protéger leurs droits de propriété et leur liberté contractuelle, et protéger le processus concurrentiel comme principe de gouvernance des marchés.

[8] Cette « révolution », caractérisée par la promotion de l'efficience dans la mise en œuvre du droit de la concurrence conformément aux prescriptions de l'École de Chicago, a eu lieu sous l'administration Reagan. Sur ce phénomène, V. notamment J. J. FLYNN, cité note préc. Cette « révolution » s'est notamment propagée par

130. **Scepticisme persistant**. Plusieurs années après l'adoption du traité de Rome, les travaux préparatoires au premier règlement d'application des règles de concurrence ont révélé un certain scepticisme sur la propriété d'efficience prêtée à la concurrence par la théorie économique. On peut y lire que « dans les conditions économiques du monde moderne, l'élargissement des marchés et de la concurrence ne suffit pas à assurer la répartition la plus rationnelle des activités et le rythme le plus favorable de l'expansion »[1]. Ce sentiment semble avoir été partagé et avoir perduré. Il transparaît sous la plume du juge Lecourt, un président de la Cour de justice déjà cité[2]. Commentant l'adoption en droit communautaire de règles de concurrence assorties d'un régime de sanctions très strict, ce magistrat rappelle qu'un tel régime n'allait pas de soi pour les États fondateurs, dont aucun, à l'exception de l'Allemagne, ne connaissait un système semblable. Dès lors, affirmait Monsieur Lecourt, « [p]our s'y résoudre, il fallait que (...) *au-delà de l'efficacité économique* d'un tel régime, il y eût quelques raisons plus profondes, capables de déterminer la Communauté à l'aligner sur le plus haut niveau de rigueur »[3]. L'absence de toute mention de l'efficience se retrouve aussi dans les rapports de la Commission sur la politique de concurrence, et ce au moins jusqu'au début des années 1980[4].

131. Pour partielles que soient ces indications, elles incitent à penser que, dans l'esprit des rédacteurs du traité, tel qu'il est attesté et tel qu'il a été perçu dans les premières années, la propriété d'efficience n'était ni une justification suffisante de la concurrence ni le but principalement visé[5]. Les dispositions d'origine du traité de Rome sur la concurrence sont toujours en vigueur, de sorte que cette conclusion garde une certaine actualité. On peut donc souscrire à l'opinion selon laquelle, à l'heure actuelle encore, il est douteux que l'efficience

---

des ouvrages nombreux. Parmi d'autres, T. CALVANI et J. SIEGFRIED, *Economic Analysis and Antitrust Law*, Little Brown, 1979. M. A. *Antitrust and the Triumph of Economics : Institutions, Expertise and Policy*, University of North Carolina Press, 1991. Pour une présentation plus critique : E. M. FOX et T. HALVERSON (éds), *Antitrust Policy in Transition : The Convergence of Law and Economics*, ABA Press, 1984. Pour une présentation à travers la jurisprudence américaine, V. J. E. KWOKA, L. J. WHITE, *The Antitrust Revolution : Economics, Competition, Policy*, 3ème éd., 1999.

[1] Rapport DERINGER, préc. point 4, p. 2.

[2] R. LECOURT, « La concurrence devant le juge », *Gaz. Pal.*, 1973, doctr. pp. 741-1748.

[3] R. LECOURT, *op. cit.*, p. 745 (nous soulignons).

[4] Cette absence est signalée un auteur attaché à l'approche économique. Il la juge « profondément dérangeante » (*profoundly disturbing)*. V. KORAH, « From Legal Form Toward Economic Efficiency – article 81(1) of the EEC Treaty in Contrast to U.S. Antitrust », *Antitrust Bulletin*, 1990, pp. 1009-1036, p. 1014.

[5] C'est ce qui explique que l'objectif d'efficience économique ait longtemps joué un rôle « remarquablement marginal » dans la mise en œuvre du droit communautaire. D. GERBER, *op. cit.*, p. 420.

soit, en elle même et en dehors de toute considération de son bénéficiaire, un objectif du droit de la concurrence[1]. Signalons cependant une évolution ultérieure du traité qui a introduit une référence explicite à l'efficience.

132. **Modification du traité**. Le traité CE contient dorénavant une référence explicite à l'efficience allocative. En effet, aux termes de l'article 98 CE[2], « [l]es États membres de la Communauté agissent dans le respect d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre *favorisant une allocation efficace des ressources*, conformément aux principes fixés à l'article 4 »[3]. Curieusement, la disposition est placée au début du titre VII consacré à la politique économique et monétaire et non en ouverture du titre VI consacré aux règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations. Cela ne limite toutefois pas la portée du texte. En effet, la disposition énonce la justification de la contrainte imposée aux États de ne pas contrarier, par leur politique économique, l'objectif de libre concurrence[4]. Or, la justification des obligations imposées aux États de respecter la concurrence ne diffère pas de la justification des règles de concurrence applicables aux entreprises[5]. La contrainte de concurrence applicable aux États n'a en effet d'autre objectif que celui de permettre aux avantages espérés de la concurrence entre entreprises de se manifester pleinement. L'objectif exprimé par l'article 98 CE à propos de la contrainte de concurrence imposée aux États vaut donc aussi pour la contrainte de concurrence imposée aux

---

[1] T. EILMANSBERGER, « How to Distinguish Good From Bad Competition under article 82 EC : In Search of a More Coherent Standards for Anticompetitive Abuses ? », *CML Rev.*, 2005, pp. 129-177, spéc. pp. 136-137. Comme le souligne cet auteur, les auteurs du traité, lorsqu'ils ont interdit les abus de position dominante, n'ont pas subordonné l'interdiction des comportements restrictifs de concurrence à la condition que ce comportement soit également inefficient ou qu'il réduise le bien-être du consommateur.

[2] Ex-article 102 A, introduit en 1992, nous soulignons.

[3] L'utilisation de l'adjectif « efficace » plutôt qu'« efficient », plus fréquent chez les économistes, traduit certainement un souci de correction linguistique (V. supra note au n° 113 *in fine*) et non une différence conceptuelle, comme l'atteste la version anglaise du traité, qui contient le terme « efficient allocation ».

[4] L'art. 98 CE se présente en partie comme une disposition interprétative relative à l'article 4 CE, lequel énonce en substance qu'aux fins de l'article 2 CE (précité), les États membres doivent conduire leurs politiques économiques conformément au principe d'une économie de marché où la concurrence est libre. Or, la précision apportée par l'article 98 CE selon laquelle la libre concurrence favorise l'allocation efficace des ressources ne porte pas sur l'objet principal de l'article 4 CE, qui est de limiter la liberté des États en matière de politiques économiques aux mesures qui ne remettent pas en cause « l'économie de marché où la concurrence est libre », mais sur la raison de cette limitation.

[5] Cela résulte du traité lui-même. L'article 86 CE interdit aux États (en ce qui concerne les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs) d'édicter ou de maintenir des mesures contraires aux articles (…) 81 CE à 89 CE, c'est-à-dire aux règles de concurrence applicables à toutes les entreprises. Ce qui est interdit aux entreprises l'est aussi aux États. Autrement dit, il est interdit aux États de menacer par leur action le résultat recherché par les règles de concurrence applicables aux entreprises.

entreprises. Il en résulte que le lien établi par l'article 98 CE entre le principe de concurrence et l'objectif d'efficience est d'une portée générale. En outre, ce lien est direct, ce qui altère sensiblement le schéma initial selon lequel le lien entre concurrence et efficience était, au mieux, indirect et passait par l'intégration du marché commun.

133. **Règle spéciale**. L'article 98 CE énonce un objectif propre aux règles de concurrence, à la différence de l'article 2 CE qui énonce des objectifs généraux du traité. Ceci n'est pas sans incidence, puisque la règle spéciale prévaut en principe sur la règle générale. Sans doute l'adage *specialia generalibus derogant* n'est-il pas applicable, car son domaine est celui du conflit de lois et non du conflit de règles d'interprétation[1]. En revanche, l'adage *generalia specialibus non derogant* revêt une portée très générale[2]. En vertu de cette maxime, l'interprétation aboutit à la même conclusion pratique, à savoir que l'interprétation des règles de concurrence à la lumière de l'ensemble des objectifs de l'article 2 CE ne doit pas déroger à l'interprétation à la lumière de l'objectif d'efficience allocative contenu dans l'article 98 CE.

134. **Portée pratique**. En pratique, cette analyse implique notamment que, en cas de conflit entre l'objectif d'intégration et l'objectif d'efficience allocative, par exemple en matière de restrictions verticales, il existe désormais un argument de texte pour privilégier l'efficience. Dans sa rédaction actuelle, le traité CE offre une base textuelle à l'interprétation selon laquelle les règles de concurrence visent spécifiquement à promouvoir une allocation efficiente des ressources. Cette modification textuelle constitue une expression de volonté des auteurs du traité dans sa version actuelle et elle doit constituer la référence pour l'interprétation du droit par le juge[3]. Une même volonté s'est exprimée à travers le droit dérivé.

135. **Droit dérivé – le règlement sur les concentrations**. Le traité de Rome ne contenait pas de règles applicables au contrôle des concentrations. Bien que le besoin s'en soit

---

[1] H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 1999, n° 418, p. 843.

[2] H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 152, p. 296, insistent sur la portée très générale de l'adage qui « s'étend à toutes les règles de droit et à tous les rapports juridiques ». Dans une édition antérieure (L'Hermès, Lyon, 1986, p. 977), ces auteurs se référaient explicitement à l'application de l'adage en matière d'interprétation, ce qui est en cause ici. Ils écrivaient **:** « la maxime a une portée d'ensemble » et « conserve aujourd'hui son intérêt pratique en matière *d'interprétation*, d'application et d'abrogation ».

[3] Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, *op. cit.*, p. 151.

rapidement fait sentir[1], celles-ci n'ont été adoptées qu'en 1989[2]. Ce sont précisément les désaccords persistants au sein du Conseil sur la juste place des différents objectifs autres que la concurrence (politique industrielle, emploi et cohésion sociale) qui ont longtemps empêché l'adoption d'un règlement sur le contrôle des concentrations[3]. Dans le règlement adopté, l'exposé des motifs est resté vague sur les objectifs. Il renvoie aux objectifs généraux énoncés à l'article 2 CE, y compris l'objectif de cohésion économique[4]. L'efficience n'a donc pas non plus reçu dans ce texte la place de choix que d'aucuns attendaient[5]. Le nouveau règlement, adopté en 2004[6] au terme de discussions qui ont notamment porté sur la place d'une « défense tirée de l'efficience »[7], expose nettement que les allégations fondées sur les gains d'efficience seront prises en considération dans l'examen des projets de concentration[8]. Cependant, le règlement lui-même n'indique pas quels sont les types de gains d'efficience pertinents[9]. On ne peut toutefois en conclure que l'efficience serait devenue le but unique poursuivi par les règles relatives aux concentrations. Pas plus que par le passé les gains d'efficience ne sont de nature à autoriser une opération qui restreint par ailleurs la concurrence ou ne profite pas aux consommateurs[10]. La prise en considération des gains d'efficience est notamment

---

[1] En l'absence de règles spécifiques sur les concentrations, l'article 82 CE a été appliqué aux opérations de concentration. La Cour a jugé cette application légale dans son arrêt du 21 février 1973, Continental Can Company/Commission, 6-72, Rec. p. 215.

[2] Règlement n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE du 30 décembre 1998, L 395, p. 1.

[3] D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence*, La documentation française, 2006, p. 92. V. aussi K. FOUNTOUKAKOS et S. RYAN, « A New Substantive Test for EU Merger Control », *ECLR*, 2005, pp. 277-296, spéc. pp. 278-279.

[4] *Ibid*.

[5] Les réflexions suscitées par le rôle de l'efficience dans le contrôle des concentrations sont extrêmement nombreuses. Pour s'en tenir à quelques références, on se reportera à D. GÉRARD, « Merger Control Policy : How to give Meaningful Consideration to Efficiency Claims », *CML Rev.*, 2003, pp. 1367-1412 ; P-E NOËL, « Efficiency Consideration in the Assessment of Horizontal Mergers », *ECLR*, 1997, pp. 49-519.

[6] Règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE du 29 janvier 2004, L 24, p. 1.

[7] Sur ce point, V. les références citées par D. GÉRARD, préc. Plus récemment, sur cette question dans le nouveau règlement et les lignes directricees qui l'accompagnent : M. KOCMUT « Efficiency Considerations and Merger Control – Quo Vadis Commission ?, *ECLR*, 2006, pp. 19-27.

[8] Règlement n° 139/2004, préc., considérant 29.

[9] *Ibid*. Le texte renvoie à des lignes directrices.

[10] V. D. GÉRARD, *op. cit.* L'auteur montre qu'en droit communautaire, l'efficience n'est qu'un facteur pris en considération dans une analyse d'ensemble et non un contrepoids mis en balance avec une restriction de concurrence.

subordonnée à ce que ceux-ci soient transmis aux consommateurs[1], tout comme dans le cadre de l'article 81, paragraphe 3, CE.

136. **Lignes directrices**. Les lignes directrices sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE[2] illustrent le même mouvement de pénétration dans les textes du vocabulaire et de l'analyse économique, sans pour autant que l'efficience devienne une considération exclusive. Ces lignes directrices n'ont aucune valeur contraignante pour les juridictions. Elles visent néanmoins à leur fournir des orientations pour l'application de ce texte[3]. La doctrine qui y est exposée témoigne d'une prise en considération de l'efficience beaucoup plus nette que dans le texte du traité, si bien que l'on peut parler d'une réforme de fond à l'occasion d'une réforme de procédure[4]. Ainsi est-il exposé que « les règles communautaires de concurrence visent à protéger la concurrence sur le marché comme moyen d'accroître le bien-être du consommateur et à *assurer une répartition efficace des ressources* »[5]. Outre le bien-être du consommateur, c'est donc la recherche de l'efficience allocative qui est mise en avant comme objectif propre des règles de concurrence[6]. L'intégration du marché est censée contribuer à ces objectifs[7], ce qui signe un renversement de la perspective initiale : la concurrence n'est plus au service de l'intégration, c'est l'intégration qui est au service de la concurrence et de ses objectifs propres. Par ailleurs, la notion de « progrès technique ou économique » qui figure dans le texte de l'article 81 CE est traduite en « gains d'efficacité »[8]. Les différents types de gains d'efficacité pouvant être pris en considération sont regroupés en deux catégories : d'une part, les gains d'efficacité réalisés sur les coûts[9] et, d'autre part, les gains d'efficacité qualitatifs[10]. Les premiers renvoient à l'efficience tant productive que dynamique[1].

---

[1] Règlement n° 139/2004, préc., art. 2.1, sous b).

[2] Communication de la Commission 2004/C 101/08, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOUE du 27 avril 2004, C 101, p. 97.

[3] Lignes directrices, préc., point 4.

[4] S. POILLOT-PERUZZETTO, « Les réformes de fond à l'occasion des réformes de procédure en droit communautaire de la concurrence », *Contrats conc. conc.*, 2004 étude 8, spéc. n° 7, p. 7.

[5] Lignes directrices, préc., point 33 (nous soulignons). V. aussi point 13.

[6] Sur l'objectif de bien-être des consommateurs, V. *infra* n° 157 et s.

[7] Lignes directrices, préc., point 13.

[8] La section 3.2 (JOCE p. 104) est intitulée « Première condition de l'article 81, paragraphe 3 : gains d'efficacité ».

[9] Point 64 à 68.

[10] Points 69 à 72.

Les seconds renvoient essentiellement à l'innovation, donc à l'efficience dynamique[2]. L'efficience allocative, si importante dans la justification économique de la concurrence, n'est en revanche pas spécifiquement mentionnée.

137. **Conclusion**. L'efficience, pour autant qu'elle puisse être une fin, n'est pas le but unique des règles de concurrence. Les considérations relatives aux différentes formes d'efficience sont peu présentes dans les textes initiaux. L'introduction de l'article 98 CE marque un changement, ou tout du moins, la possibilité d'un changement. Il fournit en effet une base textuelle à la thèse selon laquelle l'efficience allocative est un objectif spécifique des règles de concurrence. Les considérations d'efficience dans les textes ne se limitent cependant pas à l'efficience allocative. Le règlement sur les concentrations renvoie à l'efficience sans précision, tandis que les lignes directrices sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE visent les trois formes d'efficience que sont l'efficience allocative, l'efficience productive et l'efficience dynamique. Différents types d'efficience semblent donc devoir être mis en balance. En outre, les gains d'efficience doivent toujours être appréciés dans le cadre d'une pondération des intérêts, puisqu'ils doivent profiter aux consommateurs. De ce bilan en demi-teinte, on retiendra que les textes ne sont pas un obstacle à la prise en considération par le juge de raisonnements fondés sur l'efficience. Le juge est même invité à en tenir compte. Cependant, les textes ne suffisent pas à préciser dans tous les cas quels sont les types de gains d'efficience pertinents, ni quel poids leur accorder[3]. L'apparition récente de l'efficience dans les textes, peut-être aussi les ambiguïtés de la notion, expliquent que les juges n'aient pris en considération l'efficience que de manière limitée.

b) La prise en considération limitée de l'efficience par le juge

138. Quel rôle et quel poids les juges accordent-ils à l'efficience ? Sans clore la question de manière définitive et exhaustive, deux éléments de réponse se dégagent. L'efficience est en principe prise en considération par les juges en tant qu'objectif (i). Cependant, toutes les

---

[1] Sont mentionnées les nouvelles techniques de fabrication (point 64), les synergies (point 65), les économies d'échelle (point 66) et les économies de gamme (point 67).

[2] Sont mentionnés le progrès technique et technologique (point 70), l'amélioration de la qualité, les produits nouveaux ou améliorés, ainsi que la mise sur le marché plus rapide ou à un coût moindre (point 71).

[3] C'est particulièrement vrai en ce qui concerne l'article 82 CE, pour lequel les textes ne donnent aucune indication.

conséquences n'en sont pas tirées. En particulier, certains raisonnements économiques, qui découlent logiquement de l'objectif d'efficience, ne sont pas admis (ii).

i. La prise en considération de l'efficience en tant qu'objectif

139. Plusieurs arrêts attestent la conscience qu'ont les juges des considérations d'efficience. Par ailleurs, certaines questions de droit confrontent les juges à des conflits entre différentes formes d'efficience, si bien que leur conscience est vouée à s'aiguiser.

140. **Conscience**. Certains arrêts, par ailleurs critiquables dans une perspective économique, témoignent de la conscience qu'ont eue très tôt les juges communautaires des bénéfices de la concurrence en termes d'efficience. Ainsi, dans son arrêt *ICI*[1], la Cour de justice expose que « la fonction de la concurrence en matière de prix est de maintenir les prix au niveau le plus bas possible et de favoriser la circulation des produits entre les États membres en vue de permettre ainsi une répartition optimale des activités en fonction de la productivité et de la capacité d'adaptation des entreprises »[2]. Il ne s'agit pas d'un exposé théorique. Lorsque c'est le juge qui expose les fonctions de la concurrence, il parle des raisons pour lesquelles la concurrence est juridiquement protégée. Il formule ainsi une interprétation des buts poursuivis par la règle de droit. De même, le juge français a prouvé assez tôt qu'il avait conscience de la justification économique de l'interdiction des ententes en termes d'efficience allocative. Ainsi a-t-il été jugé que l'allocation optimale des facteurs de production était contrariée par une entente[3]. Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a montré qu'elle concevait l'efficience dynamique comme un but des règles de concurrence : elle a jugé qu'un abus de position dominante est « particulièrement grave » dès lors qu'il empêche ou retarde le développement et l'exploitation d'un procédé innovant[4].

141. **Ententes et efficience**. Appliquant l'article 81, paragraphe 3, CE bien avant l'adoption des nouvelles lignes directrices, le juge communautaire a témoigné d'une attention aux gains d'efficience. Sans se livrer à une étude complète de la jurisprudence, on peut citer

---

[1] Arrêt de la Cour du 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, Rec. p. 619.

[2] *ICI*, préc., point 115.

[3] Paris, 1er octobre 1980, *RTD Com.*, 1981, p. 791, obs. ALFANDARI et JEANTIN ; *D.* 1983, IR, p. 222, obs. Ch. GAVALDA et Cl. LUCAS DE LEYSSAC, cité par A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, PUAM 2004, préf. B. SAINTOURENS, n° 330, p. 332.

[4] Paris, 14 janvier 1993, Pechiney Electrométallurgie et société Industrie des poudres sphériques, BOCCRF du 13 février 1993, p. 40.

quelques exemples. Très tôt, la Cour de justice a montré qu'elle prenait au sérieux les allégations d'efficience, en exigeant qu'elles soient suffisamment motivées. Ainsi, elle a annulé pour défaut de motivation une décision de la Commission d'accorder une exemption sur le fondement de l'article 81, paragraphe 3, CE au motif que la Commission ne s'expliquait pas sur le fait qu'il n'est pas efficient pour l'entreprise en cause d'organiser elle-même la distribution de ses surplus, dont la quantité diminuait d'année en année[1]. Les gains d'efficience apportés par les accords verticaux ont également été reconnus. Le Tribunal de première instance a par exemple jugé que des contrats de bière avec obligation d'achat exclusif amélioraient l'efficience productive ainsi que la qualité des produits et du service[2].

142. D'autres arrêts témoignent encore de la volonté du juge communautaire de centrer l'examen des conditions de l'article 81, paragraphe 3, CE sur les considérations d'efficience. Tel est le cas de l'arrêt *Métropole Télévision*[3], dans lequel le Tribunal a jugé que l'article 81, paragraphe 3, CE (et non l'article 81, paragraphe 1, CE) était le lieu adéquat de la mise en balance des aspects pro- et anti-concurrentiels[4]. Certes, cet arrêt ne précise pas que des considérations autres que concurrentielles sont exclues de l'examen d'un accord au regard de l'article 81, paragraphe 3, CE. Cependant, cette conception s'infère de la motivation de l'arrêt. En effet, il est dit que l'article 81, paragraphe 3, CE perdrait une grande partie de son effet utile si les effets pro-concurrentiels et anti-concurrentiels étaient mis en balance dans le cadre de l'article 81, paragraphe 1, CE[5]. Or, ce ne serait pas le cas si l'article 81, paragraphe 3, CE avait pour fonction de concilier la protection de la concurrence avec des objectifs plus

---

[1] Arrêt de la Cour du 14 mai 1975, Kali und Saltz et Kali Chemie, 19 et 20/74, Rec. p. 499, points 12-15, cité par F. JACOBS, « Court of Justice Review of Competition Cases », *in Fordham Corp. L. Inst*, 1987 (B. HAWK éd., 1988), pp. 541-577, spéc. p. 557.

[2] Arrêt du Tribunal du 21 mars 2002, Joynson/Commission, T-231/99, Rec. p. II-2085, point 48 : « [de tels contrats] amènent le revendeur à concentrer ses efforts de vente sur les produits visés dans l'accord avec tous les moyens dont il dispose. De tels accords conduisent les parties contractantes à une coopération de longue durée qui leur permet d'améliorer la qualité des produits et du service à la clientèle fournis par le revendeur. Ils permettent une planification à long terme des ventes et donc une organisation rentable de la production et de la distribution. Enfin, sous la pression de la concurrence entre produits de marques différentes, les intéressés sont contraints d'adapter de façon permanente le nombre et les caractéristiques des débits de boissons aux souhaits de la clientèle ».

[3] Arrêt du Tribunal du 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6) e.a./Commission, T-112/99, Rec. II-2459, *Europe*, 2001, comm. n° 327, obs. L. IDOT, *Droit 21*, 2001, AJ n° 476, obs. D. BOSCO, *Contrats conc. conso.*, 2002, comm. n° 12, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO, *J.D.I*, 2002, n° 2, p. 592, obs. C. PRIETO.

[4] *Métropole*, préc., points 72-78 et 107.

[5] *Métropole*, préc., point 76.

larges. Il s'agit là d'un arrêt isolé, dont l'incohérence avec la jurisprudence a été signalée[1] et dont la solution semble condamnée par l'arrêt *Wouters* déjà mentionné[2]. Il n'en révèle pas moins que les juges, ou certains d'entre eux, ne sont pas hostiles aux thèses économiques qui invitent le juge à se limiter aux considérations d'efficience, et ce même lorsqu'ils nient l'existence d'une « règle de raison »[3].

143. **Différentes formes d'efficience**. Les exemples ici donnés attestent que les juges ont conscience de l'efficience allocative ou productive, mais aussi de l'efficience dynamique. Or, on l'a dit, des conflits peuvent opposer ces différentes formes d'efficience[4]. Le juge est par exemple confronté à un tel conflit lorsque la doctrine des ressources essentielles est en cause[5]. Cette doctrine concerne l'hypothèse dans laquelle il est demandé au juge d'ordonner à une entreprise de donner à l'une de ses concurrentes accès à une infrastructure ou une ressource qu'elle possède[6]. Il peut s'agir, par exemple, d'un héliport,[7] ou du fruit immatériel d'un investissement qu'elle a consenti, comme une grille de découpage d'un territoire incorporant de nombreuses données[8]. Dans ce type de situation, un arbitrage s'impose entre les différentes formes d'efficience. Il s'effectue notamment par le choix du juge de se placer à différents moments pour apprécier l'efficience. S'il se place au moment où il statue (*ex post* comme

---

[1] R. NAZZINI, « Article 81 EC Between Times Present and Time Past : A Normative Critique of "Restriction of Competition" », *CML Rev.*, 2006, pp. 497-536.

[2] *Supra* n° 95. Comme on l'a dit, l'arrêt *Wouters* propose un cadre général pour la conciliation des objectifs de concurrence avec des objectifs légitimes au regard de l'intérêt général.

[3] *Métropole*, préc., point 77.

[4] *Supra* n° 115 et s.

[5] « Innovation technologique et concurrence », *in* Cour de cassation, *Rapport 2005*, pp. 67-86.

[6] Pour un exposé de la doctrine des ressources essentielles, V. p.e. R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Publisud, 2002, p. 261 et s. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, Economica, 2006, p. 673 et s.

[7] Cass. com., 25 janvier 2000, *Héli-Inter*, BOCCRF n° 3, du 7 mars 2000, note M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats Conc. Conso.*, 2000, n° 4, p. 14.

[8] Arrêt de la Cour du 29 avril 2004, IMS Health, C-418/01, Rec. p. I-5039. L. IDOT, « Abus de position dominante : du nouveau sur la conciliation entre concurrence et droit de propriété intellectuelle », *Europe*, 2004, comm. nº 214 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « La Cour protège les droits de propriété intellectuelle dans le conflit entre droit de propriété intellectuelle et droit de la concurrence », *Contrats, conc., conso.*, 2004, nº 128, pp. 19-20 ; L. CORDIER-FÉRON, « Le refus de licence d'une entreprise en position dominante n'est pas abusif : la Cour réaffirme la jurisprudence Magill », *Gaz. Pal.*, 2005, 1, jurisp., p. 35 ; obs. C. PRIETO, *JDI*, 2005, pp. 441-446 ; C. ZOLYNSKI, Revue des affaires européennes, 2003-04, pp. 463-470 ; J. DREXL, « IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases », *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2004, pp. 788-808. C. STOTHERS, « IMS Health and its Implications for Compulsory Licensing in Europe », *European Intellectual Property Review*, 2004, pp. 467-472; B. ONG, « Anti-competitive Refusals to Grant Copyright Licenses : Reflections on the IMS Saga », *European Intellectual Property Review,* 2004, pp. 505-514.

disent les économistes), le juge conclut généralement que le partage de la ressource en cause favorise une utilisation plus productive, puisque plusieurs entreprises l'exploitent. Cela plaide en faveur de l'obligation de contracter, qui aura pour effet de stimuler la concurrence sur le marché aval et d'éviter le coût d'un investissement concurrent[1]. En revanche, si le juge raisonne en se situant au moment de la décision prise par l'entreprise détentrice de la ressource (*ex ante*), la question se présente autrement, car l'obligation de contracter pourra avoir pour effet de décourager dans l'avenir des investissements productifs ou innovants. En effet, les entreprises qui craindront de devoir partager les fruits de leur investissement auront une incitation réduite à investir. Le juge est donc saisi d'un conflit entre deux formes d'efficience. Selon le moment auquel il choisit de se placer pour examiner les faits, il privilégie soit l'efficience allocative pour le présent, soit l'efficience dynamique[2] pour l'avenir[3]. Les juges, s'ils n'appréhendent pas nécessairement la question dans les termes techniques de la théorie économique, saisissent bien quels en sont les enjeux[4].

144. **Conclusion du i)**. Les arrêts, même anciens, montrent un juge conscient de l'efficience et de son statut d'objectif protégé par les règles de concurrence. Plus particulièrement, c'est l'efficience dynamique qui semble avoir été – de longue date et conformément au texte de l'article 81, paragraphe 3, CE – considérée comme un but. Cette

---

[1] E. ELHAUGE, *op. cit.*, p. 296. L'auteur raporte (p. 306) que c'est le point de vue adopté par la Cour suprême des États-Unis dans son arrêt *Aspen skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp*., 472 U.S. 585 (1985), pp. 601-3.

[2] On peut aussi présenter le choix en termes d'efficience *allocative* ex post ou ex ante comme le fait E. ELHAUGE, *op. cit.*, *loc. cit*. En effet, l'investissement futur relève également de l'efficience allocative : il s'agit de savoir si les capitaux seront investis en vue de leur usage le plus productif. La crainte de devoir partager le fruit de son investissement diminue l'espérance de gain associée à un projet d'investissement. La présentation en termes d'efficience dynamique nous paraît plus parlante, mais nous n'avons pas voulu introduire de nuance de sens par rapport à l'argument tel qu'il est présenté par le professeur Elhauge.

[3] E. ELHAUGE, *op. cit.*, pp. 296-298, préconise la seconde attitude, qui consiste à se placer au moment de la décision stratégique de l'entreprise. On peut observer que la Cour d'appel de Paris a adopté une telle attitude, quoique dans une affaire qui ne concernait pas l'accès à une ressource essentielle. Paris, 1ère ch., sect. H, 3 octobre 2000, SARL Photolem, BOCCRF n° 13, du 5 décembre 2000. Il ne s'agissait pas d'un refus de contracter, mais d'un relèvement par France Télécom de ses tarifs pour certaines prestations de services télématiques. La décision de relever ses tarifs est appréciée à la date où elle a été prise. La décision apparaît justifiée par un objectif légitime selon un avis préalable de l'autorité de régulation des télécommunications ainsi qu'un avis de la Cour des comptes.

[4] « Innovation technologique et concurrence », *in* Cour de cassation, *Rapport 2005*, préc ; Conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 26 novembre 1998, Bronner/Commission, C-7/97, Rec. p. I-7791, spéc. point 56. Dans ses conclusions, l'avocat général Jacobs expose très clairement les termes du choix de politique jurisprudentielle qui se posait à la Cour à l'occasion de cette affaire. En l'espèce, la Cour a évité de devoir se prononcer sur cette question, car elle a considéré que l'accès à la ressource en cause (un système de distribution de journaux à domicile) n'était pas indispensable aux concurrents.

prise de conscience est heureuse, car le juge est confronté à des situations de conflits entre différentes formes d'efficience. La question du refus de contracter appréhendée à travers la doctrine des ressources essentielles l'indique assez. La conscience qu'ont les juges des enjeux de leurs décisions en termes d'efficience ne signifie cependant pas qu'une doctrine judiciaire très ferme existe à ce stade sur le traitement des questions d'efficience. *A fortiori*, on ne peut affirmer que les juges admettent toujours les raisonnements économiques relatifs à l'efficience. La question particulière de la prise en considération de l'efficience à titre de justification objective en matière d'abus de position dominante l'illustre.

ii. Les conséquences non admises de l'objectif d'efficience : l'exemple de l'efficience en tant que justification objective en matière d'abus de position dominante

145. **Raisonnement et annonce.** Si l'efficience est un but de la concurrence juridiquement protégée, on admettra en bonne logique que les comportements qui améliorent l'efficience ne doivent pas être interdits. On peut, certes, subordonner l'application de cette règle à certaines conditions, comme le fait l'article 81, paragraphe 3, CE, mais la cohérence plaide en faveur de ce principe. À tout le moins paraît-il nécessaire d'accorder pertinence aux allégations d'efficience. Pour apprécier l'attitude du juge à cet égard, la jurisprudence sur l'abus de position dominante s'avère fort intéressante, car les textes ne fournissaient aucune indication particulière. Plus précisément, c'est à travers la question des justifications objectives admissibles que l'on tentera de voir si le juge traite l'efficience comme un objectif.

146. **Abus de position dominante – incertitude.** En matière d'abus de position dominante, la question du traitement de l'efficience est plus délicate qu'en matière d'ententes ou de contrôle des concentrations, car il n'existe dans l'article 82 CE aucune référence, même imprécise ou indirecte, à l'efficience[1]. Comme l'ont relevé certains commentateurs, l'efficience supérieure d'une entreprise a d'abord été considérée comme un élément défavorable dans l'appréciation de sa situation dans la concurrence. Tel fut le cas dans l'arrêt *Hoffmann-La-Roche*[2], où l'on a jugé que l'avance technologique de l'entreprise constituait

[1] V. *supra* n° 129 et T. EILMANSBERGER, « How to Distinguish Good From Bad Competition », préc., p. 133, qui considère que la protection du processus concurrentiel et le bien-être des consommateurs sont les seuls buts que l'on peut inférer de l'article 82 CE.

[2] Arrêt de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 91.

une barrière à l'entrée[1]. L'efficience supérieure n'est certes pas considérée comme un élément constitutif de l'abus, mais elle est perçue avant tout comme un obstacle pour les concurrents plutôt que comme le signe d'une concurrence par les mérites. L'incertitude sur le traitement réservé par le juge aux allégations d'efficience se confirme dans le traitement réservé aux justifications objectives.

147. **Efficience et justifications objectives.** Il est de jurisprudence constante qu'une entreprise dominante peut invoquer des « justifications objectives » pour échapper à la condamnation de son comportement au titre de l'abus de position dominante[2]. Cette possibilité résulte de la définition même de l'abus donnée par le juge communautaire. En effet, la référence à la notion de « concurrence par les mérites », qui sert à définir l'abus, implique nécessairement que l'entreprise dominante puisse démontrer qu'elle n'a mis en œuvre que les moyens qui caractérisent une telle concurrence. La notion de justifications objectives paraissait un véhicule adéquat pour la prise en considération de l'efficience[3]. L'avocat général Jacobs a conclu à plusieurs reprises en faveur d'une telle interprétation[4] et la Commission semble penser qu'il existe une *efficiency defence* dans la jurisprudence sur l'abus de position dominante[5]. Pourtant, l'analyse de la jurisprudence révèle qu'il est difficile de trouver dans les arrêts un soutien à cette thèse[6]. Tout d'abord, l'efficience n'est pas une « défense » au sens où elle permettrait d'obtenir l'exonération d'un comportement qualifié d'abusif[7]. Cela résulte de la notion même d'abus. À la différence d'une entente, qui peut être

---

[1] V. KORAH, « The Concept of a dominant position within the meaning of Article 86 », *CML Rev.*, 1990, pp. 395-415, p. 411.

[2] V. jurisprudence communautaire citée ci-dessous et jurisprudence française citée par L. VOGEL, *Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2006, n° 362, p. 369. Pour être admise, la justification doit être proportionnelle. Sur ce point, V. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, n° 660, p. 541.

[3] *Supra* nos remarques sur les rapprochements possibles entre la notion de concurrence par les mérites et l'efficience, n° 100.

[4] Conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 26 novembre 1998, Bronner/Commission, C-7/97, Rec. p. I-7791, et sous l'arrêt de la Cour du 31 mai 2005, Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e.a./Glaxosmithkline AEVE, « Syfait », C-53/03, Rec. p. I-4609.

[5] *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, préc., n° 77.

[6] E. ROUSSEVA, « The Concept of "Objective Justification" of an Abuse of a Dominant Position : Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC ? », *Competition L. Rev.*, 2006, vol. 2, n° 2, pp. 27-72, spéc. p. 55 et s. V. aussi P.-J. LOEWENTHAL, « The Defence of "Objective justification" in the Application of Article 82 EC », *World Competition*, 2005, pp. 455-477.

[7] Pas plus qu'une « efficiency defence » ne permet d'obtenir l'autorisation d'une opération de concentration qui restreint par ailleurs la concurrence. Sur ce point, V. D. GÉRARD, *op. cit.*

restrictive de concurrence mais exemptée, un comportement ne peut être simultanément abusif et justifié[1]. Cette remarque formelle n'annule cependant pas la possibilité que l'efficience soit, sur le fond, prise en considération à titre de justification objective. En effet, l'absence de justification est un élément négatif de la qualification d'abus et non, à proprement parler, une exception[2]. Il importe donc de savoir si et dans quelle mesure des justifications tirées de l'efficience sont considérées comme admissibles par les juges. La lecture des arrêts révèle une évolution parallèle à celle des textes. L'efficience a longtemps été absente des motifs relatifs aux justifications objectives. Elle y a désormais pris place, mais une place encore mal définie. En particulier, il n'est pas clair que l'efficience soit véritablement traitée comme un objectif.

148. **Absence.** La très grande majorité des arrêts ne contient aucune allusion à l'idée d'efficience[3]. Tel est le cas des arrêts qui traitent des « justifications objectives » à propos d'une différence de prix constatée entre différents États membres[4]. Pour autant que les arrêts permettent de comprendre l'idée que le juge se fait des justifications objectives acceptables[5], ils se réfèrent à des différences dans les conditions de concurrence[6]. Ainsi, une entreprise

---

[1] Si un comportement est justifié, ce n'est pas un abus. En ce sens que l'article 82 CE « exclut, en raison de la nature même de son objet, à savoir l'abus, toute possibilité d'exception à l'interdiction ». Arrêt du Tribunal du 10 juillet 1990, Tetra Pak Rausing/Commission, T-51/89, Rec. p. II-309, point 25. V. aussi les conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 31 mai 2005, Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e.a./Glaxosmithkline AEVE, « Syfait », C-53/03, Rec. p. I-4609, point 72.

[2] P.-J. LOEWENTHAL, *op. cit.,* p. 460 ; E. ROUSSEVA, *op. cit.,* p. 29.

[3] Parmi les dix arrêts cités par la Commission à l'appui de sa thèse et mentionnés aux notes suivantes, seuls deux d'entre eux peuvent être considérés comme portant en germe l'idée que l'efficience pourrait constituer une justification objective.

[4] Arrêts de la Cour du 18 février 1971, Sirena S.r.l./Eda S.r.l e.a., 40/70, Rec. p. 69, point 17 ; du 8 juin 1971, Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH/Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, 78/70, Rec. p. 487, point 19, et du 13 juillet 1989, Ministère public/Jean-Louis Tournier, 395/87, Rec. p. 2521, point 46.

[5] Rendus à titre préjudiciel, ces arrêts ne sont pas toujours très explicites sur ce point. Cela n'est du reste pas propre à ces arrêts. Comme l'observe ROUSSEVA, *op. cit.*, p. 37, les arrêts ne sont généralement pas explicites sur cette question et il est nécessaire de se livrer à une interprétation si l'on cherche à comprendre ce que sont, pour le juge communautaire, les justifications objectives. Pour des exemples d'arrêts très peu explicites sur la nature des justifications objectives admissibles (jugeant que les justifications alléguées ne sont pas admissibles, sans précision permettant d'inférer une notion plus générale de justification objective, V. p.e. arrêt de la Cour du 3 octobre 1985, SA Centre belge d'études de marché (CBEM)/SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA Information publicité Benelux (IPB), « Télémarketing » 311/84, Rec. p. 3261, point 27 ; du 6 avril 1995, Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP)/Commission, « Magill », C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743, point 30).

[6] Dans son arrêt Tournier, préc., point 46, la Cour précise que l'article 82 CE ne serait pas enfreint « si la société de droits d'auteurs en question était en mesure de justifier une telle différence en se fondant sur des différences objectives et pertinentes entre la gestion des droits d'auteurs dans l'État membre concerné et dans les autres États membres ».

paraît pouvoir exciper du coût plus élevé de son activité dans un État que dans un autre en raison de circonstances de fait ou de réglementations qui lui sont extérieures. Une telle justification est donc étrangère à l'efficience de l'entreprise elle-même[1]. De même, les justifications que la Cour de justice a jugées admissibles dans son arrêt *United Brands*[2], relativement cette fois à l'arrêt par une entreprise dominante de ses livraisons à un client, n'ont rien à voir avec l'efficience[3]. L'admissibilité de justifications extérieures à l'efficience est encore démontrée par l'examen attentif que réserve le juge à une allégation de justification tirée des usages commerciaux[4] ou de la protection de la santé[5]. Dans les rares cas où une justification a été admise, celle-ci avait trait à une cause étrangère[6]. L'efficience n'est ou, à tout le moins, n'était pas exigée pour qu'une justification soit admissible.

149. **Apparition.** Au cours des dernières années, l'idée d'efficience s'est frayé un chemin dans la conception que le juge communautaire se fait des justifications objectives. Ainsi, dans son arrêt *Irish Sugar*, le Tribunal de première instance a jugé que « la protection de la position concurrentielle d'une entreprise en position dominante (…) doit, à tout le moins, pour être

---

[1] En ce sens, E. ROUSSEVA, *op. cit.*, p. 36.

[2] Arrêt de la Cour du 14 février 1978, United Brands Company/Commission, 27/76, Rec. p. 207.

[3] Au point 228, la Cour cite comme facteurs explicatifs admissibles, mais non présents en l'espèce, des différences de prix constatées : « des différences dans les frais de transport, la fiscalité, les droits de douane, les salaires de la main-d'œuvre, les conditions de commercialisation, les différences de parité des monnaies, la densité de la concurrence ».

[4] Arrêt du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak International SA/Commission, « Tetra Pak II », T-83/91, Rec. p. II-755, point 136.

[5] V. l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 1991, Hilti AG/Commission, T-30/89, Rec. p. II-1439, points 102-119. Hilti soutenait qu'elle avait été amenée à faire obstacle à l'utilisation dans ses pistolets des clous fabriqués par ses concurrents en raison des risques que ceux-ci auraient présentés pour la sécurité des utilisateurs. Le Tribunal rejette cet argument, au motif que, même à supposer un tel risque avéré, il n'appartenait pas à l'entreprise dominante de décider de la conduite à tenir pour protéger les utilisateurs, dès lors que des autorités publiques étaient en charge de prendre, le cas échéant, les mesures nécessaires à cet effet. Le fait que la sécurité des utilisateurs ne puisse être invoquée par une entreprise dominante à titre de justification (sauf à démontrer la pertinence, la nécessité et la proportionnalité de la mesure prise) n'exclut évidemment pas que l'efficience puisse l'être, mais ne l'indique pas non plus.

[6] Arrêt de la Cour du 29 juin 1978, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV e.a./Commission, préc., points 32-34. Dans cet arrêt, la Cour considère que l'interruption par une compagnie pétrolière de ses livraisons à l'un de ses clients était justifiée, d'une part, en raison de la circonstance extérieure que constituait la pénurie qui existait alors et, d'autre part, parce que ce client ne faisait pas partie des clients réguliers, en somme parce que, face à une circonstance étrangère négative, il est permis de privilégier ses clients réguliers. Cp. Arrêt du Tribunal du 1er avril 1993, BPB Industries Plc et British Gypsum Ltd/Commission, T-65/89, Rec, p. II-389, point 94, où dans des circonstances factuelles assez proches (pénurie), le Tribunal a jugé que le fait de privilégier les clients « fidèles », par opposition à ceux qui commercialisent des produits concurrents, présentait en lui-même un « caractère anticoncurrentiel en raison de l'objet discriminatoire qu'il poursuit et de l'effet d'éviction susceptible d'en résulter ».

légitime, être fondée sur des critères d'efficacité économique et présenter un intérêt pour les consommateurs»[1]. C'est la première fois que l'efficience est reconnue comme pertinente et surtout nécessaire (quoique non suffisante) à toute justification d'un comportement au regard de l'article 82 CE. Ce considérant a par la suite été repris dans l'arrêt *British Airways*[2]. Toutefois, les arrêts dans lesquels le juge communautaire examine des justifications tirées de l'efficience trahissent, de la part du juge, une conception étroite de cette notion.

150. **Conception étroite.** Cette conception étroite se manifeste dans les arrêts relatifs aux rabais accordés par une entreprise en position dominante. Dans l'arrêt *Portugal/Commission*[3], la Cour de justice avait à connaître d'un système de rabais de quantité pratiqué par un aéroport sur les redevances d'atterrissage. Il était reproché à ce système d'être discriminatoire bien que lié aux quantités[4]. La Cour admet que ce type de rabais peut être abusif s'il n'est pas objectivement justifié. Or, et c'est là ce qui nous intéresse ici, la Cour n'envisage comme justification objective qu'une économie de coût réalisée avec un client particulier. Il s'agit bien d'une justification tirée de l'efficience, mais elle est très étroitement conçue. Elle ne peut consister qu'en une économie de coût, ce qui est déjà restrictif, et propre à une transaction particulière, ce qui l'est encore davantage. L'arrêt *Irish Sugar*, dans lequel le Tribunal de première instance manifeste, on l'a vu, une ouverture aux considérations d'efficience, retient lui aussi une conception restrictive de la notion. Le Tribunal considère inadmissible par nature une justification tirée des particularités de la stratégie d'un client[5]. La justification n'était peut-être pas acceptable en l'espèce, mais le rejet de principe des justifications tirées de motifs stratégiques témoigne d'une conception étroite de l'efficience. L'efficience n'est pas, en effet, réservée au processus productif au sens strict. Elle concerne aussi l'organisation des rapports d'une entreprise avec ses partenaires et l'optimisation de sa stratégie de distribution. La conception restrictive de l'efficience limite ainsi en pratique les possibilités pour les entreprises d'invoquer des justifications tirées de l'efficience de leur comportement.

---

[1] Arrêt du Tribunal du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 189.

[2] Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, Rec. p. II-5917, point 280.

[3] Arrêt de la Cour du 29 mars 2001, Portugal/Commission, C-163/99, Rec. p. I-2613, points 11, 53, 136 et 218.

[4] Il était avancé que l'effet discriminatoire résultait des seuils de déclenchement des différents taux – progressifs – de remise.

[5] *Irish Sugar*, préc., point 218.

151. **Attitude restrictive.** Cette limitation est renforcée par l'attitude restrictive du juge dans l'examen des justifications tirées des économies de coûts. En effet, lorsque de telles économies sont invoquées, le juge n'examine pas les preuves fournies s'il est par ailleurs établi que le comportement est discriminatoire. C'est le cas dans l'arrêt *Portugal/Commission*, où le caractère discriminatoire des remises paraît constituer une fin de non-recevoir de cette justification[1]. De même, si le comportement a un effet d'exclusion, son efficience éventuelle n'est pas examinée. C'est ce qui résulte de l'arrêt *Michelin*, où l'effet d'exclusion des rabais fidélisants suffit à motiver le rejet de l'allégation d'efficience, sans qu'il soit nécessaire d'examiner plus avant cette allégation[2]. Dans l'arrêt *British Airways*[3] également, l'allégation d'efficience a été rejetée par un motif très général et indépendant des considérations d'espèce. C'est l'effet fidélisant du rabais qui a justifié le rejet d'une possible explication du comportement par la recherche de l'efficience[4]. Dès lors, comme le note un auteur, le raisonnement paraît circulaire[5]. Dans un premier temps, le juge expose que les seules exceptions d'efficience admissibles sont tirées des économies de quantité propres à la transaction. Or, de telles économies ne peuvent consister que dans des rabais strictement proportionnels aux quantités. Dès lors, elles ne peuvent par hypothèse pas se retrouver dans les rabais de fidélité, lesquels ne sont pas proportionnels. Contrairement à ce qu'affirme le Tribunal de première instance[6], c'est donc le caractère fidélisant des rabais qui neutralise en pratique la possibilité d'invoquer des gains d'efficience. Ce qui gêne dans pareil raisonnement, c'est le fait que le juge procède par affirmations générales au lieu d'examiner les allégations d'efficience dans leur spécificité factuelle. Les rabais de quantité sont « censés refléter les gains d'efficience et des économies d'échelle réalisés par l'entreprise dominante »[7], tandis que les rabais de fidélité sont réputés abusifs sans que, dans un cas comme dans l'autre, les considérations d'espèces aient visiblement la moindre part[8].

---

[1] *Portugal/Commission*, préc., point 52. En ce sens, E. ROUSSEVA, *op. cit.*, p. 59.

[2] Arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, point 110.

[3] Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, Rec. p. II-5917.

[4] *British Airways*, préc., point 291.

[5] E. ROUSSEVA, *op. cit.*, p. 61.

[6] *Michelin,* préc., point 107.

[7] *British Airways*, préc., point 245.

[8] Plus qu'une présomption, le juge consacre donc une règle de fond : l'illicéité des rabais fidélisants. Sur ce type de règles et la confrontation nécessaire de leur contenu avec le savoir économique, V. *infra* n° 879, et n° 892 et s.

152. **Conclusion du ii)**. La jurisprudence sur les justifications objectives en matière d'abus de position dominante permet de faire trois observations quant à la prise en considération de l'efficience par le juge communautaire. Premièrement, on aperçoit un mouvement parallèle à celui observé dans les textes : les considérations d'efficience, absentes à l'origine, font leur apparition dans la jurisprudence récente. Deuxièmement, cependant, le juge témoigne d'une conception restrictive de l'efficience, qui ne paraît prise en considération que lorsque les gains d'efficience consistent dans des économies de coûts proportionnelles aux quantités et attribuables à une transaction particulière. Troisièmement, cette limitation est renforcée par le fait que le juge s'appuie sur des motifs très généraux pour rejeter les allégations d'efficience. Il suffit que le rabais soit discriminatoire, qu'il ait un effet d'exclusion ou un effet fidélisant pour que l'allégation soit rejetée sans examen. L'état actuel de la jurisprudence sur les justifications objectives montre donc la réserve du juge communautaire face à l'examen circonstancié des gains d'efficience. Il y a là un contraste avec l'attitude adoptée dans le cadre de l'article 81, paragraphe 3, CE. Sur ce point, la jurisprudence est sans doute appelée à évoluer.

153. **Conclusion du b.** Les analyses qui précèdent révèlent une situation contrastée. D'un côté, les juges ont, semble-t-il, conscience des bénéfices de la concurrence en termes d'efficience. Différentes formes d'efficience apparaissent comme des buts de la concurrence protégée. Cependant, le juge communautaire ne tire pas toutes les conséquences de ce statut d'objectif. En particulier, le raisonnement selon lequel cet objectif est contrarié lorsque des comportements qui améliorent l'efficience sont jugés illégaux n'est pas admis dans toute sa généralité. La réception de ce raisonnement n'a pas posé de difficultés de principe en ce qui concerne l'article 81, paragraphe 3, CE, et ce même avant l'adoption des lignes directrices sur l'application de ce texte. En revanche, l'examen de la jurisprudence sur les justifications objectives examinées au titre de l'article 82 CE montre que, même lorsque les arrêts font référence à l'efficience, le raisonnement du juge exclut la prise en considération effective des allégations concernant les gains d'efficience. La question du poids accordé à l'efficience parmi différents objectifs reste alors sans réponse. En effet, ce raisonnement du juge montre que, aux yeux de ce dernier, l'efficience n'est pas un objectif.

154. **Conclusion du 2.** L'examen des textes révèle que l'efficience, dans ses différentes formes, est un objectif des règles de concurrence. Ce n'est pas un objectif unique, certes, mais c'est un objectif et le juge doit en tenir compte. L'analyse de quelques exemples dessine une

situation contrastée. Conscient des enjeux d'efficience, le juge reconnaît cet objectif des règles de concurrence, mais il ne tire pas toujours toutes les conséquences d'une telle reconnaissance. C'est plus spécialement le cas en matière d'abus de position dominante.

155. **Conclusion du A.** La confrontation des points de vue du juge et des économistes à propos de l'efficience fait apparaître un décalage, puis une possibilité de convergence. Le décalage tient à ce que, du point de vue du juge, la thèse selon laquelle l'efficience est l'objectif ultime et unique assigné aux règles de concurrence n'est pas acceptable. Elle ne l'est pas pour la simple raison que le juge a le devoir d'appliquer la loi (au sens large comprenant le traité CE et le droit communautaire dérivé). Or, les textes énoncent des objectifs multiples que les règles de concurrence doivent contribuer à réaliser. Il est donc juridiquement faux de dire que l'efficience est leur objectif unique. La possibilité de convergence tient à la fois aux enseignements de l'analyse économique, aux textes et au rôle du juge. Une approche économique rigoureuse interdit de parler de l'efficience en général et oblige à distinguer différentes formes d'efficience : efficience allocative, efficience productive et efficience dynamique. Cela conduit à reconnaître que l'appréciation de l'efficience oblige en réalité à pondérer des considérations hétérogènes. Comme l'a écrit un économiste, une saine politique de concurrence ne peut être fondée sur la fiction selon laquelle le monde est simple[1]. La reconnaissance de la complexité permet ainsi la convergence de l'approche économique tant avec les textes qu'avec le rôle du juge. En effet, les textes peuvent être lus à la lumière de la distinction entre différentes formes d'efficience. On y trouve des références tant à l'efficience allocative qu'à l'efficience productive et dynamique. Il s'en infère que le juge a le devoir de tenir compte non de « l'objectif d'efficience », mais des objectifs d'efficience. Contrairement à ce qui a été soutenu, l'efficience ne peut donc pas être invoquée au soutien d'une conception restrictive de l'office du juge qui exclurait la pondération des intérêts[2]. Le devoir fait au juge de tenir compte des objectifs d'efficience l'investit précisément d'un office complexe[3]. Les exemples analysés montrent les premiers pas accomplis pour s'acquitter de cet office difficile. Les juges ont conscience des enjeux liés à l'efficience et ils se réfèrent dans leurs arrêts à ses différentes

---

[1] R. T. SCHMALENSEE, « Another look at market power », *Harvard L. Rev.*, 1982, p. 1789.

[2] *Supra* n° 125.

[3] M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », *in Jean Foyer auteur et législateur. Leges Tulit, Jura Docuit, Écrits en hommage à Jean Foyer*, pp. 463-476. L'auteur parle « d'office de régulation ».

formes (allocative, productive et dynamique). Toutefois, toutes les conséquences n'ont pas été tirées de l'obligation de tenir compte des objectifs d'efficience. Ainsi, la jurisprudence sur les justifications objectives en matière d'abus de position dominante témoigne d'une conception très restrictive de l'efficience, mais aussi d'un raisonnement qui ne lui réserve pas la place d'un objectif protégé. Gageons que la jurisprudence évoluera. Les facteurs de convergence entre l'approche économique, les textes et l'office du juge le permettent et y invitent.

156. **Transition.** La reconnaissance de la complexité associée à l'analyse de l'efficience a conduit les économistes à ne plus présenter cette dernière comme l'objectif unique qu'il suffirait de suivre pour bien appliquer les règles de concurrence. Il en est résulté que l'accent est aujourd'hui davantage mis sur le « bien-être des consommateurs ». Il faut donc confronter les points de vue du juge et des économistes à propos de cet objectif. Dans la mesure où la notion n'est pas étrangère à celle d'efficience, qui vient d'être étudiée, nous procèderons plus rapidement à son examen.

B. Confrontation des points de vue du juge et des économistes à propos de l'objectif du « bien-être du consommateur »

157. Plus que par le passé, le bien-être du consommateur est aujourd'hui présenté comme le principal objectif des règles de concurrence. L'accent nouveau mis sur cet objectif n'est pas sans incidence du point de vue du juge, puisque les actions visant à promouvoir la saisine des tribunaux par des consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles en sont l'expression[1]. Les approches économiques récentes insistent sur la nécessité de ne pas perdre de vue que les règles de concurrence ont pour but l'avantage des consommateurs (plutôt que celui des concurrents)[2]. Cet objectif paraît désormais consensuel[3]. Pour autant, on ne sait pas

---

[1] Sur ce lien dans la conception des réformes par la Commission, S. NORBERG, « Competition Policy of the European Commission: in the Interest of Consumers? », Conférence prononcée le 20 juin 2003 à l'Université de Louvain, SPEECH/03/21, http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003_021_en.pdf. spéc., p. 26 et s., et M. MALAURIE-VIGNAL, « Le consommateur et le droit de la concurrence », *Contrats Conc. Conso.*, 2005, coll. « Repère », n° 10.

[2] P.e. REY *et alii*, *An Economic Approach of Article 82*, préc., p. 2.

[3] Cet objectif est mis en avant par la Commission. P.e. M. MONTI, « Competition for Consumer's Benefit », Discours prononcé le 22 octobre 2004, http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2004_016_en.pdf. Plus récemment, *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuse*, n° 54. Cette mise en avant du critère du bien-être du consommateur a été saluée par la plupart des commentateurs. P.e. Competition Law Forum's Article 82 Review Group, « The Reform of Article 82 : Comment on the DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionnary Abuses », *European Competition Journal,* 2006, n° 1, pp. 169-175, p. 169, même si certains économistes ont

précisément ce qu'il signifie[1]. Comme dans la section précédente, on étudiera successivement les points de vue économiques (le pluriel est de rigueur) (1) et le point de vue du juge (2) sur l'objectif de promotion de l'intérêt des consommateurs.

1. L'objectif de bien-être du consommateur : points de vue économiques

158. Il est constant parmi les économistes que la concurrence profite aux consommateurs. Cette opinion, au départ peu familière aux juristes[2], est aujourd'hui considérée comme une évidence[3]. À l'origine, le lien entre concurrence et intérêt des consommateurs repose, en économie, sur une conception néoclassique de la concurrence. L'argument, sorti de son cadre théorique, a cependant fait l'objet d'une utilisation entachée de confusions[4].

159. **Point de vue néoclassique.** La manière habituelle de présenter le rapport entre la concurrence et l'avantage du consommateur en économie consistait à poser que celui-ci résultait nécessairement de celle-là. L'intérêt des consommateurs serait favorisé par la concurrence sans avoir à être spécialement protégé[5]. Cette idée se fonde sur la comparaison entre le monopole et la concurrence parfaite. Il est en effet classiquement enseigné que le

---

souligné que l'approche décrite n'était pas en tous points cohérente avec les objectifs professés. P.e. S. BISHOP et S. MARSDEN, « The Article 82 Discussion Paper : A Missed Opportunity », *European Competition Journal,* 2006, n° 1, pp. 1-5. Si, plus généralement, certains auteurs affirment que « la protection du consommateur (...) n'est pas un objectif du droit de la concurrence », c'est parce que « [l]e droit de la concurrence n'est pas un droit de *protection* », à la différence du droit de la consommation. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 22, pp. 25-26 (souligné dans l'original). V. cependant M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, préc., n° 23 à 29, pp. 36 et s. L'auteur considère que l'intérêt des consommateurs n'est pas pris en considération pour lui-même, mais seulement « comme outil d'analyse de la situation d'une entreprise sur un marché » (n° 25, p. 38) et qu'« il importe dans la seule mesure où il atteste de l'efficacité économique » (n° 25, p. 39). Elle conclut que « la considération de l'intérêt du consommateur ne [lui] semble pas jouer le rôle d'un fait justificatif autonome ».

[1] A. WACHSMANN et É. SARRAZIN, « Limites de l'approche actuelle en matière d'abus de position dominante : Quelques réflexions », *Concurrences*, n° 4-2005, pp. 10-13, p. 11.

[2] Certains auteurs ont en effet considéré que la promotion de la concurrence et la protection du consommateur étaient des objectifs alternatifs. Sur ce point, V. B. DHAEYER et J. THILMANY, « La protection du consommateur en droit antitrust européen », *RTD Eur.*, 1978, pp. 235-237, et références citées.

[3] M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, n° 18, p. 27.

[4] Sur ces confusions V. I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique : L'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, thèse Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004, p. 131.

[5] « La politique de concurrence n'a pas besoin de se préoccuper directement d'augmenter le pouvoir d'achat des pauvres parce qu'elle accomplit cela indirectement lorsqu'elle interdit les cartels et les monopoles dans la recherche exclusive de l'efficience » (nous traduisons), K. G. ELSINGA, « The Goals of Antitrust : Other than Competition and Efficiency, What Else Counts ? », *U. Pa. L. Rev*., 1977, pp. 1194-1195, cité par R. AHDAR, « Consumer, Redistribution of Income and the Purpose of Competition Law », *ECLR*, 2002, pp. 341-353, p. 345.

monopole se distingue à deux égards de la concurrence parfaite[1]. En premier lieu, le monopole diminue le « surplus global » que retirent les différents agents (entreprises et consommateurs) du processus productif[2]. En second lieu, le monopole s'approprie le « surplus du consommateur », qui désigne « le bénéfice que le consommateur est en droit d'attendre de la concurrence » du fait de prix plus bas[3]. Si le premier effet peut être jugé néfaste tant du point de vue de l'efficience que de celui du consommateur, le second est neutre en termes d'efficience et concerne uniquement la distribution des richesses entre producteurs et consommateurs[4]. La théorie dissocie donc clairement l'effet en termes d'efficience de l'effet en termes de distribution, appréhendé à travers la notion de surplus du consommateur[5]. Autrement dit, l'intérêt particulier des consommateurs est distingué de l'intérêt général qui s'attache à l'efficience. Malgré la clarté de cette distinction, une rhétorique s'est développée dans laquelle l'intérêt du consommateur n'est en réalité que le faux-nez de l'objectif de maximisation des richesses (ou du surplus global), dont on a vu qu'il était inadmissible, comme objectif unique, pour le juge.

---

[1] Pour un exposé de la démonstration selon laquelle la concurrence parfaite accroît le surplus du consommateur par rapport à la situation de monopole, V. E. COMBE, *Économie et politique de concurrence*, Dalloz, coll. Précis, 1ère éd., 2005, n° 9 et 10, pp. 30 et s.

[2] La notion désigne l'avantage que retirent les agents de leur participation à l'échange. Ce surplus est composé de deux surplus partiels, le surplus du producteur et le surplus du consommateur. Le surplus du producteur est le supplément de profit qu'il obtient en raison d'un prix de vente plus élevé que le prix qui aurait couvert l'ensemble de ses coûts (y compris la rémunération du capital au taux du marché). Le surplus global défini comme la somme du surplus du consommateur et du surplus du producteur est donc une mesure de la satisfaction collectivement retirée des échanges économiques.

[3] P. AREEDA, « Introduction to Antitrust Economics », *Antitrust L. J.*, 1983, vol. 52, p. 536, cité par R. AHDAR, *op. cit.* p. 348. Le surplus du consommateur est la différence entre le prix que le consommateur est prêt à payer pour un bien et le prix auquel il l'achète réellement. D. CARLTON et J. M. PERLOFF, *Économie industrielle*, *op. cit.*, p. 1020 et p. 118. Un exemple permet d'éclairer cette définition : supposons qu'un bien soit vendu à 2 € lorsque le marché est compétitif. Les consommateurs marginaux sont ceux qui sont prêts à payer au maximum 2 € pour ce bien. Certains consommateurs en revanche, particulièrement férus de ce bien, sont prêts à payer 3 € l'unité. Ces consommateurs reçoivent un surplus de 1 € par unité de bien achetée lorsque le marché est compétitif. Si un monopole était créé sur ce marché et augmentait le prix à 3 € l'unité, les consommateurs marginaux cesseraient d'acheter le bien en cause et les autres consommateurs perdraient leur surplus au profit du monopole. Pour un exposé de la démonstration selon laquelle la concurrence parfaite accroît le surplus du consommateur par rapport à la situation de monopole, V. E. COMBE, *op. cit.*, n° 9 et 10, pp. 30 et s.

[4] FAULL et NIKPAY, *EC Law of Competition*, n° 1.63.

[5] Il ne semble pas que cette distinction conceptuelle soit compatible avec l'opinion de plusieurs auteurs selon laquelle le consommateur serait « synonyme d'un marché efficace » et/ou « test principal » de l'efficience. C.-E. GUDIN, « Qu'est devenu le consommateur en droit communautaire de la concurrence ? », *R.A.E. – L.E.A.*, 1998 p. 221-233, p. 227, et M.-S. PAYET, *op. cit.*, *loc. cit.*

160. **Instrumentalisation.** La notion d'intérêt du consommateur a été instrumentalisée par certains auteurs afin de promouvoir, dans le contexte américain mais aussi européen[1], une interprétation du droit de la concurrence visant exclusivement la maximisation des richesses[2]. Ainsi, lorsque des auteurs de l'École de Chicago, comme le professeur Bork, affirment que l'intérêt du consommateur est l'unique but du droit de la concurrence[3], on pourrait se méprendre sur leur véritable pensée[4]. En effet, ces auteurs estiment en réalité que les aspects distributifs peuvent en principe être considérés comme indifférents par le droit de la concurrence en général et par le juge en particulier[5]. L'argument est en substance le même que celui qui a été vu plus haut à propos de l'efficience : prendre en considération la distribution des avantages de la concurrence entre les différents bénéficiaires possibles (producteurs et consommateurs notamment) serait, selon ces auteurs, verser dans le jugement de valeur qu'il convient d'éviter méthodiquement, puisqu'il relève par nature du législateur et non du juge[6]. La seule manière pour le droit de la concurrence de rester « distributivement neutre » serait de se donner comme objectif la maximisation de la richesse globale, indépendamment de sa distribution. C'est donc au prix d'une définition parfaitement contre-

---

[1] V. KORAH, « From Legal Form toward Economic Efficiency – Article 85(1) of the EEC Treaty in Contrast to U.S. Antitrust », *The Antitrust Bulletin*, 1990, vol. 35, n° 4, p. 1009-1036.

[2] Sur ce point, V. R. H. LANDE, « The Rise and (coming) Fall of Efficiency as the Rule in Antitrust », *Antitrust Bull.* 1988, vol. 33, p. 429, spéc. p. 435 ; R. AHDAR, « Consumer Redistribution and the Purpose of Competition Law », *ECLR* 2002, pp. 341-353, spéc. p. 345 et s. Les auteurs en question sont R. BORK et les auteurs de l'École de Chicago, dont R. A. POSNER, qui a repris ses analyses. Sur ce point, V. R. H. LANDE, *op. cit.*, note 10, p. 432.

[3] R. BORK, *The Antitrust Paradox,* « [l]e seul but légitime du droit américain de la concurrence est la défense du bien-être du consommateur » (p. 52) ; « La méthode habituelle de recherche de l'intention du législateur conduit clairement à la conclusion que le droit de la concurrence doit être interprété comme ayant pour unique but de promouvoir le bien-être du consommateur » (p. 71).

[4] Certains juges de la Cour suprême eux-mêmes semblent s'être laissés convaincre par cet argument. V. l'arrêt *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979), cité par R. H. LANDE, « The Rise and (coming) Fall of Efficiency as the Rule in Antitrust », *Antitrust Bull.*, 1988, Vol. 33, pp. 445-446.

[5] O. WILLIAMSON, « Economies as an Antitrust Defense : The Welfare Trade-offs », *Am. Econ. Rev.*, 1968 vol. 58, p. 27, republié dans *Competition Policy Int'l*, 2005, n° 1, pp. 217-236, spéc. p. 227.

[6] *Supra* n° 125. R. H. BORK, « The Role of Courts in applying Economics », *Antitrust L. J.*, 1985, p. 21, spéc. p. 24 ; R. H. BORK, *The Antitrust Paradox*, p. 83. Cet argument a été repris par la Cour suprême dans son arrêt *U.S. v. Ford Motor Co* 405 U.S. 562, 1972 : « une fusion n'est pas à l'abri de l'illégalité parce qu'elle peut être estimée bénéfique si l'on en vient à faire le bilan des avantages et des inconvénients sociaux ou économiques qui en découlent. *Un jugement de valeur de cette ampleur outrepasse les limites normales de la compétence judiciaire* », cité en français par B. DHAEYER et J. THILMANY, « La protection du consommateur en droit antitrust européen », préc., p. 228 (nous soulignons).

intuitive[1] de la notion d'intérêt du consommateur que ces auteurs parviennent à affirmer que le droit de la concurrence doit avoir la promotion de cet intérêt comme seul objectif[2]. En effet, dans leurs écrits, la notion de consommateur englobe non seulement les consommateurs, au sens ordinaire du terme, mais aussi les producteurs et leurs actionnaires[3]. Les règles de concurrence auraient l'avantage du consommateur comme finalité exclusive, mais il ne faudrait pas opposer l'intérêt des consommateurs finals et celui des entreprises. C'est ce qui conduit un auteur à qualifier d'orwellienne[4] la conception que défend Bork du bien-être du consommateur. Cette conception, qui nie toute opposition entre le pouvoir de marché et l'intérêt des consommateurs ainsi que tout élément de justice distributive dans le droit de la concurrence, n'est évidemment pas partagée par tous les économistes[5]. Il convient donc de ne pas assimiler l'approche économique à l'instrumentalisation politique qui a pu en être faite. À l'heure actuelle, lorsque des économistes disent que « les consommateurs comptent »[6],

---

[1] R. H. LANDE, « The Rise and (coming) Fall of Efficiency as the Rule in Antitrust », *Antitrust Bull*., 1988, p. 450.

[2] R. AHDAR, *op. cit.*, p.348.

[3] Le passage suivant est très explicite à cet égard : « [c]eux qui continuent à acheter après la formation d'un monopole paient plus cher pour la même production et ceci transfère une partie de leurs revenus au monopole et à ses propriétaires, qui sont aussi des consommateurs. Ce n'est pas une "perte pure" due à la restriction de production, mais un simple transfert de revenus entre deux catégories de consommateurs ». R. H. BORK, *op. cit.*, p. 110 (nous traduisons). La notion de « perte pure » ou « perte sèche » (*dead weight loss*) désigne le coût social (ce qui est perdu pour tout le monde) du mauvais fonctionnement d'un marché, V. sur ce point, W. CARLTON et J. PERLOFF, *op. cit.*, p. 119.

[4] R. H. LANDE, *op. cit.*, p. 434. Un autre auteur voit plus généralement dans la démarche du juge Bork « une hypocrisie de premier ordre », J. J. FLYNN, « The Reagan administration's antitrust policy, "original intent" and the legislative history of the Sherman Act », *Antitrust Bull.*, 1988, p. 259, spéc. note 17, p. 271. Sur ce point, V. aussi E. FOX, « "We Protect Competition, You Protect Competitors" », *World Competition*, 2003, n° 2, pp. 149-165, spéc. p. 153, qui montre que, par cette définition étrange du bien-être du consommateur, il s'agissait surtout de justifier une politique de non-intervention des autorités de concurrence.

[5] P.e. J. PELKMANS, « Consumer Interest in the EC Competition Regime : An Economic Perspective », *in* M. GOYENS (éd.) *E.C. Competition Policy and the Consumer Interest,* Proceedings of the Third European Workshop on Consumer Law, Louvain-la-Neuve, 10-11 mai 1984, Cabay-Bruylant 1985, spéc. p. 32. L'auteur (un économiste) s'étonne de ce que la Commission ait pu, dans certaines décisions d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE, considérer que la condition d'attribution aux consommateurs d'une part équitable du bénéfice de l'accord était automatiquement satisfaite dès lors qu'un progrès économique était établi. Plus récemment, R. ADHAR, « Consumer, Redistribution of Income and the Purpose of Competition Law », *ECLR*, 2002, pp. 341-353, spéc. pp. 344-345. A. JACQUEMIN, « The Criterion of Economic Performance in Anti-Trust Policies of the United States and the European Community », *CML Rev.*, 1970, pp. 205-225, p. 218. *Adde* : R. PITOFSKY, « The Political Content of Antitrust », *U. Pa. L. Rev.* 1979, Vol. 127, p. 10. V. aussi les auteurs cités *infra* (p. suiv). Les thèses de Bork ont également été critiquées par des juristes américains et européens. P.e. F. BORDLEY, « Economic Goals of Antitrust : Efficiency, Consumer Welfare and Technical Progress », *N.Y. L. Rev*., 1987, pp. 1020-1053. L'auteur distingue clairement le bien-être des consommateurs de l'efficience et plaide en faveur d'une orientation du droit de la concurrence vers la protection du processus concurrentiel et de l'intérêt à long terme des consommateurs.

[6] P. REY *et alii*, préc., p. 7 : « consumers matter ».

l'expression s'entend dans un sens large (lequel inclut les entreprises et pas seulement les personnes physiques), mais qui n'est pas contraire au sens commun. Le consommateur est défini par la position qu'il occupe dans la transaction : il est l'acheteur d'un bien ou d'un service. Cette précision étant faite, il faut néanmoins admettre que la notion de bien-être du consommateur, telle que l'appréhendent les économistes, a ses limites.

161. **Limites.** Dans la notion de surplus, le bénéfice du consommateur est entendu en un sens étroit, limité à l'avantage qui peut se quantifier par référence au prix et à la qualité des produits[1]. Il en résulte que l'utilisation de cette notion conduirait à attribuer une importance très inégale aux différentes composantes de ce qui constitue intuitivement l'intérêt du consommateur. Plus particulièrement, raisonner en termes de surplus du consommateur conduit à ignorer les aspects de la satisfaction des consommateurs irréductibles au prix et à la qualité[2]. L'intérêt du consommateur est évalué essentiellement à l'aune de la hausse ou de la baisse des prix qu'un comportement entraîne. Cette limite n'a pas été surmontée malgré des travaux de recherche en économie sur différents aspects concrets de l'intérêt du consommateur[3]. Cependant, les économistes concèdent désormais volontiers la nécessité d'une approche plus concrète de l'intérêt des consommateurs.

162. **Pondération des intérêts.** Ce désir de réalisme complique l'analyse. En effet, dans une situation réelle, on ne peut généralement pas raisonner sur le consommateur représentatif. Il faut envisager les intérêts distincts, voire divergents, qui se font jour chez les consommateurs. Ainsi, lorsqu'une pratique produit des effets sur plusieurs marchés, elle peut affecter différemment l'intérêt des consommateurs sur ces différents marchés. Il faut aussi

---

[1] F. BORDLEY, *op. cit.*, p. 1033, R. AHDAR, *op. cit.*, p. 348.

[2] J. PELKMANS, *op. cit.*, p. 23, identifie dix composantes, réparties en trois catégories : les composantes relatives au produit : prix, qualité, comparabilité avec d'autres produits ; les composantes relatives au marketing : choix (entre marques et à l'intérieur d'une marque), livraison (rapidité et exactitude), accessibilité géographique (nombre et emplacement dans distributeurs dans une zone), information (information objective sur le produit, test, publicité, information avant vente), service après-vente (disponibilité des pièces détachées, responsabilité du vendeur, garantie) et propriété de la production : efficience technique (minimisation des coûts, innovation de processus, organisation de la firme), innovation de produit. Sur ce point, V. aussi A. BIENAYMÉ, « La problématique du sujet », Exposé introductif à l'Atelier de réflexion du 19 octobre 1995 sur « L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence », *Rev. Conc. Conso*., 1996, n° 90, p. 10.

[3] *Ibid.* Ce constat n'est pas démenti par D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 271-285, p. 279.

distinguer l'effet sur le bien-être du consommateur à court et à long terme[1]. En outre, l'intérêt des consommateurs porte simultanément sur le prix et sur la liberté de choix. Si ces diverses distinctions ne remettent pas fondamentalement en cause le lien entre la concurrence et le bien-être des consommateurs, il est désormais évident que ce lien mérite « un examen plus approfondi »[2]. De l'aveu même d'un économiste, c'est la complexité des rapports entre concurrence et intérêt du consommateur qui justifie que la protection de cet intérêt soit confiée au droit et, plus précisément, au juge, car, en raison de cette complexité même, la loi ne saurait être précise[3]. Une approche économique réaliste conduit donc à reconnaître non seulement que l'intérêt des consommateurs n'est pas automatiquement protégé par la concurrence, mais encore qu'il importe que le juge examine précisément et au cas par cas l'intérêt des consommateurs. Encore une fois, l'évolution de l'analyse économique vers une appréhension plus réaliste de la complexité des faits amène à se tourner vers une pondération des intérêts, qui relève de l'office du juge[4]. L'économie a donc fait, au sujet de l'intérêt des consommateurs, un grand pas vers le juge. La réciproque se vérifie-t-elle ? Le point de vue du juge sur l'intérêt des consommateurs le conduit-il à se tourner vers l'économie ?

2. L'objectif visant à favoriser les intérêts des consommateurs : point de vue du juge

163. **Ambiguïtés.** Le point de vue du juge se forme à partir des textes. Or, comme pour l'efficience, ceux-ci manquent de clarté quant à la place de l'intérêt des consommateurs. Le consommateur n'est pas inscrit au fronton du droit de la concurrence[5]. C'est là un héritage de l'histoire législative. En effet, on ne peut pas dire que, de tout temps et en tous lieux, le législateur a entendu créer les conditions d'un équilibre favorable aux consommateurs lorsqu'il a adopté des lois sur la concurrence. Cela est certes le cas là où les lois *antitrust* ont

---

[1] P. REY (Coord.), *An Economic Approach of Article 82*, préc., p. 9. D. SPECTOR, *op. cit.*, p. 279. *Adde:* A. PERA et V. AUROCCHIO, « Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy », *European Competition Journal*, 2005, pp. 153-177.

[2] A. BIENAYMÉ, *op. cit.*, p. 11. Il en va spécialement ainsi dans certains secteurs comme celui des services collectifs. Sur ce point, Ch.-E. GUDIN, « Qu'est devenu le consommateur en droit communautaire de la concurrence ? », *R.A.E. – L.E.A.*, 1998, p. 221-233, p. 229. *Adde*: H. MAISL, « La protection des consommateurs face au droit de la concurrence et aux droits spécialisés », *Rev. Conc. Conso.*, 1996, n° 90, pp. 39-45.

[3] A. BIENAYMÉ, *op. cit.,* p. 18.

[4] *Supra* n° 143.

[5] M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, préc., n° 18 et s., p. 27 et s. Ch.-E. GUDIN, *op. cit.*, p. 227.

été portées par un mouvement d'hostilité aux grandes entreprises et aux cartels, par exemple aux États-Unis ou en Autriche[1]. Dans ces contextes, les lois nouvelles ont pu être justifiées par le fait que le pouvoir de marché exercé par un cartel était comparable à une taxe privée prélevée sur les consommateurs[2]. Ailleurs, en revanche, et notamment en France, le souci du bien-être des consommateurs n'a pas toujours été de mise[3]. L'avantage des consommateurs était visé au mieux indirectement par les réglementations tendant à juguler l'inflation[4] ou à favoriser le petit commerce[5]. En un sens, on peut brosser un parallèle avec la vision économique classique. Les consommateurs bénéficient par surcroît de la concurrence, sans que leur intérêt soit la raison d'être des règles. Cette conception n'est pas propre au droit français et n'appartient pas davantage au passé. Elle concerne aussi le droit communautaire actuel[6]. Il importe néanmoins de distinguer les dispositions relatives aux accords anticoncurrentiels (a) et celles relatives aux abus de position dominante (b). La circonstance que les règles de concurrence n'aient pas été adoptées dans une perspective centrée sur l'intérêt des consommateurs se traduit en effet par un statut différent de cet objectif selon les dispositions.

a) L'intérêt du consommateur en matière d'accords anticoncurrentiels

164. **Ambiguïté sur l'objectif.** C'est dans les textes relatifs aux accords anticoncurrentiels que le consommateur apparaît le plus nettement. Pour autant, le statut de l'avantage du consommateur en tant qu'objectif n'est pas clair. L'article 81, paragraphe 1, CE interdit les accords qui restreignent la concurrence et cite quelques exemples d'accords interdits. Dans

---

[1] D. GERBER, *Protecting Prometheus*, préc., p. 57.

[2] Argument invoqué dans le projet de loi autrichien de 1897 et rapporté par D. GERBER, *op. cit., loc. cit.*

[3] P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 533, p. 460, rappellent qu'en France, à la fin du XIX^{ème} siècle (époque à laquelle le Sherman Act ou la loi autrichienne sont en discussion), les consommateurs sont également victimes des cartels qui s'épanouissent. Les auteurs notent : « cependant, à l'époque, le fardeau imposé aux consommateurs n'est pas perçu comme tel. La catégorie même de consommateurs n'était pas identifiée et ne bénéficiait donc d'aucune protection ».

[4] F. JENNY, « French Competition Policy in Perspective », préc., p. 303 et s.

[5] J. CALAIS-AULOY, « La loi Royer et les consommateurs », *D.*, 1974, chron., pp. 91-94.

[6] C'est une telle lecture que semble faire l'avocat général Fennelly dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour du 16 mars 2000, Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commission, C-395/96 P, Rec. p. I-1365, point 117 : « [l]a concurrence sur les prix est une composante essentielle de *la concurrence libre et ouverte que la politique communautaire vise* à instaurer sur le marché intérieur. *Elle favorise les entreprises les plus efficaces et est bénéfique pour les consommateurs* à la fois à court terme et à long terme ». L'objectif est la concurrence libre, les consommateurs en bénéficient.

certains exemples, les accords de fixation des prix[1] ou de limitation de production[2], le bien-être du consommateur apparaît implicitement comme l'un des objectifs poursuivis[3]. Cependant, d'autres exemples confirment que tel n'était pas le seul but des auteurs du traité. Il s'agissait aussi de protéger le processus concurrentiel pour lui-même, ainsi que la liberté commerciale des entreprises contre le pouvoir des cartels[4]. D'autres exemples attestent surtout la préoccupation pour la loyauté de la concurrence[5] ou paraissent l'attester[6]. Quant à l'interdiction de limiter le développement technique, elle renvoie visiblement à un objectif d'efficience dynamique[7]. Dans la mesure où ces différents objectifs ne sont pas explicités et *a fortiori* ne sont pas hiérarchisés dans les textes, le juge dispose d'une grande marge d'interprétation sur la place à assigner à l'intérêt des consommateurs parmi les différentes finalités de cette disposition.

165. **Interprétation proposée.** L'article 81, paragraphe 3, CE fait, pour sa part, explicitement référence aux consommateurs[8]. Il y est dit qu'un accord restrictif de

---

[1] Article 81, paragraphe 1, sous a), CE.

[2] Article 81, paragraphe 1, sous b), CE.

[3] V. en ce sens B. DHAEYER et J. THILMANY, « La protection du consommateur en droit antitrust européen », *Rev. Europ.* 1978, pp. 223-249, spéc. p. 226 et s. Ces auteurs considèrent que l'article 81 offre à la fois une protection médiate (en raison des vertus de la concurrence) et une protection immédiate des intérêts du consommateur.

[4] En ce sens, l'interdiction des accords de répartition des sources d'approvisionnement (article 81, paragraphe 1, sous c), CE) peut en effet s'interpréter comme une interdiction de fermer l'entrée de nouveaux concurrents sur un marché. En effet, l'entrée est impossible si toutes les sources d'approvisionnement sont déjà réparties entre les producteurs en place. Cette interdiction peut aussi s'interpréter comme répondant à un objectif de maintien des incitations à l'efficacité productive, dans la mesure où la garantie d'approvisionnement en matières premières à un coût comparable à celui que subissent les concurrents n'incite pas à rechercher des méthodes de production plus efficaces.

[5] L'article 81, paragraphe 1, sous d), CE interdit la pratique, vis-à-vis de partenaires commerciaux, de conditions inégales pour des prestations équivalentes, leur infligeant un désavantage dans la concurrence.

[6] Tel est le cas de l'article 81 paragraphe 1, sous e), CE, interdisant de « subordonner la conclusion d'un contrat à l'acceptation par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

[7] Article 81 paragraphe 1, sous b), CE.

[8] Ce n'est pas le mot « consommateurs », mais « utilisateurs » qui est utilisé. Cette différence terminologique est cependant sans portée pour la discussion sur les finalités visées par cette disposition. Du reste, d'autres versions linguistiques du traité utilisent des termes qui se traduiraient par « consommateur » : « consumer » dans la version anglaise, « Verbraucher » dans la version allemande. U. BERNITZ, « Remarks on the Relationship between Competition Policy and Consumer Policy », *in* M. GOYENS (éd.), *E.C. Competition Policy and the Consumer Interest,* préc., p. 101. Le terme « consommateurs » est par ailleurs employé en français dans la communication de la Commission du 27 avril 2004, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOUE du 27 avril 2004, C 101, pp. 96-118. La distinction concerne davantage la question de l'articulation entre droit de la concurrence et droit de la consommation. La notion d'« utilisateur » est plus large que celle de consommateur au sens du droit de la consommation en ce qu'elle inclut les professionnels qui

concurrence peut être exempté à condition, notamment, qu'une part équitable du progrès économique qui en résulte leur revienne. Assurément, cela ne revient pas à désigner les consommateurs comme les bénéficiaires visés par l'interdiction des accords anticoncurrentiels[1]. À cet égard, certains auteurs ont relevé le paradoxe : dans le texte de l'article 81, paragraphe 3, CE, l'intérêt des consommateurs n'est pas associé à la concurrence, mais à une restriction de concurrence[2]. Effectivement, l'intérêt des consommateurs apparaît dans cette disposition comme un fait justificatif d'une restriction de concurrence. Toutefois, ce paradoxe n'est qu'apparent. Il s'estompe aussitôt que l'on voit dans l'intérêt du consommateur le but principalement poursuivi par l'article 81 CE. En effet, dans cette hypothèse, le texte peut se lire de la manière suivante : l'article 81, paragraphe 1, CE interdit les accords qui restreignent la concurrence parce que les auteurs du traité admettent que de tels accords sont, en principe, néfastes aux consommateurs. Cependant, l'article 81, paragraphe 3, CE entrevoit la possibilité que ce jugement sur la nature des choses ne soit pas toujours vérifié et permet de faire primer l'intérêt des consommateurs sur la concurrence lorsque les deux entrent en conflit. Cette lecture est compatible avec le scepticisme déjà évoqué sur les vertus intrinsèques de la concurrence[3]. Elle l'est aussi avec la priorité actuellement accordée à l'intérêt des consommateurs par la Commission. Il y a là, à notre sens, deux raisons valables du point de vue du juge pour privilégier l'intérêt des consommateurs. D'autres lectures restent cependant possibles, qui font de l'intérêt des consommateurs un objectif second. Ainsi, certains auteurs ont perçu dans la notion de « progrès économique » une référence à l'efficience et ont estimé que la maximisation du surplus global était l'objectif sous-jacent de l'article 81, paragraphe 3, CE[4]. Son but serait de « maximiser le surplus global, sous la contrainte que les consommateurs ne perdent pas à

---

achètent un bien et un service pour un usage professionnel, ce qui, dans le règlement sur les concentrations, est explicité par la référence aux « consommateurs intermédiaires ». Règlement n° 139/2004, préc., art. 2, paragraphe 1, sous b).

[1] M.-S. PAYET, *op. cit.*, *loc. cit.*

[2] L. VOGEL, *in La protection du consommateur face au droit de la concurrence et aux droits spécialisés*, Atelier de la concurrence, *Rev. conc. conso*., 1996, n° 90, p. 41.

[3] *Supra* n° 130.

[4] Ph. LAURENT, « La légitimation de l'entente par l'article 85, §3 du traité de Rome », *D.* ,1979, Chron. p. 197, considère que cet objectif est poursuivi en principe par le moyen de la concurrence et, par exception, par le moyen de la coopération entre entreprises.

l'opération ou à la pratique envisagée »[1]. La maximisation des richesses serait l'objectif de premier rang de cette disposition et l'intérêt des consommateurs serait rétrogradé au second rang.

166. **Portée et confirmation.** Interpréter l'intérêt des consommateurs comme un objectif premier ou second a d'évidentes incidences pratiques du point de vue du juge. Les juges nationaux sont par exemple régulièrement saisis de pratiques d'importations parallèles de médicaments[2]. Lorsque, dans le pays d'importation, les prix des médicaments sont taxés, ce qui n'est pas rare, la pratique engendre des pertes pour les laboratoires, des profits pour les entreprises qui se livrent au commerce parallèle et pour les revendeurs et pas forcément un bénéfice direct pour les consommateurs, lesquels paient le prix régulé[3]. Selon l'interprétation que l'on retient de l'article 81, paragraphe 3, CE, la pertinence des gains et pertes respectifs des laboratoires, des intermédiaires et des consommateurs n'est pas la même. Si l'objectif assigné à cette disposition est la maximisation du surplus global sous la seule contrainte que le consommateur ne soit pas désavantagé, les variations des différents « surplus », ceux des laboratoires, des intermédiaires et des consommateurs, se compensent. Dès lors que le surplus des consommateurs ne diminue pas, ce qui compte, c'est le solde net des trois variations de surplus. En revanche, si l'on considère que le texte a pour objectif premier de favoriser les intérêts des consommateurs, peu importe de savoir si les laboratoires perdent plus que les intermédiaires ne gagnent ou vice-versa. Seuls comptent les avantages directs ou indirects pour les consommateurs. Dans cette hypothèse, il suffit au juge de se poser deux questions : les consommateurs bénéficient-ils à court terme de prix plus bas ? Peuvent-ils, à plus long terme, être négativement affectés par une diminution de la capacité d'innovation des laboratoires ? Dans un arrêt récent, le Tribunal de première instance a confirmé que la seconde lecture (celle qui fait de l'intérêt des consommateurs un objectif premier de l'article

---

[1] A. PERROT, « Politiques de la concurrence, régulation et croissance : les choix de l'Europe et des États-Unis », *Les Cahiers* (publication du Cercle des économistes), 2003, n° 3, p. 81. Selon l'auteur, cet objectif vaut pour le droit communautaire de la concurrence dans son ensemble et non seulement pour l'article 81 CE.

[2] E. DIENY, « Industrie pharmaceutique et droit de la concurrence : entre présent et futur », *Contrats Conc. Conso*., août-septembre 2006, p. 5.

[3] I. FORRESTER, « Article 82 : Remedies in Search of a Theory ? », *Fordham Int'l L. J.*, 2005, pp. 919-951, p. 927. Lorsque le prix de détail est fixé, ni les entreprises qui font du commerce parallèle ni les pharmaciens n'ont d'incitation à transmettre aux consommateurs une partie de leur gain. Selon le dispositif national de remboursement, il peut néanmoins exister un intérêt indirect du consommateur pour les importations parallèles, à travers l'économie réalisée par les organismes sociaux.

81 CE) est la bonne, ce qui rejoint l'interprétation que nous proposons. Dans son arrêt *Glaxo*[1], le Tribunal énonce en effet très clairement que « [l]a légitimité du transfert de richesse du producteur vers l'intermédiaire n'intéresse pas, en soi, le droit de la concurrence, qui ne se préoccupe que de son incidence sur le bien-être du consommateur final »[2]. L'absence de pertinence des transferts entre laboratoires et importateurs parallèles confirme que le juge ne raisonne pas par rapport à l'objectif de maximisation du surplus global, mais bien par rapport à l'objectif visant à favoriser les intérêts des consommateurs. Cet arrêt n'est du reste pas isolé. Dans l'arrêt *Österreichische Postsparkasse*[3], le Tribunal de première instance a également insisté sur la primauté de l'intérêt des consommateurs à l'intérieur de la fonction générale des règles de concurrence. Ainsi, le Tribunal a jugé que « l'objectif assigné à l'article 81, paragraphe 1, CE, qui constitue une disposition fondamentale pour (…) le fonctionnement du marché intérieur, est d'éviter que les entreprises, en restreignant la concurrence entre elles ou avec des tiers, réduisent le bien-être du consommateur final des produits en cause »[4]. On ne saurait dire plus clairement que ce qui compte, c'est l'effet de l'accord ou de la pratique en cause pour les consommateurs. Reste à déterminer en quoi consiste l'intérêt des consommateurs.

167. **Statut d'objectif et contenu.** La question du statut de l'intérêt des consommateurs comme objectif de l'article 81 CE ne peut en réalité se dissocier de celle du contenu de cet intérêt. Comme l'illustre l'exemple des importations parallèles de médicaments, il est nécessaire, pour apprécier l'intérêt des consommateurs, de mettre en balance les bénéfices à court terme d'une concurrence intense sous forme de prix bas et les bénéfices à long terme sous forme d'innovation[5]. L'article 81, paragraphe 3, CE reflète assez bien la pluralité des intérêts des consommateurs, en ce qu'il vise à la fois des bénéfices indirects (le progrès économique) et des bénéfices directs (l'amélioration de la distribution)[6]. L'article 81, paragraphe 3, CE serait alors l'instrument d'un arbitrage par le juge entre ces deux types de

---

[1] Arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline/Commission, non encore publié au Recueil.

[2] *Glaxo*, préc., point 273.

[3] Arrêt du Tribunal du 7 juin 2006, Österreichische Postsparkasse e.a./Commission, T-213/01 et T-214/01, non encore publié au recueil, note G. MUGUET-POULLENNEC, *RLC*, 2006/8, n° 587.

[4] *Österrechische Postsparkasse*, préc., point 115. V. aussi *Glaxo*, préc., point 118.

[5] Cl. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, p. 852. *Glaxo*, préc., points 263 et s.

[6] B. DHAEYER et J. THILMANY, « La protection du consommateur en droit antitrust européen », *Rev. Europ.* 1978, pp. 223-249, p. 228.

bénéfices. Il permettrait de sacrifier des avantages à court terme contre la promesse d'avantages à plus long terme[1]. Identifier le contenu de l'intérêt des consommateurs importe donc autant que de savoir si l'intérêt du consommateur est un objectif premier ou second.

168. **Conception large.** Les juges adoptent une conception large des intérêts des consommateurs. L'intérêt direct des consommateurs pour les prix bas est bien entendu pris en considération. Le préjudice direct pour les consommateurs du fait d'une entente suffit ainsi à la condamner[2]. Certains arrêts français laissent penser que le juge accorde un poids important à la dimension du prix de la pratique en cause. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'une pratique qui a causé une hausse de prix pour le consommateur ne peut raisonnablement prétendre constituer un progrès économique dont une part équitable lui serait réservée[3]. Le juge ne limite cependant pas son appréciation de l'intérêt des consommateurs à cette dimension. Des aspects non réductibles au prix, comme l'amélioration de la distribution[4], la garantie de qualité des prestations offertes[5] ou encore la variété de l'offre culturelle[6] sont pris en considération. La notion d'intérêt des consommateurs excède donc pour le juge celle de surplus du consommateur. On ne saurait cependant lui en faire reproche. La notion de surplus du consommateur n'exprime en effet pas une vérité sur ce qui intéresse les consommateurs. Ce n'est guère par conviction mais par commodité et pour les besoins de la modélisation que les économistes assimilent l'intérêt du consommateur au surplus du consommateur[7]. Enfin, on l'a dit, les limites de la notion de surplus du consommateur sont admises par les économistes

---

[1] Sur ce point, V. M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *Commentaire Mégret, Vol. IV : Concurrence*, préc., n° 17, p. 22, à propos de la décision *Fibres Synthétiques* du 4 juillet 1984, dans laquelle la Commission a considéré que l'intérêt à long terme des consommateurs était de se trouver face à un secteur sain et compétitif. L'arbitrage entre l'intérêt à court et à long terme des consommateurs concerne également le contrôle des concentrations. Sur ce point, V. F. JENNY, « Competition and Efficiency », *op. cit.*, p. 206.

[2] Paris, 21 septembre 2004, Dexxon Data Media e. a. (calculatrices à usage scolaire), BOCCRF n° 9 du 8 novembre 2004.

[3] Paris (1ère chambre, section Concurrence), 21 janvier 1993, BOCCRF n° 4, du 5 mars 1993, p. 61.

[4] Par exemple, dans son arrêt du 25 octobre 1977, Metro/Commission, 26/76, Rec.1977, p. 1875, point 42, la Cour admet que l'amélioration de la distribution est un élément de progrès économique à l'avantage du consommateur.

[5] Paris (1ère chambre, section H), 12 octobre 1999, BOCCRF n° 18, du 30 octobre 1999, p. 622.

[6] Paris (1ère chambre, section H), 15 juin 1999, relatif au recours formé par la SA Canal Plus et la SNC Télévision par satellite (TPS) contre une décision n° 98-D-70 du Conseil de la concurrence en date du 24 novembre 1998 relative à la saisine des sociétés Multivision et Télévision par satellite (TPS) dans le secteur des droits de diffusion audiovisuelle, jugeant que la pérennité du financement du cinéma d'expression française est dans l'intérêt des consommateurs.

[7] Il s'agit d'une commodité mathématique, pour les besoins de la modélisation. Sur ce point, *infra* n° 201.

eux-mêmes. Le juge n'avait donc aucune raison de faire sienne une conception restrictive de l'intérêt des consommateurs. Pour légitime qu'elle soit, cette différence d'acception n'entraîne pas moins une relative inutilité de l'analyse économique en termes de surplus du consommateur.

169. **Nature de l'obstacle.** Deux auteurs ont formulé le souhait que le juge « [donne] à l'analyse économique la priorité pour l'évaluation souvent malaisée des avantages retirés de l'entente par le consommateur »[1]. Force est de constater que les outils d'analyse à cet effet ne sont pas encore disponibles. L'obstacle à la réception d'un raisonnement économique réside moins dans une divergence dans l'interprétation des finalités de l'article 81 CE que dans l'absence de schémas de raisonnement spécifiquement économiques pour appréhender les intérêts des consommateurs dans leur diversité. Même si l'on parvenait à élaborer une méthode opératoire pour mesurer les variations du surplus des consommateurs, ce qui est une hypothèse audacieuse, les résultats d'une telle évaluation ne seraient pas obligatoirement déterminants du point de vue du juge. En effet, la précision du calcul n'est pas déterminante dès lors que le résultat est voué à être mis en balance avec d'autres considérations. En matière d'accords anticoncurrentiels, on peut donc dire qu'il n'y a pas, à propos de l'intérêt du consommateur, d'obstacle de principe à la réception du raisonnement économique par le juge, mais un obstacle pratique, tenant à une lacune de l'analyse économique. En revanche, en matière d'abus de position dominante, la conception de l'intérêt des consommateurs qui s'est développée dans la jurisprudence dresse un obstacle plus radical à la prise en considération du raisonnement économique.

b) L'intérêt du consommateur en matière d'abus de position dominante

170. **Questions d'interprétation.** Les dispositions relatives à l'abus de position dominante comportent également une référence aux consommateurs, puisque l'article 82, alinéa 2, sous b), CE mentionne parmi les pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante le fait de « limiter la production, les débouchés ou le développement technique *au préjudice des consommateurs* ». Toutefois, le fait que cette référence figure dans un exemple et non dans la disposition principale a pu faire douter de la place de l'intérêt des

[1] B. DHAEYER et J. THILMANY, « La protection du consommateur en droit antitrust européen », préc., p. 228.

consommateurs dans l'abus de position dominante[1]. Une chose paraissait claire : l'article 82 CE instaurait une protection des consommateurs, particuliers et entreprises contre l'exercice d'un pouvoir de marché à leur détriment direct (abus-exploitation). Cette position trouvait en effet un soutien textuel dans l'article 82, sous a), CE, qui vise « le fait d'imposer des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ». La question consistait à savoir si l'intérêt des consommateurs était pris en considération exclusivement de cette manière. Plusieurs auteurs le soutenaient[2]. D'autres faisaient valoir en revanche que l'article 82 CE visait aussi à protéger les consommateurs contre les atteintes indirectes à leurs intérêts, celles pouvant notamment résulter de l'élimination d'un concurrent[3]. Une telle conception trouvait appui dans les conceptions ordo-libérales, selon lesquelles la prohibition des abus de position dominante visait aussi à empêcher les entreprises dominantes de restreindre la liberté économique des concurrents et la liberté de choix des consommateurs parmi plusieurs fournisseurs[4]. On le voit, les questions d'interprétation relatives à l'abus de position dominante s'éloignaient en partie de celles soulevées par l'article 81 CE. Il ne s'agissait pas de savoir si l'intérêt des consommateurs était un objectif premier ou second, ni de dire quel contenu donner à la notion d'intérêt des consommateurs. Il s'agissait en revanche de voir si le dommage par ricochet était pris en considération. En d'autres termes, on interrogeait la nature du lien de causalité exigé entre l'abus et l'atteinte aux intérêts des consommateurs.

171. **Solution.** La controverse a été tranchée en faveur de la prise en considération du dommage par ricochet. En effet, dans l'arrêt *Continental Can*, la Cour de justice a jugé que « cette disposition ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective »[5]. L'arrêt confirmait au passage que

---

[1] Pour une lecture généralisante et en faveur d'une exigence générale d'un préjudice aux consommateurs dans la qualification d'abus de position dominante : J. TEMPLE LANG, « Anticompetitive Abuses under Article 82 Involving Intellectual Property Rights », *in* C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds), *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of a Dominant Position ?*, préc., pp. 598-658, p. 590.

[2] En faveur d'une telle lecture, R. JOLIET, « Monopolisation et Abus de position dominante », *RTD Eur.*, 1969, pp. 646-696, p. 693.

[3] B. DHAEYER et J. THILMANY, *op. cit.*

[4] E. ROUSSEVA, *op. cit.*, *loc. cit.* et référence citée.

[5] Arrêt de la Cour du 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company/Commission, 6/72, Rec. p. 215, point 26.

l'interdiction des abus de position dominante a pour objectif l'intérêt du consommateur[1]. La solution était précisément présentée comme une protection large de cet objectif. Toute l'ambiguïté au regard d'une approche économique tient au fait que cette conception de l'intérêt des consommateurs est aussi rigide qu'elle est large. Elle est, d'une part, particulièrement large, puisque l'intérêt des consommateurs englobe la survie des concurrents[2]. Elle est, d'autre part, rigide, car l'assimilation entre l'intérêt des concurrents et celui des consommateurs est opérée par le juge sur la base d'un postulat relatif à la causalité économique. Le juge suppose qu'une modification de la structure de la concurrence est, par nature, néfaste pour le consommateur. En réalité, l'assimilation entre l'intérêt des consommateurs et celui des concurrents est aussi peu probante que celle effectuée par Bork entre l'intérêt des consommateurs et celui de l'entreprise dominante[3]. L'identification abstraite de l'intérêt du consommateur à celui des concurrents a pour conséquence que l'intérêt réel des consommateurs est généralement évincé par un raisonnement centré sur les concurrents.

172. **Éviction.** Plusieurs arrêts paraissent adopter une approche concrète de l'intérêt des consommateurs, mais ils sont l'exception. L'arrêt *Irish sugar*[4] en est un rare exemple. Dans cet arrêt, le Tribunal de première instance vise l'intérêt direct des consommateurs finals pour des prix bas[5] et esquisse un raisonnement parallèle à celui de l'article 81 CE en réservant la possibilité qu'un comportement « fondé sur des critères d'efficacité économique et présent[ant] un intérêt pour les consommateurs » échappe à la prohibition de l'abus de position dominante, et ce bien qu'il fausse les structures du marché[6]. Néanmoins, comme l'ont souligné bon nombre de commentateurs, en matière d'abus de position dominante, l'accent a plus souvent été porté sur la protection de la liberté économique des concurrents que sur

---

[1] *Continental Can*, préc., point 26 : « l'interdiction édictée à l'article [82 CE] du traité *se justifie* (…) par le souci de ne pas causer de préjudice aux consommateurs » (nous soulignons). V. aussi l'arrêt de la Cour du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission, Rec. p. 1663, points 526 et 527, et l'arrêt du Tribunal du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 111.

[2] En ce sens que l'assimilation a fonctionné en faveur de la prise en considération des intérêts des concurrents, V. E. ROUSSEVA, *op. cit.*, p. 592.

[3] *Supra* n° 160.

[4] Arrêt du Tribunal du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, Rec. p. II-2969.

[5] *Irish Sugar*, préc., point 187.

[6] *Irish sugar*, préc., point 189.

l'intérêt effectif des consommateurs[1]. C'est spécialement vrai des arrêts concernant des refus de contracter en droit communautaire[2]. Ainsi, dans l'arrêt *ICI*, le fait de priver un concurrent d'une source d'approvisionnement[3] est jugé abusif indépendamment de l'efficience de ce concurrent et de l'intérêt des consommateurs à son maintien sur le marché[4]. La protection de la liberté économique du concurrent est donc une considération suffisante, qui fait obstacle à la prise en considération de l'avantage qui aurait pu résulter pour les consommateurs de gains d'efficience. L'orientation est délibérée de la part des juges communautaires. Un discours du juge Pescatore, alors président de la Cour de justice, en témoigne, dans lequel il soulignait que la Cour avait entendu protéger une petite entreprise plus que la concurrence au bénéfice des consommateurs[5].

173. L'accent mis sur la protection des concurrents ne caractérise pas seulement les arrêts anciens. Dans l'arrêt *Magill*, le refus de contracter est jugé abusif parce qu'il empêche l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande[6]. C'est la liberté économique de l'éditeur de guides télévisuels qui s'avère encore déterminante. Peu importe de savoir si, au-delà de l'intérêt immédiat des consommateurs dans l'apparition d'un nouveau produit, leur intérêt à plus long terme dans le maintien des incitations à l'innovation est bien servi. Il est vrai que, dans l'affaire en cause, les données dont la rétention est jugée abusive n'étaient pas le fruit d'une activité inventive[7]. Il n'en reste pas moins que la solution n'est pas

---

[1] Pour s'en tenir à quelques références récentes, L. LOVDAHL GORMSEN, « Article 82 EC : Where are we coming from and where are we going to ? », *Competition L. R.*, 2006, n° 2, pp. 5-25, spéc. p. 8. E. ROUSSEVA, « Modernizing by Eradicating: How the Commission's New Approach to Article 81 EC Dispenses with the Need to Apply Article 82 to Vertical Restraints », *CML Rev.*, 2005, pp. 587-638.

[2] En droit français, le refus de vente était interdit en tant que tel jusqu'à la loi Galland de 1996. Sur les conditions de la responsabilité en matière de refus de vente, V. L. VOGEL, *Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2006, n° 197, p. 204.

[3] Il s'agissait du refus de ICI de fournir à Zoja la matière première à la fabrication d'un médicament.

[4] Pour un exemple, V. arrêt du 6 mars 1974, Commercial Solvents/Commission, 6/73 et 7/73, Rec. p. 225, et les observations critiques d'un économiste : A. S. PATHAK, « Article 85 and Article 86 and Anticompetitive exclusion in EEC Competition Law », *ECLR*, 1998, pp. 74-104 et 255-273, spéc. p. 84-85. La critique de l'auteur n'est pas convaincante lorsqu'il suggère, en s'appuyant sur l'argument contestable de la double marge, que le comportement d'ICI, assimilable à une intégration verticale, est efficient et n'augmente pas son pouvoir de marché. On ne peut considérer que la solution est erronnée en l'espèce, sauf à poser une présomption aussi contestable que celle de la Cour. En revanche, on ne peut que constater qu'une dimension essentielle de l'intérêt des consommateurs, d'un point de vue économique, est effectivement ignorée.

[5] Cité par L. LOVDAHL GORMSEN, *op. cit.*, p. 14.

[6] Arrêt du Tribunal du 10 juillet 1991, RTE/Commission (Magill TV Guide), Rec. p. 485, point 73.

[7] Il s'agissait des grilles de programmes, qui constituaient un sous-produit de l'activité normale des chaînes de télévision.

limitée à cette situation[1]. C'est justement la généralité de la solution qui dénote l'absence de prise en considération des intérêts des consommateurs dans leur diversité. Même dans l'arrêt *IMS*, rendu sur des conclusions qui soulignaient l'enjeu de la solution du point de vue de l'innovation[2], c'est seulement à court terme et au regard de la variété des produits offerts au choix du consommateur que la question est envisagée[3]. De même, en matière de rabais de fidélité, l'accent mis sur la liberté économique des concurrents plutôt que sur l'intérêt des consommateurs n'est pas le propre des arrêts anciens[4]. Dans les arrêts du Tribunal de première instance *Michelin*[5] et *British Airways*[6], le fait pour l'entreprise dominante de rendre l'accès à certains distributeurs coûteux pour ses concurrents est jugé abusif indépendamment de la possibilité pour les consommateurs finals de faire jouer la concurrence inter-marques, pourtant vive sur le marché des pneus comme sur celui des billets d'avion[7]. Ces exemples attestent d'une absence de véritable prise en considération concrète de l'intérêt des consommateurs. Le juge communautaire a admis abstraitement que l'intérêt des consommateurs était une justification de l'interdiction des abus, mais il se refuse à tirer toutes les conséquences de ce principe. Le raisonnement suivi par les juges assimile en effet l'intérêt

---

[1] Arrêt de la Cour du 29 avril 2004, IMS Health, C-418/01, Rec. p. I-5039, point 38.

[2] Sur les conclusions de l'avocat général Jacobs, V. *supra* n° 143.

[3] Pour que le refus d'accorder une licence sur un droit de propriété intellectuelle soit considéré comme abusif, le demandeur de licence doit avoir l'intention de proposer un produit nouveau et non une copie du bien ou service déjà proposé par l'entreprise dominante. Outre qu'elle est difficile à appliquer, car elle suppose de sonder les intentions relatives à des comportements futurs, cette condition ne signifie pas que les incitations à l'innovation sont prises en considération. En effet, en dépit de l'affirmation contraire de la Cour au point 48 de l'arrêt, seul le point de vue du demandeur de licence et non celui du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, qui a consenti l'investissement initial, semble véritablement pris en considération par la condition de nouveauté.

[4] P.e. Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 73, jugeant que la question déterminante consistait à savoir si le rabais « tend *à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents,* à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée » (nous soulignons).

[5] Arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, obs. L. IDOT, *Europe*, 2003, comm. nº 364 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, *Contrats conc. conso.*, 2004, nº 46, pp. 26-27 ; obs. C. PRIETO, *J.D.I.*, 2004, pp. 622-623 ; obs. P. ARHEL, *P.A.*, 2004, nº 22, pp. 7-9 ; D. WAELBROECK, « Michelin II : a Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies ? », *Journal of Competition Law and Economics* 2005, vol. 1, pp. 149-171.

[6] Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, Rec. p. II-5917, obs. L. IDOT, Europe, 2004, comm. nº 45 ; C. PRIETO, *JDI*, 2004, pp. 623-624 ; P. ARHEL, *PA*, 2004, nº 53, pp.13-15.

[7] RBB Economics, « The special responsibility of dominant firms : don't compete on price », Brief 13, février 2004, http://www.rbbecon.com.

des consommateurs et celui des concurrents. Il revient, en réalité, à évincer de l'analyse du refus de contracter l'intérêt du consommateur et, partant, le raisonnement économique.

174. **Obstacle.** L'obstacle à la prise en considération du raisonnement économique en matière d'abus de position dominante ne peut être levé que si les juges renoncent à assimiler la liberté économique des concurrents et l'intérêt des consommateurs. Concrètement, il s'agit de ne plus inférer l'intérêt des consommateurs des seules possibilités de choix (entre fournisseurs, entre produits) qui leur sont offertes. De même que les économistes ont renoncé à inférer l'intérêt des consommateurs à partir des seuls gains d'efficience, le juge pourrait faire de l'intérêt des consommateurs une question de fait, à examiner au cas par cas de manière plus concrète. Cela permettrait de reconnaître que la présence de concurrents aussi bien que les considérations d'efficience peuvent être déterminantes du point de vue des consommateurs. Ces considérations pouvant jouer en sens inverse l'une de l'autre, il faudrait alors examiner concrètement l'importance probable de chacun des effets. Nombre d'auteurs sont aujourd'hui favorables à un tel changement[1]. Cette analyse n'est pourtant pas partagée par tous[2]. De fait, un tel changement d'approche soulève des questions difficiles.

175. **Questions.** La difficulté majeure, quand on envisage la prise en considération concrète de l'intérêt des consommateurs en matière d'abus de position dominante, consiste à préciser ce qui devrait être l'objet de l'allégation. Il paraît exclu d'exiger la démonstration d'un préjudice actuel pour les consommateurs, car cela empêcherait de prendre en considération leurs intérêts à long terme. En ce sens, certains auteurs soulignent que le droit de la concurrence n'a pas vocation à réparer les dommages causés aux consommateurs, mais à les prévenir en garantissant que le processus concurrentiel n'est pas faussé[3]. Pour autant, s'il s'agit de favoriser une approche plus concrète de l'intérêt des consommateurs, il est

---

[1] En faveur de la reconnaissance du préjudice des consommateurs comme fait nécessaire, tout en mentionnant plusieurs questions ouvertes, J. VICKERS, « Abuse of Market Power », préc., p. 21 et s. V. aussi D. RIDYARD, « Article 82 Price Abuses – Towards a More Economic Approach », *in* C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU, *European Competition Law Annual 2003*, préc., p. 451, et, dans le même volume, J. TEMPLE-LANG, « Anticompetitive Abuses Involving Property rights », préc., p. 590.

[2] T. EILMANSBERGER, préc., p. 135. L'auteur souligne que ce n'est pas parce qu'une disposition vise un effet (prévenir les dommages aux consommateurs) que cet effet doit être érigé en fait nécessaire aux fins de la qualification au regard de cette disposition. En ce sens aussi, E. FOX, « How to Protect Competition without Protecting Competitors ? », préc. L'auteur souligne que le droit de la concurrence n'a pas vocation à réparer des préjudices. *Adde* : D. SINCLAIR, « Article 82 at a Crossroads : Potential Effect, Object and Appreciability under Article 82 EC », *ECLR*, 2004, pp. 491.

[3] E. FOX, « How to Protect Competition without Protecting Competitors ? », préc.

nécessaire de renoncer aux présomptions générales, ce qui ouvre le champ des difficultés de preuve[1]. Nous pensons que l'intérêt des consommateurs est une réalité trop complexe pour raisonnablement espérer quantifier rigoureusement les atteintes à cet intérêt. La solution est à chercher du côté d'une exigence de motivation. Le juge pourrait exiger un raisonnement circonstancié démontrant *en quoi* le comportement est de nature à créer une restriction des possibilités de choix, une hausse des prix, une baisse de la qualité ou encore un risque pour l'innovation[2]. La valeur des arguments relatifs aux différentes composantes de l'intérêt des consommateurs ne serait plus présumée, mais discutée.

176. **Conclusion du 2.** D'un point de vue juridique, l'intérêt des consommateurs peut être considéré comme un objectif des règles de concurrence qui s'impose au juge, tant en matière d'accords anticoncurrentiels que d'abus de position dominante. Le juge communautaire l'a explicitement reconnu en matière d'abus de position dominante. Pourtant, c'est précisément dans ce domaine que l'intérêt du consommateur est en réalité évincé par une assimilation avec l'intérêt des concurrents. Cette situation contraste avec une appréhension concrète de l'intérêt des consommateurs en matière d'accords anticoncurrentiels.

177. **Conclusion du B.** La confrontation des points de vue du juge et des point de vue économiques à propos de l'intérêt des consommateurs conduit à trois conclusions. La première concerne le statut d'objectif de l'intérêt du consommateur. Le fait qu'il s'agisse d'un objectif est, dans les approches économiques contemporaines, une prémisse. Cette prémisse est acceptable du point de vue du juge. Il n'y a donc pas, sur le plan des principes, d'obstacle à la réception d'une approche économique. La deuxième conclusion a trait au contenu de la notion d'intérêt des consommateurs. Sur ce point, l'économie a fait un grand pas vers le juge en admettant la pluralité des intérêts des consommateurs et la nécessité d'une appréciation concrète. Cette ouverture permet de conclure à l'absence de contradiction entre l'approche économique et l'approche du juge en matière d'accords anticoncurrentiels. En revanche, en matière d'abus de position dominante, le juge communautaire vide l'intérêt des consommateurs de son contenu concret en focalisant son raisonnement sur la situation des concurrents. Le pas du juge vers l'approche économique reste donc à faire. La troisième

---

[1] *Infra* n° 290 et s.

[2] Sur le contrôle de motivation comme moyen privilégié pour le juge de prendre en considération le raisonnement économique, V. *infra* n° 1084 et s.

conclusion concerne l'utilité de l'économie pour l'appréciation concrète de l'intérêt des consommateurs. L'adoption d'une conception large de l'intérêt des consommateurs par les économistes et par le juge en matière d'accords anticoncurrentiels prive les outils économiques existants de tout intérêt pratique. D'autres pas restent à faire pour passer de la convergence de principe à une convergence pratique. De telles avancées contribueraient sans doute à inciter les juges à une approche plus concrète de l'intérêt des consommateurs en matière d'abus de position dominante.

178. **Conclusion de la section II.** Dans la première section, il a été établi que les objectifs multiples du droit de la concurrence ne créaient pas d'obstacles absolus à la réception du raisonnement économique. Encore fallait-il se demander quelle place relative le juge pouvait accorder aux finalités postulées par les économistes parmi l'ensemble des finalités visées par les règles de droit. La hiérarchie des objectifs demeure une question d'interprétation, laquelle interprétation peut évoluer. Les interprétations proposées et celles données par les juges eux-mêmes invitent à conclure à la possibilité d'approches convergentes. Du point de vue du juge, l'efficience et l'intérêt des consommateurs peuvent être considérés comme des objectifs des règles de concurrence et le sont parfois explicitement. Cette convergence de principe est renforcée par la reconnaissance, dans les approches économiques contemporaines, que ni l'efficience ni le bien-être du consommateur ne sont univoques. Plusieurs types d'efficience et des intérêts divergents se font ainsi jour parmi les consommateurs. D'un point de vue économique, ce constat rend l'analyse concrète à la fois plus difficile et plus nécessaire. Du point de vue du juge, cela signifie que son office rencontre l'approche économique, même lorsque celle-ci ne lui fournit pas les outils opératoires pour procéder à la pondération des intérêts en cause.

179. **Conclusion du chapitre 1.** La question abordée dans ce premier chapitre consistait à savoir s'il existe, du point de vue du juge, des obstacles de principe à la réception de raisonnements économiques tenant aux règles de concurrence elles-mêmes. De tels obstacles étaient concevables, car les raisonnements économiques reposent sur des prémisses relatives aux finalités des règles de concurrence. Or, il ne ressort pas à première vue des textes que ces prémisses puissent être acceptées par le juge. Les analyses qui précèdent ont montré que de tels obstacles existent, mais qu'ils sont relatifs. Ils existent, car la pluralité des finalités oblige le juge à tenir compte de considérations que les raisonnements économiques ignorent, du moins en l'état actuel de la science économique. Tout le raisonnement du juge ne sera donc

pas guidé par l'analyse économique[1]. Cependant, ces obstacles ne sont que relatifs, car, du point de vue du juge, les finalités postulées par les économistes sont acceptables en tant que telles. Ce sont des finalités parmi d'autres, mais des finalités tout de même. Une légitimité partielle suffit à donner des points d'accroche au raisonnement économique. La solidité des liens qui peuvent être établis entre le raisonnement économique et le raisonnement du juge dépend toutefois d'une convergence d'interprétation sur la signification des objectifs d'efficience et de bien-être des consommateurs. L'approche économique contemporaine a progressé vers cette convergence en reconnaissant que ces objectifs n'étaient pas univoques et supposaient, pour être pris en considération, une pondération concrète d'intérêts. De son côté, le juge a fait une partie du chemin. Une autre reste à faire, spécialement en matière d'abus de position dominante.

180. Ces conclusions appellent d'autres questions. Il faut en effet se demander si d'autres obstacles de principe s'opposent à la réception du raisonnement économique par le juge. De fait, cette réception ne dépend pas uniquement de la concordance des finalités, mais aussi de la compatibilité des manières de raisonner. Or, celle de l'économiste semble à première vue bien différente de celle du juge. Il faut donc envisager les obstacles à la réception du raisonnement économique qui tiennent à ses caractéristiques propres ou, autrement dit, à la logique économique.

[1] C'est ce qui oblige à s'interroger sur l'insertion du raisonnement économique dans le raisonnement du juge. V *infra* seconde partie.

CHAPITRE 2. LES OBSTACLES À LA RÉCEPTION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE TENANT À LA LOGIQUE ÉCONOMIQUE

181. **Oppositions.** On a souvent dit qu'il existait entre le raisonnement économique et le raisonnement juridique une différence de nature, voire une opposition des méthodes[1]. Ainsi, le raisonnement économique serait quantitatif tandis que le raisonnement juridique serait, lui, qualitatif[2]. Plus généralement, l'opposition des logiques juridique et économique a été soulignée. Récemment encore, un auteur notait : « la science économique obéit à une logique factuelle, inductive, à causalité diffuse et au caractère collectif très marqué. À l'inverse, la science juridique est normative, déductive, individuelle »[3]. Cette opposition des logiques n'est pas seulement une curiosité intellectuelle. Elle soulève en effet de véritables difficultés juridiques. Ainsi, le professeur Champaud, pourtant peu suspect d'hostilité à l'égard de l'apport économique au droit, observait que « la démarche factualiste et inductive du droit de la concurrence » – celle-là même qui serait propre au raisonnement économique – « pose un véritable problème de fond au regard de nos traditions juridiques nationales, voire continentales »[4]. Le chapitre suivant abordera ces questions de fond. Le présent chapitre traite quant à lui de l'aspect proprement méthodologique du raisonnement économique. À cet égard, l'opposition entre induction et déduction retiendra particulièrement l'attention. En effet, dire que le raisonnement économique est essentiellement inductif conduit à penser qu'une affinité naturelle lie le raisonnement économique et le style de motivation des jugements de *Common Law*, où les solutions sont présentées comme procédant de l'analyse des faits plutôt que comme déduites de la règle générale[5]. En revanche, dans un système qui épouse la « logique

---

[1] *Supra* n° 19 et s.

[2] P.e. J. BOULOUIS, Chronique de jurisprudence, Cour de justice de la CECA (1ers arrêts), *Annuaire français de droit international*, 1955, pp. 312-324, spéc. pp. 313-314.

[3] Cl. LUCAS de LEYSSAC, Rapport de synthèse, *La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles, P.A.*, 20 janvier 2005, p. 65.

[4] Cl. CHAMPAUD, « Les caractères du droit de la concurrence », *J-Cl. Concurrence consommation*, fasc. 30 (1991), n° 79, à propos du principe de légalité des délits et des peines.

[5] Sur les deux styles de motivation, dans la perspective du juge communautaire, O. DUE, « Pourquoi cette solution ? De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes », *in Festschrift für Ulrich Eveling*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995, Vol. I, pp. 273-282.

de la règle », le raisonnement inductif, qui part des conséquences pour arriver à la solution, semble constituer « un renversement inacceptable du syllogisme »[1]. La réception d'un raisonnement économique paraît relever pour le juge français de l'acculturation.

182. **Interrogations et annonce.** Il est évidemment insatisfaisant d'en rester là. Il faut au contraire « tenter d'intégrer pleinement l'analyse économique dans la méthode d'application du droit de la concurrence »[2]. Du reste, les auteurs qui pointent l'opposition des logiques concèdent de bonne grâce la nécessité de son dépassement[3]. Ils soulignent aussi les efforts d'innovation nécessaires à cet effet[4]. La volonté d'intégrer les méthodes de raisonnement économique et juridique sans dénaturer ni l'une ni l'autre n'est pas nouvelle. Elle présidait déjà au programme des ordo-libéraux allemands. D'après ces auteurs, chacune des disciplines devait conserver son identité pour produire quelque chose d'utile[5]. Tous s'accordent donc à penser qu'il faut surmonter les oppositions entre disciplines sans nier les spécificités méthodologiques de chacune. Conformément à cet objectif, les développements qui suivent ne prônent pas une hasardeuse greffe de méthode, mais entendent soumettre la thèse de l'opposition des logiques à une interrogation. En effet, pour dépasser une opposition, il faut commencer par comprendre en quoi elle consiste. Pour cela, on ne saurait s'en tenir aux oppositions superficielles. Ainsi, l'opposition entre approche quantitative et approche qualitative s'avère largement trompeuse. Sans contester le rapprochement que les mots suggèrent entre « qualification » et « qualitatif »[6], on perçoit aisément que qualification

---

[1] H. MUIR-WATT, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *in* B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, pp. 37-45, p. 43.

[2] G. CANIVET, Avant-Propos, *in La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ coll. « Droit et économie », 2006, p. VII.

[3] *Supra* n° 12. Cl. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, p. 217, parle (p. 219) de la « symbiose étroite » des savoirs qui doit être recherchée. V. aussi, du même auteur, « L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies », *Justices*, 1995, n° 1, p. 64, à propos de la « montée en puissance (…) de la pensée économique ».

[4] Cl. LUCAS de LEYSSAC, *op. cit., loc. cit.*

[5] F. BÖHM, W. EUCKEN et H. GROSSMANN-DOERTH *in Ordnung der Wirtschaft 2*, Kohlhammer, Stuttgart et Berlin, 1936, traduction anglaise sous le titre « The Ordo Manifesto of 1936 », *in* H. WILLGERODT et A. PEACOCK (éd.), *Germany's Social Market Economy : Origins and Evolution*, MacMillan, Londres, 1989, pp. 15-26, p. 25, soulignant que les méthodes de raisonnement et de recherche doivent être utilisées conjointement, mais pas au sens où leurs frontières se fondraient l'une dans l'autre.

[6] L'étymologie conduit cependant à nuancer ce rapprochement : « Qualification » vient du latin médiéval *qualificatio* (condition). En revanche, « qualitatif » est dérivé du bas latin *qualitativus* (qui concerne la qualité). *Trésor de la langue française informatisé*, Éd. CNRS, 2005.

juridique et quantification ne s'opposent pas[1]. Si l'on veut dépasser l'opposition, il est donc nécessaire de s'interroger de manière approfondie sur les méthodes que l'on souhaite rapprocher. Dans le présent chapitre, on verra simplement dans quelle mesure les caractéristiques propres au raisonnement économique constituent des obstacles à sa réception par le juge[2]. Plus précisément, il s'agit de montrer que les particularités méthodologiques du raisonnement économique ne sont pas si étrangères au raisonnement judiciaire qu'on pourrait le penser.Au contraire, l'analyse des caractéristiques du raisonnement économique révèle certains rapprochements inattendus avec le raisonnement du juge (Section 1). Ces éléments de convergence entre la méthode économique et la méthode du juge sont suffisamment fondamentaux pour qu'on puisse considérer que l'utilisation par le juge de raisonnements économiques n'est pas contre-nature. L'absence d'incompatibilité entre le raisonnement du juge et le raisonnement économique ne signifie toutefois pas que le rapprochement soit exempt de difficultés. L'utilisation du raisonnement économique par le juge se heurte en effet à ce que l'on peut appeler des problèmes de traduction (Section 2).

SECTION 1. LES CARACTÉRISTIQUES DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE : RAPPROCHEMENTS INATTENDUS AVEC LE RAISONNEMENT DU JUGE

183. Il existe plusieurs manières de caractériser les raisonnements propres à une discipline : par le langage dans lequel ils sont exprimés, par les formes logiques qui dominent, ou encore par les hypothèses et le type d'arguments qui sont admis. En s'appuyant sur l'analyse présentée en introduction[3], on retiendra cinq aspects pour décrire le raisonnement économique. Pour chacun d'entre eux, on se demandera dans quelle mesure il constitue, du point de vue du juge, un obstacle à la réception de raisonnements économiques. L'analyse fait apparaître que les caractéristiques génériques du raisonnement économique ne le rendent pas impropre à l'usage judiciaire. Certaines facilitent l'assimilation du raisonnement économique au raisonnement judiciaire, tandis que d'autres rendent la réception plus difficile. Aucune

---

[1] L'application de nombreuses qualifications juridiques dépend en effet d'une opération de quantification. Il suffit à cet égard de songer aux dispositions pénales qui fixent la vitesse maximale sur route ou le taux d'alcoolémie autorisé chez un conducteur ou encore d'évoquer les multiples règles comportant des effets de seuil. Sur ces dernières, V. CREDA, *Seuils légaux et dimensions de l'entreprise. Droits commercial, fiscal, social et économique*, Litec, coll. « Droit des affaires », 1990.

[2] Cet examen de compatibilité des raisonnements est en effet un préalable. Ce n'est qu'une fois démontrée l'absence d'incompatibilité que l'on pourra s'interroger sur les modalités de l'insertion du raisonnement économique dans le raisonnement du juge. *Infra* Seconde partie.

[3] *Supra* n° 44.

d'entre elles ne constitue cependant un obstacle dirimant. Pour le démontrer, on envisagera en premier lieu ce qui peut, à première vue, sembler l'aspect le plus rebutant du raisonnement économique pour un non-économiste, à savoir sa forme mathématique et l'utilisation de modèles (A). Cet examen apportera un premier éclairage sur la question du caractère quantitatif ou non du raisonnement économique. En second lieu, on évoquera les caractéristiques du raisonnement économique au regard de la logique formelle (B). En troisième lieu, on traitera des postulats en économie et, plus particulièrement, du postulat de rationalité (C). Ces deux examens permettront de souligner la prudence dont le juge doit s'armer pour aborder le raisonnement économique. En quatrième lieu, on reviendra sur un aspect déjà évoqué, mais dont l'importance ne peut être trop soulignée, à savoir le choix de considérer certains faits comme pertinents en économie (D). Cela viendra compléter utilement les observations relatives à l'aspect qualitatif du raisonnement économique. Enfin, en cinquième lieu, on s'attachera à quelques figures caractéristiques du raisonnement économique (E). Cet ultime développement confirmera que le juge n'est pas, par principe, étranger à la pratique de raisonnements économiques.

A. La forme du raisonnement économique : mathématisation et modélisation.

184. **Forme.**L'activité principale des économistes contemporains, particulièrement celle des micro économistes, consiste à construire des modèles. Ceux-ci se présentent sous la forme de systèmes d'équations difficilement lisibles pour le néophyte. Une question vient donc immédiatement à l'esprit : comment un juge pourrait-il faire usage des apports de la théorie économique si ceux-ci se présentent sous une forme aussi peu propice à l'instruction de tout autre qu'un homme de l'art ? Derrière cette question se profile un enjeu de taille pour le juge : lui faut-il s'en remettre à des experts dès lors qu'une question appelle une analyse économique, cas fréquent en droit de la concurrence[1] ? L'importance de la question justifie que l'on examine s'il n'est de raisonnement économique que mathématisé ou modélisé.

185. Observons pour commencer que l'économie, jadis appelée économie politique, n'a pas toujours été mathématisée. Les écrits de Smith ou de Mill, considérés comme les pères de la science économique, ne comportent pas une seule équation. Le début de la mathématisation

[1] La question de l'expertise et des autres modalités de coopération entre juges et économistes est abordée *infra* n° 901 et s.

de l'économie date de la fin du XIX^{ème} siècle. C'est en effet à cette époque que certains auteurs néoclassiques, notamment Walras, ont élaboré les premiers modèles d'équilibre général en s'inspirant du raisonnement pratiqué en mathématique et en physique[1]. Cependant, ce n'est qu'après la Seconde guerre mondiale que la mathématisation de l'économie s'est accélérée[2].

186. **Logique et précision.** Les économistes qui pratiquent la modélisation reconnaissent généralement une vertu principale à la mathématisation, celle d'une clarification de l'argumentation. En effet, la causalité qui régit les phénomènes qu'étudient les économistes est si complexe que, sans une expression très exacte des relations entre les différentes variables, des erreurs logiques peuvent facilement être commises. L'expression mathématique des relations entre différentes grandeurs économiques offre une précision qu'il est difficile d'atteindre au moyen du seul langage courant. À ce titre, elle facilite la discussion et la critique des idées dont les modèles sont l'expression[3]. En d'autres termes, les économistes prêtent à l'outil mathématique une utilité sans égale pour appréhender de manière rigoureuse la complexité particulière des phénomènes économiques, mais ils ne lui prêtent que cela. La forme mathématique constitue « seulement » une aide au raisonnement rigoureux et non la seule forme possible du raisonnement économique[4]. En effet, voir dans la forme

---

[1] V. sur ces points F. ETNER, « Les origines de la pensée néoclassique », *in* A. BÉRAUD et G. FACCARELLO (dir.), *Nouvelle histoire de la pensée économique*, T. 2 : *Des premiers mouvements socialistes aux néoclassiques*, La Découverte, Paris, 2000, pp. 271-293, spéc. p. 279 et s.

[2] À cet égard, il est significatif que Walras se justifie d'employer des signes mathématiques : A. WALRAS, *Principes mathématiques de la théorie des richesses*, Hachette, Paris, 1938. Dans sa préface (p. VI), l'auteur écrit à propos du titre de son ouvrage : « il indique (…) que j'ai l'intention d'(…) appliquer les formes et les symboles de l'analyse mathématique : or, c'est là, je le confesse, un plan qui doit m'attirer la réprobation des théoriciens accrédités. Tous se sont élevés comme de concert contre l'emploi des formes mathématiques ». Pour un point de vue actuel sur l'utilisation des mathématiques en économie, V. R. GUESNERIE, « La modélisation en économie théorique : évolution et problèmes », *in* A. d'AUTUME et J. CARTELIER, *op. cit.*, pp. 92-98, p. 95. Dans leur introduction, ces deux derniers auteurs jugent (p. 2) que d'une manière générale, « [l]es théories économiques appellent (…) la forme mathématique ». Sans en disconvenir, d'autres contributions à l'ouvrage soulignent les nombreux aspects substantiels indépendants de la forme mathématique. V. spéc. E. MALINVAUD, « L'économie s'est rapprochée des sciences dures, mouvement irréversible mais achevé », pp. 9-17, et R. GUESNERIE, préc., et H. BROCHIER, « L'économie comme science positive et normative », pp. 38-54.

[3] E. MALINVAUD, préc., p. 11 ; R. GUESNERIE, préc., p. 96. Ce dernier auteur cite à cet égard la boutade d'un grand économiste qui avouait préférer l'économie littéraire à l'économie mathématique mais qui ne se considérait pas assez intelligent pour la pratiquer. Sur la vertu clarificatrice des notations mathématiques, V. déjà, A. WALRAS, *op. cit.*, p. VII.

[4] Pour un exemple de déconstruction d'un argument paraissant intuitivement correct (selon lequel lorsque les prix sont bas sur un marché, les entreprises ne sont pas incitées à y entrer) par une modélisation en termes de théorie des jeux, V. P. REY, et J. TIROLE, « Analyse économique de la notion de prédation », *Revue française*

mathématique d'irremplaçables vertus heuristiques ne signifie pas que les idées, une fois élaborées, discutées, clarifiées et acceptées, ne peuvent être exprimées que dans un langage mathématique[1]. Comme le relève un auteur, la modélisation est avant tout une exploration conceptuelle[2]. Sa valeur scientifique réside dans les concepts qu'elle propose et dans la manière dont elle les met en relation. Ces concepts comme ses relations pourront ensuite être utilisés dans le cadre d'un raisonnement à propos de faits concrets[3]. La formalisation du raisonnement n'est donc qu'une étape, souvent indispensable dans la conception du raisonnement, mais pas nécessaire à son expression. Rien n'empêche que sa conclusion et même ses grandes étapes soient exprimées clairement en termes littéraires.

187. **Juge et modèles.** De ces remarques découlent deux conséquences du point de vue du juge. Tout d'abord, par sa fonction de contrôle de la logique de l'argumentation, la modélisation n'est pas étrangère à l'office du juge, y compris à l'office du juge de cassation, qui exerce son contrôle sur la cohérence et la complétude des motifs, ainsi que sur le respect des règles de la logique[4], nous aurons l'occasion d'y revenir[5]. Il n'y a donc aucun obstacle de principe à ce qu'un juge examine la validité d'un raisonnement qui s'appuierait sur un modèle. Bien entendu, il peut exister des obstacles d'ordre pratique ou rhétorique. Le raisonnement économique est parfois difficile à suivre dans le détail pour un juge, en raison de la forme dans laquelle il a été initialement élaboré. Le raisonnement peut cependant être expliqué devant le juge en termes clairs et compréhensibles. C'est là une question de

---

d'économie, 1997, pp. 3-32, p. 8 et s. V. aussi J. TIROLE, « The Analysis of Tying : A Primer », *Competition Policy International*, 2005, n° 1, pp. 1-25, p. 22 : « a little algebra might clarify the issue ».

[1] En ce sens aussi (à propos des modèles utilisés par l'analyse économique du droit), A. OGUS et M. FAURE, *Économie du droit : le cas français*, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit comparé », 2002, p. 27.

[2] D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 79.

[3] D. HAUSMAN, *op. cit.*, p. 79.

[4] Sur le contrôle de la contradiction de motifs, J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 3ème éd. 2003-2004, n° 77.112, p. 375 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », p. 157 et s. Sur le contrôle de complétude des motifs à travers le manque de base légale : H. MOTULSKY, *Principes de réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, réed, 2002, n° 142 et s., p. 162 et s. Sur le contrôle de cohérence et de logique, F. RIGAUX, *La nature du contrôle de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966, n° 218 et s., p. 330 et s. *Adde :* L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4ème éd. 2004, n° 1100-1102.

[5] Sur le contrôle de logique auquel le raisonnement économique est soumis par le juge, V. *infra* n° 1069. Plus spécialement, sur le rôle de la modélisation comme contrôle préalable au contrôle du juge, V. n° 1075, p. 674.

pédagogie de la part de l'économiste qui expose ses arguments, et non un obstacle qui tiendrait à la « nature » du raisonnement économique[1].

188. Deux précisions à propos des modèles économiques doivent encore être apportées, car elles sont susceptibles d'avoir une incidence sur la réception par le juge des raisonnements qui en sont issus et sur le traitement des raisonnements économiques avancés comme raisonnements probatoires. L'une a trait à la nature d'un modèle économique, l'autre au statut qu'y ont les données empiriques. Premièrement, un modèle est un idéal-type. Deuxièmement, il ne constitue jamais qu'une interprétation des faits.

189. **Idéal-type.** Un modèle économique est ce que, depuis Max Weber, on nomme un idéal-type[2]. Un idéal-type est une construction cohérente obtenue par l'accentuation de certains éléments de la réalité. Il permet de clarifier et d'exposer les relations caractéristiques de cette réalité. Il s'agit d'une image mentale inexacte, mais utile pour formuler des hypothèses et exprimer des définitions du réel[3]. C'est donc un outil d'exploration conceptuelle de la réalité, qui ne comporte pas en lui-même d'énoncé sur le monde. Il n'est, à ce titre, ni vrai ni faux[4]. L'importance scientifique d'un modèle tient aux nouveaux concepts qu'il

---

[1] L'exigence de clarté et de pédagogie qui s'impose aux experts économistes s'ils veulent être entendus des juges est soulignée par tous les observateurs. Sur ce point, V. par exemple J. S. KINGDON, « Economic Argument in Anti-trut Cases : An American Litigator's Perpective », *ECLR*, 1987, pp. 371-385, spéc. p. 383. L'auteur souligne également, p. 380, l'exigence de concordance entre l'expertise économique et le bon sens pour que le juge en tienne compte. En ce sens également, H. M. REASONER, « Introductory Remarks », *in Experts Use and Abuse (part I)*, *ALJ*, 1992, p. 343 ; *Adde* entretien de L. E. RÖLLER, économiste en chef de la Commission, *European Voice*, 17-23 juin 2004. Enfin, on peut ajouter le récent rapport remis au Conseil d'Analyse Économique sur les Politiques de la concurrence. D. ENCAOUA et R. GUESNERIE (dir.), *Politiques de la concurrence*, La documentation française, 2006. Ce rapport ne comporte quasiment aucune équation et fait le point, dans un langage littéraire, sur une littérature largement mathématisée.

[2] D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 80 et référence citée. V. aussi H. BROCHIER, « L'économie comme science positive et normative », préc., spéc. p. 39.

[3] M. WEBER, « L'objectivité de la connaissance dans les sciences et dans la politique sociales » (1904), *in Essais sur la théorie de la science*, trad J. FREUND, Paris, 1965, pp. 146-213, spéc. p. 205 et s. V. aussi la présentation de la notion dans une perspective juridique par F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur : Trois modèles de justice », *in* P. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE et F. OST (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1983, pp. 1-70, p. 2-3: « le type-idéal est un tableau de pensée qui réunit des relations et des événements déterminés de la vie historique en "un cosmos non contradictoire de relations de pensées". Il s'agit d'une "utopie rationnelle", que l'on obtient en accentuant par la pensée des éléments déterminés de la réalité et en enchaînant une multitude de phénomènes. Il n'a d'autre signification que celle d'un concept limite, purement idéal, auquel on mesure la réalité pour clarifier le contenu empirique de certains de ces éléments importants et auquel on le compare ».

[4] D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 79.

propose et aux formes de relations causales qu'il postule, lesquels pourront ensuite être utilisés dans le cadre d'un raisonnement à propos de faits concrets. Il convient de préciser qu'une telle utilisation pratique est concevable que le modèle ait ou non été soumis à des tests de validation empirique. Lorsqu'une telle validation a lieu, c'est au moyen de tests économétriques.

190. **Tests économétriques et interprétation des faits.** Les tests économétriques sont un moyen de confronter à la réalité la pertinence des variables qui interviennent dans le modèle et la véracité des relations qui y sont postulées. Outre le contrôle de logique déjà évoqué, la mise en équations des relations supposées entre différents phénomènes sert aussi à cette confrontation du modèle à la réalité. En effet, chacun des phénomènes étudiés est symbolisé dans le modèle par une variable quantifiable. À ces variables peuvent être associés des indicateurs correspondant à des données disponibles. La correspondance entre le vrai sens de la variable étudiée et l'indicateur retenu pour la mesurer est parfois approximative. C'est pour cela que les économistes parlent de « *proxy* »[1]. Par exemple, une variable qui symbolise le revenu sera mesurée à partir de données sur les salaires, plus simples à collecter que des informations sur toutes les formes de revenus. Si les salaires constituent effectivement la plus grosse partie des revenus du groupe étudié, la simplification ne portera pas à conséquence. Au-delà des aspects techniques, la fonction des tests économétriques est de vérifier que le modèle rend compte de la réalité. Cependant, en toute rigueur, une vérification statistique ne permet pas de dire si le modèle décrit des relations vraies. En effet, l'adéquation apparente du modèle avec les données utilisées peut relever soit d'une coïncidence, soit d'un véritable lien de causalité[2].

191. Pareille distinction est familière au juge[3]. Les présomptions qu'il admet sont souvent fondées sur des relations de coïncidence[4], tandis que la « vraie » causalité est très difficile,

---

[1] À notre connaissance les économistes emploient en français ce terme anglais sans le traduire.

[2] W. H. GREENE, *Économétrie*, 5ème éd. fr., sous la direction de D. SCHLACHER, Pearson éducation, 2005, pp. 3-4.

[3] À cet égard, il est frappant de constater combien la présentation de cette question dans le manuel de référence (cité note préc), fait appel à des notions familières au juge. W. H. GREENE, *op. cit.*, *loc. cit.* : « [u]n modèle ne peut jamais être confirmé (…). Cependant, il peut être soumis à un examen minutieux et rigoureux, et être réfuté face à un témoignage contradictoire. (…) La seule prépondérance d'un témoignage contradictoire peut invalider un modèle probabiliste et cette "évidence" est affaire d'interprétation ». « Évidence » est peut-être ici un anglicisme laissé par le traducteur (*evidence* en anglais signifie « preuve »).

[4] F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n° 576, p. 471.

sinon impossible à connaître (les affaires de responsabilité civile le démontrent à l'envi). Ce n'est là du reste qu'un aspect particulier d'une limite plus générale. Comme l'écrivait Jacques Normand, « [d]e la vérité réelle, que nul ne peut connaître, à la vérité judiciaire, il y aura toujours, quand bien même les procédés scientifiques d'investigation seraient utilisés sans réserve, une marge irréductible d'incertitude, de relativité »[1]. Pas davantage que les procédés scientifiques d'investigation, les tests économétriques ne révèlent une « vérité réelle ». Un modèle n'est donc jamais qu'une interprétation des faits, même lorsqu'il a été soumis à des tests économétriques[2]. Ces tests rendent, au mieux, vraisemblable l'explication postulée par le modèle[3]. Dire que les modèles sont des interprétations plus ou moins vraisemblables des faits, c'est aussi dire qu'ils ne sont pas étrangers à l'activité quotidienne du juge, puisque celui-ci a, de manière générale, le devoir d'apprécier la vraisemblance des interprétations qui lui sont soumises[4]. Les modèles ne sont qu'un moyen particulier de produire des interprétations de faits.

192. **Point de vue du juge.** Un modèle n'exprime donc pas une leçon de l'expérience que le juge pourrait tenir pour acquise. Un modèle est construit *a priori* et peut être utilisé, par une autorité de concurrence ou par un expert, pour *interpréter* des données empiriques[5]. Le fait de se servir d'un modèle pour interpréter des faits ne suffit pas à rendre vraisemblable

---

[1] J. NORMAND, *Le juge et le litige*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 65, 1965, n° 18, p. 17. V. aussi, dans le même ouvrage, n° 319, p. 339. Pour une réflexion récente sur l'autonomie relative de la vérité judiciaire par rapport à la vérité scientifique, G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'institut André Tunc », T. 2, préf. L. CADIET. *Adde* : J. VERA, « La vérité judiciaire », *Revue de la faculté de droit de l'université de Liège*, 2006/3, pp. 395-414.

[2] Th. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1988, préf. J. CARBONNIER.

[3] La question se pose par ailleurs de savoir au regard de quelle théorie de la causalité il convient d'interpréter les probabilités qu'une approche économique permet d'avancer. Sur l'articulation de la causalité économique avec les différentes notions de causalité en droit de la responsabilité civile, V. I. SIMIC et N. MONNET, « Les hésitations françaises en matière de recours indemnitaire : le temps fera l'affaire ! », *RDAI*, 2006, n° 3, pp. 385-402, spéc. p. 397. Les auteurs notent que la jurisprudence en matière de réparation des préjudices concurrentiels semble retenir la théorie de la causalité adéquate. Ils considèrent que « cette interprétation [de la causalité] n'est pas très judicieuse », car la « "causalité économique" paraît plus proche de l'équivalence des conditions ». Cela tient, selon les auteurs, précisément au fait que l'approche économique ne permet d'appréhender que des probabilités et des correllations statistiques.

[4] En principe, seul le juge du fond apprécie les preuves, mais le juge de cassation se prononce aussi sur la vraisemblance des interprétations de fait, à travers le contrôle des présomptions. Sur ce point, V. *infra* n° 1047.

[5] Le professeur Malinvaud distingue la dimension explicative de la dimension interprétative de l'économie et note que cette dernière est particulièrement présente dans l'économie industrielle (qui est la branche de l'économie la plus sollicitée par le droit de la concurrence), E. MALINVAUD, *op. cit.*, pp. 9-10. Pour reprendre les termes du professeur Terré, un modèle est donc un élément de l'herméneutique juridique. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 7ème éd., 2006, n° 557, p. 457.

l'interprétation proposée. On voit à cela trois raisons. Premièrement, le modèle peut avoir été construit pour le cas d'espèce et draper de scientificité une interprétation *ad hoc* des faits[1]. Deuxièmement, la vraisemblance de l'interprétation proposée à partir d'un modèle dépend toujours de ce que les hypothèses et les postulats sur lesquels repose le modèle sont vérifiés[2]. Comme le souligne un auteur, la confiance qui peut être placée dans les conclusions dérive de la confiance faite aux postulats[3]. Ce point serait sans doute contesté par les économistes[4]. En effet, de leur point de vue, le fait de placer certaines hypothèses fondamentales (ou postulats) en dehors du champ de la discussion ne s'autorise pas d'une croyance dans leur réalisme, mais d'un choix méthodologique[5]. Il demeure néanmoins que, selon nous, les choix méthodologiques de l'économie ne sauraient s'imposer au juge sans discussion préalable, car cela reviendrait à faire des postulats économiques des fictions juridiques. Cela ne doit pas être et nous verrons que cela n'est pas le cas, l'hypothèse de rationalité n'étant pas toujours admise par le juge[6]. Il convient cependant de distinguer d'une part, les postulats fondamentaux, comme le postulat de rationalité et, d'autre part, les hypothèses propres à un

---

[1] Comme le souligne Cl. LUCAS de LEYSSAC, « Délimitation du marché pertinent et ententes », Colloque du CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, 6 décembre 2000, *Gaz. Pal.*, *Cah. dr. conc.*, n° 313-314, du 9-10 novembre 2001, pp. 18-22, p. 21 : « [i]l ne faut pas croire que la mise en équation des données et leur traitement dans un ordinateur donnent aux conclusions obtenues la rigueur de la démonstration d'un théorème ».

[2] D. HAUSMAN, *op. cit.*, p. 89, distingue les hypothèses et les postulats au regard de leur raison d'être. Les postulats sont des éléments constitutifs de la discipline. Les hypothèses constituent des simplifications qui n'ont souvent pour but que de permettre un traitement mathématique élégant des modèles. Les économistes supposent implicitement que les hypothèses sont soit approximativement exactes, soit sans portée (au sens où le même résultat pourrait être obtenu, moyennant des calculs plus complexes, en l'absence de ces hypothèses).

[3] D. HAUSMAN, *op. cit.*, p. 1, à propos du raisonnement économique en général et non de son utilisation judiciaire en particulier.

[4] Les économistes sont très sensibles à la critique portant sur le réalisme des hypothèses. Ils soulignent que ni les postulats ni les hypothèses ne *prétendent* au réalisme. Pour une critique vive des « incompréhensions » de la théorie de Walras et de son héritage sur ce point, V. p. e G. LALLEMENT « Prix et équilibre selon Léon Walras », *in* A. BÉRAUD et G. FACARELLO, *Nouvelle histoire de la pensée économique*, T. II, La Découverte, 2000, pp. 449-497, p. 465. L'auteur expose que cette incompréhension dérive du fait que l'on n'a retenu de l'œuvre de Walras que l'un de ses trois volets (l'économie pure), qui n'avait pas vocation à être réaliste, à la différence des deux autres volets (l'économie appliquée et l'économie sociale).

[5] Ph. MONGIN, « La méthodologie économique au XX^{ème} siècle. Les controverses en théorie de l'entreprise et la théorie des préférences révélées », *in* A. BÉRAUD et G. FACARELLO, *op. cit.*, pp. 340-378, spéc. p. 343. L'auteur expose que ce choix méthodologique, affirmé par Milton Friedman dans son essai *The methodology of positive economics* (1953), dérive de l'orientation plus empirique qu'avait pris l'économie depuis les années 1930. En effet, en acceptant de soumettre les théories économiques à des tests empiriques, la science économique devenait à la fois plus réaliste et plus fragile, puisque les fondements mêmes de la théorie pouvaient être remis en cause par la confrontation avec le réel. M. Mongin explique (p. 343) : « de là provient (…) une reformulation de l'empirisme qui ménage une *position de repli* aux hypothèses fondamentales si, d'aventure, celles-ci paraissaient malmenées par les tests » (nous soulignons).

[6] Sur la valeur variable accordée à l'hypothèse de rationalité par le juge, V. *infra* n° 1028 et s.

modèle précis. C'est seulement sur les premiers que notre thèse se prête à la critique des économistes. En revanche, en ce qui concerne les hypothèses factuelles particulières (par exemple le degré de transparence sur un marché donné), les économistes ne contestent pas qu'elles puissent être soumises à la discussion. Sur ce point, notre proposition n'a donc rien qui puisse heurter la pratique de l'économie appliquée[1]. Nous disons seulement que, du point de vue du juge, il n'y a pas lieu de distinguer hypothèses fondamentales et hypothèses non fondamentales. Les unes et les autres fondent des présomptions et l'on ne doit pas admettre qu'elles fondent des fictions[2]. Aux deux raisons qui viennent d'être discutées (possible choix *ad hoc* des hypothèses et rejet des fictions) s'ajoute une troisième raison qui conduit à justifier le contrôle du juge sur les modèles soumis par les parties à titre d'éléments d'interprétation des faits. Cette raison est liée à un élément essentiel du raisonnement judiciaire, à savoir la détermination des faits pertinents[3]. Comme pour toute interprétation des faits, la pertinence de l'explication proposée sur la base d'un modèle dépend du choix judicieux des variables par l'auteur du modèle. Si une variable a été omise du modèle, il sera impossible d'utiliser les résultats obtenus pour dire qu'elle ne joue aucun rôle causal. Par exemple, si un modèle cherche à expliquer le niveau des prix sans prendre en considération le degré de transparence du marché, l'expert ne pourra en tirer argument pour soutenir que la transparence du marché est indifférente. Un tel raisonnement serait circulaire. Il résulte de ces remarques que, du point de vue du juge, un modèle doit pouvoir être soumis à la discussion dans tous ces aspects. La seule limite à la discussion est celle que fixent les contestations des parties.

193. **Logique de l'argumentation.** L'utile discussion sur la pertinence d'un modèle relève de la logique de l'argumentation, celle même qui caractérise habituellement le déroulement d'un procès[4]. En effet, les deux grands types de questions que soulève l'utilisation d'un modèle sont des questions du même type que celles dont le juge traite constamment. Il s'agit,

---

[1] Les économistes ayant l'expérience du contentieux de la concurrence sont du reste familiers de la nécessité de rendre compte du réalisme des hypothèses devant le juge. V. p.e. s. BAKER et A. COSCELLI, « The Role of Market Shares in differentiated Product Markets », *ECLR*, 1999, pp. 412-419, p. 419.

[2] Procédé « en soi condamnable », selon la formule de P. HÉBRAUD, « Rapport introductif », *in La logique judiciaire. 5ème colloque des Instituts d'Études judiciaires*, Paris, 18-20 mai 1967, PUF, 1969, p. 26.

[3] *Supra* n° 44.

[4] Sur la logique de l'agumentation devant le juge, Ch. PERELMAN, *Logique juridique Nouvelle rhétorique*, rééd. Dalloz, 1999, spéc., n° 71 et s., p. 135 et s. Sur l'absence de spécificité de la logique juridique comme logique de l'argumentation, V. R. POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *in Formes de rationalité en droit*, *APD*, 1978, pp. 11-34, spéc. p. 19. V. *supra* n° 40.

d'une part, de la question de la pertinence d'un fait aux fins d'une appréciation et, d'autre part, de la question de la causalité. En économie comme ailleurs, ces questions font toujours l'objet d'un débat argumenté. Dans cette discussion, les résultats quantitatifs sont des éléments parmi d'autres. La vérification empirique d'un modèle antérieurement à son utilisation dans un procès peut asseoir davantage un argument tiré de ce modèle[1], mais elle ne change pas la nature de l'argument, fondamentalement qualitatif en ce qu'il porte sur la pertinence d'un fait ou l'existence d'une relation causale. La discussion nécessaire sur la pertinence d'un modèle relève donc de la logique ordinaire du juge.

194. **Conclusion.** Le raisonnement économique ne se réduit pas aux questions quantitatives, qui relèvent de la branche spécialisée de l'économie qu'est l'économétrie. La partie quantitative de l'analyse a pour fonction d'étayer des arguments de type qualitatif qui se prêtent à la discussion judiciaire. Les modèles économiques semblaient à première vue l'expression même d'une démarche quantitative étrangère au juge. Ils ne sont en réalité que des modèles d'arguments qualitatifs, qui ne diffèrent pas, par leur nature, de ceux dont le juge connait ordinairement. Ces précisions sur les modèles étant apportées, il est possible d'être plus bref sur les caractéristiques logiques du raisonnement économique, car celles-ci résultent de ce qui vient d'être dit.

B. Les caractéristiques logiques du raisonnement économique : la prééminence de la déduction

195. Il paraît vain de s'attacher à caractériser le raisonnement économique au regard de la logique formelle. Il n'y a qu'une logique formelle[2] et donc pas plus de logique (formelle) économique que de logique (formelle) juridique. On raisonne logiquement en économie comme dans d'autres domaines en ce sens que les inductions, déductions ou autres formes d'enchaînement d'arguments obéissent aux mêmes règles de validité formelle que dans toute autre argumentation. L'originalité du raisonnement économique n'est donc pas d'ordre

---

[1] À cet égard, certains économistes reconnaissent que pour pouvoir servir plus directement aux juges et aux autorités de concurrence, les travaux d'économie industrielle devraient s'éloigner des modèles qui prévoient la simple possibilité abstraite d'effets anticoncurrentiels au profit de modèles qui permettent des vérifications empiriques. En ce sens, D. S. EVANS, « How Economists Can Help Courts Design Rules : An EU and US Perspective », *World Competition*, 2005, pp. 93-99, p. 97.

[2] Ch. PERELMAN, *op. cit.*, n° 4, p. 4. M.-L. IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF, coll. « Thémis », 2001, p. 3.

logique[1]. Il convient néanmoins d'aborder cet aspect, car, sans qu'il s'agisse d'une différence spécifique qui permettrait de définir le raisonnement économique, la prééminence de certaines formes logiques justifie la prudence du juge par rapport aux raisonnements économiques.

196. **Déduction.** Comme on l'a dit, il est classique d'opposer le raisonnement économique inductif au raisonnement déductif qui caractériserait le syllogisme judiciaire. Cette opposition, n'est pas seulement superficielle, elle est aussi doublement fausse. Premièrement, elle est fausse quant à la caractérisation du raisonnement du juge. En effet, le syllogisme final n'est que la forme déductive de la solution, ou, plus précisément, de sa justification[2]. En second lieu – et c'est ce seul point qu'il s'agit ici d'exposer –, l'opposition procède d'une confusion concernant le raisonnement économique. Le raisonnement économique pertinent en droit de la concurrence est celui de la micro-économie. Or, dans cette branche de l'économie, la forme logique dominante est la déduction[3]. Ce qui a été dit à propos des modèles l'illustre. À cet égard, il faut en effet distinguer, d'une part, le raisonnement dont relève la construction d'un modèle et, d'autre part, le raisonnement développé à partir d'un modèle une fois que celui-ci a été construit. Seule la première étape peut être dite inductive, la seconde étant, pour sa part, déductive. La construction d'un modèle, comme celle de tout idéal-type, comporte ainsi une étape inductive. C'est par une induction généralisante que certains traits observés dans la réalité sont pressentis comme pertinents et stylisés dans un modèle[4]. En revanche, une fois le modèle construit, l'activité des économistes consiste à explorer, notamment à l'aide de techniques mathématiques, ses propriétés logiques. Comme on l'a vu, la démarche est alors déductive : les conclusions portent uniquement sur les conséquences des hypothèses et des postulats[5]. La vérification de la validité factuelle des hypothèses n'est pas requise[6]. C'est là

---

[1] En ce sens, B. GUERRIEN, « Le raisonnement économique », *in Comprendre l'économie : 1. Concepts et mécanismes, Cahiers français*, n° 315, La documentation française, 2003, pp. 3-7. p. 3.

[2] *Supra* n° 20 et *infra* n° 593.

[3] Sur cet aspect du raisonnement économique et ses implications, D. HAUSMAN, *op. cit.*, n° 8.4, p. 142 et s. Sur l'importance de la méthode déductive dans la construction de l'économie telle que l'envisageait Walras, V. G. LALLEMENT « Prix et équilibre selon Léon Walras », préc., spéc. p. 461.

[4] Encore D. HAUSMAN, *op. cit.,* n° 6.3, p. 88, souligne-t-il que même cette étape n'est pas une pure induction.

[5] D. HAUSMAN, *op. cit., loc. cit.*

[6] B. BOCK, « Ethical Consideration for an Antitrust Economist : An Economist's View », *ALJ*, 1979, pp. 1875-1880, p. 1876 : « Like all law, antitrust law proceeds on an individual case basis, moving from facts through statutes and precedents to conclusions, while economics preoceeds by way of assumptions to conclusions without compulsory verification of the factual validity of the assumptions. »

une particularité et, disons-le, une limitation à garder à l'esprit, par exemple quand on s'interroge sur l'appréciation par le juge de preuves étayées par un raisonnement économique.

197. **Tempérament.** La primauté de la déduction caractérise l'approche néoclassique. En droit de la concurrence, la tradition de l'École de Chicago reste à n'en pas douter la plus marquée par cette caractéristique. L'importance de la déduction se trouve quelque peu atténuée dans des analyses plus récentes, parfois regroupées sous l'étiquette d'« économie Post-Chicago »[1]. Ces analyses renouent avec une tradition plus empirique[2] et se caractérisent par une approche plus inductive et exploratoire. Ainsi que l'on peut s'y attendre, les conclusions auxquelles ces travaux aboutissent sont généralement moins fermes que les conclusions obtenues déductivement à partir de postulats[3]. Même dans les domaines ayant fait l'objet de nombreuses études, théoriques et empiriques, ni la théorie ni les études empiriques ne permettent de dire s'il est probable qu'une pratique donnée restreigne la concurrence[4]. C'est là une limite d'un point de vue prédictif, y compris pour le juge lorsqu'il doit apprécier si un comportement est « de nature à » restreindre la concurrence, par exemple pour l'application de l'article 82 CE[5].

198. **Rapprochement.** Cependant, l'ouverture aux faits dont témoignent ces approches est aussi un trait qui les rend en principe plus adaptées à l'usage judiciaire. Les modèles ne sont pas rigides. Le poids relatif des différentes circonstances pertinentes y est sujet à une discussion au cas par cas, selon les faits de l'espèce. À la différence des approches néoclassiques purement déductives, ces nouvelles approches acceptent pleinement de soumettre les modèles à la discussion selon la logique de l'argumentation. Le modèle n'est

---

[1] L. A. SULLIVAN, « Post-Chicago Economics : Economists, Lawyers, Judges and Enforcement Officials in a Less Determinate Theoretical World », *Antitrust L. J.*, 1995, pp. 669-681, p. 669.

[2] Cette tradition était aussi celle de l'École de Harvard. V. p.e. D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules. The European School*, 2nde éd., Kluwer, coll. « European Monographs », 2002, p. 126.

[3] L. A. SULLIVAN, *op. cit.*

[4] En ce sens à propos des restrictions verticales, J. COOPER, L. FROEB, D. O'BRIEN et M. VITA, « Vertical Restrictions and Competition Policy : What About the Evidence ? », *Competition Policy International*, 2005, Vol. 1, n° 2, pp. 45-63.

[5] Jurisprudence constante, p.e. Arrêts de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 91 ; du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 70, et du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359, point 69 ; Arrêts du Tribunal du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 111, et du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071.

plus considéré comme un énoncé sur la causalité qui pourrait être vérifié une fois pour toutes, mais comme un cadre d'analyse autorisant un va-et-vient incessant entre le modèle et la réalité. Du point de vue du juge, cette différence est essentielle. Dans le premier cas (approche déductive), seule la conclusion du modèle est livrée au juge. Celle-ci constitue un énoncé sur la causalité qui se prête à une traduction sous forme d'une règle de fond ou d'une fiction[1]. Dans le second cas (approche du va-et-vient), le modèle lui-même est proposé au juge, en tant que cadre de discussion des faits. Le modèle économique n'est plus destiné à clore la discussion par une affirmation définitive concernant la causalité économique, mais à organiser la discussion sur le rôle et le poids des différents faits pertinents dans le cas particulier[2]. Les développements récents de la théorie économique viennent donc tempérer l'obstacle que constitue le caractère essentiellement déductif du raisonnement économique néoclassique. Un rapprochement s'esquisse entre la méthode de l'économie et celle du juge.

199. **Conclusion.** L'examen des caractéristiques logiques du raisonnement économique conduit à réviser plusieurs idées reçues. Le raisonnement économique n'est pas, contrairement à la présentation qui en est parfois faite, de nature inductive. Il est au contraire essentiellement déductif. Pour autant, le primat de la déduction dans la théorie économique n'est pas un motif de satisfaction du point de vue de la réception du raisonnement économique par le juge. En effet, ce n'est pas pour le syllogisme final – partie déductive de son raisonnement – que le juge a besoin de raisonnement économique. L'utilité première du raisonnement économique est qu'il propose des interprétations des faits[3]. Or, précisément, pour interpréter des faits, la déduction dans le cadre de modèles construits à partir d'hypothèses et de postulats est une caractéristique gênante du point de vue du juge. Cette caractéristique justifie en tout cas la prudence du juge, qui doit soumettre à la discussion les présupposés du modèle. L'opposition des logiques n'est donc pas là où on l'attendait. C'est son caractère déductif qui rend l'approche économique néoclassique dogmatique là où le juge

---

[1] Lorsqu'une relation causale est irréfragablement présumée, cela peut s'analyser ou comme une règle de fond : en ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988, pp. 202-203, ou bien comme une fiction : en ce sens, F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n° 583, spéc. p. 477. Comme l'a écrit P. HÉBRAUD, « Rapport introductif », *in La logique juridique*, 5ème colloque des IEJ, Paris, 18-20 mai 1967, PUF, 1969, p. 26, les fictions sont un procédé « en soi condamnable ». Les différents usages possibles des connaissances économiques par le juge feront l'objet de développements ultérieurs *infra* n° 871 et s.

[2] Tous ces points seront plus amplement développés dans la seconde partie à propos du contrôle de motivation.

[3] Nous verrons que ce n'est pas la seule. *Infra* n° 720 et s.

a précisément besoin d'une approche pragmatique. L'analyse économique plus récente réduit l'opposition des logiques, car elle ne se contente pas de la déduction à partir de modèles tout faits, mais ouvre à la discussion le raisonnement qui sert à construire le modèle. Il y a donc une convergence possible des approches, mais elle n'est à chercher ni dans la déduction, ni dans l'induction. La convergence se fait sur la discussion.

200. Bien qu'elle s'ouvre à la logique juridique, l'approche économique contemporaine ne rompt pas pour autant totalement avec la manière de raisonner qui caractérise l'économie. Les postulats n'ont en effet pas disparu. Aussi faut-il aborder cette caractéristique permanente du raisonnement économique. On se limitera au principal postulat, le postulat de rationalité, auquel le juge est par force confronté lorsqu'il connaît de raisonnements économiques.

C. Le postulat de rationalité

201. Outre sa forme et ses caractéristiques logiques, un type de raisonnement se définit par l'ensemble d'axiomes et d'hypothèses qu'il articule. Les postulats sont des énoncés non démontrés admis comme valables au sein d'une discipline. Ils conditionnent la validité des énoncés subséquents[1]. En économie, les postulats constituent un aspect particulièrement important et caractéristique du raisonnement[2]. Éventuellement inexacts en tant qu'énoncés sur le monde[3], ils sont admis en raison d'un choix méthodologique raisonné[4] ou pour la commodité mathématique qu'ils offrent. Une fois admises, ces hypothèses caractéristiques permettent l'élaboration de modèles plus simples ou plus élégants et, mieux encore, de modèles calculables. Ces simplifications supposées vraies aux fins de la modélisation sont des présupposés, parfois implicites, des raisonnements économiques susceptibles d'être invoqués en droit de la concurrence. Aussi importe-t-il de s'y arrêter.

202. **Définition du postulat de rationalité.** Le postulat essentiel en économie concerne la rationalité des agents[5]. Il fournit une représentation de la manière dont consommateurs et

---

[1] Le *Trésor de la langue française informatisé*, Éd. CNRS, 2004, définit le postulat comme un « principe non démontré que l'on accepte et que l'on formule à la base d'une recherche ou d'une théorie ».

[2] H. POLEMARCHAKIS, « Rationalité individuelle et équilibre en économie », *in* A. d'AUTUME et J. CARTELIER (éds.), *op. cit.*, pp. 157-161 ; D. HAUSMAN, *op.cit.*, p. 81.

[3] Telle est la thèse défendue par D. HAUSMAN, *op. cit.*, spéc. pp. 1, 81 et 124.

[4] *Supra* n° 192.

[5] H. POLEMARCHAKIS, « Rationalité individuelle et équilibre en économie », *in* A. d'AUTUME et J. CARTELIER (éds.), *L'économie devient-elle une science dure ?*, Economica 1995, Coll. « Grands Débats »,

producteurs, chacun pour les décisions qu'ils ont à prendre, font leur choix. La rationalité, au sens où les économistes l'entendent, suppose que les agents économiques (consommateurs ou producteurs) sont mûs par l'unique désir d'accroître au maximum leur propre bien-être (respectivement, en acquérant à l'aide de leur revenu une combinaison de biens qui maximisera leur utilité et en réalisant le profit le plus élevé possible compte tenu des contraintes de production et des préférences des consommateurs)[1]. En économie, les choix des consommateurs sont considérés comme déterminés par leurs préférences, lesquelles sont traitées comme des données intangibles ne subissant pas l'influence des choix d'autres agents. Ces préférences sont dites rationnelles sous trois conditions : premièrement, elles doivent être complètes (l'agent peut toujours dire sa préférence entre deux options qui se présentent à lui), deuxièmement, elles doivent être transitives (si A préfère x à y et y à z, alors il préfèrera x à z)[2], troisièmement, elles doivent être continues (cette condition est indispensable pour représenter les préférences par une fonction continue, laquelle pourra alors faire l'objet d'un calcul d'optimisation)[3]. À ces trois éléments de définition s'ajoute une quatrième hypothèse, qui reste souvent implicite. Comme le souligne un auteur, les économistes supposent également que les préférences ne dépendent pas du contexte (celui qui préfère x à y est censé toujours avoir cette préférence, que ce soit à l'occasion d'un choix entre x et y ou d'un choix entre x, y et d'autres possibilités). Cette hypothèse, quoiqu'implicite, est plus forte encore que les trois premières[4]. En termes concrets, elle signifie que le choix d'acheter un bien, par

---

pp. 157-161, p. 158, précise que, même dans des situations théoriquement simples, la rationalité n'est pas réfutable empiriquement, de sorte qu'elle doit être qualifiée de postulat. Sur le postulat de rationalité, V. aussi D. HAUSMAN, *op. cit.*, p. 81 et s. Pour une présentation plus brève, B. GUERRIEN, « Le raisonnement économique », *in Comprendre l'économie : 1. Concepts et mécanismes, Cahiers français*, n° 315, La documentation française, 2003, pp. 3-7.

[1] Sur la notion de bien-être du consommateur, V. *supra* n° 159.

[2] Pour une conception très différente de la rationalité, à partir de l'idée de non-transitivité (dans un sens plus général que la non-transitivité des préférences), V. R. BOUDON, « Esquisse d'une théorie de la rationalité », *in Le juste et le vrai : Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Fayard, 1995, pp. 527-563, spéc. p. 535.

[3] La continuité d'une fonction est une notion mathématique qui signifie que, lorsque deux points sont proches, les valeurs que prend la fonction en ces différents points sont également proches. Sur cette notion et les paralogismes qui lui sont inhérents dans le contexte de son utilisation en économie, V. D. HAUSMAN, *op. cit.*, p. 17. Les économistes reconnaissent aujourd'hui que les phénomènes de concurrence ne peuvent pas toujours être adéquatement représentés par des fonctions continues. En effet, dans un modèle qui représente une situation concurrentielle, des variations faibles d'une de ces variables peuvent déplacer significativement l'équilibre. En ce sens, p.e. COOPER, L. FROEB, D. O'BRIEN et M. VITA, « Vertical Restrictions and Competition Policy : What About the Evidence ? », préc., p. 47.

[4] D. HAUSMAN, *op. cit.*, p. 16 et s. L'économie expérimentale cherche à relâcher cette hypothèse.

exemple un téléviseur, ne dépend pas des évolutions d'autres biens, comme les écrans d'ordinateurs et les réseaux câblés, qui ouvrent pourtant la possibilité de se passer de téléviseur. Ces définitions étant posées, le choix rationnel se définit comme celui d'un individu dont les préférences sont rationnelles et qui ne préfère aucune option disponible à l'option qu'il choisit[1].

203. **Importance.** L'importance du postulat de rationalité en économie ne saurait être exagérée. En effet, ce postulat irrigue tout raisonnement économique à travers la figure omniprésente de la recherche d'un optimum, qu'il s'agisse d'étudier la décision de produire au moindre coût, d'acheter au moindre prix ou, plus généralement, de tirer le meilleur parti possible des ressources dont on dispose[2]. Le postulat de rationalité est aussi intimement lié au caractère normatif de l'approche économique[3]. Enfin, la justification économique des bienfaits de la concurrence repose sur lui[4]. Cependant, c'est moins sa valeur épistémologique qui importe au juge que la grande particularité des raisonnements qui lui sont liés. On en donnera deux illustrations.

204. **Les préférences révélées.** Le postulat de rationalité permet de faire un lien univoque entre les préférences des agents économiques (par exemple les consommateurs) et leurs choix. Les préférences déterminent les choix, mais la perspective peut être renversée. C'est précisément le caractère univoque du lien entre les préférences et les choix qui autorise ce

---

[1] *Ibid*.

[2] On ne peut cependant en toute rigueur faire du postulat de rationalité un élément d'une définition analytique du raisonnement économique au moment où des travaux de plus en plus nombreux en micro-économie cherchent à s'en affranchir. En effet, c'est une particularité de la science inachevée qu'est l'économie : les postulats fondamentaux eux-mêmes font l'objet de remises en cause, notamment pour tenter d'orienter la théorie vers davantage de réalisme. Sur ce point, D. HAUSMAN, *op. cit.*, pp. 52-53. Sur les remises en cause du postulat de rationalité, F. LORDON, « La rationalité en question : théorie des jeux et rationalité », *in Les nouvelles théories économiques, Cahiers français*, n° 272, La documentation française, 1995, pp. 64-71. V. aussi J.-L. LEVET, *L'économie industrielle en évolution. Les faits face aux théories*, Economica, 2004. Les travaux sur la rationalité limitée sont jusqu'à présent sans influence sur le droit de la concurrence, si bien qu'en pratique et aux fins de notre étude, on doit considérer le postulat de rationalité comme un élément caractéristique du raisonnement économique.

[3] Comme l'écrit D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, préc., p. 13, les particules ne font pas de choix, elles ne sont pas rationnelles et les théories qui décrivent les phénomènes qu'elles affectent ne sont pas normatives.

[4] Comme l'écrit le professeur Jenny, « ce que nous dit le modèle économique, c'est que *si* les entreprises maximisent leurs profits, *alors* la concurrence aura des conséquences désirables. (…) Mais le modèle ne nous dit pas que, à court terme, toutes les entreprises maximisent leurs profits, ce même dans un environnement aussi concurrentiel que peut l'être un environnement réel ». F. JENNY, « Competition Law Enforcement : Is Economic Expertise Really Necessary ? », *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corp. Law 1998*, chap. 11, pp. 185-201, p. 196 (nous traduisons et soulignons).

renversement. Au lieu d'inférer les choix des agents à partir de leurs préférences considérées comme des données, on observera les choix et l'on en induira les préférences sous-jacentes. Cela donne lieu à une manière de raisonner bien propre aux économistes. Dans cette logique, on dira par exemple que celui qui choisit une pomme plutôt qu'une poire dans une corbeille de fruits *préfère* les pommes. Le choix observé est censé révéler une préférence plus générale. Les économistes appellent cela la théorie « des préférences révélées »[1]. Ce type de raisonnement trouve à s'appliquer à propos de questions traitées par le droit de la concurrence. Dans un autre exemple, celui d'une entreprise qui choisit de se concerter avec une autre alors qu'elle est en mesure de déterminer sa stratégie de prix de manière indépendante, on dira qu'elle a une préférence pour la collusion sur les prix. De là à dire que la conduite passée d'une entreprise prouve sa culpabilité, il n'y a qu'un pas, que tout juge se gardera bien de franchir. Cela reviendrait à condamner une entreprise sur la base d'une « enquête de personnalité », qui plus est fort sommaire[2]. Le raisonnement en termes de préférences révélées offre donc l'exemple d'un raisonnement économique qui, indépendamment de la critique dont il peut faire l'objet au sein de la discipline économique elle-même, sera inadmissible en tant que raisonnement probatoire devant un juge.

205. **Rationalité et preuve.** De manière plus générale, le postulat risque de heurter le souci de vérité. Il suppose en effet une très forte cohérence des choix, cohérence que la psychologie spontanée dément et que le juge ne peut accepter sans en éprouver la vraisemblance. Une anecdote tirée du registre des plaisanteries sur les économistes illustre la nécessité pour le juge de se méfier du postulat de rationalité dans un raisonnement probatoire. Un économiste de Chicago (la précision indique qu'il raisonne avec certitude à partir du postulat de rationalité) marche dans la rue avec un avocat. L'avocat remarque : « tiens, un billet de 100 $ par terre ». « Impossible, répond l'économiste, car si c'était un billet de 100 $ quelqu'un l'aurait ramassé »[3]. Au-delà de la moquerie, la boutade relève deux aspects importants du postulat de rationalité du point de vue du juge : d'une part, le recours au postulat de rationalité permet de produire des énoncés sur ce qui est (est-ce un billet de 100 $ ou autre chose ?),

---

[1] Sur cette théorie, V. P. MONGIN, « La méthodologie économique au XX^{ème} siècle », préc., spéc. p. 368.

[2] Plus généralement sur la contrariété de certains raisonnements économiques avec la présomption d'innocence V. *infra* n° 250.

[3] Cité par J. S. KINGDON, « Economic Argument in Anti-Trust Cases : An American Litigator's Perspective », *ECLR*, 1987, pp. 371-385, p. 372.

c'est-à-dire le type même d'énoncés recherché en matière de preuve ; d'autre part, le raisonnement par l'absurde ou, plus généralement, la déduction qui s'appuie sur ce postulat, menacent de s'éloigner dangereusement de la réalité. Il importe donc tout particulièrement pour le juge de confronter les conclusions du raisonnement économique à une épreuve de compatibilité avec le sens commun[1].

206. **Conclusion.** De ces remarques, on conclut que le juge doit exercer un doute méthodique à l'égard des postulats en général et du postulat de rationalité en particulier. Le juge devra montrer d'autant moins de déférence *a priori* à l'égard des postulats admis par les économistes que, contrairement à ces derniers, son souci n'est pas de rendre compte des faits par un modèle. Pour le juge, les hypothèses souvent fausses que l'économiste admet par choix méthodologique[2] ou pour leur rôle facilitateur de modélisation n'ont pas d'autre utilité que de soutenir une interprétation particulière des faits. Le juge n'a donc aucune bonne raison de les placer au-dessus de toute contestation. Devant le juge, tout peut être discuté[3]. Bien entendu, on le verra, le juge pourra toujours admettre l'hypothèse de rationalité quand elle lui paraît conforme à la réalité et quand des raisonnements qui s'appuient sur elle sont éclairants[4]. Il arrive ainsi que le juge lui-même recoure au postulat de rationalité des entreprises pour refuser d'admettre la vraisemblance d'un comportement futur dont la rationalité n'est pas démontrée[5]. Reste que le juge, qu'il admette ou refuse le postulat de rationalité (ou une hypothèse plus particulière), a toujours un point de vue différent de celui de l'économiste sur les hypothèses.

---

[1] Sur la difficulté pour un juge d'admettre une preuve de comportement anticoncurrentiel fondée sur le postulat de rationalité, V. F. JENNY, « Competition Law Enforcement : Is Economic Expertise Really Necessary ? », *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corp. Law 1998*, chap. 11, pp. 185-201, p. 196, et préface à la thèse de L. BIDAUD, *La délimitation du marché en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, p. II.

[2] Sur ce statut des postulats, M. FRIEDMAN, « La méthodologie de l'économie positive », *in Essais d'économie positive* (1953), trad. G. MILLIÈRE, Litec, Paris, 1995, pp. 5-30, spéc. p. 17 et s et *supra* n° 192.

[3] A. GARAPON, *L'âne portant des reliques : essai sur le rituel judiciaire*, Le centurion, coll. « Justice humaine », 1985, préf. J. CARBONNIER, p. 134.

[4] Par exemple lorsqu'il s'agit d'inférer la volonté d'une entreprise de participer à un cartel à partir du fait qu'elle a participé à une réunion tendant à son organisation. La valeur probante plus ou moins grande accordée au postulat de rationalité fait l'objet de développements *infra* n° 1028.

[5] Tel fut le cas dans l'arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, point 159. Dans sa décision, la Commission avait estimé vraisemblable que l'entité qui aurait résulté de l'opération de concentration adopte certains comportements, d'où aurait résulté une restriction de concurrence. Le Tribunal a considéré que la décision était entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, car il n'était pas démontré que les comportements postulés auraient été rationnels, eu égard notamment au fait qu'ils seraient vraisemblablement tombés sous le coup de l'interdiction de l'article 82 CE. L'arrêt a été cassé sur ce point. Pour une étude plus précise de ce raisonnement, V. *infra* n° 1309.

207. Un autre aspect du raisonnement économique présente une utilité particulière du point de vue du juge. Il ne s'agit plus cette fois d'appréhender le raisonnement économique sous l'angle formel ou logique, mais sous l'angle de son contenu.

D. Les faits pertinents pour le raisonnement économique

208. **Élément de définition.** On l'a vu dans la présentation générale du raisonnement économique, celui-ci ne peut se définir en dehors d'un point de vue caractérisé par le choix d'accorder pertinence à certains faits[1]. C'est là un élément essentiel de caractérisation du raisonnement économique, puisque cette attitude épistémologique détermine les causes qui peuvent être incluses dans le raisonnement[2]. Ainsi, un raisonnement qui attribuerait un rôle causal décisif aux émotions ou à une attitude irrationnelle ne serait pas un raisonnement économique, car ces phénomènes font partie de ceux dont l'économie exclut la pertinence[3]. Du point de vue de la réception du raisonnement économique par le juge, la question se pose donc des relations entre pertinence économique et pertinence juridique.

209. **Pertinence juridique.** D'une manière générale, le choix d'accorder pertinence à certains aspects de la réalité se traduit dans les notions propres à une discipline. Si les champs d'étude de deux disciplines sont sans lien entre eux, les notions spécifiques à l'une seront le

---

[1] *Supra* n° 44.

[2] Ce que nous appelons « attitude épistémologique » rejoint ce que Kuhn, dans sa grille d'analyse des sciences, appelait des « engagements métaphysiques et heuristiques ». D. HAUSMAN, *op. cit.*, p. 84, souligne que cette catégorie est la plus pertinente des catégories de Kuhn pour l'analyse de l'économie.

[3] L'exemple est emprunté à D. HAUSMAN, *op. cit., loc. cit.* Cette affirmation est explicitée par J. ROBINSON, *L'économie de la concurrence imparfaite*, Dunod, 1969, p. 15 : « [l]'hypothèse fondamentale est que chaque individu agit d'une façon raisonnable dans les circonsances où il se trouve et du point de vue de ses intérêts économiques. Une technique qui aurait pour objet d'étudier les effets économiques des névroses ou des comportements aberrants serait beaucoup plus compliquée que celle qui est exposée ici ». L'auteur envisage ensuite de possibles développements de l'économie vers une prise en considération des complexités psychologiques. De fait, une branche nouvelle de la micro-économie s'intéresse, dans une démarche expérimentale, aux schémas réels de choix, y compris lorsqu'ils sont irrationnels. Dans ce domaine de recherche, une certaine forme d'irrationnel est prise en compte et le raisonnement est inductif. À notre connaissance cependant, les travaux d'économie expérimentale ne sont pas encore intégrés à l'économie industrielle à laquelle il est fait appel pour l'application du droit de la concurrence. Ainsi, l'ouvrage de référence en la matière, C. SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Boston, 2000, ne traite pas du droit de la concurrence. L'approche comportementale n'est donc mentionnée que pour mémoire et il n'en sera pas tenu compte dans la suite des développements. Il convient cependant de noter que cette branche de l'économie pourrait à l'avenir intéresser le droit de la concurrence. Un article récent propose par exemple une approche en termes d'économie comportementale sur la question particuière du statut des conventions collectives au regard du droit de la concurrence, G. CORDEL, « Behavioural Economic Analysis of Collective Bargaining Agreements under EC Antitrust Law », *ECLR*, 2006, pp. 28-39.

plus souvent inutiles à l'autre[1]. Il en va différemment lorsque deux disciplines portent leur attention sur un même ordre de réalité, comme c'est le cas du droit et de l'économie en ce qui concerne la concurrence. En effet, dans ce cas, une notion empruntée à l'une des disciplines (ici, l'économie) peut éclairer un aspect des phénomènes que les deux disciplines considèrent en commun. Certes, les notions propres à l'économie désignent les réalités que les économistes considèrent comme pertinentes *au regard des questions qu'ils cherchent à résoudre*. En outre, il est exact que le juge et l'économiste ne se posent pas toujours des questions du même type. Ainsi, l'économiste recherche des conclusions générales (par exemple, les prix augmentent en présence d'un cartel), tandis que le juge est saisi de questions particulières (par exemple, quel effet *ce* cartel a-t-il produit sur l'augmentation des prix ?[2]). Alors que l'économiste a tendance à se demander comment le marché *devrait* fonctionner, le juge, lui, cherche à savoir si, étant donné certaines caractéristiques du marché, un comportement *est* anticoncurrentiel[3]. Malgré cela, le questionnement de l'économiste et celui du juge se rejoignent sur un point fondamental : la détermination des faits pertinents[4]. Un exemple illustrera ce propos. Lorsque le juge doit apprécier l'effet sur la concurrence d'une pratique, par exemple de ventes liées, il doit nécessairement identifier les faits pertinents pour cette appréciation. Ce questionnement lui est nécessaire pour faire le « tri » parmi les faits allégués par les parties et détecter les éventuelles insuffisances de leurs allégations[5]. Le juge s'interroge de façon nécessairement abstraite sur les éléments de la qualification juridique.

---

[1] Il peut cependant arriver que l'on découvre une correspondance inattendue entre des phénomènes étudiés par des disciplines apparemment éloignées, une notion propre à une discipline étant alors reçue dans l'autre. Tel est par exemple le cas de la notion d'autopoïèse, initialement développée dans le champ de la biologie et qui a été empruntée par la théorie du droit développée par N. LUHMAN puis G. TEUBNER. V. notamment, de ce dernier auteur, *Le Droit : un système autopoïétique*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1993. *Adde :* B. FRYDMAN, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », *in* T. KIRAT et E. SERVERIN (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS Éditions, pp. 25-41, p. 30.

[2] La question est pertinente pour l'appréciation de la sanction et non pour l'appréciation de la légalité du cartel, puisque la conclusion du raisonnement économique a été incorporée à la règle de fond selon laquelle les cartels sont en eux-même interdits.

[3] B. BOCK, « Ethical Consideration for an Antitrust Economist : An Economist's View », *ALJ*, 1979, pp. 1875-1880, p. 1876.

[4] Ce point fondamental a été très clairement exposé par un auteur déjà cité en introduction : M. BRUNT, « Antitrust in the Courts : The Role of Economics and of Economists », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998 (B. Hawk éd., 1999), pp. 357-367, p. 362. Selon cet auteur, l'économie propose deux apports méthodologiques essentiels au droit de la concurrence. Le premier est lié à l'aspect en cause ici : l'économie permet a) de trier les faits bruts ou les preuves (*scan the raw facts, here the raw evidence*), b) *d'abstraire les faits pertinents* et c) de construire un modèle en utilisant les théories disponibles. Le second apport (p. 363) consiste, selon l'auteur, dans les notions économiques comme « efficience », « coût d'opportunité » et « subvention croisée ».

[5] P. HÉBRAUD, « Exposé introductif », *in La logique judiaire*, préc., p. 31.

Motulsky appelle cela la recherche des « éléments générateurs »[1]. On verra qu'il n'est pas toujours possible pour le juge de dégager ces éléments selon le schéma envisagé par Motulsky[2], mais ce que l'on voudrait souligner ici, c'est la similitude des questions. Ainsi, l'économiste spécialisé dans les questions de concurrence se demande à quelles conditions des ventes liées (ou toute autre pratique qu'il envisage) restreignent la concurrence[3]. Il cherche à dégager la réponse la plus générale possible[4], et ce à partir des catégories au moyen desquelles sa discipline désigne les réalités qu'elle prend en considération (par exemple, les coûts, les réponses stratégiques). Cependant, ni la généralité recherchée, ni le prisme des catégories économiques n'altèrent fondamentalement la pertinence de cette recherche du point de vue du juge. Si l'économiste parvient, par son analyse, à dégager les circonstances de fait qui font qu'une pratique de ventes liées est bonne ou mauvaise pour la concurrence, le juge ne pourra qu'être intéressé par cette conclusion qui lui permettra de structurer son examen des prétentions dont il est saisi. Quelques exemples de ce type d'apport du raisonnement économique à la pratique du juge seront développés plus loin[5]. Qu'il suffise d'en évoquer un seul à titre d'illustration.

210. **Illustration.** La théorie économique des marchés contestables, qui n'avait pourtant pas pour horizon l'application judiciaire du droit de la concurrence[6], a montré que l'existence d'un pouvoir de marché était moins liée à la taille absolue d'une entreprise ou à l'existence de nombreux concurrents qu'à l'existence de « barrières à l'entrée »[7]. Sans doute cette notion n'était-elle pas définie de manière extrêmement précise[8] et sa mise en œuvre suscite des

---

[1] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, spéc. n° 61, p. 60.

[2] *Infra* n° 603.

[3] P.e. J. TIROLE, « An Analysis of Tying : A Primer », *Competition Policy International*, 2005, vol. 1, n° 1, pp. 1-25.

[4] Sans toujours y parvenir. V. D. EVANS, *op. cit.*

[5] *Infra* n° 668 et n° 720 et s.

[6] Il s'agissait avant tout de mettre l'accent sur un aspect jusque-là négligé dans les travaux de l'École de Harvard. V. sur ce point D. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 136 et s.

[7] Pour un exposé synthétique de la théorie des marchés contestables, V. p.e. E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, *op. cit.*, n° 18, p. 50.

[8] F. JENNY, « Les barrières à l'entrée : un concept qui se lézarde ? », *RLC*, 2005/5, p. 3 ; OCDE, *Les barrières à* l'entrée, DAF/COMP(2005)42, disponible à l'url : http://www.oecd.org/dataoecd/13/6/36997651.pdf, notamment p. 13. *Adde :* B. VAN BESIEN, *Les barrières à l'entrée et la concurrence potentielle dans le droit communautaire de la concurrence*, Thèse Paris I, 1998, Presses universitaires du Septentrion, 2002, notamment p. 165 et s.

interrogations[1]. Du moins l'idée était-elle claire : une entreprise, si grande soit sa part de marché et quel que soit le nombre de ses concurrentes, n'est en mesure d'exercer un pouvoir sur les prix que si elle n'a pas à craindre l'entrée de concurrents sur le marché en question. Dans le cas contraire, en effet, les hausses de prix qu'elle pourrait pratiquer attireraient les concurrents et ceux-ci pourraient profitablement pratiquer des prix inférieurs. Cette proposition se traduit aisément en termes juridiques[2] : pour apprécier l'existence d'une position dominante et/ou le comportement d'une entreprise occupant une telle position, il est nécessaire d'examiner si elle est protégée par des obstacles à l'entrée de concurrents sur le marché où elle opère[3]. Les juridictions n'ont pas manqué de s'approprier cette conclusion. Les barrières à l'entrée sont en effet prises en considération dans l'appréciation de la position dominante[4] et dans l'appréciation de l'abus. Une entreprise dominante qui, par son comportement, crée une barrière à l'entrée commet ainsi un abus[5]. Il en va de même pour une entreprise qui renforce des barrières existantes[6]. L'idée essentielle mise en avant par un raisonnement économique quant à la pertinence des barrières à l'entrée a donc été adoptée par le juge[7], y compris par le juge des référés[8]. Ce n'est qu'un exemple d'un lien plus général de

---

[1] O. AROWOLO, « Application of the Concept of Barriers to Entry Under Article 82 of the EC Treaty : is there a Case for Review ? », *ECLR*, 2005, n° 5, pp. 247-257. J. HEIT, « The justifiability of the ECJ's wide approach of the concept of "barriers to entry" », *ECLR*, 2006, n° 3, p. 117. *Adde* : T. EILMANSBERGER, *op. cit.*, p. 169.

[2] Assez facilement seulement, car la traduction bute sur la distinction juridique entre position dominante et abus, qui n'est pas faite dans le raisonnement économique. Plus généralement, sur les difficultés de traduction, V. *infra* section 2.

[3] V. p. e. F. FISHWICK, « Definition of Monopoly Power in the Antitrust Policies of the United Kingdom and the European Community », *Antitrust Bull.* 1989, pp. 451-488, p. 466 et 478-79.

[4] P.e. Paris, 12 mars 2002, BOCCRF n° 10, du 24 juin 2002, p. 385, sur la barrière réglementaire contribuant à la position dominante. Les barrières à l'entrée ont aussi pu être invoquées en matière de contrôle des concentrations. V. p.e. Arrêt de la Cour du 31 mars 1998, France e.a./Commission, C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-01375, point 198 et s.

[5] Arrêt du Tribunal du 10 juillet 1990, Tetra Pak Rausing/Commission, T-51/89, Rec. p. II-309, point 32.

[6] Cass. com. 6 avril 1999, Bull. civ. IV, n° 79 : « la Cour d'appel, après avoir relevé que les remises de couplage consenties par la société ODA dans le secteur concerné *étaient destinées à faire barrière à l'accès au marché* d'un concurrent indésirable (…) a pu en déduire (…) que ce procédé adopté par l'ODA pour éliminer toute concurrence sur le produit des annuaires locaux avait une finalité anticoncurrentielle ». V. aussi Cass. com., 15 juin 1999, Bull. civ. IV, n° 128.

[7] Pour une synthèse de la jurisprudence communautaire sur ce point, *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuse*, préc., p. 12 et s. Pour un exemple très explicite de l'utilisation de la notion de barrières à l'entrée en matière de contrôle des concentrations, V. l'arrêt du Tribunal du 23 février 2006, Cementbouw, T-282/02, non encore publié au Recueil, point 219.

[8] Paris, 21 mai 2002, Télédiffusion de France, BOCCRF n° 12, du 22 août 2002, p. 471, jugeant que le refus par un opérateur historique (de télévision) de fournir un devis précis sur la fourniture d'un service indispensable à l'activité des opérateurs sur un nouveau marché, connexe à celui sur lequel il opère (marché de la télévision numérique), serait susceptible de constituer une barrière à l'entrée, car il aurait pour effet, en augmentant leurs

l'apport que peut représenter le raisonnement économique pour le juge : l'économie se présente comme une doctrine des faits pertinents pour apprécier une situation de concurrence et c'est précisément la distribution des pertinences dans le raisonnement économique qui est intéressante du point de vue du juge.

211. Pour terminer ce tour d'horizon des différentes caractéristiques du raisonnement économique et de leur intérêt du point de vue du juge, un dernier aspect reste à envisager. Il s'agit des figures argumentatives caractéristiques de la manière de raisonner des économistes, des « lieux communs dont on tire des arguments » en économie, ce que l'on peut appeler des topiques du raisonnement économique[1].

E. Topiques du raisonnement économique

212. Pour s'en tenir à la partie de l'économie intéressée par le droit de la concurrence, on peut repérer trois de ces figures caractéristiques du raisonnement : la restriction « toutes choses égales par ailleurs », qui limite la portée du raisonnement dans lequel elle s'insère, le raisonnement « à la marge » et l'analyse coûts/bénéfices.

213. **« Toutes choses égales par ailleurs ».** C'est un trait caractéristique souvent moqué du raisonnement économique que de raisonner « toutes choses égales par ailleurs » (*ceteris paribus*). Ce trait de raisonnement est lié à la réflexion à partir d'un modèle. Un modèle, on l'a dit, est une représentation simplifiée d'une réalité, par exemple une situation de concurrence. Dans cette représentation, les simplifications opérées permettent de déterminer l'influence de chacun des facteurs causals pris en considération (par exemple les coûts) sur une variable, dite variable observée (par exemple le prix). Bien entendu, la prédiction faite lorsqu'on suppose qu'un seul des facteurs causals varie ne peut être admise comme valable si d'autres facteurs causals varient concomitamment. C'est cette évidence logique que les économistes expriment lorsqu'ils conditionnent la validité de leur prédiction à la clausule « toutes choses égales par ailleurs ».

214. **Ambivalence.** Ce topique du raisonnement économique est ambigu au regard de la rigueur du raisonnement économique. Tantôt il est l'expression même de la rigueur, tantôt il

---

coûts, de rendre les nouveaux entrants moins compétitifs et donc d'éliminer toute possibilité de concurrence sur le nouveau marché.

[1] *Trésor de la langue française informatisé*, préc., entrée « Topique ».

n'en est qu'une apparence trompeuse. Lorsque la restriction *ceteris paribus* renvoie à des variables spécifiées dans le modèle, elle traduit simplement une démarche analytique, qui consiste à examiner tour à tour l'influence de différentes causes sur un phénomène afin de distinguer les différents effets qui se conjuguent. Lorsque, en revanche, les facteurs causals auxquels renvoie la restriction *ceteris paribus* ne sont pas spécifiés, celle-ci introduit dans la conclusion qu'elle qualifie une indétermination qui prive cette conclusion de toute portée générale[1]. Elle confère dans ce cas aux conclusions une apparence trompeuse d'autorité[2].

215. **Le raisonnement à la marge.** Le raisonnement à la marge est une autre figure topique du raisonnement économique. Raisonner à la marge signifie raisonner sur des variations infinitésimales d'une variable (par exemple, une quantité produite) pour se demander quel en sera l'effet sur une autre variable (par exemple, un coût) liée à la première. On parlera ainsi de coût marginal pour désigner le coût associé à une augmentation infime de la production (ou encore de coût de la dernière unité produite)[3]. Cette façon de raisonner se retrouve dans plusieurs outils économiques reçus en droit de la concurrence (par exemple, l'élasticité-prix, utilisée pour mesurer le pouvoir de marché)[4].

216. **Difficulté.** Le raisonnement à la marge est une habitude de raisonnement partagée par les économistes qui n'est pas, initialement, familière au juge. Le manque de familiarité avec ce type de raisonnement a donné lieu à une erreur de raisonnement célèbre, connue sous le nom de l'arrêt dans lequel elle avait été commise par la Cour suprême des États-Unis, le

---

[1] En ce sens, D. HAUSMAN, *op. cit.*, n° 8.2, p. 133 et s.

[2] V. sur ce point la démonstration serrée de D. HAUSMAN, *op. cit.*, n° 4.6, p. 65 et s. Pour un exemple d'argument économique sujet à cette réserve en droit de la concurrence, F. JENNY, « Competition Law Enforcement : Is Economic Expertise Really Necessary ? », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998, chap. 11, pp. 185-201, p. 200. Le professeur Jenny développe l'exemple de l'élasticité croisée de la demande, utilisée pour délimiter un marché pertinent. Il s'agit du ratio entre la variation relative de la quantité vendue d'un produit A et la variation relative du prix d'un produit B (qui indique comment réagit la demande de A lorsque le prix de B varie et constitue donc un indice de substituabilité). Ce ratio est toujours calculé toutes choses égales par ailleurs (c'est-à-dire, par exemple, en supposant que le prix de C, autre substitut potentiel de A, ne varie pas en même temps que le prix de B). Bien entendu, dans la réalité, les grandeurs économiques varient simultanément.

[3] Cette manière typique de raisonner est liée à la mathématisation de l'économie et à la modélisation. En effet, le raisonnement à la marge est une traduction littéraire du calcul qui est mené pour déterminer l'équilibre d'un modèle (au moyen de la dérivation partielle de fonctions à plusieurs variables). En ce sens, il s'agit d'un effet substantiel de la forme du raisonnement sur le raisonnement lui-même.

[4] L'élasticité-prix désigne le rapport entre la variation relative des quantités vendues et la variation relative du prix. Elle indique la sensibilité de la demande à une faible variation de prix (à la hausse ou à la baisse). Sur l'utilisation de cette notion dans la cadre de la délimitation du marché, *infra* n° 454.

paralogisme de la cellophane (*cellophan fallacy*)[1]. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer ici dans le détail du raisonnement qui a mené à cette erreur, du reste également commise par la Cour de justice[2], deux remarques s'imposent. En premier lieu, l'erreur procède d'une mauvaise compréhension de la signification d'un calcul à la marge[3]. En second lieu, et c'est ce qu'il convient de souligner, des arrêts plus récents énoncent de manière exemplaire la nécessité de mener un raisonnement à la marge afin d'apprécier la substituabilité[4]. Cette évolution est le signe que le juge prend acte des critiques formulées sur son maniement du raisonnement économique. Un topique très technique, comme la clause *ceteris paribus*, ne forme donc pas un obstacle infranchissable à la réception par le juge de raisonnements économiques.

217. **L'analyse coûts-bénéfices.** L'analyse coûts-bénéfices est une figure plus familière au juge, qui l'utilise dans de nombreux contentieux. Toutefois, le sens de cette expression en économie est plus étroit que celui que retient parfois le droit. Il doit, pour cette raison, être précisé. En économie, l'analyse coûts-bénéfices est liée à une autre manière typique de raisonner, appelée « statique comparative ». Ce terme désigne la méthode employée par les économistes pour appréhender les évolutions sur un marché. La micro-économie traditionnelle ne dispose pas d'outils conceptuels pour appréhender le temps, ce qui rend difficile l'étude des évolutions en tant que telles. Les économistes n'étudient donc pas la dynamique des marchés et se contentent de comparer des états successifs. C'est cette comparaison d'états que l'on appelle « statique comparative » et que l'on retrouve dans le raisonnement contrefactuel du juge[5].

218. Pour comparer deux états d'un marché, il faut disposer de critères de comparaison. Un critère simple et bien connu est le critère de Pareto, qui permet de dire qu'un état est meilleur

---

[1] Du nom de l'affaire dans laquelle la Cour suprême a commis cette erreur, qui concernait le marché de la cellophane. *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, (1956) 351 U.S. 377; 76 S.Ct. 994; L.Ed. 1264,

[2] Ce raisonnement sera étudié en détail *infra* n° 448. On trouve un exemple de cette erreur de raisonnement dans l'arrêt du 14 février 1978, United/Commission, 27/76. Rec. p. 207, points 31-35.

[3] L'erreur consiste à considérer que l'élasticité-prix au niveau de prix courant est indépendante du prix, alors qu'elle est précisément une fonction du prix (c'est la dérivée partielle par rapport au prix de la fonction de demande). Sur ce point, V. S. BISHOP et M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Application and Measurement*, London, Maxwell, 2002, n° 4.34 et s., p. 98 et s.

[4] Arrêt du Tribunal du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585, point 31 et s.

[5] P.e. lorsqu'il s'agit d'apprécier si un prix est abusif par comparaison avec un marché concurrentiel. Pour un exemple de ce type de raisonnement, V. Arrêt de la Cour du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec. p. 207, points 261 et s. (rejet du référentiel de comparaison en l'espèce, mais pas du mode de raisonnement). Sur le raisonnement contre-factuel, V. *infra* n° 362.

qu'un autre si la situation de tous les participants est meilleure dans le second état que dans le premier[1]. C'est, en d'autres termes, un critère d'unanimité. Comme, en pratique, fort peu de changements suscitent l'unanimité, il est nécessaire de disposer d'un critère de comparaison d'applicabilité plus large que le critère de Pareto. C'est là qu'intervient l'analyse coûts-bénéfices. Le principal critère proposé par les économistes pour comparer deux états non comparables au regard du critère de Pareto, c'est-à-dire tous les cas dans lesquels le changement suscite des gagnants et des perdants, est le critère dit de Kaldor-Hicks[2]. Celui-ci consiste à dire que, si les gagnants sont théoriquement en mesure de dédommager les perdants (la somme des gains est supérieure à la somme des pertes), le changement est une amélioration. En économie, l'analyse coûts-bénéfices recouvre l'ensemble des techniques développées pour mettre en œuvre ce critère[3].

219. Le critère de Kaldor-Hicks est un critère de pesée des intérêts divergents qui, en tant que tel, n'est pas étranger à la logique du jugement. En droit de la concurrence, ce type d'analyse s'avère utile principalement dans deux situations : d'une part, lorsque, en application de l'article 81, paragraphe 3, CE, il faut apprécier l'effet d'un accord qui restreint la concurrence sur le progrès économique, technologique et sur la situation des consommateurs et, d'autre part, dans le contrôle des concentrations, lorsqu'il faut comparer la situation avant fusion avec l'hypothétique situation après fusion. Là encore, un topique du raisonnement économique n'est donc pas étranger à la tâche du juge.

220. **Conclusion de la section 1.** On a parfois opposé la logique économique à la logique juridique au motif que la première serait quantitative alors que la seconde serait qualitative. Cette opposition paraît se nourrir de la forme mathématisée que prennent fréquemment les raisonnements économiques, ainsi que des tests économétriques pratiqués à partir de modèles.

---

[1] Sur ce critère, V. p.e. A. OGUS et M. FAURE, *Économie du droit : le cas français*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 37.

[2] V. p.e. A. OGUS et M. FAURE, *op. cit.*, p. 39.

[3] Ces techniques soulèvent plusieurs difficultés méthodologiques. La première est liée à l'impossibilité de mesurer directement les gains et pertes d'utilité des différents individus concernés. Cette impossibilité oblige à effectuer les comparaisons en équivalent monétaire. Mais cette évaluation se heurte à son tour à plusieurs risques de biais : les uns sont liés à la difficulté avec laquelle peuvent être obtenues des informations sincères sur ce que les agents seraient prêts à payer pour passer d'un état à un autre qui leur serait plus favorable (ou ce qu'ils exigeraient de recevoir pour consentir au passage d'un état à un autre qui leur serait moins favorable) ; les autres tiennent aux imperfections inhérentes à l'évaluation monétaire, dans laquelle les préférences des agents les plus solvables prennent nécessairement le pas sur les préférences des agents plus démunis. Sur tous ces points, V. D. HAUSMAN, *op.cit.*, pp. 63-64.

Pourtant, l'analyse des principales caractéristiques du raisonnement économique montre que l'opposition n'est pas si forte qu'on pouvait le croire. Les développements qui précèdent ont révélé des facteurs de convergence et des facteurs d'opposition et ont permis de constater que les premiers l'emportent sur les seconds.

221. Les facteurs de convergence sont en effet nombreux. Tout d'abord, la forme mathématique n'enlève rien au caractère qualitatif du raisonnement[1]. De plus, la modélisation rejoint par sa fonction le contrôle de logique qui incombe au juge. Il n'y a donc là aucune opposition de principe. L'appréhension sélective de la réalité par l'économie, comme par toute discipline, n'est pas plus un obstacle à la réception du raisonnement économique. Le juge aussi doit sélectionner les faits pertinents et la distribution des pertinences opérée par le raisonnement économique présente au contraire un grand intérêt pour la qualification juridique des faits. Enfin, des figures caractéristiques du raisonnement économique, comme le raisonnement à la marge ou l'analyse coûts-bénéfices, ne sont pas non plus étrangères aux questions dont le juge peut être saisi. Même la technicité du raisonnement n'est pas un obstacle insurmontable pour le juge, comme le prouve la maîtrise acquise par le juge communautaire du raisonnement à la marge.

222. L'opposition des modes de raisonnement se présente surtout en raison d'une caractéristique logique du raisonnement économique, qui procède fréquemment par déduction à partir d'hypothèses et de postulats. Ce n'est pas le caractère inductif parfois prêté au raisonnement économique, mais, au contraire, son caractère déductif qui doit conduire le juge à la prudence. Plus précisément, c'est le fait que les déductions soient opérées à partir de postulats et d'hypothèses qui doit appeler le juge à la vigilance. À la différence des économistes, le juge n'a pas de bonnes raisons de tenir pour acquis les faits qui sont postulés ou supposés dans le raisonnement économique. Le fait qu'un postulat soit aussi caractéristique du raisonnement économique que l'est le postulat de rationalité n'y change rien. Le juge doit soumettre les hypothèses et les postulats à un contrôle de vraisemblance et,

---

[1] Cette conclusion est sans doute appelée à connaître de nouvelles illustrations en matière d'aides d'État, où une nouvelle approche, plus économique, est envisagée. Avant même que le cadre conceptuel de l'analyse ne soit pleinement achevé, il paraît d'ores et déjà très probable que l'analyse économique ne pourra qu'être qualitative. En ce sens, V. RABASSA, « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État (1) ? », *Concurrences*, n° 1-2006, pp. 65-68, spéc. n° 16 : « une évaluation qualitative est possible, alors qu'une approche quantitative ne sera pas très fiable dans la plupart des cas ». L'auteur est membre de l'équipe du chef économiste à la direction générale Concurrence de la Commission européenne.

pour cela, organiser la contradiction sur ces éléments du raisonnement. Les approches économiques les plus récentes sont plus volontiers enclines à ce type de discussion que les approches économiques plus dogmatiques auxquelles elles font suite. Il n'en reste pas moins que le juge doit exercer la même vigilance et soumettre les interprétations économiques des faits au même contrôle de vraisemblance que toutes les autres preuves. Une seconde caractéristique du raisonnement économique est embarrassante du point de vue du juge. Elle est du reste liée à la première. Il s'agit de la clause « toute choses égales par ailleurs », figure fréquente, sinon emblématique, du raisonnement économique. Cette clause tend à rendre le raisonnement économique non conclusif, que ce soit par défaut ou par excès de rigueur. Elle peut donc conduire le juge à le rejeter.

223. Sans nier les éléments d'opposition entre logique juridique et logique économique, il faut conclure que l'opposition n'est ni là où on l'attendait, ni insurmontable. Pour la plupart, les caractéristiques propres du raisonnement économique ne le rendent pas inadapté à un usage judiciaire. Certaines justifient la prudence du juge ou suscitent des difficultés, mais la prudence est une vertu du juge et les difficultés liées aux postulats sont de nature à être surmontées par la méthode facilement judiciaire qu'est la contradiction. Gardons-nous cependant de céder trop promptement à l'enthousiasme. En effet, les difficultés liées aux caractéristiques intrinsèques du raisonnement économique ne sont pas les seules à se présenter lorsqu'on envisage la réception de ce raisonnement par le juge. Il convient aussi d'évoquer ce que l'on peut appeler des difficultés de traduction du raisonnement économique[1].

SECTION 2. LES DIFFICULTÉS DE TRADUCTION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE

224. **Nécessité.** Une traduction des raisonnements économiques, tout d'abord en langage littéraire puis en langage juridique, est indispensable. Cette traduction est nécessaire, car les règles de droit que le juge doit appliquer ne sont pas formulées dans les termes de l'analyse économique[2]. La loi parle par exemple d'abus de position dominante et les économistes de

[1] Sur la traduction juridique dans une perspective plus générale, F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n° 542, p. 445.

[2] Sur le décalage entre le langage du droit adopté par le juge et celui de sa discipline adopté par l'expert, ainsi que ses implications, O. LECLERC, *Le juge et l'expert*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 443, 2005, n° 226 et s., p. 182 et s.

pouvoir de marché[1]. Une certaine proximité entre les notions est perceptible, mais peut-on s'y fier ?[2] Le principe de légalité des délits et des peines paraît s'y opposer[3]. Cette objection peut cependant être écartée, car le principe de légalité ne saurait être compris comme un principe de littéralité. En effet, lorsque la loi est formulée à partir de notions à contenu indéterminé[4], comment reprocher au juge de qualifier les faits à partir de notions autres que les éléments légaux de l'infraction, puisque, précisément, ceux-ci ne sont pas définis ? En droit de la concurrence, les notions légales ne sont pas seulement vagues, elles sont aussi particulièrement abstraites. On peut avoir une idée relativement précise de ce que ferait, dans une situation concrète donnée, « le bon père de famille ». En revanche, l'intuition que peut avoir le juriste de la notion de « restriction de concurrence » est bien moins nette[5]. L'écart avec la réalité directement observable, qui doit être franchi pour procéder à la qualification juridique des faits, est grand[6]. L'aide éventuelle que procure l'analyse économique ne peut qu'être bienvenue pour le juge. Il existe donc de bonnes raisons de chercher à procéder à une traduction des notions légales dans les termes de l'analyse économique et inversement. Pour autant que l'apport économique contribue à l'élaboration de schémas de raisonnement pour l'application d'une qualification, le fait qu'ils introduisent des notions économiques sans équivalent dans le droit ne doit pas être considéré comme un motif valable pour rejeter ces apports[7]. Des néologismes juridiques se justifient lorsqu'ils permettent au juge de préciser les conditions d'application de la règle de droit.

---

[1] Pour ne pas compliquer la présentation, nous avons escamoté cette difficulté dans la présentation de la traduction de la théorie des marchés contestables évoquée plus haut (*supra* n° 210).

[2] Pour une réponse positive, V. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuse*, préc., points 20 à 24. Ces points explicitent le passage entre la notion de position dominante telle que définie par la jurisprudence et la notion de pouvoir de marché.

[3] Sur l'appartenance du droit de la concurrence à la matière pénale, V. *infra* n° 251.

[4] Sur ces notions, *infra* n° 317.

[5] L. IDOT, « La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 § 3 CE », », in CANIVET, G. (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp. 85-104, n° 1.

[6] D. GERBER, *Protecting Prometheus*, préc., 1998, p. 423.

[7] Dans la seconde partie, ces schémas de raisonnement, que nous proposons d'appeler des « tests de qualification », feront l'objet d'une présentation détaillée. V. *infra* n° 721 et s.

225. **Difficultés.** Souhaitable dans son principe, la traduction de la réflexion économique en outils opératoires pour le juge rencontre néanmoins des difficultés[1]. Les difficultés de traduction sont connues dans le domaine des langues[2]. On sait par exemple que les emprunts d'une langue à l'autre induisent parfois des déplacements de sens[3]. Les difficultés de traduction sont aussi connues du droit, spécialement en droit international privé[4]. Le phénomène est donc beaucoup plus général. Il ne s'agit ici que de donner un aperçu de la manière dont elles se présentent pour le juge en droit de la concurrence. On présentera en premier lieu un exemple qui montre que les problèmes de traduction se manifestent, si l'on peut dire, dans le thème comme dans la version : traductions et retraductions entre droit et économie peuvent s'accompagner de déplacements de sens (A). On tentera ensuite d'esquisser une typologie des problèmes de traduction (B).

A. Traductions et retraductions : entre fidélité et déplacement de sens

226. Pour illustrer l'utilité de la traduction et ses incertitudes, on peut partir d'un passage de l'arrêt *Continental Can* souvent cité à propos du marché pertinent :

> « les possibilités de concurrence ne [peuvent] être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient *particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants* et seraient *peu interchangeables* avec d'autres produits »[5].

---

[1] La production de « règles opératoires » est, selon certains auteurs économistes, la tâche première que doit s'assigner la doctrine économique. D. SPECTOR, « Definition and Criteria of Predatory Pricing », MIT Working Paper n° 01-10, janvier 2001, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262027, p. 3, citant en exemple P. BOLTON, J. BRODLEY, M. RIODRAN, « Predatory Pricing : Strategic Theory and Legal Policy », *Georgetown Law Journal*, 2000, vol. 88, n° 8, pp. 2239-2330. Nous parlons plus généralement d'outils, car le juge peut aussi se servir des apports de l'économie autres que des propositions de règles, par exemple les typologies. Sur l'intérêt des typologies du point de vue de la sécurité juridique, V. *infra* n° 827.

[2] G. MOUNIN, *Les problèmes théoriques de la traduction*, Gallimard, coll. « Bibliothèque des idées », Paris, 1963.

[3] Cela s'observe notamment quand un terme étranger est importé dans une langue, puis réexporté vers sa langue d'origine. Ainsi du mot « budget », dont l'origine est le mot français « bougette », qui désignait une poche de cuir. Le sens actuel d' « état des recettes et des dépenses publiques pour un exercice » n'a été acquis qu'à la suite du passage par l'anglais. À la fin du XVIII ème s., lorsque le mot chargé de son sens nouveau a été utilisé en français, il passait pour un anglicisme. *Trésor de la langue française informatisé*, CNRS Éd., 2004.

[4] R. LEHMANN, « Les qualifications », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 531 (1988), n° 3, note : « La qualification que la définition légale ou la tradition juridique nationale attribuent à une certaine donnée de fait ou de droit peut n'être pas la même que celle qui lui serait attribuée par un autre système juridique ou une convention internationale ».

[5] Arrêt de la Cour du 21 février 1973, Can Company/Commission, 6/72, Rec. p. 215, point 32, (nous soulignons).

227. L'expression « peu interchangeable » se présente comme une traduction en langue juridique de ce qu'un économiste aurait appelé « faiblement substituable ». Le changement de mots n'emporte apparemment aucun changement de sens. Il marque seulement l'appropriation d'une notion économique, reformulée dans des termes légèrement différents, à l'allure sans doute moins barbare.

228. L'expression « particulièrement apte à satisfaire des besoins constants » manifeste un phénomène plus complexe qui n'est pas sans analogie avec des phénomènes de déplacement de sens observables entre les langues. Cette expression est peut-être la traduction d'une idée économique – l'arrêt n'est pas explicite à cet égard[1] – mais elle n'évoque pas une notion économique de manière aussi directe que l'expression « peu interchangeable ». Sortie de son contexte, cette expression ne serait sans doute pas comprise par un économiste. Cependant, le sens qu'elle a dans d'autres arrêts montre que, par cette expression, les juges communautaires ont notamment voulu désigner le lien particulièrement fort qui unit un produit (par exemple, la banane) à la demande de certains consommateurs (en l'espèce, « [l]es enfants, [l]es personnes âgées et [l]es malades »[2]). L'expression dénote l'intensité particulièrement forte de la demande de certains consommateurs pour un produit précis, à l'exclusion des produits voisins. L'expression pourrait donc être retraduite à l'attention d'un économiste comme « la partie de la demande pour ce bien qui est inélastique par rapport au prix »[3]. C'est à peu près ce qu'ont fait les fonctionnaires de la direction générale Concurrence lorsque, dans un document de travail destiné à une large diffusion[4], ils ont reformulé la solution de l'arrêt *Continental*

---

[1] Ce d'autant moins qu'aux points 31-35 de l'arrêt, l'expression est employée dans un sens temporel (constants au cours de l'année) qui ne coïncide pas avec la notion économique de besoins inélastiques par rapport au prix.

[2] Arrêt de la Cour du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec. p. 207, point 31 : « la banane a une apparence, un goût, une consistance moelleuse, une absence de pépins, un maniement facile, un niveau permanent de production qui lui permettent de satisfaire les besoins constants d'une catégorie importante de la population composée d'enfants, de personnes âgées et de malades ».

[3] En ce sens, D. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 192. Dans le cas « normal », où la demande baisse lorsque le prix s'élève, l'élasticité est négative (ratio d'un nombre négatif qui représente la variation de la demande et d'un nombre positif qui représente la variation du prix). Quand le bien est indispensable, la demande baisse peu lorsque le prix augmente, l'élasticité est faible en valeur absolue (le dénominateur du ratio est proche de zéro). On dit alors que la demande est « inélastique » par rapport au prix.

[4] *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuse*.

Can de la Cour de justice[1] en écrivant que doit être examinée la question de savoir si le produit est « apte à satisfaire un besoin *inélastique* des consommateurs »[2].

229. La retraduction appelle deux remarques. En premier lieu, la comparaison entre les trois expressions – celle de la Cour de justice, la traduction économique proposée et la traduction de la Commission – fait apparaître, dans l'expression de la Commission, la volonté probable de trouver un langage commun. La structure de l'expression de la Cour (« apte à satisfaire les besoins… ») est conservée et un mot d'économiste (« inélastique ») est substitué au mot « constant », qui est équivoque. La traduction économique, plus claire pour l'économiste, relève au contraire du jargon pour le juriste. En ce sens, la formulation retenue par la Commission recherche le compromis, donnant un point d'accroche suffisant à l'économiste tout en ménageant l'auditoire non économiste.

230. En second lieu, le choix de la traduction ou de la retraduction n'est pas seulement une question de mots, mais aussi une question de sens. Dans l'exemple considéré, les nuances de sens ne sont pas négligeables. Dans l'expression des juges communautaires, la référence aux « besoins constants » conduit à porter l'attention sur les consommateurs ayant des besoins particuliers et sur l'identification de la relation très intense entre leur demande et le bien en cause. Corrélativement, la place de ces consommateurs dans l'ensemble de la demande pour le bien considéré ne fait pas l'objet d'une attention particulière. À l'inverse, cet aspect ne peut qu'être souligné lorsque l'on s'efforce de traduire l'expression des juges dans la langue des économistes. La traduction économique proposée plus haut (« la partie de la demande pour ce bien qui est inélastique par rapport au prix ») l'exprime par l'expression « la partie de la demande qui ». Assurément, d'autres formulations sont possibles, mais ces variantes ne changeraient rien à la différence de sens, laquelle est liée à une différence de point de vue. Ainsi, dans l'arrêt *United Brands*, le juge met en exergue les caractéristiques des biens. Pour un économiste, ces caractéristiques ne méritent pas l'attention pour elles-mêmes. Elles sont un attribut de la demande, qui est seule l'objet d'étude. Plus précisément, les caractéristiques des biens sont considérées comme un déterminant parmi d'autres de la demande. Dès lors, tout énoncé qui fait référence aux caractéristiques des biens sera interprété par rapport à cette

---

[1] L'arrêt est explicitement cité.

[2] *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuse*, préc., n° 18 (nous soulignons).

structure sémantique prédéfinie. La différence entre l'énoncé du juge et sa traduction économique réside dans le fait que le premier s'intéresse aux caractéristiques du bien, en ce qu'elles sont importantes pour certains consommateurs, tandis que la seconde soutient que c'est la place de ces consommateurs attentifs à certaines caractéristiques particulières par rapport à l'ensemble des acheteurs du bien considéré qui importe. Ce type de nuance est décisif en pratique, car il porte en définitive sur le traitement d'un fait comme pertinent ou au contraire indifférent. Qu'un fait (ici, la proportion des consommateurs pour qui une certaine caractéristique du bien est importante) soit ou non reconnu comme pertinent par le juge et l'issue du procès comme le sens de la règle s'en trouvent affectés[1]. C'est parfois à l'occasion de la traduction d'un terme économique en droit ou de la traduction inverse que se révèle, dans le décalage des formulations, un élément dont la pertinence n'avait pas été aperçue jusque-là. On peut tenter de généraliser quelque peu ce constat en esquissant une typologie des difficultés de traduction.

B. Typologie des difficultés de traduction.

231. On peut distinguer au moins deux types de difficultés de traduction : le premier est relatif à l'existence dans le vocabulaire du droit et dans celui de l'économie d'un même terme ne recevant pas la même acception dans les deux disciplines (1). Le second pose un problème plus subtil, celui du décalage entre les grilles de lecture à l'aune desquelles les faits sont interprétés (2).

1. Les mots n'ayant pas le même sens

232. **Exemple.** Le mot « discrimination » fournit un exemple de faux ami. Il n'a pas le même sens et ne renvoie pas aux mêmes questions en droit et en économie. Pour le sens du mot en droit, on se limitera au droit de la concurrence[2].

233. **Droit.** En droit de la concurrence, la pratique discriminatoire recouvre l'une des hypothèses d'accords interdits et l'une des hypothèses d'abus. Dans les deux cas, c'est le fait « d'appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations

[1] Sur le changement d'approche de la définition du marché qui est résulté de l'adoption par le juge de la vision économique des faits pertinents sur ce point, V. *infra* n° 556.

[2] Sur la proximité du sens donné par les juges au mot en droit de la concurrence et le sens plus général de ce mot en droit, ainsi que sur l'approximation regrettable que cela crée dans l'utilisation de la notion de marché, V. *infra* n° 531 et s.

équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence »[1] qui est frappé d'interdiction, à condition d'emporter une restriction de concurrence[2]. À la lecture des textes, il est apparent que les hypothèses visées sont celles de relations verticales. Un fournisseur ne doit pas traiter ses distributeurs différemment s'ils sont dans des situations identiques, par exemple parce qu'ils commandent les mêmes quantités[3]. Il s'agit d'éviter que la concurrence *entre distributeurs* ne soit faussée du fait du fournisseur[4]. La préoccupation est donc celle de l'égalité entre concurrents sur le marché aval.

234. **Économie – premier sens.** En économie, la discrimination renvoie d'abord à une stratégie considérée comme *efficiente*. Ainsi, le « monopole discriminant » est, par exemple, une entreprise qui parvient, en pratiquant des prix différenciés, à segmenter sa clientèle de sorte que les consommateurs prêts à payer plus cher que d'autres paient un prix plus élevé[5]. Une tarification de ce type (appelée tarification de Ramsey[6]) permet de couvrir les coûts fixes et de satisfaire une demande qui n'aurait pas pu l'être sans cette subvention croisée. Elle peut donc être efficiente[7]. En revanche, la discrimination peut avoir des effets distributifs très négatifs pour les consommateurs. En effet, la discrimination permet de s'approprier le surplus

---

[1] Art. 81, paragraphe 1, sous d), CE, et art. 82, sous c), CE.

[2] La condition de désavantage dans la concurrence a été considérée par le juge français comme une condition autonome. V. p.e les décisions commentées par V. SÉLINSKY et J. PEYRE, « La répression des pratiques discriminatoires », *P.A.*, 4 juin 1997, n° 67, p. 17. Devant le juge communautaire, en revanche, le désavantage dans la concurrence est inféré à partir de la discrimination. En ce sens, S. M. LAGE et R. ALLENDESALAZAR, « Community Policy on Discriminatory Pricing : A practitioner's Perspective », *in* C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds.)*, European Competition Law Annual*, 2003, Hart, Oxford 2006, pp. 325-354, p. 341. En matière d'abus, la condition de restriction de la concurrence, en tant qu'elle doit être distinguée du désavantage infligé aux concurrents, est au cœur des discussions actuelles. V. *Lamy droit économique*, éd., 2007, n° 1554 (discussion actuelle) et n° 15574 (consacré aux pratiques discriminatoires et où cette condition n'est pas mentionnée).

[3] Plus généralement, la question consiste à savoir si les distributeurs sont « objectivement » dans la même situation. P.e. arrêt de la Cour du 14 février 1978, United Brands Company/Commission, 27/76, Rec. p. 207, points 182-184.

[4] V. p.e. arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, point 87 ; du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission, Rec. p. 1663, point 523. Arrêts du Tribunal du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, Rec. p. II-2969, points 140 et 218, et du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, Rec. p. II-5917, point 233.

[5] Ce type de tarification est par exemple pratiqué par les compagnies d'aviation qui proposent un prix « touriste » et un prix « affaires ». La distinction entre les voyageurs d'affaires, prêts à payer plus cher leur billet, et les voyageurs de loisir se fait souvent à travers l'exigence de passer la nuit du samedi sur place, une condition acceptable pour les uns mais non pour les autres.

[6] V. A. PERROT (éd.), *Réglementation et concurrence*, Economica, 1997, p. 13.

[7] A. PERROT, *op. cit*, *loc. cit.* ; A. S. PATHAK, « Article 85 and Article 86 and Anticompetitive exclusion in EEC Competition Law », *ECLR* 1998, pp. 74-104 et pp. 255-273, p. 85.

des consommateurs (en totalité si la discrimination est parfaite). Dans cette perspective, la discrimination peut bien être abusive, mais il s'agit d'un abus-exploitation[1]. On voit que, dans cette hypothèse, la discrimination n'a pas du tout le même objet que celui visé dans la règle de droit. Elle porte sur les relations entre une entreprise et ses clients, indépendamment de la position concurrentielle de ces derniers (qui peut même ne pas exister lorsque ce ne sont pas des entreprises mais des particuliers). Les textes abordent la discrimination du point de vue de l'égalité entre concurrents, tandis que les économistes se situent du point de vue de la répartition du surplus du consommateur. Le même mot renvoie donc à des questions différentes. Ce constat vaut encore lorsque les économistes envisagent la relation verticale en cause dans les textes.

235. **Économie – second sens.** Les économistes envisagent aussi la discrimination dans les pratiques verticales, mais, là encore, le sens qui s'attache à la notion peut différer du sens visé par les textes. En effet, lorsqu'ils abordent la question des relations entre un fournisseur et ses distributeurs, les économistes portent d'abord leur attention sur la concurrence *entre fournisseurs* et non *entre distributeurs*[2]. Ils soulignent, par exemple, l'intérêt qu'a un producteur de réserver un traitement plus favorable à un distributeur dont il pense qu'il fera une meilleure promotion de ses produits[3]. Plus généralement, une abondante littérature économique recense les diverses formes d'efficience qui s'attachent à la pratique de discrimination[4]. Encore une fois, c'est moins le sens des mots qui diffère que le point de vue adopté. Envisagée dans un premier sens économique du point de vue de la répartition du surplus, la discrimination l'est, dans un second sens, du point de vue de l'efficience. Aucun point de vue ne coïncide avec celui de l'égalité entre concurrents, qui est privilégié dans les textes. Ces différences de points de vue provoquent des incompréhensions.

---

[1] P. REY *et alii*, *An Economic Approach to article 82*, préc., p. 31.

[2] Ils parlent à cet égard de *primary line injury* (dommage infligé aux concurrents) et de *secondary line injury* (désavantage par ricochet subi par un distributeur moins favorisé). Sur cette distinction et sa prise en considération insuffisante en droit communautaire, S. M. LAGE et R. ALLENDESALAZAR, « Community Policy on Discriminatory Pricing : A practitioner's Perspective », préc., p. 340.

[3] M. GLAIS, « Les pratiques discriminatoires dans les relations entre fournisseurs et distributeurs », *Revue d'économie industrielle*, 1995, n° 72, pp. 81-97, p. 91, précisant que l'argument s'inscrit davantage dans la perspective de l'économie autrichienne que dans celle de l'économie néoclassique.

[4] P. REY *et alii*, *op. cit., loc. cit.* Pour une synthèse dans une perspective juridique R. O'DONOGHUE et A. J. PADILLA, *Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, Hart, 2006.

236. **Incompréhension.** L'interdiction des pratiques discriminatoires ainsi que la manière dont elle est appliquée suscitent l'incompréhension des économistes. La différence des points de vue a pour conséquence que la traduction des analyses économiques de la discrimination en termes juridiques se heurte à un obstacle. Ce type d'obstacle n'est certes pas insurmontable, car les différences de sens peuvent être expliquées et les différences éventuelles de valeurs peuvent être explicitées[1]. Du reste, le Tribunal de première instance a montré qu'il avait pris acte de la notion économique de discrimination par les prix, en se référant explicitement à la tarification dite de Ramsey[2]. Cet exemple ne doit cependant pas masquer les réelles difficultés posées par les faux amis. Pour surmonter l'obstacle, il importe que le juge ait conscience du décalage potentiel entre l'emploi qu'il fait de certains termes et le sens que ces mêmes termes revêtent pour l'auditoire économiste. Réciproquement, il est nécessaire que les économistes prennent note du sens propre des termes en droit et des valeurs qu'ils véhiculent. L'essor de la doctrine économique en droit de la concurrence et l'information des juges, assurée par l'argumentation économique des parties ou par la formation, œuvrent utilement à la compréhension réciproque. Un problème de traduction plus difficile encore que celui des faux amis est celui des mots sans correspondance.

2. Les mots sans correspondance

237. **Exemple.** La notion déjà évoquée de « concurrence par les mérites » est un exemple de notion juridique sans correspondant en économie. Dans la distinction entre « concurrence par les mérites » (*Leistungswettbewerb*) et « concurrence par les obstacles » (*Behinderungswettbewerb*), les auteurs issus de l'École de Freibourg voyaient la clé de la distinction entre les comportements permis et ceux qui sont interdits. L'absence de correspondance n'aurait pas eu d'incidence si cette école de pensée n'avait aussi sensiblement influencé le droit communautaire et la définition jurisprudentielle de l'abus de position

---

[1] P.e. Ph. LAURENT, « Qualification et preuve de la pratique concertée », obs. sous TPICE, 24 octobre 1991, T-2/89, *Contrats conc. conso.*, mars 1992, pp. 1-2. L'auteur souligne que l'arrêt commenté « prévient toute confusion entre la notion économique de parallélisme concerté et la catégorie juridique de pratique concertée. (…) La première se limite à un comportement synchronisé sur un marché à la suite d'une collusion entre concurrents. La seconde englobe non seulement le parallélisme concerté manifesté sur le marché, mais également la concertation qui a pour objet de produire ce parallélisme sans avoir encore produit cet effet. La pratique concertée comprend donc un élément psychologique ».

[2] Arrêt du du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline/Commission, T-168/01, non encore publié au Recueil, point 271.

dominante, mais, comme on l'a vu, c'est l'inverse qui est vrai[1]. Au sein de l'école ordo-libérale, une grande confiance était accordée à la possibilité pour l'économie de fournir un guide d'application de la notion d'abus de position dominante. Seraient interdits tous les comportements qui nuisent à un concurrent et dont la condition de possibilité tient dans la position dominante de l'entreprise qui s'y livre. Telle qu'on l'envisageait à l'époque en Allemagne, l'économie était censée étudier ces comportements et être en mesure de les répertorier pour que les autorités de concurrence et, au besoin, le juge puissent les identifier. En d'autres termes, il était attendu que l'économie, à force d'études empiriques, fournisse une grille de lecture de la réalité économique et remplisse les catégories juridiques[2]. Cet espoir fut cependant déçu. La science économique n'a pas suivi la voie imaginée par les auteurs de l'École de Freibourg[3]. Les économistes ne se sont pas attachés aux travaux empiriques dont on imaginait qu'ils auraient fourni une liste de comportements nuisibles que seules les entreprises dominantes sont en mesure d'adopter. L'économie, telle qu'elle s'est développée, n'a donc pu jouer le rôle initialement espéré de guide détaillé pour l'application de la prohibition des abus de position dominante.

238. **Embarras.** Le premier effet en a été l'embarras des autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence, à commencer par la Commission. Comme le résume un auteur, face à l'article 82 CE, « personne ne savait comment faire »[4]. Cet embarras a d'abord assuré au juge communautaire une certaine tranquillité, puisque le premier arrêt sur l'article 82 CE date de 1973[5]. Cependant, le juge a bien été obligé de dire ce qu'était un abus de position dominante.

239. **Approche du juge.** L'approche du juge combine deux éléments : une approche littérale du texte, d'une part, et l'utilisation des éléments théoriques disponibles à l'époque, d'autre part. L'analyse textuelle invite en effet à distinguer deux éléments dans l'expression

---

[1] *Supra* n° 99. V. aussi *infra* n° 413.

[2] *Supra* n° 32.

[3] L'École dite de Manchester est devenue dominante en économie et elle a placé l'accent sur des questions différentes de celles envisagées par les ordo-libéraux. Sur cette école et le caractère central de la théorie des prix, V. A. BÉRAUD, « Jevons, Marshall et Edgeworth : les néoclassiques anglais », *in* A. BÉRAUD et G. FACARELLO (dirs.), *Nouvelle histoire de la pensée économique*, T. 2, La Découverte, 2000, pp. 367-448.

[4] D. GERBER, *Protecting Prometheus*, préc., p. 295. Sur les origines de l'abus de position dominante, V. également, du même auteur, « Law and the Abuse of Economic Power in Europe », *Tulane L. Rev.*, 1987, pp. 57-107.

[5] Arrêt de la Cour du 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company/Commission, 6/72, Rec. p. 215.

« abus de position dominante » : la position dominante et l'abus. Cette distinction, profondément ancrée dans la jurisprudence, fournit classiquement la structure de la présentation de l'abus de position dominante[1]. Au regard du sens des mots, la logique est imparable : il faut une position dominante pour que l'entreprise qui la détient puisse en abuser[2]. Soulignons combien cette manière de voir est fondée sur une analyse lexicale de l'expression. C'est l'emploi du génitif « de » dans l'expression « abus de position dominante » qui justifie que la position dominante soit traitée comme une condition nécessaire mais non suffisante de l'abus. Une fois cette distinction faite, restait à définir l'une et l'autre notions. C'est ce qui a été fait au moyen des éléments théoriques connus, c'est-à-dire, pour l'essentiel, la théorie ordo-libérale. La position dominante a été définie par référence à la possibilité de faire obstacle à la concurrence[3]. De son côté, l'abus a été défini, comme on l'a dit, par référence à la notion de « concurrence normale »[4].

240. **Obstacle.** À l'évidence, ces définitions étaient difficilement applicables directement, car elles supposaient notamment que soient déterminés les faits nécessaires pour caractériser « l'indépendance de comportement », la « puissance économique » qui en résulte et le « pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective » qui en est la marque. Faute d'avoir été éclairées par l'analyse économique initialement espérée, ces définitions jurisprudentielles ont rarement été appliquées. La jurisprudence s'est orientée vers une catégorisation des abus à

---

[1] P.e. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 515, p. 514. M.-C. BOUTARD-LABARDE et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, n° 86, p. 66. Pour une présentation différente, V. p.e. R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, préc., p. 420 et s. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 1ère éd., 2006. Les auteurs ne présentent pas les deux notions l'une à la suite de l'autre, mais les distinguent. De même, A. DECOCQ et G. DECOQ, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, LGDJ, coll. « Manuel », 2002.

[2] C'est en substance ce qu'expose le Tribunal dans son arrêt du 21 février 1995, SPO e.a./Commission, T-29/92, Rec. p. II-289, point 74.

[3] Arrêt du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec. p. 207, point 65 : « une position de puissance économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire *obstacle* au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » (nous soulignons). Cette définition est en substance reprise par le juge français. Selon la jurisprudence constante de la Cour d'appel de Paris, « la notion de position dominante s'entend du pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective, [et] suppose que l'entreprise considérée occupe sur le marché une place prépondérante que lui assure notamment l'importance des parts de marché qu'elle détient dans celui-ci, la disproportion entre celles-ci et celles des entreprises concurrentes, comme, éventuellement son statut et ses modes d'action commerciale ». V. p.e. Paris, 13 avril 1999, Dectra e.a., BOCCRF n° 9, du 12 mai 1999, p. 254 (arrêt cassé mais pas sur ce point), Paris, 15 juin 1999, Canal Plus, BOCCRF n° 14, du 25 août 1999, p. 439 ; Paris, 29 juin 2000, Ligue nationale de football e.a., BOCCRF n° 10, du 12 septembre 2000, p. 468.

[4] *Supra* n° 99.

partir de différentes pratiques contractuelles sans faire systématiquement le lien entre la définition générale et les différents types d'abus retenus (comme le refus de contracter, la pratique de prix prédatoires ou les rabais de fidélité)[1]. L'approche initiale, quoique parfaitement compréhensible, a joué contre la réception de raisonnements économiques, car la typologie des pratiques contractuelles n'était pas celle des économistes. La distinction entre position dominante et abus a également fait figure d'obstacle. En effet, les économistes saisissent le phénomène de la puissance économique principalement à travers la notion de pouvoir de marché, sans structurer leur analyse selon la distinction entre position dominante et abus. L'absence de correspondance de cette distinction juridique fondamentale dans l'analyse économique a conduit à des schémas d'analyse structurés différemment, ce qui continue de rendre plus difficile la traduction des apports économiques en droit[2]. L'obstacle demeure alors même que la distinction entre position dominante et abus ne donne pas entière satisfaction. On lui reproche de produire des syllogismes inversés ; et, de fait, c'est souvent la perception qu'un abus a été commis qui conduit à établir la position dominante, quitte à délimiter le marché pertinent de façon *ad hoc*[3]. Par ailleurs, comme le note l'avocat général Jacobs dans ses conclusions sous l'arrêt *Bronner*, il apparaît qu'il peut être plus approprié de traiter globalement la question de la position dominante et celle de l'abus[4]. Le décalage des grilles de lecture engendre finalement toutes sortes d'incompréhensions. On en donnera un seul exemple.

241. **Décalage (exemple).** Une difficulté juridique incompréhensible pour les économistes concerne l'hypothèse dans laquelle un abus a lieu sur un marché autre que le marché dominé. Cette hypothèse soulève une difficulté juridique, car l'abus n'apparaît plus comme un abus *de*

---

[1] B. HAWK, « Analyse comparative de l'article 82 du traité CE et de la section 2 du Sherman Act », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp. 131-149.

[2] La recherche d'une approche cohérente et compatible à la fois avec la jurisprudence et les enseignements de l'analyse économique est encore en cours. V. notamment la tentative de T. EILMANSBERGER, « How to Distinguish Good from Bad Competition : in Search of Clearer and more Coherent Standards », *CML Rev.*, 2005, pp. 129-177.

[3] Observations concordantes de MM. F. JENNY et B. VESTERDORF lors de la Conférence sur « La concurrence par les mérites », Cour de cassation, 25 février 2005.

[4] Conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 28 mai 1998, C-7/97, Oscar Bronner, Rec. p. I-7791, point 32.

la position dominante. La question n'a pas manqué d'être posée aux juges[1]. Pour confirmer la qualification d'abus dans une telle hypothèse, le juge se voit contraint d'échafauder un raisonnement pour contourner la difficulté, en l'occurrence en posant un principe selon lequel un abus peut être commis si le marché dominé et celui sur lequel les pratiques répréhensibles ont lieu sont « étroitement connexes » et si l'entreprise occupe sur le marché connexe au marché dominé une position « prééminente »[2]. Le raisonnement est embarrassé[3], car le juge se croit en devoir d'arriver à la conclusion que les deux marchés peuvent être assimilés au regard de la détention d'une position dominante[4]. Pour l'économiste, le problème qui se pose au juge est difficile à appréhender, puisqu'il est étroitement lié à l'analyse lexicale de la notion d'abus de position dominante.

242. **Rapprochement (et nouvelles difficultés).** À l'heure actuelle, la Commission et de nombreux auteurs consacrent leurs efforts à réduire le décalage entre l'approche suggérée par une lecture littérale de l'article 82 CE et les enseignements de l'analyse économique. L'insatisfaction générale exprimée par la doctrine au sujet de la jurisprudence sur l'abus de position dominante[5] a en effet conduit à des travaux doctrinaux approfondis[6] et à une réflexion

---

[1] Telles étaient les questions soulevées dans l'affaire *Tetra Pak II*. Arrêt du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, T-83/91, Rec. p. II-755. Sur cette question en droit français, M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 1ère éd., 2006, n° 197, p. 181.

[2] *Tetra pak II*, préc., point 112 et s.

[3] Aucune motivation ne vient expliquer pourquoi les marchés doivent être connexes ni pourquoi l'entreprise dominante sur un marché doit détenir une position prééminente sur l'autre. En outre, le juge se garde bien d'utiliser des formules trop générales et multiplie les formules qui tentent de donner à la solution une portée étroitement limitée au cas d'espèce. Pour une critique de la motivation de la Cour sur ce point dans l'arrêt *Tetra Pak II*, V. V. KORAH, « Tetra Pak II – Lack of Reasoning in Court's judgment », *ECLR*, 1997, n° 2, pp. 98-103, spéc. pp. 99-100. En ce sens également, N. LEVY, « Tetra Pak II : Stretching the Limits of Article 86 ? », *ECLR*, 1995, pp. 104-109, spéc. p. 108.

[4] Sur la condition de connexité, V. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 102, p. 100.

[5] V. p.e. B. HAWK, « Analyse comparative de l'article 82 du traité CE et de la section 2 du Sherman Act », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, pp. 131-150 et, dans le même volume,; P. REY, « Concurrence par les mérites », pp. 151-162 et B. VESTERDORF, « La concurrence par les mérites », pp. 163-176 ; B. SHER, « The Last of the Steamed Powered Trains : Modernizing Article 82 EC », *ECLR*, 2004, pp. 243-246.

[6] C. D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds.), *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of Dominant Position ?*, Hart Publishing, Oxford, 2006. *The Modernisation of Article 82*, Second Annual Conference of the Global Competition Law Centre (Bruges), Bruxelles, 16-17 juin, 2005. J. VICKERS, « Abuse of Market Power » préc. ; T. EILMANSBERGER, « How to Distinguish Good from Bad Competition Under Article 82 EC : In Search of Clearer and More Coherent Standards for AntI-Competitive Abuses », *CML Rev.*, 2005, pp. 129-177. D. GERADIN, « Limiting the Scope of Article 82 EC: What Can the EU Learn From the U.S. Supreme Court's Judgement in *Trinko* in the Wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telecom?* », *CML Rev.*, 2004, pp. 1519-1553. E. ELHAUGE, « Defining Better Monopolization Standards », *Stanford L. Rev.*,

des services de la Commission sur la possibilité de modifier l'interprétation de l'article 82 CE afin de pouvoir y introduire davantage l'analyse économique[1]. La nouvelle approche économique se caractérise par l'idée selon laquelle la démarche de qualification ne doit plus être guidée par la forme des pratiques anticoncurrentielles (rabais, exclusivité, refus de vendre et prix d'éviction), mais par leur effet. Ce consensus ne facilite toutefois pas l'intégration de l'économie dans l'interprétation du droit. Comme l'écrit l'un des promoteurs de cette approche, « si la distinction entre un comportement concurrentiel souhaité et un comportement abusif ou anticoncurrentiel dépend des effets économiques de la pratique, qui à son tour dépend d'une analyse complexe et souvent non conclusive des données du marché, il faut admettre que cela ne fournit pas le type de test clair dont une autorité de concurrence aimerait pouvoir disposer »[2].

243. **Nature des difficultés.** Il nous semble que ces remarques invitent à distinguer deux types de difficultés, dont un seul concerne véritablement la traduction. Le premier type de difficultés est celui qui se trouve exposé dans le propos qui vient d'être cité. Il concerne la tâche propre des économistes dans leurs efforts pour établir une « grille de lecture » permettant d'identifier, de manière générale, les faits pertinents pour l'analyse de l'acquisition et de l'exercice du pouvoir de marché. Lorsque la théorie économique est inachevée, les juristes subissent ses lacunes, mais ils ne peuvent y remédier. Un second type de difficultés concerne plus directement la doctrine juridique. Ce sont les difficultés propres à la traduction des éléments de théorie économique disponibles dans un schéma de raisonnement juridique. La discussion qui vise à établir une correspondance entre la grille de lecture juridique et la

---

2003, pp. 253-344. E. ROUSSEVA, « The Concept of "Objective Justification" of an Abuse of a Dominant Position : Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC ? », *Competition L. Rev.*, 2006, vol. 2, n° 2, pp. 27-72. J. TEMPLE-LANG et R. O'DONOGHUE, « Defining Legitimate Competition : How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC, *Fordham Internat'l L. J.*, 2002, pp. 83-162. *Adde :* les contributions rassemblées dans *Competition Law Journal*, juillet 2006 ; R. O'DONOGHUE et A. J. PADILLA, *Law and Economics of Article 82 EC*, préc.

[1] La réflexion de la Commission n'a pas à ce jour donné lieu à la publication d'un livre vert ni de lignes directrices, mais le projet a été publiquement évoqué à plusieurs reprises. V. notamment par M. Ph. LOWE « DG Competition's Review of Abuse of Dominance », Fordham Corp. L. Inst., 2003, (B. HAWK, éd. 2004), pp. 163-173.

V. aussi L. IDOT, « La réforme du droit antitrust en Europe : un an de pratique. À propos du colloque de Bruxelles des 10-11 mars 2005 », *Europe*, 2005, n° 4, pp. 6-9, spéc. n° 34 et s, p. 9.

[2] D. RIDYARD, « Article 82 Price Abuses – Towards a More Economic Approach », préc., p. 458.

grille de lecture économique relève à notre avis du travail de la doctrine juridique[1]. Comme cela a été évoqué, un tel travail doctrinal est en cours à propos de l'abus de position dominante. Certains auteurs partent des catégories dégagées par la jurisprudence, comme la concurrence par les mérites, et tentent d'en renouveler le contenu[2]. D'autres proposent de revenir au texte de l'article 82 CE par une lecture qui intègre les classifications économiques et juridiques[3]. La proposition consiste à superposer la distinction d'origine économique entre abus-exploitation et abus-exclusion à l'énumération de l'article 82 CE. Il en résulte une nouvelle typologie de trois types d'abus : les abus-exploitation, qui consistent pour une entreprise à tirer un avantage excessif de son pouvoir de marché au détriment direct des consommateurs et qui seraient visés par l'article 82, sous a), CE[4] ; les abus-exclusion, qui consistent à empêcher l'entrée ou à provoquer la sortie d'un concurrent indépendamment de ses performances et qui seraient visés par l'article 82, sous b), CE[5] ; enfin, les abus-discrimination, qui consistent à imposer de manière injustifiée des conditions différentes à différents partenaires commerciaux et qui seraient visés par l'article 82, sous c), CE[6]. La coïncidence entre le texte et les concepts économiques demeure imparfaite, mais la tentative est intéressante, car la typologie proposée a, comme toute typologie, l'avantage d'offrir un guide pour la recherche des qualifications possibles[7]. Elle permet donc de lever l'objection tirée du caractère impraticable de la qualification à partir d'une analyse des effets tout en prenant ces derniers en considération, puisqu'il s'agit précisément d'une distinction par type d'effets. L'avenir dira dans quelle mesure ces différentes tentatives permettent de progresser dans la résolution des difficultés de traduction. Sur le plan de la méthode, tout au moins, la

---

[1] V. p.e. L. IDOT, « Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE-Honeywell : reflexions de juriste… », *Concurrences*, n° 2-2005, pp. 31-40.

[2] *Supra* n° 100.

[3] V. notamment M. DOLMANS, « The Concept of Abuse under Article 82 EC : Profit Sacrifice or Proportionality Test ? », *Global Competition Law Centre*, Seconde conférence annuelle, Bruxelles, 16-17 juin 2005. J. TEMPLE-LANG, « Article 82 Principles and Problems – Exclusionary and Exploitative Abuses », *Irish Centre for European Law*, octobre 2005.

[4] L'article 82, sous a), CE interdit aux entreprises en position dominante d'« imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ».

[5] L'article 82, sous b), CE interdit aux entreprises en position dominante de « limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ».

[6] L'article 82, sous c), CE interdit aux entreprises en position dominante d'« appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ».

[7] Sur ce point, V. *infra* n° 827.

recherche de correspondances entre catégories économiques et juridiques nous paraît la voie à suivre, à une réserve près. En effet, il faut éviter de trop « forcer » les notions pour les faire entrer dans les catégories de l'autre discipline[1]. Si la tentative de traduction met en lumière un décalage irréductible, par exemple en raison de l'extension différente des notions que l'on essaie de mettre en correspondance ou d'une différence entre les finalités attribuées aux règles de droit et celles postulées par l'analyse économique, il faut prendre acte d'une lacune dans la correspondance entre le droit et l'économie. Il faut admettre que l'analyse économique n'éclaire qu'une partie des questions auxquelles doit répondre le juge ou ne permet de répondre que partiellement à l'une de ces questions.

244. **Conclusion de la section 2.** Les difficultés de traduction du raisonnement économique en droit ne sont pas affaires de mots. Derrière les correspondances approximatives se glissent des différences de sens aux enjeux juridiques très concrets. Parfois, en essayant de traduire en droit une notion économique (comme celle de substituabilité) puis en retraduisant la solution juridique dans le langage de l'économie, on perçoit le décalage. Au creux de celui-ci loge un fait pertinent pour l'économiste et inaperçu du juge, qui constitue une découverte pouvant faire avancer le droit. Sans prétendre avoir proposé une typologie exhaustive, les développements qui précèdent ont illustré deux types de difficultés de traduction. Le premier correspond aux faux amis, termes identiques en droit et en économie, mais qui ne renvoient pas aux mêmes questions ni ne véhiculent les mêmes valeurs. Ces décalages rendent la traduction plus laborieuse, même s'ils peuvent nourrir la discussion. Le second type de difficultés est plus sérieux encore. Il correspond à l'hypothèse de la traduction impossible, car le terme juridique (comme la concurrence par les mérites) ne renvoie à rien en économie. Dans ce cas, le juge ne peut construire le droit qu'à partir de catégories propres, dégagées par ses propres méthodes d'analyse. À la longue, le décalage entre les approches juridique et économique grandit. L'auditoire des décisions de justice, toujours plus instruit des analyses économiques, réclame une mise en cohérence[2]. La mise en correspondance des grilles

---

[1] Sur le « forçage analytique » qui se produit lorsque le juge donne mission à l'expert de se prononcer dans les termes prévus par le droit, mais non par sa discipline, O. LECLERC, *Le juge et l'expert*, préc., n° 226 et s., p. 182 et s.

[2] Comme cela est exposé très clairement par L. PEEPERKORN, « Commission publishes discussion paper on abuse of dominance », *Competition Policy Newsletter*, 2006, n° 1, pp. 4-7, p. 4, c'est une telle réclamation qui est à l'origine des efforts entrepris par la Commission pour « moderniser » son approche de l'article 82 CE.

d'analyses économiques et juridiques s'impose donc, tâche ardue à laquelle la doctrine commence seulement à s'atteler.

245. **Conclusion du chapitre.** Contrairement à ce que suggère une approche superficielle, il n'est aucune différence de nature entre la logique économique et la logique juridique. Les deux sont des logiques de l'argumentation. Les arguments qui peuvent être inspirés par le raisonnement économique, y compris lorsque celui-ci procède au départ de modèles, sont des arguments qualitatifs qui portent sur la pertinence de certains faits ou l'existence de certaines relations causales. Ils ne sont donc pas du tout étrangers à la logique du juge, qui doit précisément opérer un tri entre les faits allégués par les parties et procéder à des appréciations sur la causalité. Plus généralement, les caractéristiques du raisonnement économique ne le rendent pas impropre à l'usage judiciaire. Cependant, certaines d'entre elles, en particulier la déduction à partir d'hypothèses et de postulats, expliquent la réserve du juge. En effet, de son point de vue, les postulats ne peuvent être admis par principe. Ils ne doivent pas non plus être refusés par principe. Ils doivent pouvoir entrer dans l'objet des contestations tel que celui-ci est défini par les parties. C'est là une conséquence de l'office du juge : il ne lui appartient pas de trancher de manière générale la question du réalisme des hypothèses, mais, si les contestations portent sur ce point, le juge doit apprécier la vraisemblance, en l'espèce, des hypothèses sur lesquelles les parties appuient leurs raisonnements.

246. Plus que les caractéristiques propres du raisonnement économique, ce sont les difficultés de sa traduction dans les termes du droit qui entravent sa pénétration dans le raisonnement judiciaire. Quelques exemples ont suffi à montrer que ces difficultés sont parfois considérables. C'est le cas lorsqu'il existe un décalage entre les grilles de lecture à travers lesquelles le droit, d'une part, et l'économie, d'autre part, appréhendent les faits. Dans ces hypothèses, tant les progrès de l'économie que le travail doctrinal sont nécessaires. Ni le droit ni l'économie n'y perdent leur identité.

247. Après avoir vu dans le premier chapitre du présent titre que les obstacles tenant à l'appréhension différente des finalités du droit par le juge et par les économistes ne constituent pas des obstacles de principe à la réception du raisonnement économique, nous avons observé dans le présent chapitre que le raisonnement économique n'est pas, par nature, étranger au raisonnement du juge. Les obstacles venant du droit et ceux venant de l'économie sont donc surmontables. Reste à interroger les obstacles venant du juge lui-même.

CHAPITRE 3. LES OBSTACLES À LA RÉCEPTION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE TENANT AU JUGE

248. Le juge a-t-il de bonnes raisons de se méfier de l'économie, en particulier des raisons qui tiendraient soit aux principes généraux qu'il doit faire respecter, soit à la réalité du procès ? Si tel était le cas, il n'y aurait pas seulement des obstacles à la réception du raisonnement économique, mais aussi des justifications à son rejet par le juge. L'hypothèse appelle un examen d'autant plus méticuleux qu'il existe bel et bien des tensions entre l'approche économique et certains principes généraux du droit (Section I). Parmi ces derniers, on songe tout d'abord à l'exigence de sécurité juridique, souvent malmenée par l'approche économique des comportements anticoncurrentiels. Il faut aussi évoquer la présomption d'innocence. En effet, plus que les droits de la défense proprement dits, ce principe fondamental est parfois bousculé par les raisonnements économiques. Cette interférence particulière qui existe entre la présomption d'innocence et l'approche économique s'explique par le fait que l'un et l'autre se traduisent par des règles de preuve. Plus précisément, c'est la répartition de la charge de la preuve qui peut être l'objet d'approches juridique et économique concurrentes. Les difficultés que suscite la prise en considération du raisonnement économique ne s'arrêtent cependant pas là. En effet, les interrogations doivent porter, outre sur la charge de la preuve, sur son administration, car la prise en considération du raisonnement économique suscite fréquemment des difficultés probatoires que le juge ne peut ignorer (Section II).

SECTION 1. LES TENSIONS ENTRE L'APPROCHE ÉCONOMIQUE ET CERTAINS PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

249. Une conception commune veut que la prise en considération de l'analyse économique dans le droit de la concurrence menace la présomption d'innocence et la sécurité juridique. Le premier reproche est le plus grave. La question consiste à savoir si le juge doit, en raison de son rôle de gardien des libertés, s'opposer à l'admission de raisonnements économiques. Il faudra donc examiner les tensions entre l'approche économique et le principe de présomption d'innocence (A). Le second reproche adressé à l'approche économique, selon lequel elle nuit

à la sécurité juridique, concerne moins exclusivement le juge. En effet, les moyens habituellement mis en œuvre pour améliorer la sécurité juridique en droit de la concurrence passent par des instruments dont l'adoption ne dépend pas de lui, comme les lignes directrices. À cet égard, on a pu soutenir que ces moyens étaient les seuls dont on puisse raisonnablement espérer une sécurité juridique, justement en raison de la composante économique du droit de la concurrence[1]. Il ne s'agit pas ici de discuter d'une manière générale cette opinion, mais d'envisager les liens entre raisonnement économique et sécurité juridique du point de vue du juge. Bien qu'il ne soit pas le seul garant de la sécurité juridique, le juge de la concurrence n'en est pas moins soucieux de l'objectif de sécurité juridique. Investi de ce qu'un auteur a appelé un « office de régulation »[2], le juge aura à cœur de contribuer à « sécuriser la jurisprudence »[3]. La tension entre l'approche économique et la sécurité juridique (B) le concerne donc dans sa tâche d'élaboration de la jurisprudence.

A. La tension entre l'approche économique et la présomption d'innocence

250. La présomption d'innocence figure parmi les principes généraux dont le juge assure le respect, y compris en matière de concurrence. Or, on va le voir, le raisonnement économique est susceptible d'interférer avec certaines conséquences de ce principe. En cela, la présomption d'innocence peut constituer un obstacle légitime à la réception du raisonnement économique par le juge. Pour le montrer, il faut rappeler l'applicabilité et la signification du principe (1) avant d'envisager les interférences du raisonnement économique qui justifient une attitude prudente de la part du juge (2).

1. Applicabilité et contenu du principe de présomption d'innocence

251. **Applicabilité.** La présomption d'innocence intéresse à l'origine le seul droit pénal[4]. Son champ d'application s'est élargi depuis que le principe a été repris à l'article 6.2 de la

---

[1] Telle est la thèse de M.-A. SANSON-HERMITTE, *Droit européen de la concurrence : cohérence économique, sécurité juridique*, Librairie technique, 1981.

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », *in Jean Foyer auteur et législateur. Leges Tulit, Jura Docuit, Écrits en hommage à Jean Foyer*, pp. 463-476, n° 28, p. 472. G. CANIVET, « De l'efficacité de la politique de concurrence », préc., p. 86, considère aussi que « l'autorité judiciaire [est] désormais chargée de la régulation des marchés ».

[3] G. CANIVET, *op. cit.*, *loc. cit.*

[4] C. LAZERGES, « La présomption d'innocence », *in* R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dirs.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 12ème éd., 2006, pp. 509-522.

Convention européenne des droits de l'homme, ce qui le rend applicable à l'ensemble de la matière pénale au sens de ce texte[1]. L'appartenance du droit de la concurrence à la matière pénale ne fait pas de doute pour les juridictions judiciaires françaises depuis l'arrêt *Oury* de la Cour de cassation[2]. De même, l'application des droits de la défense propres à la matière pénale aux procédures de sanction devant les autorités de régulation est désormais admise par le Conseil d'État[3]. Le principe de présomption d'innocence s'applique donc aux procédures de sanction devant le Conseil de la concurrence sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation[4]. Quant à l'applicabilité de la présomption d'innocence dans les procédures répressives devant la Commission, elle résulte, selon la jurisprudence communautaire, des principes généraux du droit communautaire[5].

252. **Contenu.** Le principe de la présomption d'innocence a pour fonction première de régler la répartition de la charge de la preuve entre l'autorité de poursuite et la personne poursuivie[6]. Ensuite, le principe fonde la maxime *in dubio pro reo*, qui doit guider

---

[1] M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, coll. « Thémis », 2001, n° 195, p. 305. Le champ d'application de ce principe pourrait être plus large, mais cela n'a pas d'incidence pour notre propos. Pour Motulsky, il s'agit d'un principe applicable même sans texte, d'un « précepte de droit naturel de la procédure ». H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *in Mélanges Paul Roubier*, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, T. II, p. 181, cité par M.-A. FRISON-ROCHE et T. GARÉ, « Les droits de la défense en matière pénale », *in Libertés et droits fondamentaux*, 9ème éd., 2003, n° 634, p. 472 (non repris dans la dernière édition). *Adde* J. du JARDIN, « Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation (1990-2003) » (Discours de rentrée solennelle du 1er septembre 2003, l'auteur était procureur général auprès de la Cour de cassation de Belgique), *Pasicrisie belge*, 2003/12, pp. 1-87, p. 11.

[2] Cass., Ass. plén., 5 février 1999, Oury, note É. GARAUD, *JCP(G)*,1999, II-10 057 ; note M.-A. LAFORTUNE, *Gaz. Pal.*, 24 février 1999, n° 55, pp. 8-33 ; note J.-M. DEGUELDRE, L. GRAMBLAT, M. HERBIÈRE, *Gaz. Pal*., 24 février 1999, pp. 34-37 ; note E. RUSQUEC, *Gaz. Pal*., 13 octobre 2000, n° 287, p. 20 ; note H. LE NABASQUE, *Revue des sociétés*, 1999, n° 3, pp. 621-629.

[3] C.E. sect., 20 octobre 2000, Sté Habib Bank Ltd., *AJDA*, 200, chron. p. 1001, obs. M. GUYOMAR et P. COLLIN et p. 1071, note P. SUBRE de BIEUSSES, *JCP (G)*, 2001, II-10459, concl. Lamy.

[4] Sur ce point, J.-J. MÉNURET, *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, préf. P. DELVOLVÉ, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2002, n° 232 et s., p. 186 et s.

[5] Arrêts de la Cour du 8 juillet 1999, Hüls/Commission, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, point 149, et Montecatini/Commission, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, point 175. Arrêt du Tribunal du 6 octobre 2005, Sumitomo/Commission, T-22/02 et T-22/03, non encore publié au Recueil, point 1064. Pour une discussion de l'applicabilité des critères de la jurisprudence Oztürk de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, 21 février 1984, Öztürk, série A, n° 73) au droit communautaire de la concurrence (règles générales dont le but est à la fois préventif et répressif, sanctions graves et destinées à exercer un effet dissuasif), V. conclusions du juge Vesterdorf faisant fonction d'avocat général présentées le 10 juillet 1991 dans les affaires Rhône-Poulenc e.a./Commission, T-1/89 à T-5/89 et T-7 à T-15/89, Rec. p. II-867, spéc. p. II-885 et s. Plus récemment, la Cour EDH a considéré que l'appartenance des dispositions de droit de la concurrence à la matière pénale n'était pas générale et appelait un examen au regard de la situation individuelle du requérant. Cour EDH, 3 juin 2004, req. n° 69042/01, Neste c/ Russie, obs. É. BARBIER de LA SERRE, *RLC*, 2004/1, n° 77.

[6] M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 194, p. 304, et n° 196, p. 307.

l'appréciation que porte le juge sur les preuves[1]. Enfin, le principe de présomption d'innocence a pour autre conséquence l'interdiction d'annoncer publiquement une culpabilité qui n'est pas établie[2]. Ce dernier aspect est sans lien avec nos développements, il n'en sera donc pas question[3]. Ce sont la règle de preuve, d'une part, et la règle selon laquelle le doute doit profiter à l'accusé, d'autre part, qui présentent des liens avec le raisonnement économique. La règle du doute ne soulève aucune difficulté de définition quant à son contenu, elle n'est mentionnée ici que pour mémoire. En revanche, la règle de preuve appelle quelques précisions.

253. **Charge de la preuve.** La présomption d'innocence signifie que la charge de la preuve incombe à l'accusation, donc à l'autorité de concurrence dans l'hypothèse de poursuites administratives. En principe, la preuve qui incombe à l'accusation porte sur tous les éléments constitutifs de l'infraction, tant les faits positifs que les faits négatifs[4]. En dehors même du droit de la concurrence, le principe connaît des exceptions, les présomptions légales de culpabilité, et des tempéraments jurisprudentiels[5], que la doctrine s'efforce de rationaliser[6]. Le principal tempérament est relatif aux conditions négatives de l'infraction. Un exemple en droit de la concurrence a déjà été rencontré à propos de l'abus de position dominante : l'infraction n'est constituée que si le comportement n'a pas de justification objective[7]. S'agissant d'un élément de l'infraction, la preuve en incomberait en principe à la partie poursuivante. Cependant, s'agissant d'un fait négatif, le droit pénal admet que l'autorité de

---

[1] M.-L. RASSAT, *op. cit.*, *loc. cit.* Pour une discussion plus approfondie du fondement de la règle selon laquelle le doute doit profiter à l'accusé, J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 285 et s., p. 314 et s.

[2] M.-L. RASSAT, *op. cit.*, *loc. cit.*

[3] Cet aspect de la présomption d'innocence concerne néanmoins également le droit de la concurrence. Il était notamment en cause dans l'affaire Volkswagen : arrêt du Tribunal du 6 juillet 2000, Volkswagen/Commission, T-62/98, Rec. p. II-2707, point 281.

[4] Selon la formule de la Cour de cassation, « la partie poursuivante doit établir tous les éléments constitutifs de l'infraction et l'absence de tous les éléments susceptibles de la faire disparaître ». Cass. crim. 24 mars 1949.

[5] Les auteurs précités produisent des exemples empruntés au droit pénal et au droit privé, mais les tempéraments au principe existent aussi en droit administratif : A. SAVY, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, pp. 3-25, p. 19 ; Ch. DEBBASCH, « La charge de la preuve dans le contentieux administratif », *D.*, 1983, Chron. pp. 43-50, p. 43.

[6] M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 199 et s., p. 309 et s. M. DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », *in La Preuve, Droits*, PUF, 1996, pp. 53-65, spéc. p. 57. J.-F. CÉSARO, *op. cit.*, n° 294 et s., p. 322 et s. En droit communautaire, K.P.E. LASOK, *European Court of Justice : Practice and Procedure*, Butterworth, 2e éd., 1994, Chap. 13, spéc. pp. 422-424.

[7] *Supra* n° 147 et s.

poursuite ne doive effectivement rapporter cette preuve qu'en présence d'une contestation[1]. La partie poursuivante supporterait donc la charge de la preuve, mais pas celle de l'allégation[2]. Il a également été proposé de rendre compte des tempéraments au principe en termes de dissociation de la charge de la preuve et du risque de la preuve[3]. On dira alors que, par un renversement, la charge de l'allégation et la charge de la preuve pèsent sur l'accusé, mais que ce dernier conserve néanmoins le bénéfice du doute[4]. Cette dernière façon de présenter la question de la charge de la preuve nous semble correspondre, de manière générale, aux règles applicables en droit de la concurrence[5].

254. **Application.** Dans le contentieux de l'annulation, l'entreprise poursuivie a la charge d'alléguer l'illégalité de la décision dont elle est destinataire, mais c'est à la Commission de prouver que les conditions d'application de l'article 81 CE ou de l'article 82 CE[6] sont remplies. Un renversement de la charge de la preuve s'opère pour les circonstances exonératoires. Ainsi, il appartient à l'entreprise de prouver que les circonstances de l'article 81, paragraphe 3, CE sont réunies[7]. La même règle semble jouer pour les justifications

---

[1] M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 202, p. 315 et s.

[2] *Ibid*.

[3] J.-F. CÉSARO, *op. cit.*, n° 303, p. 331. Pour une discussion de ces notions, distinguées par H. MOTULSKY dans la troisième partie de ses *Principes de réalisation méthodique du droit privé*, préc., V. *infra* n° 603 et n° 612.

[4] *Ibid*.

[5] Pour une présentation déjà ancienne en termes de charge de l'allégation (*legal burden*) et charge de la preuve (*evidential burden*), K. P. E. LASOK, « Judicial Review of Issues of Fact in Competition Cases », *ECLR*, 1983, pp. 85-96, spéc. pp. 90-92. En ce sens qu'il n'existe pas de principe général gouvernant la charge de la preuve, mais qu'en revanche, une seule partie supporte le risque de la preuve, K.P.E. LASOK, *European Court of Justice : Practice and Procedure*, préc., p. 422. En droit français, V. Code de commerce Dalloz, 2005, n° 17 sous l'article L 420-1 : « la preuve des pratiques anticoncurrentielles (…) ayant pour effet de fausser le jeu de la concurrence incombe à celui qui s'en prétend victime ou aux autorités administratives ». L'arrêt cité (Cass. com. 12 octobre 1993, Bull. Civ. IV n° 337, p. 243) ne nous paraît pas très explicite sur la charge de la preuve, mais la solution résulte des principes généraux : présomption d'innocence et *Ei incumbit probatio*.

[6] V. notamment les arrêts du Tribunal du 12 décembre 1991, Hilti/Commission, Rec. p. II-1439, point 44 (article 82) ; du 8 juillet 2004, JFE Engineering Corp., Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp et Sumitomo Metal Industries Ltd/Commission, T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, points 173 (article 81) et jurisprudence citée.

[7] Cette solution jurisprudentielle a été codifiée à l'art. 2 du règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE du 4 janvier 2003, L 1, pp. 1-25, qui élargit le champ de la règle à l'application par les juridictions civiles : « [d]ans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 81 et 82 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue. En revanche, il incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies ».

objectives dans le cadre de l'article 82 CE[1]. Une autre hypothèse de renversement de la charge de la preuve concerne la date de fin de l'infraction. En effet, si la durée est l'un des éléments caractéristiques de l'infraction, dont la preuve incombe en principe à l'autorité de concurrence, le juge communautaire a déjà admis que c'était à l'entreprise concernée de rapporter la preuve de la date à laquelle l'infraction avait cessé[2]. À notre avis, ces exceptions gouvernent exclusivement la charge de la preuve et non le risque de preuve[3]. En effet, ces solutions doivent être conciliées avec le principe très général en vertu duquel le doute doit profiter à l'entreprise mise en cause[4].

255. Cette brève présentation ne prétend pas tenter une synthèse sur la difficile question de la charge de la preuve[5]. Elle se limite à ce qui est nécessaire pour signaler que le raisonnement économique peut être un facteur de complication supplémentaire dans l'allocation par le juge

---

[1] Pour une application de cette règle, arrêts du Tribunal du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 188, et du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, points 107-109. Il résulte de cette jurisprudence que, si les justifications objectives tirées de gains d'efficience étaient admises en application de l'article 82 CE, la charge de la preuve pèserait sur les entreprises. Cp. L. IDOT, « Les ventes liées… », préc., n° 44. La Commission propose de généraliser la règle en matière d'abus-exclusion : *Working Paper*, préc., points 77-79 et les explications données par E. PAULIS, « The Burden of Proof in Article 82 cases », Conférence prononcée lors de la 33ème *Annual Conference on International Antitrust Law and Policy* de l'Université de Fordham, New York, 14-16 septembre 2006, texte disponible sur le site de la Commission : http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2006_014_en.pdf.

[2] Arrêt du Tribunal du 8 juillet 2004, JFE Engineering Corp., Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp et Sumitomo Metal Industries Ltd/Commission, T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, points 342-343, obs. É. BARBIER de LA SERRE, *RLC*, 2004/1, n° 76. À la lecture de ce passage de l'arrêt, il n'apparaît pas que le Tribunal ait entendu donner valeur de principe général à cette solution.

[3] En termes de charge de la preuve, ces solutions permettent un alignement des procédures administratives répressives et des procédures civiles d'application du droit de la concurrence. Les exceptions rejoignent les solutions qui résulteraient de l'adage *Ei incumbit probatio.*

[4] Arrêts de la Cour du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, points 203, 304, 359 et 363 ; du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec. p. 207, point 265 ; arrêt de la Cour du 8 juillet 1999, Hüls/Commission, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, points 149 et 150 ; arrêt du Tribunal du 13 janvier 2004, JCB Service/Commission T-67/01, non encore publié au Recueil, points 53-60 (rejet du moyen) ; du 27 septembre 2006, Dresdner Bank e.a./Commission, T-44/02 OP, T-54/02, T-56/02 OP, T-60 OP, T-61/02 OP, non encore publié au Recueil, point 60. Là encore, le même principe vaut en matière de contrôle des concentrations, donc en dehors de la matière pénale. Sur ce point, V. les conclusions de l'avocat général Tizzano sous l'arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, points 77 et s.

[5] Sur la difficulté d'identifier les règles qui gouvernent la charge de la preuve dans le contentieux communautaire, K.P.E. LASOK, *European Court of Justice : Practice and Procedure*, préc., p. 422. M. BREALEY, « The Burden of Proof before the European Court », *European L. Rev*, 1985, p. 250. Plus récemment, en droit français, on a pu s'interroger sur la question de savoir si le programme de clémence donnait au Conseil de la concurrence un « droit à la preuve ». G. DECOQ, « Probatio Diabolica », *Contrats conc. conso.*, 2000, n° 6, Repère 6.

de la charge de la preuve. La protection de la présomption d'innocence doit donc conduire le juge à faire montre de prudence face au raisonnement économique.

2. La prudence nécessaire du juge face au raisonnement économique

256. **Raisonnement économique et charge de la preuve.** Les économistes qui suggèrent des critères de fond pour appliquer les règles de droit proposent aussi des règles relatives à la charge de la preuve[1]. Leurs suggestions ne sont pas inspirées par les principes juridiques qui gouvernent la charge de la preuve. On ne saurait en faire reproche à ces auteurs, dès lors que ces principes sont difficiles à saisir pour les juristes eux-mêmes[2] et appliqués avec pragmatisme par les juridictions[3]. Les suggestions des économistes ne sont pas non plus forcément incompatibles avec les règles juridiques. Ainsi, lorsque certains auteurs proposent d'allouer à l'autorité de concurrence la charge de prouver l'effet restrictif de concurrence du comportement[4], la solution découle déjà des principes juridiques. Des tensions peuvent néanmoins survenir entre l'approche économique et l'approche juridique de la charge de la preuve.

257. **Tension.** Certaines propositions doctrinales émanant d'économistes heurtent le principe de la présomption d'innocence. C'est notamment le cas quand un auteur propose de distinguer, au regard de la charge de la preuve, les pratiques généralement anticoncurrentielles et les pratiques rarement anticoncurrentielles. Supposons pour les besoins de la discussion que l'objet de la preuve soit, comme l'envisage l'auteur, la *possibilité* d'un effet restrictif. Sa

---

[1] Comme le constate également L. IDOT, « Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE-Honeywell : reflexions de juriste… », *Concurrences*, n° 2-2005, pp. 31-40, n° 44. V. p.e. K.-U. KÜHN, R. STILLMAN et C. CAFFARA, « Economic Theories of Bundling and their Policy Implications in Abuse Cases : An Assessment in the Light of the Microsoft Case », *European Competition Journal*, 2005, pp. 85-121, p. 87 : « there are good reasons for the burden of proof (for demonstrating material efficiencies) to be placed on the bundling firm).

[2] J.-F. CÉSARO, *op. cit.*, n° 118 et s., p. 182 et s., parle, à propos du bénéfice du doute, d'une « théorie fragile ». V. aussi X. LAGARDE, *Réfllexions critiques sur le droit de la preuve*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 239, n° 128 et s., p. 203 et s. *Adde* : F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD Civ.*, 1966, pp. 736-754.

[3] Le constat a été formulé à propos des juridictions administratives et communautaires. En matière administrative, Ch. DEBBASCH, « La charge de la preuve devant le juge administratif », *D.*, 1983, Chron. pp. 43-50. V. aussi A. PLANTEY, « La preuve devant le juge administratif », *JCP(G.)*, 1986, I-3245. En ce qui concerne les juridictions communautaires, V. K.P.E. LASOK, *EC Procedure*, préc., p. 421, cite par exemple un avocat général concluant en ce sens qu'il convenait de ne pas appliquer de manière trop stricte les principes relatifs à la charge de la preuve (Conclusions de l'avocat général Gand sous l'arrêt de la Cour du 8 février 1966, Acciaierie e Ferriere Pugliese/Haute Autorité, 8/65, Rec. p. 1).

[4] P. REY *et alii*, *An Economic approach to Article 82*, préc., p. 15.

proposition consiste à suggérer que la charge de la preuve incombe à l'autorité de concurrence pour les pratiques qui sont estimées généralement anticoncurrentielles, mais que la charge de la preuve est renversée pour les pratiques estimées plus rarement dangereuses, de sorte que c'est à l'entreprise mise en cause de prouver le caractère pro-concurrentiel de son comportement[1]. La proposition contredit à première vue le principe de présomption d'innocence, car ce principe s'applique sans distinction. Les entreprises qui adoptent des comportements dont l'effet sur la concurrence est incertain ont, elles aussi, droit au respect de la présomption d'innocence. Cependant, la contrariété réelle de cette proposition avec le principe de présomption d'innocence prête tout de même à discussion. En effet, le renversement préconisé ne concerne pas la preuve de l'infraction, mais une étape préalable du raisonnement, à savoir la possibilité de l'infraction. En outre, la logique qui sous-tend la proposition est celle de la vraisemblance. Si la vraisemblance n'est pas l'unique principe qui gouverne les règles de preuve, on en trouve néanmoins maintes manifestations dans le droit de la preuve[2]. Ainsi, certaines présomptions légales de culpabilité sont clairement fondées sur un jugement de vraisemblance *a priori*[3] : par exemple, la présomption de proxénétisme qui pèse sur celui qui entretient des relations avec une prostituée et mène un train de vie incompatible avec les ressources dont il peut justifier[4]. Dès lors que la proposition doctrinale évoquée consiste à distinguer la répartition de la charge de la preuve selon que la restriction de concurrence est *a priori* plus ou moins vraisemblable, elle n'est finalement pas aussi contraire à une approche juridique qu'il pouvait sembler de prime abord. Comme l'atteste l'exemple produit, déterminer si les propositions des économistes constituent des présomptions de culpabilité juridiquement inacceptables ou bien des règles de preuve

---

[1] D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 271-285, p. 280. L'auteur parle de demandeur et de défendeur plutôt que d'autorité de poursuite et d'entreprise mise en cause, mais nous ne croyons pas déformer son argument.

[2] D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD Civ.*, 1993, pp. 499-533. L'auteur défend la thèse selon laquelle le concept de vraisemblance guide tout le droit de la preuve. *Contra :* X. LAGARDE, préc., notament n° 7, p. 17. Plus nuancé, J.-F. CÉSARO, *op. cit.*, notamment n° 318, p. 346, souligne le rôle des « arguments qui, en dehors d'un jugement de vérité, ont déterminé le législateur à poser une présomption ». L'auteur montre (spéc. n° 340 et s.) que les présomptions du fait de l'homme ont aussi pour fonction de « permettere au magistrat de ne pas fonder sa décision sur un simple jugement de vérité ». *Adde :* A BÉNABENT, *La chance et le droit,* LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 128, 1973, spéc. le chapitre « La probabilité technique d'élaboration du droit », p. 150 et s., et en particulier n° 201 et s., p. 157 et s. (les décalages entre présomptions et probabilité).

[3] J.-F. CÉSARO, *op. cit.*, n° 296, p. 323.

[4] Art. 225-6 3° C. Pén.

acceptables n'a rien d'évident. En réalité, l'examen de compatibilité avec le droit d'une proposition relative à la charge de la preuve oblige à revenir sur le rôle du juge dans la création d'une présomption.

258. **Rôle du juge.** La difficulté soulevée par les présomptions de culpabilité concerne en réalité le rôle du juge. Seul le législateur peut en principe créer des présomptions de culpabilité[1] et il a été souligné que le juge ne devait pas créer de telles présomptions[2]. Il est pourtant difficile au juge de la concurrence de s'en abstenir dès lors qu'il tient compte d'un raisonnement économique. Trois exemples le montreront.

259. **Premier exemple.** Un premier exemple de présomptions judiciaires de culpabilité concerne ce qu'il est convenu d'appeler la « nouvelle approche », plus économique, de l'article 81 CE. Cette approche repose largement sur des présomptions[3]. Plus précisément, les règles qui identifient des « restrictions caractérisées » ne sont rien d'autre que des présomptions de culpabilité. Les lignes directrices sur l'application de l'article 81 CE en énoncent un certain nombre[4]. Cette seule remarque suffit du reste à montrer que les présomptions de culpabilité en droit de la concurrence ne sont pas toujours édictées par le législateur, puisque les lignes directrices ne sont pas des instruments législatifs. Il nous semble que, dans l'esprit de l'approche préconisée par ces lignes directrices, on ne peut exclure que les juges, y compris les juges nationaux qui appliquent désormais l'article 81 CE dans son entier, soient amenés à admettre des présomptions. Il paraît en effet difficilement concevable que le juge puisse dire qu'un accord a un objet anticoncurrentiel ou contribue au progrès économique sans recourir à des présomptions. Comme l'a exposé le juge Forwood, les juges ne pourront que porter des jugements de valeur sur le caractère désirable de certains bénéfices non économiques et du « prix » (en termes de restriction de concurrence) qu'il est acceptable de « payer » pour les obtenir[5]. Les présomptions judiciaires (dont certaines de

---

[1] Sur l'admissibilité de la présomption légale, V. Cour EDH, arrêt *Salabiaku*, du 7 octobre 1988, série A, n° 141-A, point 28 : « les présomptions de droit ou de fait figurant dans les lois répressives ne sont pas incompatibles avec la présomption d'innocence, si elles sont enserrées dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et en préservant les droits de la défense ».

[2] J.-F. CÉSARO, *op. cit.*, n° 289, p. 318.

[3] L. IDOT, « La qualification de restriction de concurrence », préc., n° 19.

[4] Communication de la Commission du 27 avril 2004, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOUE du 27 avril 2004, C 101, pp. 96-118, notamment points 23, 46, 55, renvoyant aux autres lignes directrices adoptées sur différents types d'accords.

[5] N. FORWOOD, « The Content and Meaning of Article 81(3) EC », *ERA-Forum*, 2004/1, pp. 27-38, p. 33.

culpabilité) sont d'autant moins évitables que, juridiquement, les lignes directrices ne lient pas les juges nationaux[1]. Même quand la présomption est en substance énoncée dans ces lignes directrices, elle n'en est pas moins, en droit, une présomption judiciaire. Or, outre les analyses économiques qui concluent à une plus ou moins grande probabilité d'effets néfastes ou bénéfiques de certains comportements dans certaines situations, on voit mal sur quoi le juge pourrait s'appuyer pour créer des présomptions. Le raisonnement économique serait alors source de présomptions de culpabilité en principe interdites au juge, mais indispensables pour appliquer les textes. Il existe donc une tension entre la présomption d'innocence et le raisonnement économique, mais cette tension ne vient pas de l'économie. Elle est interne au droit et le raisonnement économique n'intervient que pour suggérer des présomptions dans une situation où le juge ne peut, de toutes façons, qu'en admettre. On peut donc conclure à l'absence de spécificité du raisonnement économique en tant qu'énoncé sur la vraisemblance. Dès lors, la maxime générale de prudence que doit observer le juge avant d'admettre des présomptions s'applique aux suggestions de l'analyse économique exactement comme elle s'applique, plus généralement, à toute proposition de présomption[2]. En effet, la part de conviction qui entre, à côté de la part de vraisemblance, dans toute présomption doit conduire, en droit de la concurrence comme ailleurs, à douter avant de juger[3].

260. **Deuxième exemple.** Un deuxième exemple montre aussi que le souci d'éviter de créer des présomptions de culpabilité doit amener le juge à adopter une attitude prudente vis-à-vis de certains raisonnements économiques. Les analyses économiques récentes de l'abus-exclusion offrent un exemple de raisonnement justifiant une telle prudence. La démarche générale déjà évoquée, qui consiste à examiner la stratégie de l'entreprise pour se demander s'il était rationnel de son point de vue de se livrer à un comportement d'exclusion, n'a rien dans son principe qui heurte les principes du droit positif[4]. Au contraire, comme on l'a dit, cette approche peut se combiner harmonieusement avec le critère juridique de l'intention[5]. Cependant, l'une des hypothèses envisagées par la théorie économique dans cette approche

---

[1] Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, point 4. Les lignes directrices ne lient pas non plus les juridictions communautaires.

[2] Cette maxime est contenue en droit français dans l'article 1349 C. civ.

[3] J.-F. CÉSARO, *op. cit.*, n° 338, p. 363, et les auteurs cités aux notes 824 et 825.

[4] Elle ne correspond pas à la solution jurisprudentielle qui résulte de l'arrêt *AKZO*, mais ce n'est pas la question qui nous occupe ici. Sur la prédation, V. *infra* n° 761 et s.

[5] *Supra* n° 103.

soulève une difficulté du point de vue de la présomption d'innocence, à laquelle le juge doit être attentif. Il s'agit de l'hypothèse de l'exclusion par effet de réputation[1]. L'hypothèse est la suivante : lorsque l'information des entreprises sur les incitations de leurs concurrentes n'est pas parfaite, cas sans doute assez général, une entreprise peut avoir intérêt à se bâtir une réputation de concurrent agressif pour dissuader l'entrée de concurrents sur son marché. Le raisonnement est alors le suivant : le concurrent potentiel ne sachant pas quelles sont les véritables incitations du concurrent en place, il aura tendance à les inférer de ce qu'il peut connaître du passé. Si l'entreprise en place a toujours répondu à une entrée sur son marché par une stratégie de prix agressive, l'entreprise qui hésite à y entrer sera probablement dissuadée de le faire. L'entreprise en place peut donc préserver sa position concurrentielle avantageuse par le seul effet de sa réputation sur les anticipations de ses concurrentes. Ce que l'on peine à admettre dans ce raisonnement, du point de vue de la présomption d'innocence, est que l'analyse de l'abus actuel repose sur le comportement passé. Le raisonnement économique renoue en quelque sorte avec la théorie du criminel né.

261. La contrariété avec la présomption d'innocence pourrait peut-être être levée si l'on admettait que l'analyse du comportement passé est analogue à l'enquête de personnalité en droit pénal, mais le raisonnement économique semble plutôt assimiler le comportement passé à une condition de fond de l'infraction. Il y a peut-être là une autre manière de sauver le raisonnement économique, si l'on admet que la réputation est une condition préalable de l'infraction, comme le vol peut être la condition préalable du recel. Il est cependant inutile de pousser plus avant les comparaisons, la discussion montre assez que la contrariété entre un raisonnement économique et la présomption d'innocence n'est pas toujours évidente. Elle peut n'être pas apparente à première vue ou peut concerner seulement certaines hypothèses d'application d'un raisonnement d'ensemble, par ailleurs compatible, en lui-même, avec le raisonnement du juge. Cet exemple montre que la prudence du juge doit se doubler de vigilance à l'égard de raisonnements économiques susceptibles de heurter le principe fondamental de la présomption d'innocence.

262. **Troisième exemple.** Un dernier exemple d'incompatibilité du raisonnement économique avec la présomption d'innocence est relatif au critère du concurrent aussi

---

[1] P. REY *et alii*, *An Economic Approach to Article 82*, préc., p. 20.

efficient proposé en matière d'abus-exclusion[1]. Le raisonnement économique qui sous-tend cette proposition est simple. Il consiste à dire que l'exclusion d'un concurrent ne nuit à l'efficience et aux consommateurs que si le concurrent évincé est moins efficient que l'entreprise dominante. En effet, dans le cas contraire, l'exclusion d'une entreprise procède du mécanisme même qui doit être préservé, c'est-à-dire celui par lequel la concurrence élimine les entreprises les moins performantes et contribue ainsi à l'efficience. Même si l'on admet ce raisonnement en termes d'efficience, le critère qui en découle (critère du concurrent moins efficient) est difficile à mettre en œuvre. En effet, la mesure de l'efficience comparée des entreprises soulève des problèmes de preuve redoutables, car il faudrait pouvoir comparer leurs coûts respectifs[2]. Lorsque ce n'est pas possible, il a été proposé de recourir à des méthodes indirectes, consistant par exemple à prendre les données de coûts d'une *autre* entreprise, dont on a « des raisons de penser » qu'elle est au moins aussi efficiente que l'entreprise soupçonnée d'abus[3]. Un tel raisonnement *a fortiori* paraît par trop incertain au regard de la présomption d'innocence. Les raisons de penser qu'une entreprise est au moins aussi efficiente qu'une autre devraient être extrêmement solides pour admettre qu'une déclaration de culpabilité fondée sur un tel raisonnement est compatible avec le degré de conviction exigible en matière pénale. Le raisonnement ne paraît donc acceptable du point de vue du juge que dans des cas extrêmes (quand une entreprise est manifestement plus efficiente qu'une autre), ce qui lui fait perdre une bonne partie de son intérêt[4]. La nécessaire attention du juge au degré de conviction exigible dans une matière quasi pénale conduit à revenir sur la règle du doute.

263. **Règle du doute et charge de la preuve.** Comme on l'a dit, le principe de présomption d'innocence s'exprime à la fois par une règle de preuve et par la règle selon laquelle le doute

---

[1] Sur ce critère, V. p.e. B. HAWK, « Analyse comparative de l'article 82 CE et de la section 2 du Sherman Act », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, préc., pp. 131-149, p. 142 et, dans le même volume, P. REY, « Concurrence par les mérites », pp. 150-161, p. 157.

[2] Sur les problèmes de preuve relatifs aux coûts, *infra* n° 292 et s.

[3] P.e. Commission, *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, préc., point 191. La Commission va encore plus loin, puisqu'elle dit : « a case can be based on information about a rival if there is no good reasons to believe that the rival is less efficient ». Elle semble envisager la possibilité pour l'entreprise de réfuter les appréciations faites sur cette base seulement lorsque la présomption d'égale efficience de l'entreprise évincée et de l'entreprise témoin n'est basée sur aucune donnée de coût relative à l'entreprise témoin.

[4] Il est en effet peu probable qu'une entreprise manifestement moins efficiente qu'une autre entreprise du secteur se livre à une stratégie de prédation.

doit profiter à l'accusé. Les exemples développés précédemment ont montré que les deux sont intimement liés : lorsque la charge de la preuve est renversée, mais que le risque de preuve continue de peser sur l'autorité chargée des poursuites, c'est une application de la règle du doute. Lorsque le juge admet une présomption de contribution au progrès économique, cela soulève exactement la question au cœur de la question du bénéfice du doute en droit pénal, à savoir celle de l'équilibre entre la protection des droits de la défense et des intérêts de la société[1]. À travers la question des présomptions, c'est donc, comme dans d'autres domaines, une question de justice que tranche le juge[2]. La règle du doute ayant été évoquée dans les développements sur les présomptions, une seule remarque doit être ajoutée. Elle concerne l'incidence des connaissances économiques sur l'application de cette règle.

264. **Règle du doute et connaissances économiques.** L'adage *in dubio pro reo*, qui exprime la règle du doute, est pour le juge une règle de décision. Il ne dit rien de ce qui fait exister le doute dans l'esprit du juge. Or, c'est là qu'interviennent le raisonnement et les connaissances économiques des magistrats. Un juge qui a connaissance des raisonnements économiques concluant au caractère souvent bénéfique pour la concurrence de la discrimination doutera par exemple davantage du caractère restrictif de concurrence d'une pratique de prix différenciés que celui qui aborde cette pratique sous le seul angle du principe d'égalité entre concurrents[3]. Des raisonnements abstraits, mais aussi des études économiques empiriques peuvent contribuer aux connaissances personnelles du juge[4], nous aurons l'occasion d'y revenir[5]. Dans cette hypothèse, l'économie a la même fonction que celle classiquement envisagée par le législateur : elle est une science auxiliaire qui sert à connaître de manière générale certains faits. Pour le juge, ces connaissances ne sont pas liées aux faits de la cause, mais elles interviennent dans l'appréciation qu'il porte sur les preuves. En ce sens, la formation des juges pourrait, notamment si elle portait sur les résultats obtenus par les

---

[1] J.-F. CÉSARO, *op. cit.*, n° 287, p. 317, note qu'« il n'est pas certain que la protection de l'individu doive systématiquement primer sur les intérêts de la société ».

[2] Sur les règles de preuve comme règles de justice, V. J.-F. CÉSARO, *op. cit.*, n° 341, p. 367.

[3] *Supra* n° 235.

[4] J. CHEVALLIER, « Remarques sur les utilisations par le juge de ses informations personnelles », *RTDciv.*, 1962, pp. 5-19. Les économistes sont du reste bien conscients de l'influence de leurs travaux sur ce qu'ils appellent les « croyances *a priori* » V., sur ce point, D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique », préc., p. 280, et D. S. EVANS, « How Economists Can Help Courts Design Rules : An EU and US Perspective », préc., p. 96. L'auteur parle de « présupposés » (*prior expectations*)**.**

[5] *infra* n° 889.

études empiriques économiques, avoir des effets sur l'application de la présomption d'innocence en droit de la concurrence.

265. **Conclusion du A.** Des tensions peuvent exister entre les approches économiques des règles de concurrence et le principe de présomption d'innocence. Les économistes proposent des règles de preuve qui ne sont pas toujours compatibles avec les principes juridiques. Le juge doit alors rejeter ces propositions. En pratique, cependant, la compatibilité ou au contraire la contrariété entre une proposition doctrinale économique et les principes qui gouvernent la charge de la preuve ne sont pas toujours évidentes. Cela conduit à souligner que le juge doit exercer une certaine prudence avant d'admettre des raisonnements économiques. Sa vigilance doit surtout s'exercer lorsque la règle du doute est en cause. La présomption d'innocence s'accommode d'aménagements dans la répartition de la charge de la preuve, même en droit pénal. En revanche, le principe selon lequel le doute doit profiter à l'accusé (à l'entreprise mise en cause) constitue le cœur de la présomption d'innocence. Ce principe doit être respecté quelle que soit la répartition de la charge de la preuve, ce qui conduit à distinguer entre la charge de la preuve et le risque de preuve. La question essentielle pour la présomption d'innocence consiste alors à savoir de quoi doute le juge. Or, c'est là même qu'interviennent encore le raisonnement économique et les arguments tirés d'études économiques empiriques. Ils fournissent en effet au juge des raisons de douter. Les raisonnements économiques dont le juge a connaissance influencent nécessairement sa propension à douter de l'effet anticoncurrentiel de certaines pratiques[1]. C'est là une raison très forte pour organiser une information équilibrée des juges sur les progrès de la connaissance économique.

266. La présomption d'innocence n'est pas le seul principe qui oblige le juge à la prudence face au raisonnement économique. Il en va de même du principe de sécurité juridique, autre source de tension entre les devoirs du juge et l'approche économique.

[1] En l'état actuel de la jurisprudence et de la science économique, cette conséquence devrait plutôt être favorable aux entreprises. Cependant, rien n'interdit de penser que la théorie économique pourrait aussi mettre au jour des comportements anticoncurrentiels qui ne tombent pas encore sous le coup des interdictions telles qu'elles sont interprétées par les juges.

B. Les tensions entre l'approche économique et le principe de sécurité juridique

267. La sécurité juridique est une exigence fondamentale, qui concerne aussi le droit de la concurrence[1]. Comme ailleurs, les justiciables se tournent vers le juge pour obtenir une protection contre l'insécurité juridique[2]. Comme ailleurs, les opérateurs attendent plus généralement du juge qu'il produise de la sécurité juridique[3]. La recherche de cette sécurité par le juge soulève pourtant une question au regard de la réception de l'approche économique. Dans quelle mesure l'aspiration à la sécurité juridique est-elle un obstacle à la réception du raisonnement économique ? L'interrogation n'est pas nouvelle[4]. Elle n'est que l'expression particulière d'une tension plus générale relevée par les auteurs qui ont essayé de définir un droit économique[5]. Cependant, l'insécurité juridique spécifique du droit de la concurrence a aussi été soulignée. Elle a été attribuée précisément au fait qu'il s'agissait d'un droit en formation et faisant appel à la science économique, laquelle est elle-même inachevée[6]. Cette

---

[1] À propos de l'exigence de prévisibilité du droit posée par l'article 7 CEDH, D. WAELBROECK, « "Twelve feet all dangling down and six necks exceeding long" : the EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *in* C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds.), *European Competition Law Annual 2002 – Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford, Hart Publishing, 2005, Oxford, Hart Publishing, pp. 465-484, spéc. p. 468.

[2] Pour un exemple relativement ancien d'application du principe de sécurité juridique en droit de la concurrence par le juge communautaire, V. l'arrêt de la Cour du 9 juillet 1969, Portelange/Smith Corona Merchant International, 10/69, Rec. p. 309, point 15 : le principe juridique s'oppose à ce que les accords notifiés ne produisent pas tous leurs effets juridiques au cours de la période qui s'étend entre la notification et la décision de la Commission. On peut remarquer que le juge communautaire a une conception large des moyens qui permettent d'assurer la prévisibilité du droit pour les parties. En ce sens que les entreprises pouvaient savoir à quoi s'en tenir, puisque la position de la Commission avait été publiée dans son rapport annuel, V. l'arrêt du Tribunal du 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6) e. a./Commission, T-112/99, Rec. II-2464, points 168 et s. La même remarque vaut pour le juge français. V. *infra* n° 291.

[3] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge du marché », *RJC*, 2002, n° spécial, *Le juge de l'économie*, Colloque de la Baule, pp. 44-60, p. 58.

[4] B. GOLDMAN, note sous l'arrêt de la Cour du 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, Rec. p. 619, *JDI*, 1973, pp. 924-942, spéc. n° 17 et s., p. 936 et s. En ce sens que la Cour de justice donne priorité à la sécurité juridique sur le raisonnement économique : P. VER LOREN VAN THEMAAT, *L'économie à travers le prisme du juriste*, *RIDE*, 1989, n° 2, pp. 133-162, p. 148 (à propos de l'arrêt de la Cour du 15 février 1988, Bianco/Société française des douanes, 337/88, 376/88 et 378/88).

[5] Cl. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, 215. G. FARJAT, *Droit économique*, PUF 1982 ; A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, *Droit économique*, PUF, Coll. Que sais-je ? n° 1383 ; A. JACQUEMIN, « Droit économique : serviteur de l'économie ? », RTD com 1972.

[6] A. LYON-CAEN, *Contrôle de la croissance des entreprises par les autorités publiques*, Thèse Paris II, 1975, n° 11, p. 19. Pour une discussion, V. M.-A. SANSON-HERMITTE, *Droit de la concurrence : cohérence économique, sécurité juridique,* Librairies techniques, 1981, préf. B. GOLDMAN, p. 6 et s. Sur l'inachèvement de la science économique, V. G.-G. GRANGER, *Méthodologie économique*, Paris, PUF, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1955, p. 6. L'auteur, dont les constatations n'ont pas vieilli, s'appuie sur la

hypothèse est, on l'a vu, toujours d'actualité[1]. La tension entre l'approche économique et la sécurité juridique est encore aujourd'hui un sujet de préoccupation récurrent[2]. Si cette tension ne peut être niée, il faut cependant en relativiser le constat. Tout d'abord, ce qui est ressenti comme de l'insécurité juridique n'a parfois rien à voir avec le rôle de l'économie dans le droit de la concurrence[3]. Ensuite, la sécurité juridique est parfois invoquée à mauvais escient. Tel est par exemple le cas lorsqu'une partie invoque devant le juge la violation du principe de sécurité juridique et de la légalité des délits et des peines par une décision ayant retenu une délimitation du marché différente de celle retenue dans une précédente décision concernant le même secteur économique[4]. L'argument n'est pas pertinent, car la délimitation du marché est une appréciation de fait, qui n'a pas à être stable dans le temps. Le principe de sécurité juridique ne commande en effet pas la permanence des appréciations de fait, mais certaines qualités de la règle de droit et de son application.

268. Pour cerner plus précisément les véritables tensions entre l'exigence de sécurité juridique et le raisonnement économique, il faut envisager ce raisonnement au regard de différentes manières de produire de la sécurité juridique (1). Cela conduira à distinguer plusieurs hypothèses (2), selon que la réception d'un raisonnement économique est plus ou moins perturbatrice pour la sécurité juridique.

---

pluralité de points de vue inhérente à l'économie, qui ne peut ignorer ni l'objet de la psychologie ni celui de la sociologie, pour la qualifier de « science mal formée ».

[1] *Supra* n° 242.

[2] M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 1ère éd., 2006, n° 7, pp. 9-10 et références citées. V. aussi G. MARENCO, « La notion de restriction de concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes », *in Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 1217-1245, qui oppose très nettement l'approche économique et la sécurité juridique, et dont la thèse est critiquée *infra* n° 332. *Adde :* C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds.), *Competition Law Annual*, 2000, *The Modernisation of Competition Law*, spéc. B. HAWK et N. DENAIJER, « The Development of Articles 81 and 82 EC Treaty : Legal Certainty », pp. 129-144. M. MALAURIE-VIGNAL, « Sécurité juridique, efficacité et cohérence », *Contrats Conc. Conso.*, 2006, n° 10, Repère n° 9.

[3] V. par exemple, sur le fait que la Commission n'ait notifié ses griefs que vingt-sept ans après la notification d'un accord de distribution, l'arrêt de la Cour du 21 septembre 2006, JCB Service, C-167/04 P, non encore publié au Recueil, jugeant que cette circonstance ne rendait pas en elle-même la décision illégale et qu'une atteinte concrète aux droits de la défense devait être démontrée.

[4] Pour un exemple, V. la position défendue par France Télécom rapportée dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris (1ère ch., sect. H) du 12 avril 2005 relatif aux recours formés par la société France Télécom SA et (SFR), BOCCRF n° 6, du 23 juin 2005. La décision invoquée avait été prise dans une décision d'application d'une réglementation sectorielle. À cet égard, la Cour d'appel relève que les appréciations propres à la réglementation sectorielle ne lient pas les autorités de concurrence.

1. Le raisonnement économique et les différentes manières de produire de la sécurité juridique

269. On peut envisager trois moyens de produire de la sécurité juridique : la précision des règles, l'admission de schémas de raisonnement explicites pour l'application de règles éventuellement imprécises en elles-mêmes et la stabilité des règles et/ou des schémas de raisonnement qui servent à leur application. Ces trois moyens ne sont pas exclusifs les uns des autres. Ils ne sont distingués qu'aux fins de l'analyse des rapports du raisonnement économique avec chacun d'entre eux.

270. **Précision.** La précision des règles est un facteur de sécurité juridique. Toutefois, c'est un constat récurrent, la précision est difficile en droit de la concurrence[1]. Le législateur n'y est pas parvenu, et la difficulté est persistante pour les autorités de concurrence comme pour le juge. L'expérience a en outre montré que la précision n'est pas suffisante. La précision des règles applicables aux restrictions verticales au moyen de critères formels a ainsi débouché sur « une extraordinaire insécurité juridique »[2]. Inversement, la notion imprécise de barrière à l'entrée a contribué à préciser le sens de la règle de droit en matière d'abus de position dominante[3]. À cet égard, le dialogue qui s'instaure entre les juges et les économistes, tant par le biais de la doctrine qu'à l'occasion des procès, contribue puissamment à la définition progressive par le juge de « délits à contenu indéterminé » prévus par les textes[4]. Certes, ce bénéfice pratique peut être amoindri, voire réduit à néant, si les difficultés de preuve associées à la prise en considération d'un nouvel élément de fait sont telles que, même sachant mieux ce qu'elles doivent prouver, les parties peinent à découvrir comment le prouver. Cependant, on

---

[1] Sur ce point et plus généralement sur la nécessité de trouver en droit de la concurrence de nouveaux moyens de produire de la sécurité juridique, V. M.-A. SANSON-HERMITTE, *Droit européen de la concurrence, cohérence économique, sécurité juridique*, préc., spéc. l'introduction et la préface de B. GOLDMAN ; V. aussi Cl. CHAMPAUD, « L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies », *Justices*, 1995, n° 1, pp. 61-79, spéc. p. 76 ; du même auteur, « Caractères du droit de la concurrence », *J.-Cl. Traité Concurrence et consommation*, fasc. 30, n° 79. Sur « l'extraordinaire insécurité juridique » générée par l'approche formaliste des restrictions verticales développée par la Commission à partir de cette définition juridique de la notion de restriction de concurrence, V. B. HAWK, « System Failure : Vertical Restraints and EC Competition Law », B. HAWK, « System Failure : Vertical Restraints and EC Competition Law », *CML Rev.*, 1995, pp. 973-989, p. 983 et s.

[2] B. HAWK, *op. cit.*, *loc. cit.*

[3] *Supra* n° 210.

[4] L'expression est empruntée à H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préc., n° 7, p. 11. Pour Motulsky, cette expression traduit une pensée scandaleuse (celle de C. SCHMITT). Force est pourtant de constater que la formule sied bien au droit de la concurrence.

le verra ultérieurement, il n'y a pas de lien nécessaire entre l'approche économique et la preuve impossible ou même la preuve particulièrement difficile[1]. L'analyse économique, lorsqu'elle permet de définir plus précisément les objets de preuve, œuvre, toutes difficultés probatoires égales par ailleurs, à la sécurité juridique.

271. Dans ce cas, le raisonnement économique théorique met en lumière, une fois pour toutes, la pertinence de certains faits pour certaines questions de droit. La conclusion du raisonnement est alors intégrée par le juge à la règle elle-même. Cela ne se fait pas du reste sans une certaine prudence de la part des juges. Par exemple, en ce qui concerne la définition du marché pertinent, les critères empruntés à l'analyse économique n'ont pas tout de suite été intégrés à la règle de droit[2]. Ils ont cependant fini par l'être[3], et cette contribution de la doctrine économique à la sécurité juridique a récemment été saluée par la Cour de cassation. La Chambre commerciale a en effet estimé que la sécurité juridique était assurée par la réception dans la jurisprudence du critère de la substituabilité admis par la « doctrine économique »[4]. La doctrine économique, conjuguée à la stabilité de la jurisprudence, est donc juridiquement reconnue comme un facteur de sécurité juridique. Le marché pertinent ne nous semble cependant pas être le meilleur exemple d'une véritable amélioration de la sécurité juridique permise par la réception de la doctrine économique, ainsi que des développements

---

[1] *Infra* n° 685 et n° 1020.

[2] Sur la prudence du juge communautaire concernant l'adoption de règles de droit pour l'appréciation du marché pertinent, V. conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 2 mars 1994, Hilti/Commission, C-53/92 P, Rec. p. I-667, points 15 et s., spéc. point 19. En droit français, le marché est soumis à un contrôle de qualification. P.e. Cass. com. 10 mars 1992, France Loisir, Bull. civ. IV, n° 111. Pour autant, la question de savoir ce qui, dans la qualification du marché, relève de la règle de droit et ce qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond continue de se poser. V. sur ce point M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., note 4, p. 93 et références citées. *Adde :* W. P. MCKEOWN et M. E. ROTHSTEIN, « Examen judiciaire des affaires de concurrence », *in Le droit de la concurrence dans les instances judiciaires, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence*, 1999, pp. 125-147. Les auteurs discutent une décision de la Cour suprême du Canada, dans laquelle cette juridiction a estimé que le cadre d'analyse du marché et la définition des critères d'appréciation étaient des questions de droit, tandis que l'appréciation des faits au regard de ces critères soulevait des questions mélangées de droit et de fait, notamment la pondération des différents critères d'appréciation.

[3] V. note préc. *Adde :* G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », *in Mélanges Pierre Bézard*, Petites Affiches et Montchrestien, 2002, pp. 257-272.

[4] Cass. com. 6 décembre 2005, Société des Caves et producteurs réunis de Roquefort, Bull. civ. IV, n° 358 et obs. dans le Rapport Annuel 2005 (section omise dans la version papier, mais disponible sur le site http://www.courdecassation.fr). Déjà en ce sens, Rapport de la Cour de cassation 2001, pp. 415-416 (à propos de Cass. com. 22 mai 2001, Bull. civ. IV, n° 97).

ultérieurs le montreront[1]. La limite de la contribution de l'économie à la sécurité juridique dans cette hypothèse tient précisément à ce que le critère de la substituabilité a été et est parfois utilisé en dehors d'un véritable raisonnement économique. En effet, lorsque le juge adopte un critère de qualification mis en lumière par la doctrine économique, il définit un élément de la qualification juridique des faits qui est issu d'un raisonnement économique, mais il n'emprunte pas le raisonnement économique lui-même. Celui-ci demeure une justification théorique du critère juridique, qui reste en elle-même extérieure au droit. C'est pourquoi il faut distinguer l'emprunt d'un critère à la doctrine économique de l'emprunt d'un raisonnement proprement dit[2].

272. **Raisonnement.** La contribution propre du *raisonnement* économique à la sécurité juridique se distingue de l'hypothèse envisagée plus haut en ce que, dans cette nouvelle hypothèse, la pertinence particulière d'un fait aux fins d'une qualification n'est pas irréfragablement présumée. La reconnaissance de pertinence n'est pas intégrée à la règle de fond, mais discutée au regard des faits de l'espèce[3]. Dans ce cas, le raisonnement économique n'est pas cristallisé dans une règle jurisprudentielle. La « pensée économique claire » n'est pas *dans* « les règles de droit »[4]. Le raisonnement économique fournit un cadre à l'examen des allégations. Il permet au juge d'organiser la discussion contradictoire qui porte à la fois sur l'interprétation des faits et sur celle de la règle de droit. Ce type de contribution du raisonnement économique à la sécurité juridique est un aspect particulièrement important en droit de la concurrence. Comme l'a noté le premier président Canivet, « la sécurité juridique du droit de la concurrence réside tout autant dans la prévisibilité de la méthode d'application

---

[1] Sur ce point, V. nos développements sur le marché pertinent, *infra* Titre II, chap. 2, notamment n° 522.

[2] Les deux hypothèses *peuvent* coïncider, comme dans le cas des barrières à l'entrée, mais elle ne coïncident pas nécessairement (comme le montrera l'exemple du marché). C'est pour cela que, d'un point de vue analytique, il faut les distinguer.

[3] Pour illustrer la différence entre la réception d'un *raisonnement* économique, discutée ici, et la cristallisation d'une conclusion doctrinale en une règle de droit, évoquée précédemment, on peut reprendre un exemple déjà rencontré. L'hypothèse de la cristallisation conduit à dire que les barrières à l'entrée sont un élément obligatoire de l'examen d'une position dominante. L'hypothèse envisagée ici consiste à dire que les barrières à l'entrée sont souvent pertinentes pour apprécier la position dominante, mais que cette pertinence peut varier selon les circonstances. Dans ce dernier schéma, une partie peut prétendre, sans obérer par principe ses chances de succès, que, dans le cas d'espèce, l'existence de barrières à l'entrée n'a pas à être démontrée, car leur existence éventuelle serait sans pertinence.

[4] C'est cette hypothèse qu'envisagent M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 7, p. 10, lorsqu'elles soulignent qu'il ne faut pas craindre l'analyse économique : « [c]'est à l'inverse, lorsqu'une pensée économique claire est absente *des règles du droit* de la concurrence que des inquiétudes [pour la sécurité juridique] doivent naître » (nous soulignons).

que dans la permanence des concepts »[1]. Des exemples de contribution du raisonnement économique à la méthode employée par le juge pour qualifier les faits, ainsi qu'un schéma théorique seront développés dans la seconde partie[2]. On peut cependant proposer dès à présent une première caractérisation de ce type d'apport à la sécurité juridique par une comparaison avec la méthode du faisceau d'indices.

273. La méthode du faisceau d'indices n'est pas un idéal du point de vue de la sécurité juridique. Celle-ci est en effet mieux servie par une approche structurée de la qualification que par une liste de facteurs pertinents dont on ignore le poids relatif et les relations. En présence de nombreux faits pertinents, la sécurité juridique qu'il est raisonnable d'espérer du juge emprunte avant tout la voie du raisonnement. C'est en mettant en avant les questions qui sont pertinentes pour la qualification que le juge fournit aux justiciables les meilleures indications possibles sur la manière dont leurs comportements seront jugés. La contribution de la doctrine économique à l'élaboration de « règles de raison structurées »[3] se veut, dans cette perspective, une contribution à l'effort du juge pour apporter des précisions de ce type. Pour plusieurs pratiques anticoncurrentielles, les économistes mettent ainsi en avant l'utilité d'un raisonnement en deux temps. Il consiste à se demander dans un premier temps si la pratique est de nature à produire un effet anticoncurrentiel et à nuire aux intérêts des consommateurs puis, dans un second temps, à examiner la réalité de l'effet[4]. Assurément, un schéma aussi général doit être précisé et il est nécessaire pour l'appliquer de savoir à quelles conditions la pratique est « de nature à » fausser la concurrence pour pouvoir examiner si ces conditions sont réunies en l'espèce. Il peut s'agir de critères relatifs à la structure du marché, au type de concurrence qui s'y livre ou encore aux coûts[5]. La recherche en économie allonge sans cesse la liste des critères. Dans ces conditions, la seule manière de maintenir la stabilité dans le droit est de disposer d'un schéma général de raisonnement. Les critères nouveaux

---

[1] G. CANIVET, « De l'efficacité de la politique de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 26-28 janvier 2003, pp. 83-89, spéc. p. 86.

[2] *Infra* n° 720 et s.

[3] D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 271-285.

[4] D. SPECTOR, *op. cit.*, p. 282. V. aussi le schéma de raisonnement distinct, mais voisin, proposé par J. TIROLE, « An Analysis of Tying Cases : A Primer », *Competiton Policy Int'l*, 2005, n° 1, pp. 1-25, spéc. p. 3 (analyse de la probabilité d'un effet anticoncurrentiel, analyse de la probabilité d'un dommage aux consommateurs et analyse des remèdes envisageables).

[5] D. SPECTOR, *op. cit.*

d'appréciation qui ne manqueront pas d'être suggérés aux juges pourront alors être admis, s'ils paraissent praticables, comme autant de précisions successives, selon la méthode habituelle de la jurisprudence. Ces observations permettent d'esquisser une distinction entre une « bonne » et une « mauvaise » sécurité juridique.

274. **Bonne et mauvaise sécurité juridique.** Le juge doit certes se préoccuper de ne pas nuire à la sécurité juridique, mais, en fait de sécurité juridique, tout ce qui brille n'est pas or. Aussi faut-il s'efforcer de distinguer entre une « bonne » sécurité juridique, qui devrait être recherchée par le juge, et une « mauvaise » sécurité juridique, à laquelle il devrait renoncer. Ainsi, la réception de certaines notions (comme le marché) peut paraître améliorer la sécurité juridique, mais le juge doit se méfier des effets pervers. Ceux-ci peuvent notamment consister dans des difficultés de preuve. Il convient par exemple de mettre en balance la sécurité juridique formelle apportée à la définition du marché par le critère de la substituabilité avec les difficultés de preuve que soulève l'appréciation concrète de la substituabilité lorsque cette appréciation est rigoureuse[1]. Un autre effet pervers en termes de sécurité juridique peut provenir non des difficultés de preuve, mais de l'incohérence entre la règle de droit et le raisonnement économique. Là encore, le marché pertinent illustre notre propos. Sans doute les juges qui ont adopté la notion de marché pertinent et ont fait de sa délimitation un élément de définition de toute atteinte à la concurrence ont-il cru contribuer, par la généralité de la solution, à la cohérence du droit et à sa prévisibilité. Peut-être même ont-il voulu « sécuriser la jurisprudence ». On verra cependant que la sécurité juridique escomptée n'est pas au rendez-vous, non seulement parce que la délimitation du marché soulève des questions de preuve redoutables, mais aussi parce que l'emprunt de la notion de marché pour affiner la définition de la restriction de concurrence et de la position dominante a conduit à des incohérences avec l'approche économique[2], incohérences qui, à la longue, minent la légitimité de la règle jurisprudentielle[3]. La sécurité juridique formellement obtenue l'est ainsi à un prix qui peut paraître disproportionné. Toute précision de la règle de droit à l'aide d'une notion économique n'est donc pas bonne à prendre et peut déboucher sur une « mauvaise » sécurité

[1] *Infra* n° 295 et s.

[2] *Infra* n° 494 et s.

[3] Sur la fonction principalement légitimante que remplit la vérité scientifique à l'égard de la jurisprudence, V. G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préc., notamment n° 1, p. 448. Il nous semble que cette conclusion s'applique également à l'économie, indépendamment de la question de savoir s'il s'agit d'une « science dure ». V. aussi P. REY *et alii*, *An Economic approach to Article 82*, préc., p. 16.

juridique. Dans des développements ultérieurs, nous défendrons l'idée que la « bonne » sécurité juridique procède moins de la précision elle-même que de l'argumentation qui la sous-tend. Ce n'est pas alors l'emprunt d'une notion, comme celle de marché, qui permet au juge de contribuer à la sécurité juridique, mais le raisonnement par lequel le juge est convaincu et convainc son auditoire de la pertinence de la précision qu'il apporte à la règle[1]. Le contrôle de motivation est, dans cette perspective, l'instrument principal par lequel le juge veille à ce que les précisions apportées aux règles de concurrence par les autorités de concurrence soient de « bonnes » précisions, dont le champ d'application est limité à ce qu'un raisonnement solide permet de justifier. Même justifié, le raisonnement économique ne saurait cependant être sans cesse modifié : il requiert une certaine stabilité.

275. **Stabilité.** La sécurité juridique ne procède pas seulement de la précision de la règle ou de la cohérence des schémas de raisonnement, mais aussi de la stabilité. Or, à cet égard, il faut convenir que l'approche économique du droit de la concurrence est un puissant facteur de bouleversement. Précisément parce que les économistes cherchent à proposer de meilleures règles ou de meilleures manières d'appliquer les règles existantes, leur travaux débouchent souvent sur une critique de la jurisprudence. Il est certain que le juge ne peut ni ne doit suivre toutes les suggestions de la doctrine économique. Leur foisonnement et la multiplicité des suggestions l'interdisent[2]. Le juge doit se garder de suivre les effets de mode qui peuvent exister dans la doctrine économique. Il doit peser soigneusement les avantages et les inconvénients de la réception de telle ou telle suggestion doctrinale[3] et s'assurer qu'un raisonnement solide et admissible en droit les sous-tend. Le fait que ces suggestions puissent venir d'auteurs économistes ne change à cet égard pas fondamentalement l'attitude qui doit être en principe celle du juge à l'égard de la doctrine. Sur ce point, plusieurs hypothèses peuvent être distinguées, qui justifient différentes attitudes du juge devant les propositions de la doctrine économique.

---

[1] *Infra* n° 730.

[2] P.e., en ce qui concerne l'abus-exclusion, certains auteurs plaident en faveur du test dit du « sacrifice » (de bénéfices potentiels), d'autres en faveur d'un test de rationalité du comportement (*but for*). V. synthèse dans OCDE, *Competition on the merits*, préc., et B. HAWK, « Analyse comparative de l'article 82 CE et de la section 2 du Sherman Act », préc. Cp. P. REY *et alii*, *An Economic approach to Article 82*, préc.

[3] Sur les efforts peu convaincants tentés pour proposer des critères de cet examen prudent qui incombe au juge, V. *infra* n° 836 et s.

2. Les différentes hypothèses envisageables

276. La tension entre le raisonnement économique et la sécurité juridique n'est pas systématique, c'est en réalité une question de degré. S'il est toujours difficile d'analyser l'intensité d'un phénomène, on peut cependant distinguer schématiquement trois hypothèses, selon le degré de perturbation produit par le raisonnement économique au regard de la sécurité juridique. La première est celle d'un bouleversement complet du schéma de raisonnement. La seconde est celle d'un critère nouveau qui s'insère dans un schéma de raisonnement établi. La troisième est celle d'une méthode nouvelle pour apprécier les faits au regard d'un critère établi. À ces trois hypothèses correspondent trois attitudes du juge : la prudence particulière (a), la prudence ordinaire (b) et l'ouverture de principe (c).

a) La prudence particulière du juge face au bouleversement du schéma de raisonnement

277. **Structures ancrées.** La prudence du juge sera d'autant plus grande que les suggestions de l'analyse économique conduisent à bouleverser la démarche d'ensemble qui préside à la qualification. Cette hypothèse a déjà été évoquée : la structure de la qualification d'abus de position dominante (position dominante/abus) est si profondément ancrée dans la jurisprudence qu'il paraît difficile de revenir sur cette distinction, même si cela faciliterait l'appréhension du pouvoir de marché, qui est pourtant bien ce qu'il s'agit de contrôler efficacement[1]. Une autre structure fondamentale de la qualification qu'il est difficilement envisageable de modifier concerne la distinction entre objet et effet dans le cadre de l'article 81 CE. Ces distinctions fondamentales ne doivent être remises en cause qu'avec une extrême prudence, car elles constituent les fondations d'un édifice jurisprudentiel. Leur remise en cause obligerait à s'interroger sur la pertinence d'un très grand nombre de solutions. Il est à peine besoin de souligner que le juge ne devrait s'y résoudre qu'après avoir exercé la plus extrême prudence. On peut en effet penser que les magistrats sont d'instinct hostiles à pareils bouleversements.

278. **Principe de proportionnalité.** Cela ne signifie pas que, *de lege ferenda*, de tels bouleversements seraient nécessairement mauvais. On peut hasarder une règle de décision,

[1] Dans son document de travail sur une approche économique de l'article 82 CE, préc. (section 4, n° 20 et s.), la Commission a du reste renoncé à suggérer un tel changement.

tout en reconnaissant qu'elle est délicate à appliquer. Les juges pourraient appliquer un principe de proportionnalité aux suggestions doctrinales. La démarche consisterait à se demander, premièrement, si l'objectif visé par la proposition est légitime. Une proposition qui viserait à évincer toute autre considération que l'efficience allocative dans l'appréciation des restrictions de concurrence ne serait par exemple pas légitime. En revanche, une proposition qui aurait pour objectif de centrer l'examen de l'abus de position dominante sur la question du pouvoir de marché le serait. Il s'agirait, deuxièmement, de se demander si le bouleversement proposé est de nature à atteindre l'objectif proposé. Troisièmement, le juge se demanderait si le bouleversement est nécessaire pour atteindre cet objectif. Cette étape suppose l'analyse de différentes propositions doctrinales alternatives, ainsi qu'une évaluation des ressources éventuellement inexploitées de la jurisprudence existante[1]. Si la proposition résiste à cet examen, il conviendrait, quatrièmement, de mettre en balance les avantages de la proposition et ses inconvénients au vu de différents objectifs, notamment la cohérence avec d'autres solutions et la simplicité de la preuve.

279. La difficulté d'une telle démarche est évidente. En outre, la proposition n'est peut-être pas exempte d'un vice de circularité, car elle vise globalement à évaluer une proposition du point de vue de la sécurité juridique, mais la sécurité juridique peut intervenir à plusieurs étapes de l'examen de proportionnalité, notamment la première et la dernière. L'amélioration de la sécurité juridique peut en effet être un objectif (légitime) de la proposition doctrinale (première étape). Elle est aussi un objectif que le juge prendra en considération dans la balance des intérêts (quatrième étape). La proposition est donc mentionnée à titre purement exploratoire. Dans les termes qui viennent d'être exposés, on dira qu'une proposition de bouleversement du schéma de raisonnement doit donner lieu à un examen de proportionnalité particulièrement strict, tandis que la proposition d'ajout d'un critère de qualification à un schéma de raisonnement établi ne doit donner lieu qu'à un examen de proportionnalité normalement strict. Plus simplement, on dira que le juge doit s'armer d'une prudence ordinaire face à de telles suggestions.

[1] Par exemple, les ressources de la notion de concurrence par les mérites pour insérer une analyse des gains d'efficience. V. *supra* n° 100.

b) La prudence ordinaire du juge face à un nouveau critère de qualification

280. L'exemple des barrières à l'entrée, déjà évoqué à plusieurs reprises, illustre l'hypothèse envisagée. Cette notion économique reçoit dans la jurisprudence le statut de critère d'appréciation d'une notion juridique existante, par exemple la notion de position dominante. Ce type d'ajout modifie l'état du droit. En ce sens, il crée une insécurité juridique, au moins transitoire. Une évolution jurisprudentielle, tout comme un revirement, peut toutefois justifier un aménagement dans le temps des effets de la solution si celle-ci a des conséquences injustes[1]. Au rang des techniques permettant au juge de protéger les justiciables contre les effets néfastes de telles modifications du droit, on peut citer l'une d'elles, qui est mise en œuvre par le juge communautaire et pourrait également l'être par la Cour d'appel de Paris. Le juge communautaire use parfois de son pouvoir de pleine juridiction en matière d'amendes pour réduire ou annuler les sanctions lorsque le raisonnement mené par la Commission n'est pas prévisible pour l'entreprise concernée[2].

281. Indépendamment des techniques permettant d'aménager les conséquences de l'évolution jurisprudentielle, il convient de souligner que la sécurité juridique est beaucoup moins bouleversée dans l'hypothèse de l'admission d'un nouveau critère que dans l'hypothèse d'un changement du schéma de raisonnement. C'est d'autant plus le cas lorsque le nouveau critère de qualification permet, comme les barrières à l'entrée, d'orienter la qualification dans un sens conforme au raisonnement économique. En effet, l'adoption de ce critère a mécaniquement réduit l'importance du critère des parts de marché, qui constituerait sinon la clé de voûte de qualification de position dominante[3]. Or, le critère des parts de marché souffre d'une inévitable incertitude, inhérente à la délimitation du marché[4]. Dès lors, on peut penser que l'admission d'un nouveau critère a globalement eu pour effet d'accroître la sécurité juridique. La protection des parties contre une décision imprévisible ou mal fondée – imprévisible parce que mal fondée – est accrue par une exigence de corroboration de l'indice

---

[1] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le premier président Canivet, Litec, 2004.

[2] V. par exemple l'arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Atlantic Container Line e.a./Commission, T-191/98, T-212/98 et T-214/98, Rec. p. II-3275, points 1603 à 1633.

[3] A. VANDENCASTEELE, « La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence ? », *in Mélanges Waelbroeck*, T. II, Bruxelles, Bruylant 1999, pp. 1561-1587.

[4] *Infra* n° 485.

des parts de marché par un autre indice. Le juge doit bien entendu toujours être prudent, mais les effets néfastes sont en principe moins grands et les effets bénéfiques plus faciles à apercevoir que dans l'hypothèse d'un bouleversement du schéma général de raisonnement. C'est ce qui justifie une prudence seulement « normale » à l'endroit du raisonnement économique.

282. La dernière hypothèse est celle dans laquelle le raisonnement économique n'offre pas un nouveau critère de qualification, mais propose une nouvelle manière de prouver qu'un critère juridique existant est satisfait. Dans cette hypothèse, l'attitude du juge nous semble devoir être toujours prudente, mais ouverte.

c) L'ouverture prudente du juge face aux nouveaux raisonnements probatoires

283. Un exemple de raisonnement économique probatoire rattachable à un critère juridique existant a déjà été rencontré. Il s'agit des analyses économiques stratégiques qui permettent de préciser la condition d'intention dans l'abus de position dominante. Comme on l'a dit, le critère de l'intention est bien établi en jurisprudence[1]. Dans ce contexte, le raisonnement économique sert seulement à prouver l'intention[2]. Lorsque le raisonnement économique peut ainsi s'insérer dans la discussion sur l'application d'une condition juridique, son admission par le juge ne trouble apparemment pas la sécurité juridique. Le juge admet le raisonnement à titre de preuve possible d'une condition déjà connue. Il se contente de mettre en œuvre le principe de liberté de la preuve[3] .

284. Cet exemple conduit à rappeler que les hypothèses qu'on a tenté de distinguer aux fins de l'analyse peuvent se cumuler en pratique. L'admission d'un nouveau raisonnement probatoire ne modifie en principe pas l'état du droit et n'altère donc pas la sécurité juridique. Cependant, le raisonnement économique sur l'intention conduit aussi à préciser cette notion. D'un point de vue économique, c'est l'intention *d'exclure un concurrent aussi efficient* qui est

---

[1] *Supra* n° 103.

[2] Les raisonnements économiques qui correspondent à cette description générale sont au cœur de la discussion sur le critère de récupération des pertes dans l'approche de la prédation. Sur ce point, *infra* n° 781 et s.

[3] La liberté de la preuve est de principe en matière commerciale. P.e. J.-B. BLAISE, *Droit des affaires*, LGDJ, coll. « Manuel », 3ème éd., 2002, n° 242, p. 136. Elle l'est également devant le juge communautaire. Conclusions du juge Vesterdorf faisant fonction d'avocat général sous l'arrêt du Tribunal du 24 octobre 1991, Rhône-Poulenc e.a/Commission, T-1/89 à T-4/89 et T-6 à T-15/89, Rec. p. II-867, spéc. p. II-954.

pertinente. À travers une nouvelle manière d'aborder l'administration de la preuve, c'est donc aussi l'objet de la preuve qui est modifié. Le critère juridique est modifié au contact du raisonnement économique admis à titre probatoire. Au juge de réussir à concilier deux principes : le principe de liberté de la preuve commande l'ouverture au raisonnement probatoire innovant, tandis que la modification des critères de qualification que pourrait entraîner l'adoption de ce raisonnement l'oblige à la prudence.

285. **Conclusion.** Des développements qui précèdent, on retiendra une conclusion principale. L'objectif de sécurité juridique ne doit pas toujours conduire le juge à rejeter les raisonnements économiques. Un cadre d'analyse cohérent contribue à la sécurité juridique. Un tel cadre général est indispensable à la sécurité juridique lorsque de nombreux faits sont susceptibles d'être pertinents. Dans ce cas, seul un raisonnement d'ensemble clair permet d'anticiper le rôle que joueront les différents faits dans la qualification. La doctrine économique s'efforce de proposer de tels raisonnements et peut, à cet égard, constituer une source d'inspiration pour le juge et, partant, une source de sécurité juridique.

286. La seconde conclusion est que la relation entre réception du raisonnement économique et sécurité juridique n'est pas uniforme. La perturbation qu'introduit le raisonnement économique dans l'ordre juridique est une question de degré. Aussi le juge doit-il moduler sa prudence à l'égard du raisonnement économique. Schématiquement, on peut distinguer trois hypothèses. Lorsque la réception d'un raisonnement économique a pour effet de bouleverser le droit, cette prudence doit être à son comble. Ce n'est cependant pas toujours le cas. Le raisonnement économique peut aussi se couler dans le raisonnement déjà admis par la jurisprudence en proposant un critère nouveau ou en proposant des manières innovantes d'aborder la preuve d'une condition juridique bien établie en droit. Dans ce cas, le juge, tout en restant prudent, peut adopter une attitude ouverte sans menacer la sécurité juridique.

287. **Conclusion de la section I**. Les développements qui précèdent ont mis en lumière des obstacles à la réception du raisonnement économique qui découlent des devoirs du juge. Le juge doit protéger les justiciables contre les atteintes à la présomption d'innocence et contre les conséquences de l'insécurité juridique. Il doit aussi s'efforcer de contribuer positivement à la sécurité juridique. Le respect de ces principes justifie, dans un certain nombre d'hypothèses, que le juge s'oppose à la réception d'un raisonnement économique.

288. En ce qui concerne la présomption d'innocence, l'approche doit être prudente. Les raisonnements économiques ne sont pas systématiquement contraires à la présomption d'innocence, mais ils peuvent l'être. Il convient d'insister sur le fait que, quels que soient les aménagements apportés à la répartition de la charge de la preuve – notamment sur la base d'un raisonnement économique – la règle *in dubio pro reo* reste une règle d'or. Cependant, cette règle ne doit pas être considérée comme un obstacle que le juge serait en mesure d'opposer à la pénétration du raisonnement économique. Au contraire, le raisonnement économique pénètre dans l'application même de cette règle. En effet, il fournit au juge des raisons de douter. C'est là l'interférence la plus profonde entre le raisonnement économique et la présomption d'innocence. La conséquence en est que la protection de la présomption d'innocence passe, en droit de la concurrence, par l'information des juges non seulement sur ce que dit la théorie économique, mais aussi sur les résultats empiriques qui ont été obtenus.

289. En ce qui concerne la sécurité juridique, les développements qui précèdent ont souligné qu'il fallait adopter une approche nuancée. L'admission d'un raisonnement économique risque de bouleverser l'état du droit et, dans ce cas, la plus grande prudence est requise de la part du juge. L'adoption d'une approche économique peut cependant aussi permettre au juge d'améliorer la sécurité juridique en précisant un schéma général pour examiner de nombreux faits pertinents. Par ailleurs, le raisonnement économique suggère assez souvent des critères de qualification supplémentaires, qui peuvent s'insérer plus ou moins facilement dans un schéma de raisonnement établi en jurisprudence. Ce type d'apport est d'une valeur variable au regard de la sécurité juridique. Tout dépend, d'une part, de la cohérence d'ensemble du raisonnement[1] et, d'autre part, des difficultés probatoires auxquelles donnent lieu l'application des critères économiques. Ce sont ces difficultés probatoires qu'il convient à présent d'évoquer.

SECTION 2. LES DIFFICULTÉS PROBATOIRES

290. Les difficultés probatoires associées à l'évaluation des effets économiques d'un comportement ou d'une opération sont bien connues. Ces difficultés liées à l'utilisation de l'économie sont pour partie imposées par les textes, par exemple lorsqu'ils prescrivent

[1] *Infra* n° 535 et n° 569.

l'appréciation des gains d'efficience[1]. Il ne s'agit pas, dans les développements qui suivent, de proposer un panorama exhaustif de ces difficultés, ni d'aborder la question de l'expertise, qui sera discutée plus loin[2]. Il ne s'agit pas davantage de savoir dans quelle mesure les raisonnements économiques débouchent sur des difficultés de preuve redoutables. Cette question sera également évoquée ultérieurement. La présente section évaluera dans quelle mesure les obligations propres au juge dressent des obstacles à la réception de raisonnements économiques. C'est donc uniquement dans cette perspective que la question est abordée. Le juge doit préciser l'objet de la preuve qui est exigée et apprécier la valeur des éléments de preuves qui lui sont soumis. Au vu de ces deux obligations surgissent deux difficultés, qui peuvent justifier que le juge ne retienne pas un raisonnement économique. La première difficulté concerne l'objet de la preuve. Il arrive fréquemment que certains faits, désignés comme pertinents par l'analyse économique, soient intrinsèquement difficiles à prouver. Cela crée des difficultés parfois considérables pour les parties. Cependant, à ces difficultés relatives à l'administration de la preuve (A) s'en ajoutent d'autres, qui concernent encore plus directement le juge, à savoir des difficultés relatives à l'appréciation des preuves (B).

A. Les difficultés relatives à l'administration de la preuve : les faits difficiles à prouver

291. Les économistes produisent une doctrine abondante sur la manière de mettre en œuvre les dispositions du droit de la concurrence, mais les variables à partir desquelles ils raisonnent ne sont pas toujours observables, même en mettant en œuvre les moyens d'investigation dont disposent les autorités de concurrence ou les juridictions. Si le juge adopte un raisonnement économique, il peut donc créer pour les parties et les autorités de concurrence des difficultés de preuve considérables. Ces difficultés ont un effet en retour sur le juge, qui en tient compte – ou devrait en tenir compte – lorsqu'il adopte un raisonnement économique. Pour l'illustrer, on se limitera à deux exemples simples[3] : respectivement, les difficultés relatives à la preuve

---

[1] Tel est le cas des gains d'efficience en matière de contrôle des concentrations. Comme l'a souligné un auteur, les difficultés de preuve qui y sont associées sont redoutables. M. RAINELLI, « À propos du règlement européen n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité », *RIDE*, 2006, pp. 45-54. L'auteur souligne notamment que les prévisions élaborées pour l'information financière des actionnaires ne sauraient constituer des preuves de gains d'efficience futurs aux fins de l'examen d'une opération de concentration par les autorités de concurrence.

[2] *Infra* n° 912.

[3] Ceux-ci abondent en effet. Pour des exemples plus subtils, V. J. TIROLE, « An Analysis of Tying : A Primer », préc., p. 13. De son analyse des pratiques de ventes liées, l'auteur dégage une question pertinente, celle de savoir

des coûts et celles relatives à la preuve des préférences. Dans le premier cas, la difficulté de preuve est soit contournée par un raisonnement peu rigoureux soit, au contraire, affrontée à la suite de la réception d'un raisonnement économique (1). Dans le second cas, la difficulté de preuve est traitée au moyen d'exigences de preuve peu rigoureuses (2).

1. La preuve des coûts : obstacle contourné et ignoré

292. **Obstacle.** De nombreux raisonnements économiques font appel à des critères de coûts, par exemple à travers la notion de pouvoir de marché, qui intervient désormais tant dans l'application de l'article 81 CE que dans celle de l'article 82 CE et des règles sur le contrôle des concentrations. Le pouvoir de marché se définit en effet comme la capacité d'une entreprise à pratiquer durablement des prix supérieurs à ceux qui auraient prévalu dans une situation de concurrence[1]. Or, ces prix concurrentiels sont définis par rapport aux coûts. Plus précisément, si l'on considère que la concurrence parfaite est le référentiel pertinent pour évaluer les prix concurrentiels, le prix concurrentiel est égal au coût marginal[2]. Pour mesurer le pouvoir de marché d'une entreprise, il faudrait donc en principe pouvoir connaître le coût marginal du bien en cause[3]. Or, cette donnée n'est généralement pas connue des entreprises elles-mêmes, car elle ne correspond à aucune donnée comptable[4]. Les entreprises ne calculant

---

quelle proportion du marché du produit lié est concernée par la pratique. Outre la difficulté classique liée à la définition du marché du produit lié, une difficulté spécifique consiste, explique-t-il, à savoir ce que signifie « concerné ». Dans le cas des usagers d'un service dont certains seulement sont des abonnés, doit-on par exemple prendre en considération tous les usagers du service ou bien seulement les abonnés ? En l'occurrence, il s'agit d'un problème conceptuel plus que de mesure, ce qui le rend proche des problèmes habituels de délimitation du domaine d'une qualification, dont les juges sont constamment saisis.

[1] Les lignes directrices sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE élargissent la définition pour y inclure la capacité à maintenir durablement une qualité des produits inférieure à celle qui aurait prévalu dans une situation de concurrence et la capacité à retarder l'innovation. Lignes directrices, préc., point 15.

[2] Sur le référentiel de la concurrence parfaite, V. *infra* n° 339. Si ce référentiel n'est pas admis comme pertinent, le prix de concurrence ne sera plus le coût marginal, mais il restera lié, d'une manière ou d'une autre, aux coûts. Le problème de la connaissance des coûts se pose donc même si la situation de concurrence idéale par rapport à laquelle on raisonne n'est pas la concurrence parfaite.

[3] Il s'agit de la mesure directe du pouvoir de marché par l'indice dit de Lerner. Sur cet indice, E. COMBE, *Économie et politique de concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 1ère éd., 2005, n° 9, p. 30 et *infra* n° 454.

[4] V. cependant l'optimisme mesuré de R. DEMEESTERE, « La détermination des coûts en comptabilité et contrôle de gestion », *in Le prix prédateur comme obstacle à la concurrence*, Atelier de la Concurrence du 17 novembre 1999, *Rev. conc. conso*., 2000, n° 113, pp. 21-23, p. 23. D'après l'auteur, « on peut, au prix d'un certain nombre de précautions, utiliser ces concepts, en particulier mesurer un coût marginal ». L'optimisme de cette proposition est tempéré par la liste qui suit des informations à réunir.

De manière beaucoup plus générale, du point de vue des rapports entre droit et comptabilité, la présente discussion illustre le fait qu'en plus de la prise en compte des rapports juridiques par la comptabilité et de la réglementation de l'activité comptable par le droit (F. GORÉ, « La comptabilité commerciale et le droit, *Dix ans*

généralement pas leurs coûts marginaux, il est évidemment très difficile pour une autorité de concurrence ou un juge de les obtenir, quelles que soient les mesures d'instruction mises en œuvre[1]. Bien que d'autres mesures du pouvoir de marché aient été proposées par des économistes, en pratique, la difficulté de preuve du pouvoir de marché a eu pour conséquence que les parts de marché demeurent un critère essentiel dans l'appréciation du pouvoir de marché[2]. Cela revient à ignorer l'argument tiré de la théorie des marchés contestables qui tend à relativiser la pertinence de ce critère[3]. La difficulté de preuve a donc constitué un obstacle au raisonnement économique, obstacle qui a été contourné par l'adoption d'un raisonnement moins rigoureux concernant le pouvoir de marché.

293. **Obstacle affronté.** Le juge ne craint cependant pas toujours les faits difficiles à prouver. En effet, il lui arrive de consacrer des objets de preuve qui suscitent la perplexité, et ce alors même qu'il ne s'agit pas, apparemment, d'adopter un raisonnement économique[4]. Les raisons de consacrer la pertinence juridique de faits difficiles à prouver sont multiples. Le raisonnement économique n'est donc pas la seule source de ce type de difficultés. Cependant, il en est une source abondante. Ainsi, les raisonnements économiques se réfèrent souvent à des critères de coûts, qui sont des données très difficiles à apprécier. Les difficultés relatives à la mesure des coûts n'ont cependant pas toujours découragé le juge d'adopter un raisonnement économique[5]. La prédation en est le meilleur exemple, puisque le juge

---

de conférences d'agrégation. Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel, Dalloz, 1961, pp. 89-100), il faut envisager les contraintes liées à l'utilisation des comptes dans la mise en œuvre des règles de droit, non seulement fiscales, mais aussi de concurrence.

[1] Ce y compris au moyen d'une expertise. Sur ce point, M. NUSSENBAUM, « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles », *in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, *P.A.*, 25 janvier 2005, p. 37.

[2] L. IDOT, « La qualification de restriction de concurrence », préc. ; A. VANDENCASTEELE, « La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence ? », préc.

[3] *Supra* n° 210.

[4] On peut penser à la condition de nouveauté du produit dans l'arrêt *IMS*, préc. (*supra* n° 78). Prouver qu'une entreprise a l'intention de mettre sur le marché un produit nouveau semble redoutable. L'adoption de la condition de nouveauté paraît liée à la volonté de concilier les règles de concurrence avec les principes du droit de la propriété intellectuelle. Il s'agit de ne pas accorder de licence obligatoire à un concurrent qui produirait un simple clone du bien protégé, car cela viderait la protection de sa substance.

[5] Pour un exemple récent en matière d'aides d'État, V. l'arrêt de la Cour du 23 juillet 2003 *Altmark*, C-280/00, Rec. p. I-7747, point 93. le juge communautaire n'a pas hésité à dire pour droit que l'une des conditions nécessaires pour que la contribution publique au financement d'un service public échappe à la qualification d'aide d'État est que le niveau de la compensation nécessaire soit déterminé « sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée (…) afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ». Commentant cette partie de

communautaire, ainsi que le juge français, ont adopté un critère de coût directement inspiré d'un raisonnement économique[1]. À cet égard, la pratique a révélé que l'indisponibilité des données n'était pas le seul problème de preuve[2]. Une autre difficulté tient à l'organisation de la production : lorsque certains coûts sont communs à plusieurs biens ou services produits, alors que l'on s'intéresse à un seul d'entre eux, l'allocation des coûts communs comporte nécessairement une part d'arbitraire. Cela ne manque pas de nourrir des contestations. En outre, cela oblige le juge à prendre parti sur des règles conventionnelles d'allocation des coûts pour apprécier la valeur probante des preuves qui lui sont soumises. C'est là une obligation assez désagréable pour le juge. Elle l'incitera à se méfier des critères de coûts et, peut-être, à adopter des raisonnements économiques qui ne mettent plus l'accent sur ce type de critères[3].

294. Les difficultés de preuve conduisent en effet à des situations peu satisfaisantes lorsqu'elles portent sur des éléments essentiels du raisonnement. L'exemple de la preuve des préférences illustre ce problème des difficultés escamotées à propos d'un fait essentiel.

2. La preuve des préférences : la difficulté escamotée

295. **Difficulté.** La délimitation du marché regorge de difficultés probatoires. Il ne sera ici question que d'une seule : pour délimiter le marché, il faut apprécier la substituabilité des produits ou services en cause du point de vue de la demande[4]. Or cette substituabilité dépend des caractéristiques de la demande. Plus précisément, elle dépend des préférences des consommateurs. En effet, selon l'importance qu'un consommateur accorde à telle ou telle caractéristique du produit (par exemple sa qualité, sa localisation, ses fonctionnalités ou son prix), il considèrera qu'un autre produit est ou non substituable au premier[5]. La substituabilité de différents produits dépendra des préférences de l'ensemble des consommateurs, les préférences les plus répandues ayant l'effet le plus important d'un point de vue global. La

---

l'arrêt du point de vue de la mise en œuvre concrète de la solution, une économiste de la Commission n'hésite pas à parler de « défi économique significatif ». V. RABASSAT, « Quelle place pour l'analyse économique dans les aides d'État ?(1) », *Concurrences*, n° 1-2006, p. 65-68, spéc. n° 24.

[1] Pour de plus amples développements sur la prédation, V. *infra* n° 761 et s.

[2] Sur ce problème, *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuse*, préc., n° 103 p. 30.

[3] Notamment en matière de prédation. V. sur ce point, P. REY *et alli*, *An Economic Approach to Article 82*, préc., p. 53 et *infra* n° 780 et s.

[4] *Continental Can*, préc., point 32, et *infra* n° 488.

[5] V. la présentation de M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 95, p. 91.

difficulté tient à ce que ces préférences sont difficiles à connaître directement. Une approche rigoureuse nécessiterait une enquête auprès d'un nombre suffisant de consommateurs[1]. Bien entendu, de telles enquêtes ne manqueraient pas d'être contestées d'un point de vue méthodologique. Pour trancher ces contestations, le juge devrait entendre des spécialistes de la constitution de panels, peut-être même des sociologues arguant que les questions étaient suggestives des réponses obtenues. Il serait peut-être nécessaire d'entendre aussi des spécialistes de marketing ou des psychologues, puisque, en définitive, l'objet de la preuve porte sur les motivations de la clientèle pour acheter tel ou tel produit[2]. Pour ces raisons peut-être, les économistes abordent la question de la preuve des préférences des consommateurs au moyen d'une méthode de preuve indirecte, qui consiste à inférer les préférences à partir des comportements (sous l'hypothèse de rationalité)[3]. Cependant, cette méthode est également difficile à mettre en œuvre, car elle nécessite un grand nombre d'observations statistiques relatives aux prix de vente et aux quantités vendues. L'indisponibilité fréquente des données qui seraient idéalement nécessaires oblige à combler les lacunes statistiques par des méthodes qui peuvent, elles aussi, être sujettes à des contestations méthodologiques. La preuve rigoureuse des caractéristiques de la demande et, partant, des contours du marché pertinent est donc très difficile. D'aucuns ont pu dire que la preuve rigoureuse de la définition du marché devant les tribunaux était impossible en pratique[4]. Face à une telle impossibilité, le juge ne peut que modérer ses exigences de preuve, c'est-à-dire se contenter d'un degré de probabilité parfois peu élevé pour admettre certains éléments de définition du marché. Le constat est d'autant plus insatisfaisant que la définition du marché est exigée dans la quasi-totalité des

---

[1] P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 636, p. 528. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 111, p. 109.

[2] *Ibid*.

[3] V. *supra* n° 204. Cette inférence est centrale dans le test SSNIP de délimitation du marché. V. *infra* n° 464 et s. et aussi P. DIDIER et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n° 627, p. 523. Sur la méfiance nécessaire du juge à l'égard des postulats, V. *supra* n° 205.

[4] J. W. CLARK, « Mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence », *in Le droit de la concurrence dans les instances judiciaires, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence*, 1999, pp. 148-159, p. 152 : « La science économique offre un moyen de résoudre [le problème de la délimitation du marché] […], mais ce modèle est quasiment impossible à utiliser de façon scientifique dans le cas par exemple, de l'analyse des données relatives aux transactions concernant cette substituabilité, car la fiabilité et l'adéquation de telles données sont presque toujours sujettes à caution et parce que la plupart des tribunaux ne sont pas au fait des techniques statistiques rigoureuses qui doivent être utilisées ».

affaires de concurrence et que l'issue des procès en dépend souvent[1]. On trouve donc là une raison forte pour contester le rôle central conféré au marché dans le raisonnement du juge.

296. **Conclusion du A.** Des exemples étudiés, deux enseignements se dégagent. En premier lieu, ces difficultés de preuve ne dissuadent pas le juge de consacrer des critères de qualification issus d'un raisonnement économique (comme en matière de prédation) ou d'emprunter des notions économiques (comme le marché) pour définir les éléments constitutifs des infractions au droit de la concurrence. En second lieu, les difficultés de preuve soulèvent d'évidents problèmes pratiques, mais aussi de principe, au regard du niveau de preuve qui devrait être exigé dans une matière quasi pénale. Les difficultés de preuve, pour autant qu'elles puissent être anticipées, devraient donc être au cœur des préoccupations du juge lorsqu'il s'apprête à admettre un raisonnement économique. Cette vigilance ne le conduira cependant pas à rejeter systématiquement les raisonnements économiques[2]. Elle contribuera à ce que les économistes eux-mêmes tiennent compte des problèmes pratiques associés à leurs suggestions[3]. Par ailleurs, les difficultés de preuve sont une bonne raison d'abandonner un raisonnement qui conduit à mettre ces difficultés au cœur du procès, du moins lorsqu'un autre raisonnement est disponible, qu'il ne débouche pas lui-même sur des difficultés de preuve équivalentes et qu'il ne bouleverse pas la sécurité juridique de manière disproportionnée. En un mot, les difficultés de preuve font partie des éléments qui doivent déterminer l'attitude du juge face à la réception de raisonnements économiques non encore admis.

297. Il faut, pour terminer, aborder un second type de difficultés probatoires. Les difficultés envisagées jusqu'ici concernent avant tout les parties, à qui il incombe d'apporter les preuves. Il faut à présent examiner les difficultés qui concernent directement le juge, c'est-à-dire les difficultés dans l'appréciation des preuves. Comme les premières, celles-ci doivent constituer un élément de décision en faveur ou en défaveur de l'adoption d'un raisonnement économique.

---

[1] Sur l'extension donnée à l'exigence de délimitation du marché, V. *infra* n° 494 s.

[2] *Infra* n° 685 et n° 1020.

[3] Cette prise de conscience est largement partagée chez les économistes qui ont une expérience pratique en tant qu'expert ou en tant que membre d'une autorité de concurrence. V. D. SPECTOR, préc., p. 272.

B. Les difficultés relatives à l'appréciation des preuves

298. Le juge subit les difficultés relatives à l'appréciation des preuves. Il n'a que peu de maîtrise sur elles lorsqu'elles proviennent d'incertitudes scientifiques ou d'un manque de connaissance des données empiriques générales. La seule chose qu'il puisse faire, c'est rejeter un raisonnement qui l'obligerait à des appréciations trop hasardeuses (1). Cependant, les difficultés d'appréciation des preuves ne justifient pas toujours le rejet du raisonnement économique (2).

1. Les difficultés d'appréciation conduisant au rejet du raisonnement économique

299. Le rejet du raisonnement économique pour cause d'appréciation trop difficile des preuves peut être justifié par l'incertitude scientifique ou par l'insuffisance des connaissances empiriques générales. Ces deux cas de figure seront étudiés successivement. Le premier – l'incertitude scientifique radicale – le sera brièvement, car il est lié à des caractéristiques déjà évoquées des approches économiques contemporaines. Le second cas de figure – les données empiriques générales manquantes – sera illustré à travers l'approche économique des sanctions.

300. **La sensibilité des conclusions aux petites variations.** Les approches économiques contemporaines admettent que de petites variations dans les conditions de concurrence peuvent avoir de grands effets[1]. C'est la rançon d'une appréhension plus fine de la causalité, mais aussi la source de considérables difficultés de preuve. En effet, des approximations de mesure sont inévitables en pratique et, si la théorie dit qu'une petite erreur de mesure peut avoir pour conséquence une importante erreur de jugement, l'utilité du raisonnement économique est sérieusement mise à mal[2]. C'est donc là un obstacle très sérieux à la prise en considération de ce type d'analyse par le juge. Les raisonnements économiques qui font appel à des données empiriques générales impossibles à connaître sont un autre cas de figure qui justifie un rejet par le juge. Il est illustré par l'approche économique des sanctions.

---

[1] *Infra* n° 1120.

[2] J. COOPER *et alii*., préc., p. 47 : « Si une théorie ne permet pas à un praticien de distinguer, à partir de critères observables et avec un degré de précision raisonnable, un résultat favorable à la concurrence d'une restriction de concurrence, la contribution de la théorie à la prise de décision est limitée » (traduction libre).

301. **L'approche économique en matière de sanctions**[1]**.** L'approche économique des sanctions consiste à considérer que, pour que la sanction soit dissuasive, elle doit tenir compte non seulement des gains illicites réalisés ou du préjudice infligé, mais aussi de la probabilité de détection du comportement illicite. Le raisonnement qui aboutit à cette conclusion consiste à considérer qu'une entreprise rationnelle ne sera dissuadée que si la sanction prévisible excède le profit prévisible. Pour déterminer le niveau de la sanction, il faut donc se placer dans la perspective de l'entreprise qui anticipe ce niveau au moment où elle décide d'adopter ou non un comportement interdit[2]. Du point de vue de l'entreprise, la valeur actuelle d'une sanction future incertaine peut équivaloir au montant nominal de la sanction encourue multiplié par la probabilité que cette sanction soit effectivement infligée[3]. La mise en œuvre d'une telle approche suppose donc que l'on parvienne à mesurer le dommage concurrentiel, ce qui est loin d'être simple[4], mais aussi que l'on connaisse la probabilité de détection des infractions. Les deux difficultés se cumulent.

302. La première difficulté peut être exposée en référence à ce qui a déjà été dit : pour calculer le dommage concurrentiel, il faut comparer une situation hypothétique de concurrence non faussée avec la situation observée. En outre, si l'on ne veut pas se contenter d'évaluer les gains illicites, mais aussi le dommage causé au consommateur, il est nécessaire de disposer d'informations sur la fonction de demande[5], et donc sur les préférences des consommateurs[6]. Dans les anciennes lignes directrices sur le calcul des amendes, la Commission avait fait de l'impact concurrentiel un critère du calcul de l'amende[7]. Les rares tentatives d'application ont assez montré les difficultés auxquelles donnait lieu cette appréciation[8]. Le Tribunal a souligné qu'une telle appréciation était nécessairement fondée sur

---

[1] Pour un exposé de cette approche, V. E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *RIDE*, 2006, pp. 9-44.

[2] On peut affiner l'analyse en introduisant le risque juridique (risque que le comportement soit réellement illégal) et l'aléa de la répression (probabilité de détection du comportement illégal). V. E. COMBE, *op. cit.*, pp. 11-16.

[3] E. COMBE, *op. cit.*, *loc. cit.*

[4] On a vu les incertitudes conceptuelles autour de la notion de dommage aux consommateurs. S'y ajoutent des difficultés de méthode. E. COMBE, *op. cit.*, p. 31 et s.

[5] E. COMBE, *op. cit.*, p. 19.

[6] *Supra* n° 295.

[7] Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 et de l'article 65, paragraphe 5 du traité CECA, JOCE du 14 janvier 1998, C 9, p. 3, point I. A.

[8] Arrêt du Tribunal du 5 avril 2006, Degussa/Commission, obs. É. BARBIER de LA SERRE, *RLC* 2006/8, n° 56, et « Les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes », *RLC*, 2006/9, n° 620, spéc. n° 13.

des hypothèses et ne pouvait donner lieu à une quantification précise[1]. Pour le juge, ce constat n'emporte pas la possibilité de se départir d'un raisonnement que la Commission s'est elle-même imposé. Il ne peut que s'assurer que le raisonnement s'appuie sur des indices pertinents et permet d'appréhender l'impact du comportement avec une « probabilité raisonnable »[2]. En revanche, on peut penser que les difficultés de preuve de l'impact concurrentiel ne sont pas étrangères au fait que la Commission, dans ses nouvelles lignes directrices sur le calcul des amendes, ait renoncé au critère du dommage concurrentiel[3].

303. La seconde difficulté de l'approche économique des sanctions concerne la référence à la probabilité de détection des comportements illicites. Cette difficulté est plus générale encore que la première. Elle concerne des connaissances qui ne sont pas propres aux faits de la cause, mais se réfèrent à l'efficacité de la répression[4]. En d'autres termes, c'est le chiffre noir de la délinquance concurrentielle. L'impossibilité de connaître ce chiffre s'ajoute aux raisons précédentes pour rendre l'approche économique de la sanction difficilement praticable[5]. Cela explique et justifie que ce raisonnement ne soit pas adopté par le juge. La Cour de justice a du reste rejeté un raisonnement qui supposait l'appréciation de la probabilité de détection d'un comportement anticoncurrentiel[6]. Toutes les difficultés générales d'appréciation des preuves ne justifient cependant pas le rejet du raisonnement économique.

---

[1] Arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, Roquette Frères, T-322/01, non encore publié au Recueil, point 73.

[2] *Roquette frères*, préc., points 73-79. Sur le contrôle de motivation comme seul outil efficace du juge pour contrôler le raisonnement économique, V. *infra* n° 1083 et s.

[3] É. BARBIER de LA SERRE, *op. cit.*, n° 20.

[4] Cette remarque a une incidence sur la manière dont ce type de connaissances peut être, en cas de besoin, apportée au procès. Sur ce point, V. *infra* n° 901 et s.

[5] E. COMBE, *op. cit.*, p. 22, s'interroge en outre sur la compatibilité de cette approche avec le principe d'individualisation des peines. Nous ne pensons pas qu'il y ait une contradiction de principe. Le principe d'individualisation des peines ne s'oppose pas à la prise en considération de données extérieures aux faits de la cause, comme des connaissances générales relatives aux taux de récidive associés à diverses peines.

[6] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, points 77-78. Dans son arrêt du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, le Tribunal a tenu compte du refus de la Cour d'engager la jurisprudence sur un terrain qui augurait d'immenses difficultés de preuve tout en réitérant un raisonnement qui tient compte de l'effet dissuasif de l'article 82 CE. Sur ces points, V. *infra* n° 1310.

2. L'admissibilité du raisonnement économique en dépit des difficultés d'appréciation des preuves

304. Toutes les difficultés d'appréciation des preuves ne justifient pas le rejet des raisonnements économiques. Il en va ainsi lorsque les difficultés concernent le raisonnement économique sans lui être spécifiques. Ce cas de figure est illustré par le problème de l'hétérogénéité des preuves. Les difficultés d'appréciation ne justifient pas davantage le rejet du raisonnement économique lorsque la difficulté est imposée par le droit. Tel est le cas de l'analyse « spéculative ». Économique ou non, une telle analyse est exigée par les règles elles-mêmes.

305. **Hétérogénéité des preuves.** Une difficulté se présente très généralement lorsqu'il s'agit pour le juge d'apprécier les preuves de l'effet anticoncurrentiel d'une pratique. Sur le plan théorique, cette difficulté est liée à la nécessité dans laquelle le juge est de ne pas raisonner « toutes choses égales par ailleurs », mais de tenir au contraire compte de différents effets éventuellement divergents ou hétérogènes, par exemple un effet à court terme et un effet à long terme ou encore un effet favorable pour certaines catégories de consommateurs, mais défavorable pour une autre catégorie. Sur un plan pratique, la difficulté est liée au fait que tous les effets ne peuvent généralement pas être établis avec le même degré de certitude. La difficulté ne tient alors pas seulement pour le juge aux jugements de valeur qu'il est obligé de formuler, mais aussi à la nécessité de les formuler à partir d'une information inégale sur les différents effets. L'opération relève presque autant d'un pari que d'un jugement. On ne doit pas nécessairement en conclure que les données partielles ne doivent pas être prises en considération[1]. Néanmoins, sauf à admettre que le poids relatif des différents effets doit être fonction de la qualité des données recueillies pour établir chacun d'eux, le juge sera nécessairement amené à mettre en balance des preuves qui résultent d'analyses quantitatives avec des présomptions. Il n'existe sans doute aucun moyen de remédier à cette difficulté et l'on ne peut que souligner l'importance du principe du contradictoire et de la motivation en pareil cas[2]. L'hétérogénéité des preuves est une difficulté très générale, qui n'est pas créée par l'insertion de raisonnements économiques dans l'appréciation de certains éléments (comme

---

[1] S. BISHOP et M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Application and Measurement*, London, Maxwell, 2002, n° 8.16.

[2] Face à l'incertitude, le contradictoire et la motivation sont les seuls moyens de faire accepter une appréciation qui ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Plus généralement sur ces points, V. *infra* n° 1098 et s.

les gains d'efficacité). Cette difficulté ne peut donc commander le rejet de raisonnements économiques particuliers. Il en va de même pour une autre difficulté générale, liée au caractère spéculatif de certaines analyses.

306. **Le problème de l'analyse spéculative.** Le problème du caractère spéculatif des raisonnements économiques est particulièrement net en matière de contrôle des concentrations, puisque, dans le cadre d'un contrôle *a priori*, l'analyse ne peut être que prospective et, donc, nécessairement spéculative. Toutefois, la difficulté n'est pas limitée à cette matière. Ainsi, des appréciations prospectives sont parfois nécessaires en matière d'abus de position dominante, lorsqu'il s'agit d'évaluer si le comportement est « de nature à » restreindre la concurrence[1]. Cela a encore été récemment illustré par l'affaire Microsoft. La question de savoir si le marché allait « basculer » du fait de la pratique consistant à inclure un lecteur média dans le système d'exploitation Windows a été déterminante[2]. Il convient de souligner que des appréciations rétrospectives peuvent aussi être spéculatives. On l'a vu en matière d'amendes[3]. Le caractère spéculatif de l'analyse peut certes être évité, comme en matière d'amendes, si l'on renonce à tenir compte de l'impact sur la concurrence, mais ce n'est pas toujours possible. Certaines analyses exigées sont nécessairement spéculatives. Le juge ne peut donc rejeter des raisonnements économiques au seul motif de leur caractère abstrait. Il doit développer des moyens de l'appréhender, ce qui sera l'objet de la seconde partie de cette étude.

307. **Conclusion du B.** Du point de vue du juge, les difficultés probatoires liées au raisonnement économique ne sont pas seulement relatives aux faits difficiles à prouver. Certains raisonnements économiques se prêtent intrinsèquement mal à l'usage judiciaire, parce qu'une petite erreur d'appréciation peut conduire à une grande erreur de jugement. C'est alors l'incertitude scientifique qui fait obstacle à l'usage judiciaire du raisonnement économique. En outre, certains raisonnements économiques renvoient à la connaissance non seulement des faits de la cause, mais aussi de données empiriques générales qu'il n'est pas

---

[1] Arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, point 239 : « [A]ux fins de l'établissement d'une violation de l'article 82 CE, il suffit de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet ».

[2] L. IDOT, « Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE-Honeywell : reflexions de juriste… », *Concurrences*, n° 2-2005, pp. 31-40, n° 24.

[3] V. l'exemple donné en matière d'amendes *supra* n° 302.

toujours possible d'apporter au procès. De telles difficultés justifient le rejet du raisonnement économique. Cependant, cette option n'est pas toujours disponible, car ces difficultés peuvent se présenter à propos de faits déjà érigés en objet de preuve. Dans ce cas, il ne s'agit plus (sauf à faire évoluer la jurisprudence) de rejeter le raisonnement qui a conduit à consacrer ces faits comme pertinents. Il ne peut s'agir pour le juge que d'organiser l'apport au procès et à la formation de jugement des connaissances disponibles. Le rejet du raisonnement économique n'est pas non plus justifié lorsque les difficultés probatoires ne sont pas dues à ce raisonnement lui-même, mais à l'appréciation plus générale dont il ne forme qu'un élément.

308. **Conclusion de la section II.** Les difficultés probatoires sont de sérieux obstacles pratiques pour la prise en considération par le juge de raisonnements économiques. La propension de l'analyse économique à désigner comme pertinents des faits dont la preuve est difficile justifie la prudence du juge face au raisonnement économique. Les exemples abordés ont montré que le juge ne s'arrêtait pas toujours aux difficultés probatoires et imposait parfois une tâche très difficile tant aux parties, qui doivent administrer la preuve, qu'à lui-même, qui doit apprécier les preuves. On ne peut qu'insister sur la nécessaire prudence du juge à cet égard, ainsi que sur l'attention qui doit être portée aux problèmes de preuve lorsque la réception d'un raisonnement économique nouveau est envisagée.

309. **Conclusion du chapitre 3.** Ce chapitre a illustré de plusieurs points de vue la nécessaire prudence du juge face au raisonnement économique. Cette prudence se justifie tout d'abord par le devoir du juge d'assurer le respect de certains principes généraux fondamentaux, comme le respect de la présomption d'innocence. Elle se justifie aussi par l'objectif de sécurité juridique auquel le juge doit s'efforcer de contribuer. Les tensions qui existent entre ces principes et l'approche économique ne justifient pas un rejet global de toute approche économique de la part du juge, mais appellent une attention méticuleuse aux contrariétés qui peuvent surgir entre ces principes et des raisonnements économiques particuliers.

310. Les difficultés probatoires sont une autre considération qui doit conduire le juge à ne consacrer qu'avec prudence des raisonnements économiques. Il arrive en effet que de tels raisonnements obligent les parties à rapporter des preuves excessivement difficiles ou imposent au juge lui-même des appréciations particulièrement ardues. Ces difficultés ne sont pas toujours évitables et certaines ne sont pas spécifiques au raisonnement économique. Là

encore, le rejet systématique des raisonnements économiques n'offrirait donc pas au juge une solution envisageable. En revanche, les difficultés de preuve doivent être une préoccupation constante du juge lorsqu'il s'interroge sur l'admissibilité d'un raisonnement économique nouveau.

311. **Conclusion du titre I.** Dans ce premier titre, différents types d'obstacles à la réception du raisonnement économique par le juge ont été envisagés. En premier lieu, les obstacles tenant aux finalités des règles de concurrence. Cet examen était nécessaire, car le raisonnement économique repose sur des prémisses relatives aux finalités des règles. L'examen a montré que ces prémisses normatives du raisonnement économique ne sont pas acceptables à titre exclusif, mais qu'il n'y a pas non plus d'obstacle à les admettre. Du point de vue des finalités du droit, le raisonnement économique peut légitimement former une partie du raisonnement du juge. Dès lors qu'était établie cette légitimité partielle du raisonnement économique, il fallait envisager d'autres types d'obstacles, relatifs quant à eux à la possibilité pour le juge de le pratiquer. Les obstacles relatifs aux caractéristiques propres au raisonnement économique ont été envisagés. Cette analyse a montré que l'opposition parfois faite entre la logique juridique et la logique économique est superficielle. L'analyse a permis de dégager des facteurs de convergence profonds : la logique commune au juge et au raisonnement économique est une logique de l'argumentation. Il faut cependant apporter une restriction importante à ce constat. Celle-ci concerne l'usage des postulats dans le raisonnement économique. En effet, le juge n'a pas les mêmes raisons que les économistes de les admettre et ne doit pas consacrer des fictions pour rendre son raisonnement compatible avec celui des économistes. Les obstacles à la réception du raisonnement économique relatifs à la logique économique existent bel et bien, mais ils sont circonscrits. Ils ne justifient pas un rejet de principe du raisonnement économique par le juge et ne permettent pas de dire qu'il y a acculturation du raisonnement judiciaire lorsque le juge admet un raisonnement économique. Pour autant, il peut exister des obstacles qui ne sont pas de principe, mais qui sont néanmoins très réels et tiennent aux difficultés de leur traduction en droit.

312. Les obstacles de principe les plus graves tiennent au juge lui-même et à son devoir d'assurer le respect de certains principes : la présomption d'innocence et la sécurité juridique. Ces obstacles ne concernent pas le raisonnement économique en général, mais peuvent justifier le rejet de raisonnements économiques particuliers. Par ailleurs, le juge doit avoir égard aux difficultés de preuve que suscite la réception de certaines analyses économiques.

Ces difficultés de preuve de différentes natures, parfois redoutables, invitent aussi le juge à la prudence face au raisonnement économique.

En dépit de ces obstacles, le juge témoigne d'une ouverture certaine à l'économie.

TITRE 2. L'OUVERTURE DU JUGE AU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE

313. L'ouverture du juge au raisonnement économique n'allait pas de soi. Pourtant, elle se manifeste de diverses manières, et notamment à travers la réception de notions économiques comme celle de marché. Toutefois, on l'a dit, il ne faut pas trop se fier aux mots[1]. Pour apprécier l'ouverture réelle du juge au raisonnement économique, il faut commencer par se demander pourquoi le juge se tourne vers lui.

314. **Pourquoi ?** On ne peut sonder l'esprit des juges, mais on peut avancer une hypothèse. Il est en effet vraisemblable que l'ouverture du juge au raisonnement économique s'explique avant tout par la nécessité. Cette nécessité résulte du flou des textes que le juge de la concurrence doit appliquer. Ceux-ci abondent en effet en notions vagues, comme la restriction de concurrence, le progrès économique ou la position dominante. Manifestement, il s'agit de ce qu'on a pu appeler des notions à contenu variable[2]. Elles ne sont pas définies par les textes et leur application ne relève jamais de l'évidence[3]. Il s'agit cependant d'un type particulier de notions à contenu variable. On pourrait les appeler des notions à contenu *économique* variable, en ce sens que, faute de références juridiques pertinentes, elles appellent pour leur interprétation un éclairage économique. La seule évidence à propos de ces notions est en effet que l'économie est la science auxiliaire la mieux à même d'aider l'interprète en général – et le juge en particulier – à combler l'espace qui sépare les faits des notions juridiques. La raison première de l'ouverture du juge au raisonnement économique résiderait donc dans l'utilité pressentie de l'analyse économique pour l'interprétation. On peut même dire que, du point de vue du juge, l'ouverture à l'économie paraît nécessaire aux fins de l'interprétation des notions à contenu variable. Cela sera illustré par l'exemple de la notion de restriction de concurrence (chapitre I).

---

[1] *Supra* n° 46.

[2] *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles, 1984.

[3] J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, T. 1, PUF, coll. « Thémis », 5ème éd., 1999, p. 238 : « le traité ne permet pas de répondre à la question de savoir ce qu'il faut entendre par restriction de concurrence », p. 249 : « ni le traité ni les règlements communautaires ne donnent la définition de la position dominante ». Les mêmes observations valent pour le droit français.

315. La nécessité n'explique cependant pas tout. Il arrive en effet que le juge manifeste une ouverture à l'économie alors même que les textes ne l'imposent pas[1]. Tel est le cas pour la notion de marché. Certes, le marché est mentionné dans les textes, mais ceux-ci n'en exigent pas pour autant la délimitation. À la différence de la restriction de concurrence, qui est une condition des interdictions et doit nécessairement être appréciée, le marché a, dans les textes, un statut assez mal défini. Le rôle éminent que le juge a choisi de donner à cette notion témoigne donc d'une ouverture à l'économie que l'on peut qualifier de facultative (Chapitre 2). L'explication de ce choix est plus complexe que dans le premier cas. On peut avancer deux hypothèses, l'une n'excluant pas l'autre. La première est que les juges se seraient laissés guider par une interprétation littérale des textes. Cette hypothèse reste insuffisante, puisque, précisément, les textes ne sont pas clairs. La seconde hypothèse est que, en faisant de la délimitation un passage quasi obligé dans toute affaire de concurrence, les juges ont cherché à produire de la sécurité juridique[2]. Cependant, comme on l'a évoqué, les moyens ordinaires de créer une telle sécurité, par exemple donner des définitions au moyen d'une *notion* économique, ne produisent pas toujours de la « bonne » sécurité juridique[3]. La réception d'une notion ne coïncide pas non plus toujours avec la réception véritable d'un *raisonnement* économique.

316. L'objet du présent titre est de déterminer dans quelle mesure l'ouverture à l'économie dont témoigne le juge, dans l'interprétation des notions à contenu variable (comme la notion de restriction de concurrence) ou dans la réception de notions économiques (comme celle de marché), constitue une ouverture au raisonnement économique.

Chapitre 1. L'ouverture nécessaire du juge au raisonnement économique pour l'interprétation des notions à contenu variable : l'exemple de la notion de restriction de concurrence.

Chapitre 2. L'ouverture facultative du juge au raisonnement économique manifestée par la réception de notions économiques : l'exemple du marché pertinent.

---

[1] Nous employons cette tournure volontairement vague « ouverture à l'économie » pour ne pas préjuger à ce stade la réponse à la seconde question, celle de l'ouverture au *raisonnement* économique proprement dit.

[2] *Supra* n° 267, p. 204.

[3] *Supra* n° 274, p. 210.

CHAPITRE 1. L'OUVERTURE NÉCESSAIRE DU JUGE AU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE POUR L'INTERPRÉTATION DES NOTIONS À CONTENU VARIABLE : L'EXEMPLE DE LA NOTION DE RESTRICTION DE CONCURRENCE

317. **Notions indéterminées.** La lecture des articles 81 et 82 CE comme celle des articles L 420-1 et L 420-2 du Code de commerce présente une difficulté immédiate pour l'interprète. Ces textes se réfèrent en effet à des notions qu'ils ne définissent pas. Celles-ci peuvent certes avoir un contenu intuitif pour le juriste[1], mais il y voit avant tout des notions économiques[2]. C'est donc naturellement que l'interprète se tourne vers la théorie économique pour éclairer le sens des mots[3]. Cependant, la consultation d'un dictionnaire économique ne suffit pas à l'éclairer[4]. En effet, l'économie ne donne pas de définition analytique des notions-clés de concurrence[5], de marché[1], de progrès économique[2] ni même de position dominante[3].

---

[1] L. IDOT, « La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 § 3 CE », *in* G. CANIVET, G. (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, préc., pp. 85-104.

[2] Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit européen des affaires*, 4ème édition, Litec, 2002, n° 382.

[3] Pour un exemple d'une telle démarche, B. DHAEYER et J. THILMANY, « La protection du consommateur en droit antitrust européen », *RTD Eur*., 1978, pp. 223-249, spéc. p. 228 : « [u]n contenu opérationnel peut être donné à l'article 85 §3 : le modèle de Williamson notamment, permet de comparer, en termes d'économie de *welfare*, d'une part la perte de bien-être du consommateur résultant d'une restriction de concurrence, avec, d'autre part, l'économie de ressources qui deviennent corrélativement disponibles pour les usages alternatifs ». Les auteurs se réfèrent à O. E. WILLIAMSON, « Economics as an Antitrust Defense : the Welfare Trade Off », *AER*, mars 1968, p. 18. Témoignant d'une confiance qui nous semble excessive, certains auteurs prêtent même à la théorie économique des résultats qui dépassent ses ambitions, V. par exemple C.-E. GUDIN, « Qu'est devenu le consommateur en droit communautaire de la concurrence ? », *R.A.E. – L.E.A.*, 1998, p. 221 : « [l]a concurrence est un fait économique mesurable. C'est à l'occasion de cette mesure économique du fait concurrentiel que la doctrine économique a élaboré un certain nombre de théories sur lesquelles se fonde le droit de la concurrence ».

[4] Comme le remarquent plusieurs auteurs, la notion de concurrence ne fait pas l'objet d'une définition unique, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation,* Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2001, n°59, p. 107.

[5] M. WAELBROECK, et A. FRIGNANI, *Commentaire J. Mégret, le droit de la CE,* Vol. 4*, Concurrence,* Éditions de l'Université de Bruxelles, 2ème éd. 1997, n° 156. A. BIENAYMÉ, *in L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence*, *Revue conc. et conso*., 1996, n° 90, p. 11, note que « [l]a concurrence est un de ces mots caoutchouc dont la signification varie en fonction des différents objets auxquels elle est associée ». Certains auteurs en économie se sont efforcés de donner des définitions de la concurrence. J. M. Clark, par exemple, propose de définir la concurrence comme « un état de rivalité dans la vente de biens, dans lequel chaque vendeur cherche en principe à obtenir un revenu maximal, dans des conditions telles que le prix ou les prix que chaque vendeur peut pratiquer sont effectivement contraints par la libre option dont dispose l'acheteur de se fournir auprès d'un ou plusieurs autres vendeurs en produits que nous considérons comme "les mêmes", ce qui nécessite de la part de chaque vendeur des efforts pour égaler et dépasser l'attractivité des autres offres ». J. M. CLARK, « Toward a Concept of Workable Competition », *AER*, 1940, Vol. XXX n° 2, pp. 241-256, à la page 243. Pas plus que d'autres, cette définition n'est « classique » ou incontestée. L'auteur la pose pour insister sur la liberté des acheteurs, dont il souligne le rôle essentiel.

L'exigence de définitions précises, caractéristique d'une approche juridique classique, ne peut donc pas être satisfaite aisément[4]. Comme cela a été évoqué, il faut admettre que les notions à contenu économique présentes dans les textes sont aussi ce que la doctrine appelle des « notions à contenu variable »[5] ou « notions à contenu indéterminé »[6] ou encore des « standards »[7]. Ces notions, dont le droit communautaire en général et le droit de la concurrence en particulier fournissent de nombreux exemples[8], soulèvent à titre principal des questions d'interprétation[9] relevant de l'office du juge[10].

---

[1] Ainsi, on peut s'en étonner, le *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, MacMillan Reference, Londres, 1998, ne comporte pas d'entrée « marché ». Cp. G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », *in Mélanges Pierre Bézard*, Petites Affiches et Montchrestien, 2002, pp. 257-272, p. 257, qui notent : « Perspective rassurante pour le juriste, le terme "marché" figure au Vocabulaire juridique ». Les économistes ont certes récemment développé une définition opératoire du marché aux fins du droit de la concurrence, mais une telle définition n'existait pas en tant que telle dans la théorie économique. Sur ce point, V. *infra* n° 437 et s.

[2] A. BIENAYMÉ, « Le progrès économique en droit de la concurrence », *Rev. conc. conso*., 1996, n° 94, p. 3.

[3] L'économie connaît les concepts de monopole et d'oligopole, mais pas celui de position dominante. La Cour s'est référée à ces notions dans sa définition de la position dominante en ayant soin de préciser qu'il n'y avait pas identité entre elles. V. l'arrêt de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, 86/76, Rec. p. 461, point 39.

[4] B. GOLDMAN, préface à la thèse de J.-P. DUBOIS, *La position dominante et son abus dans l'article 86 du traité de la C.E.E.*, Paris, Librairies Techniques, 1968, p. 8 : « [l]es notions [que le droit de la concurrence] met en œuvre sont certes – ou devraient être – des transpositions de l'économique dans le juridique ; mais peuvent-elles ne pas conserver le caractère souple et multiforme de bien des concepts économiques, et, si elles le conservent, peuvent-elles répondre aux exigences de clarté, de prévisibilité et de sécurité de la règle de droit ? ». Sur ce point, V. aussi M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation, op. cit.*, note 3, p. 101.

[5] *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles, 1984.

[6] On a pu voir dans l'impossibilité d'unifier la jurisprudence le critère du variable : Ch. PERELMAN, « Essai de Synthèse », *in Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, pp. 363-374, à la page p. 373.

[7] S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », *in Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, pp. 39-53. Sur les standards dans le contentieux économique, V. A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, PUAM, 2004, préf. B. SAINTOURENS, n° 7, pp. 16-17, et références citées. Sur l'atteinte à la concurrence comme standard : P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, Economica, coll. « Corpus », 2005, n° 610, p. 510.

[8] H. BAUER-BERNET, « Notions indéterminées et droit communautaire », *in Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, pp. 269-296, à la page 272 ; P. MATHIJSEN, *in* « La Cour de Justice et les notions juridiques non précisées », *Dix ans de jurisprudence de la C.J.C.E.*, p. 430. L'auteur note que pratiquement toutes les notions contenues dans les traités sont des « notions juridiques non précisées » (*unbestimmte Rechtsbegriffe*).

[9] S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », *in Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, pp. 39-53, à la page 46. Par cette affirmation, l'auteur conteste la conception selon laquelle les notions à contenu variable soulèveraient à titre principal un problème de pouvoir discrétionnaire. Sur la nécessaire interprétation des « notions générales » contenues dans l'ordonnance du 1er décembre 1986, V. F. JENNY, « Les relations entre le droit et l'économie dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *Gaz Pal.*, 1997, p. 260.

[10] À propos du lien entre l'attribution au juge de la fonction d'interprétation du droit et l'État de droit, V. D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des communautés européennes*, Thèse Strasbourg, 1998, n° 452. Pour une analyse très fouillée des formes de raisonnement utilisées par les juges pour interpréter les notions à contenu variable (*open textured legal concepts*) dans le contexte américan, V. S. BREWER, « Exemplary Reasoning : Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy », *Harvard L. Rev.*, 1996, pp. 923-1028, spéc. p. 1000 et s.

318. **Restriction de concurrence.** L'une de ces notions revêt une importance centrale. Il s'agit de la restriction de concurrence. L'indétermination de cette notion ne vient pas de l'absence de définition générale. Il en existe au contraire plusieurs. Elle ne vient pas non plus seulement de la pluralité des définitions, mais aussi et plus fondamentalement du fait qu'aucune définition n'est véritablement opératoire pour la qualification juridique[1]. Les ouvrages en témoignent : en lieu et place d'une définition, ils donnent parfois des distinctions. Ainsi, l'on distingue la concurrence parfaite et imparfaite, la concurrence actuelle et potentielle, la concurrence « interne » et « externe »[2], la concurrence intra-marque et inter-marques[3]. Cependant, en elles-mêmes, ces distinctions ne permettent pas d'identifier une restriction de concurrence[4]. Pourtant, la notion de restriction de concurrence est centrale : à travers elle, c'est presque tout le droit de la concurrence qu'on embrasse[5]. En effet, la notion est transversale. Elle est présente à la fois dans les dispositions qui répriment les accords anticoncurrentiels[6], dans celles qui concernent le contrôle des concentrations[1] et intervient

---

[1] À titre d'exemple, on citera la définition donnée par G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2nde éd., 2001 : « [l]a concurrence est une compétition économique caractérisée par l'offre, par plusieurs entreprises distinctes et rivales de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle ». Quoiqu'elle comporte des éléments constitutifs, relatifs au nombre d'entreprises et aux caractéristiques des biens, il est aisé d'apercevoir que cette définition, si elle permet d'identifier certaines situations d'absence de concurrence (cas du monopole sur un produit pour lequel il n'existe aucun substitut), ne permet pas de dire si, dans un cas donné, la concurrence est restreinte. La même remarque vaudrait aussi pour la définition plus économique adoptée par le Conseil de la concurrence, qui définit la concurrence comme un « mode d'organisation sociale dans lequel l'initiative décentralisée des agents économiques est de nature à assurer la meilleure efficacité dans l'allocation des ressources rares de la collectivité », définition citée par R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Paris, Publisud, 2002, T. I. p. 492 et s. L'auteur cite également d'autres définitions, qui n'appellent pas une conclusion différente.

[2] Sur ce point, V. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires,* préc., p. 242. Par ces termes, les auteurs qui s'y réfèrent distinguent, d'une part, la restriction de concurrence entre les entreprises parties à une entente et, d'autre part, la restriction de concurrence créée par l'entente à l'égard des entreprises qui n'y sont pas parties. La distinction est utilisée par le Tribunal de première instance dans son arrêt du 28 février 2002, Atlantic Container Line AB e.a./Commission, T-395/94, Rec. p. II-875, points 162 et s.

[3] Ce sont du reste sur ces distinctions que les auteurs s'appuient pour indexer la jurisprudence communautaire, par exemple dans C. JONES et M. VAN DER WOUDE, *E.C. Competition Law Handbook*, 2003/2004 edition, Londres, Sweet & Maxwell, 2003.

[4] Ce n'est qu'en élaborant, à partir de ces distinctions, une typologie des formes de concurrence que l'on se rapproche d'un instrument opératoire pour la qualification juridique. V. *infra* n° 346.

[5] L. IDOT, « La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 § 3 CE », *in* G. CANIVET, G. (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, préc., pp. 85-104. L'auteur compare (p. 85) la qualification de restriction de concurrence à celle de faute dans le droit de la responsabilité.

[6] L'article 81 CE interdit en effet « les accords, pratiques concertées et décisions d'associations d'entreprises qui empêchent, *restreignent* ou faussent *le jeu de la concurrence* ». L'article L 420-1 du Code de commerce reprend cette condition dans une formulation identique. Il est généralement admis que ces trois verbes ne visent pas des phénomènes différents mais contribuent à cerner une seule et même notion de restriction de concurrence. Pour une analyse détaillée sur ce point, V. J. J. A. ELLIS, « L'interprétation du mot "affecter" dans l'article 85, paragraphe 1 du traité de la Communauté économique européenne par rapport aux mots "empêcher",

aussi dans la qualification d'abus de position dominante[2]. En droit français, cela a toujours résulté de la lettre des textes[3]. Ce n'est pas le cas en droit communautaire[4] et l'on a pu se demander si la restriction de concurrence était un élément de la qualification d'abus de position dominante[5]. En un sens, la question est toujours actuelle, mais elle porte davantage

---

"restreindre" ou "fausser le jeu de la concurrence" », *D.*, 1963, Chron. p. 221-228, pour qui le terme signifiant est « fausser ». *Adde* : G. MARENCO, « La notion de restriction de concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes », *in Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 1217-1245, p. 1217, et références citées ; J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, préc., p. 237 ; . FAULL et A. NIKPAY, *The EC Law of Competition,* Oxford, OUP, 1999, n° 2.58.

[1] Depuis la réforme du règlement sur les concentrations, la notion de restriction de concurrence est le critère unique d'appréciation de ces opérations. En effet, aux termes de l'article 2, paragraphe 2, du règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE du 29 janvier 2004, L 24/1, est interdite toute concentration qui « entrave de manière significative une concurrence effective (…), notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante » (article 2, paragraphe 2). Dans l'ancien règlement (n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE L 395, p. 1), l'article 2, paragraphe 2, posait un critère double de « [renforcement] d'une position dominante ayant pour conséquence d'entraver significativement la concurrence ». La doctrine avait pu se demander si cette disposition posait un ou deux critères. Certains auteurs étaient d'avis qu'il fallait voir un seul critère, V. par exemple A. VANDENCASTEELE, « La part de marché est-elle la clé de voûte du droit communautaire de la concurrence ? », *Mélanges Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant 1999, vol. II, pp. 1561-1587, p. 1562 ; T. A. DOWNES, « Significantly Impeding Effective Competition : Substantive Appraisal under the Merger Regulation », *ELDR*, 1994, pp. 286-203. *Contra:* F. FINE, « The appraisal Criteria of the Merger Control Regulation », *ECLR*, 1991, p. 148. *Adde :* R. PENDIBENE, « Is the Concept of Dominant Position Different under the Merger Regulation », *European Bus. L. R*, 1994, pp. 42-47, p. 46 et références citées. La question a été tranchée par la jurisprudence, qui a reconnu l'existence de deux critères (jurisprudence constante depuis l'arrêt du Tribunal du 19 mai 1994, Air France/Commission dit « Air France I », T-2/93, Rec. p. II-323, point 79). La question est devenue sans objet depuis la réforme du règlement. V. L. IDOT, « Le nouveau "Règlement CE sur les concentrations" », *Europe*, 2004, n° 3, pp. 3-7 ; L. VOGEL et J. VOGEL, « Contrôle des concentrations : ce qui va changer le 1er mai 2004 », *JCP (E)*, 2004, 331. Sur les critères de fond d'appréciation des contrentrations : V. VIALLARD, *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations. Étude comparée des droits communautaire et américain*, Thèse Paris I, 2005.

[2] P.e. M.-C. BOUTARD-LABARDE et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, n° 102, p. 83, n° 196, M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 1ère éd., 2006, p. 181.

[3] L'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 dans sa rédaction issue de la loi de 1963, modifiée par la loi n°77-806 du 19 juillet 1977, prohibait l'abus dès lors qu'il avait « pour objet ou pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché ». L'exigence d'une restriction de concurrence dans l'abus de position dominante figurait également explicitement dans l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Dans la rédaction actuelle, la référence à la restriction de concurrence résulte du renvoi à l'article L 420-1. L'article L 420-2 C. com. dispose en effet : « est prohibée, *dans les conditions prévues à l'article L 420-1*, l'exploitation abusive … », c'est-à-dire « lorsqu'elle peut avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence ». Une restricction de concurrence est également exigée en matière d'abus de dépendance économique. L'article L 420-2, alinéa 2, C. com. conditionne l'interdiction à l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence. La Cour de cassation a jugé que, si ce texte prohibe l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, c'est à la condition que la pratique dénoncée ait pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Cass. com. 25 avril 2001, Agricole de Francières, pourvoi n° 98-22199, inédit.

[4] L'article 82 CE prohibe les abus de position dominante sans préciser que la restriction de concurrence est une condition de l'abus.

[5] Sur ce débat initial et pour l'affirmation de l'exigence d'une restriction de concurrence, J. TEMPLE-LANG, « Monopolisation and the Definition of Abuse of a Dominant Position under Article 86 EEC Treaty », *CML Rev.* 1979, pp. 345-364, spéc. p. 356-357 et références citées. *Contra* E. CERHEXE, « L'interprétation de l'article 86 du traité de Rome et les premières décisions de la Commission », *Cah. dr. eur.*, 1972, p. 289, pour qui l'article

sur le contenu de l'exigence de restriction de concurrence que sur cette exigence elle-même[1]. En effet, il est certain que la notion de restriction de concurrence concerne aussi l'abus de position dominante. Elle intervient tout d'abord dans la notion de position dominante, qui se définit comme la capacité *de restreindre la concurrence*[2]. La qualification d'abus passe elle aussi par l'appréciation d'une restriction de concurrence, puisque, pour être abusif, le comportement doit être « susceptible de restreindre la concurrence »[3]. La restriction de concurrence, fût-elle potentielle, est donc un critère de l'abus. Par conséquent, la notion de restriction de concurrence est transversale à tout le droit de la concurrence, français et communautaire[4]. C'est aussi l'une des plus difficiles à définir.

319. **Difficultés.** On a pu écrire que la notion de restriction de concurrence était l'une des plus difficiles du droit de la concurrence[5]. Toute la difficulté de cette notion réside dans sa référence immédiate à la notion de concurrence, aussi centrale dans le droit du même nom que notoirement difficile à définir[6], polysémique[7], prométhéenne[8], voire, selon certains, « pulvérisée » par les travaux des économistes de la seconde moitié du XX^{ème} siècle et réduite à « un pur non-sens, une croyance religieuse »[9]. Ce qui a été dit à propos de la variété des objectifs assignés aux règles de concurrence augmente encore la difficulté pour le juge de cerner les contours de la notion de restriction de concurrence[10]. En effet, si l'on envisage de

---

82 CE (ancien article 86) n'a rien à voir avec la protection de la concurrence. *Adde :* M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *Commentaire Mégret*, T. 4, n° 237, p. 236. En ce sens, M. MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2002, n°75 p. 52 et s. ; Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, coll. « Thémis », 2002, p. 894.

[1] N. LE, « What does "Capable of Eliminating all Competition" Mean ? », *ECLR*, 2005, pp. 6-10.

[2] Arrêt de la Cour du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec. p. 207, point 65. Dans les termes de la Cour, une position dominante est « une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective », V. arrêt du 9 novembre 1983, Michelin, 322/81, Rec. p. 3461, point 30 (jurisprudence constante). Définition reprise par les juridictions françaises. M.-C. BOUTARD-LABARDE et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, n°92, pp. 71-72. V. p.e. CA Paris, 17 octobre 1990, Société internationale des boissons, BOCCRF du 31 octobre 1990, p. 395 ; CA Paris, 13 avril 1999, SA Dectra, e. a., BOCCRF n° 9, du 12 mai 1999, p. 254.

[3] Arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, point 237.

[4] Y compris les dispositions relatives aux aides d'État, dont il n'est pas question ici. L'article 88 CE soumet au contrôle de la Commission les aides étatiques qui « faussent ou menacent de fausser la concurrence ».

[5] H. LUGARD, « Vertical restraints under EC Competition Law : A Horizontal Approach », *ECLR*, 1996, p. 166 (« one of the most intricate aspect of EC competition law is the notion of restraint of competition »).

[6] J. FAULL et A. NIKPAY, *op. cit.*, n° 2.56.

[7] Pour une recension très complète de différentes acceptions, V. R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Paris, Publisud, 2002, p. 17.

[8] Comme le suggère le titre de l'ouvrage de D. GERBER, *Protecting Prometheus*, préc.

[9] B. MARIS, *Antimanuel d'économie*, Éditions Bréal, Rosny, 2003, respectivement p. 112 et p. 43.

[10] Sur le lien entre les finalités poursuivies et l'interprétation de la notion de restriction de concurrence, I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique : L'exemple du*

prouver l'existence d'une restriction de concurrence par les effets d'une pratique, cela suppose de montrer un écart, réel ou prévisible, par rapport aux effets attendus de la concurrence. Le raisonnement s'appuiera sur ceux des effets bénéfiques de la concurrence que le droit prend en considération. Selon que ceux-ci se limitent au bénéfice direct que retire le consommateur sous forme de prix plus bas ou, à l'inverse, comprennent plus largement des objectifs sociaux ou de loyauté de la concurrence, la preuve de la restriction de concurrence n'aura pas le même objet. C'est notamment ce lien entre la notion de restriction de concurrence et les objectifs assignés à la concurrence qui explique la coexistence d'acceptions très différentes de la notion de restriction de concurrence dans différents systèmes juridiques[1]. La multiplicité des objectifs du droit de la concurrence éclaire aussi l'absence d'unité de la notion dans la jurisprudence communautaire.

320. **Unité.** Il existe de puissantes raisons pour considérer que la notion de restriction de concurrence *devrait* être unitaire. La première est « le fondement téléologique commun des articles 85 et 86 du traité »[2], lequel réside dans l'objectif exprimé par l'article 3, sous g), CE d'un marché « où la concurrence est libre ». La Cour de justice et le Tribunal de première instance ont plusieurs fois souligné que les dispositions du droit de la concurrence, en particulier les articles 81 et 82 CE, formaient un ensemble cohérent et visaient un même objectif[3]. Si l'on admet que la concurrence juridiquement protégée est un phénomène qu'il est possible de ramener à une notion unitaire, la notion de restriction de concurrence devrait elle-même recevoir une définition unique. Il est cependant difficile de trouver des indices concrets d'une telle unité. La finalité commune des règles de concurrence est invoquée pour transposer

---

traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence, Thèse Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004, p. 175 et s.

[1] Sur ces différentes acceptions et les implications de ces différences, V. E. FOX, « What is Harm to Competition ? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect », Antitrust L. J. 2002, vol. 70, pp. 371-411.

[2] B. DHAEYER et J. THILMANY, « La protection du consommateur en droit antitrust européen », *Rev. Europ*., 1978, pp. 223-249, p. 236 ; en ce sens aussi J. J. A. ELLIS, « L'interprétation du mot "affecter" dans l'article 85, paragraphe 1 du traité de la Communauté économique européenne par rapport aux mots "empêcher", "restreindre" ou "fausser le jeu de la concurrence" », *D.*, 1963, Chron. p. 221-228, p. 222. *Adde :* A. DERINGER, *Rapport fait au nom de la commission du marché intérieur ayant pour objet une consultation demandée à l'Assemblée parlementaire européenne par le Conseil de la Communauté économique européenne sur un premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité de la C.E.E.*, Documents de séance de l'Assemblée parlementaire européenne,1961-1962, document 57, du 7 septembre 1961 (ci-après « Rapport Deringer »), point 7, p. 3, et point 76, pp. 17-18.

[3] V. notamment les Arrêts de la Cour du 21 février 1973, Continental Can/Commission, 6/72, Rec. p. 215, point 25, et du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 133 ; arrêts du Tribunal du 7 juillet 1994, Dunlop Slazenger International Ltd./Commission, T-43/92, Rec. p. II-441, point 171, et du 15 décembre 1999, Kesko/Commission, T-22/97, Rec. p. 3779, point 106. En ce sens, V. aussi J. TEMPLE-LANG, « Monopolisation and the Definition of "abuse" of a Dominant Position under Article 86 EEC Treaty », *CMLR*, 1979, pp. 345-364, spéc. p. 350-351.

d'un domaine à l'autre l'interprétation de la notion d'affectation du commerce entre États membres[1], mais pas celle de restriction de concurrence. Certes, il arrive qu'un avocat général raisonne par analogie entre l'article 81 CE et l'article 82 CE[2]. Cependant, on ne peut parler d'une fluidité générale des citations jurisprudentielles[3]. Au contraire, les juridictions communautaires ont à plusieurs reprises rejeté les arguments par analogie entre l'article 81 CE et l'article 82 CE[4]. Certains comportements sont jugés restrictifs précisément et uniquement parce qu'ils émanent d'une entreprise en position dominante[5]. L'affirmation de finalités communes des règles de concurrence ne débouche donc pas directement sur une approche commune aux deux dispositions[6].

321. La recherche de l'unité de la notion de restriction de concurrence n'est pourtant pas seulement justifiée par une exigence générale et abstraite de cohérence du droit. Elle est aussi indispensable à la sécurité juridique. En effet, certains comportements peuvent tomber cumulativement sous le coup des articles 81 et 82 CE. Tel est notamment le cas des relations

---

[1] P.e. arrêt du Tribunal du 15 décembre 1999, Kesko/Commission, T-22/97, Rec. p. 3779, point 106.

[2] Ainsi, Monsieur Léger, dans ses conclusions sous l'arrêt *Wouters*, semble s'inspirer de la jurisprudence *Magill*, rendue sur le fondement de l'article 82 CE, pour qualifier de restriction de concurrence sur le fondement de l'article 81, paragraphe 1, CE le fait, pour une décision d'association d'entreprises, d'empêcher l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle. Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 19 février 2002, *Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c/ Algemene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten*, C-309/99, Rec. p. I-1577, point 121. Cp. arrêt de la Cour du 6 avril 1995, Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd. (ITP)/Commission, C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. 1995 p. I-743, point 54.

[3] Ces citations croisées sont rares. Dans l'arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline/Commission, T-168/01, non encore publié au Recueil, points 174-178, le Tribunal accepte de suivre la Commission dans son raisonnement par analogie entre l'article 81 et 82 CE, mais sans que l'arrêt permette une généralisation à cet égard. En l'espèce, la Commission avait, dans sa décision, appliqué l'article 81 CE à une pratique de prix différenciée selon les États membres. Devant le Tribunal, elle invoquait la jurisprudence concernant l'application de l'article 82 CE à ce type de pratiques. Le Tribunal admet la pertinence de cette jurisprudence, non sans avoir relevé (point 174) que le libellé de l'article 82, sous c), CE est identique à celui de l'article 81, paragraphe 1, sous d), CE. En outre, le Tribunal se garde d'adopter une formulation générale (point 178 : « ces considérations peuvent être transposées au cas d'espèce »).

[4] E. ROUSSEVA, « Modernizing by Eradicating: How the Commission's New Approach to Article 81 EC Dispenses with the Need to Apply Article 82 to Vertical Restraints », *CML Rev.*, 2005, pp. 587-638, p. 622.

[5] Pour un rejet très explicite des arguments par analogie, V. l'arrêt du Tribunal du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec., p. II-4653, où les articles 81 et 82 CE étaient conjointement invoqués, spéc. point 159 : « [e]n situation normale de marché concurrentiel, ces accords sont conclus dans l'intérêt des deux parties et ne sauraient par principe être prohibés. Toutefois, ces considérations, applicables en situation normale de marché concurrentiel, ne sauraient être admises sans réserve dans le cas d'un marché où, du fait précisément de la position dominante détenue par l'un des opérateurs, la concurrence est déjà restreinte. En effet, des activités commerciales qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits et qui ont un effet salutaire sur le jeu de la concurrence dans un marché en équilibre peuvent restreindre ce jeu lorsqu'elles sont exercées par une entreprise qui dispose d'une position dominante sur le marché pertinent ».

[6] Les divergences de vue sur l'interprétation de la notion de concurrence dans les articles 85 et 86 du traité de Rome (actuels articles 81 et 81 CE) existaient dès l'origine. Elles sont notamment attestées dans le rapport DERINGER, préc., point 11, p. 4 (divergences entre membres de la Commission) et point 48, p. 11 (divergences entre économistes et juristes des différents États membres).

contractuelles entre les entreprises en position dominante et leurs distributeurs[1]. Le pouvoir de marché étant une question de degré, il est difficile d'accepter que la même pratique contractuelle soit soumise à des règles différentes selon que l'un des co-contractants est au-dessous ou au-dessus du seuil de la position dominante. Du point de vue de la sécurité juridique, la notion de restriction de concurrence appelle donc une conception unitaire au-delà de la diversité des incriminations[2].

322. À ces raisons juridiques de rechercher l'unité de la notion de restriction de concurrence s'ajoute une raison économique. En effet, il n'existe pas une économie des ententes et une autre des abus de position dominante ou des concentrations, mais des principes communs d'analyse économique[3].

323. **Annonce.** Les raisons de rechercher l'unité de la notion de restriction de concurrence sont fortes, tant d'un point de vue juridique que d'un point de vue économique. L'aspiration à l'unité ne peut cependant occulter la diversité des conceptions ni les évolutions. De fait, force est de constater que c'est la diversité qui domine. Ce n'est pas une mais plusieurs conceptions de la restriction de concurrence qui ont successivement été proposées (Section I). À cette diversité des conceptions répond un certain éclectisme du juge[4] (Section II). Les différentes conceptions de la notion de restriction de concurrence ne seront pas examinées pour elles-mêmes, mais du point de vue des raisonnements auxquels elles donnent lieu. À cet égard, il convient de souligner les liens qui existent entre notions indéterminées et raisonnement. Il est également nécessaire d'apporter une clarification relative à la composante normative du raisonnement économique. Tel est l'objet des remarques préliminaires qui suivent.

---

[1] Pour un exemple d'application cumulative des articles 81 et 82 CE, arrêt du Tribunal du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec., p. II-4653.

[2] P. PIGASSOU, « Les restrictions de concurrence », *D.,* 1982, chron. pp. 111-122, spéc. p. 115 et s. L'autre solution envisageable est celle que propose E. ROUSSEVA, *op. cit.*, qui consiste à éviter l'application concurrente des articles 81 et 82 CE aux restrictions verticales.

[3] B. HAWK, « System Failure : Vertical Restraints and EC Competition Law », *CML Rev*., 1995, pp. 973-989, p. 975.

[4] « Éclectisme » a parfois une connotation péjorative, qui est entièrement absente de notre propos. Ce terme est employé dans le sens de « méthode intellectuelle consistant à emprunter à différents systèmes pour retenir ce qui paraît le plus vraisemblable et le plus positif dans chacun, et à fondre en un nouveau système cohérent les éléments ainsi empruntés ». V. *Trésor de la langue française informatisé*, Éd. CNRS, 2004, citant V. COUSIN, *Cours d'histoire de la philosophie moderne*, T. 2, 1847, p. 12 : « ce que je recommande, c'est cet éclectisme éclairé qui, jugeant avec équité et même avec bienveillance toutes les doctrines, leur emprunte ce qu'elles ont de commun et de vrai, néglige ce qu'elles ont d'opposé et de faux ».

REMARQUES PRÉLIMINAIRES

324. **Notions indéterminées et raisonnement.** Les notions indéterminées sont celles qu'il est difficile de définir et c'est là ce qui crée un lien particulier entre ces notions et le mode de raisonnement. La remarque n'est pas nouvelle. Certains auteurs ont noté que le fait que les emprunts à l'économie ne puissent pas consister en des définitions est précisément ce qui a pour effet de « favoriser un nouveau style de raisonnement »[1]. C'est parce que le recours à l'économie ne s'insère ni commodément ni exactement dans les textes qu'il introduit un élément perturbateur par rapport à ce que serait un raisonnement purement juridique[2]. Le jeu entre les concepts juridiques et économiques – entendu au sens où Michel van de Kerchove et François Ost parlent de « mouvement dans un cadre » ou encore de « non-coïncidence »[3] – ouvre, si l'on ose dire, une brèche dans le droit, au sein de laquelle prend place le coin du raisonnement économique[4]. Les difficultés de traduction déjà évoquées[5] obligent le juge à s'intéresser non seulement aux notions économiques, mais aussi à leur contexte argumentatif

---

[1] J. SHAPIRA, « Concepts économiques et droit européen », *J.D.I.*, 1972, pp. 5-16, p. 5. L'auteur distingue parmi les liens entre droit et économie, d'une part, ceux qui caractérisent le droit commercial et qui consistent en des « références limitées du droit à l'économie, ces recours n'ayant pour objet ni de susciter de nouveaux concepts, ni de favoriser un nouveau style de raisonnement, mais simplement d'alimenter la discipline réceptrice à l'occasion d'une difficulté » et, d'autre part, ceux qui caractérisent le droit économique où l'« on assiste à une véritable intégration mutuelle. Chaque discipline apporte sa contribution au raisonnement commun ». L'auteur poursuit en précisant l'apport de chaque discipline : « l'économie fournit l'objectif et le droit les méthodes ». Nous ne partageons pas son point de vue sur ce dernier aspect dans la mesure où, comme on l'a montré dans le chapitre 1 du premier titre, il ne nous semble pas exact d'affirmer que c'est l'économie qui fournit au droit ses objectifs. Par ailleurs, l'économie influe également sur la méthode, comme l'illustre la question du marché pertinent (*infra* chapitre 2 du présent titre). Sur le lien entre l'impossibilité de définitions strictes et la modification du mode de raisonnement du juge, V. également A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, préc., n° 19, p. 30.

[2] Le raisonnement purement juridique à propos des textes de droit de la concurrence n'est pas une hypothèse d'école. Lorsque, dans ses premières décisions d'application de l'article 81 CE, la Commission a identifié, en s'inspirant du droit allemand, une restriction de concurrence à une restriction de la liberté commerciale, elle a suivi un raisonnement que l'on peut qualifier de purement juridique, en définissant la restriction de concurrence en référence à une notion connue du droit (la liberté commerciale) et en procédant à l'examen, clause par clause, des contrats qui lui étaient soumis au regard de cette notion. Cette manière de procéder évince efficacement toute influence de l'économie.

[3] M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 1992, pp. 10-11. On peut remarquer que les termes employés par ces auteurs évoquent le jeu, au sens ludique et au sens mécanique. Cette double métaphore nous paraît éclairante pour saisir les rapports entre le droit de la concurrence et le raisonnement économique : le caractère économique des concepts légaux a pour conséquence qu'ils ne s'ajustent pas parfaitement au reste du droit (jeu au sens mécanique) et leur caractère indéterminé ouvre à l'économie l'espace de discussion juridique sur leur contenu (jeu au sens ludique dont l'enjeu est de déterminer le contenu de la notion).

[4] Plus généralement, sur l'inadaptation du modèle syllogistique de raisonnement à la pratique du juge en présence de notions à contenu indéterminé, J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *in Nouveaux itinéraires en droit : Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 495-506, n° 8, p. 500 et références citées.

[5] V. p.e. *supra* n° 224 et s.

en économie[1]. En ce sens, il paraît inévitable que le raisonnement, ou au moins certains de ses éléments, suivent les notions économiques dans leur migration vers le droit. Dans la logique de l'emprunt qu'appellent les notions indéterminées, le raisonnement est l'accessoire de la notion : c'est un élément de contexte qui permet de préciser le sens et les emplois de la notion empruntée[2]. Dans l'interprétation des notions économiques indéterminées, le raisonnement économique se situe donc toujours à l'arrière-plan de l'interprétation. À cet égard, une seconde précision s'impose. En effet, tant les notions indéterminées que le raisonnement économique entretiennent des liens particuliers avec la normativité. Or, il ne s'agit pas toujours du même type de normativité. Il faut donc clarifier cet aspect.

325. **Notions indéterminées et normativité.** Le Doyen Carbonnier remarquait que les notions à contenu indéterminé sont le reflet de la souplesse que le législateur a entendu ménager[3], notamment lorsqu'elles font référence à un « système normatif » autre que le droit[4]. Tel est bien le cas de la notion de concurrence. Celle-ci renvoie en effet à un « système normatif » économique, au sens de « système de règles » que le Doyen Carbonnier donne à cette expression. Ce renvoi résulte clairement des textes, qui interdisent les actions qui faussent « le jeu de la concurrence ». En effet, si les règles de ce jeu étaient définies par le seul droit, le texte reviendrait à dire « le droit interdit la violation du droit » et n'aurait aucune portée autonome. Pour que la prohibition des actions qui faussent le jeu de la concurrence ait un sens, malgré son imprécision, il faut donc supposer qu'il existe, en dehors du droit, des règles du jeu concurrentiel[5]. Implicitement mais nécessairement, le texte renvoie donc à des règles économiques du jeu. Ce sens de la normativité comme renvoi à des règles doit être distingué du sens rencontré dans la discussion sur les finalités du droit de la concurrence, et ce même si la distinction est délicate, sinon, en toute rigueur, impossible.

326. **Distinction nécessaire.** Lorsque les textes renvoient aux règles du jeu de la concurrence, ils renvoient à des règles *de fonctionnement* de l'économie et non à des fins. En d'autres termes, la bonne compréhension des textes fondamentaux du droit de la concurrence convoquerait davantage l'économie positive que l'économie normative. La distinction doit

---

[1] Pour un exemple de cette démarche, V. l'article de R. PRIEUR (alors chef adjoint du service de documentation à la Cour de justice des communautés européennes), « Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché », *RTD Com.*, 1960, pp. 501-540.

[2] V. le point de vue proche de A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, préc., n° 23, p. 38, et note 174.

[3] J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable en droit français de la famille », *in Les notions à contenu variable en droit, op. cit.*, pp. 99-112, p. 99.

[4] J. CARBONNIER, préc., p. 105.

[5] L'article 65 du traité CECA, qui visait le « jeu normal de la concurrence », était encore plus net à cet égard.

être faite, car ce n'est pas la même chose pour un juge de se référer aux finalités des règles de concurrence ou à une explication du mécanisme concurrentiel. Pour interpréter la notion de restriction de concurrence, le juge a moins besoin de normes (le droit les lui fournit) que d'une aide à la compréhension des phénomènes économiques réels visés par les normes juridiques[1].

327. **Distinction impossible.** Pour nécessaire qu'elle soit, la distinction est cependant extrêmement délicate. Comme cela a été souligné à maintes reprises, la composante positive et la composante normative sont inextricablement liées dans l'approche économique [2]. Du reste, les ouvrages de droit de la concurrence présentent conjointement des éléments d'analyse économique positive et normative[3]. Parce que cette distinction ne peut être faite rigoureusement, il a fallu envisager la compatibilité avec le droit des prémisses normatives du raisonnement économique[4]. L'absence d'incompatibilité qui a été démontrée implique que, même teintées d'une normativité propre, les explications économiques du fonctionnement de la concurrence ne sont pas inutilisables, en tant qu'explications, pour le juge.

328. La vraie difficulté ne tient donc pas à la légitimité de l'ouverture du juge à l'économie lorsqu'il cherche à interpréter la notion de restriction de concurrence. Elle tient à l'inexistence d'une théorie positive précise capable d'expliquer le processus concurrentiel de manière générale[5]. Cette observation rejoint un constat plus général déjà évoqué quant aux illusions sur lesquelles repose le droit instrumental : notre connaissance des mécanismes économiques

---

[1] Cet aspect retient l'attention des auteurs : G. CANIVET et M.-C. BOUTARD-LABARDE, *Droit français de la concurrence,* L.G.D.J. 1994, p. 2. Les auteurs notent : « [r]apport après rapport, le Conseil de la concurrence a expliqué que les atteintes à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle des agents économiques puisaient leur justification dans les bienfaits de l'économie de marché et *en a exposé les mécanismes et les effets* » (nous soulignons). De même, J. FAULL et A. NIKPAY (éds.), *The EC Law of Competition,* OUP 1999, n° 2.04, p. 62, affirment que de nos jours, la compréhension du fonctionnement des marchés (« *an understanding of how markets operate* ») est un prérequis de l'analyse concurrentielle. Déjà en ce sens, B. ASSO, « Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la Cour européenne de justice », *RTD Eur.*, 1976, n° 1, pp. 21-50 et n° 2, pp. 177-193, spéc. p. 31 ; « il est clair que l'interprétation des notions de cette nature [les notions économiques à contenu indéterminé] ne peut se faire sans entrer dans le domaine de l'appréciation économique. Qu'est-ce qu'un "marché stable", un "niveau de vie équitable", une "perturbation sérieuse", une "politique de conjoncture" ? Personne ne saura répondre à ces questions sans se former une idée sur les réalités économiques qui s'y rapportent ».

[2] D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, spéc. p. 19 et Chap. 15. Sur un ton plus polémique, B. MARIS, *Antimanuel d'économie*, préc., spéc. pp. 57-59 et p. 65, et référence citées.

[3] Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union Européenne*, 4ème édition, Litec 2002, n° 382 ; J. FAULL et A. NIPKAY (éds.), *op. cit.*, chap. 1 ; R. WHISH, *Competition Law,* Butterworth, 4ème éd., Londres, 2001 (présentation plus sommaire).

[4] *Supra* titre I, Chapitre 1.

[5] D. HAUSMAN, *op. cit.*, p. 49.

n'est pas assez solide pour que l'on puisse considérer que le droit, qu'il soit législatif, réglementaire ou jurisprudentiel, agit de manière intentionnelle sur la réalité en connaissant la situation vers laquelle il la fait évoluer[1]. En d'autres termes, même si les juges en charge d'appliquer le droit de la concurrence concevaient leur tâche comme consistant exclusivement à prêter leur concours à la réalisation de l'idéal concurrentiel, même si les finalités étaient bien définies et même s'ils connaissaient toute l'économie, leurs connaissances ne suffiraient pas à les guider dans leur mission. La science économique offre seulement différentes conceptions assez générales de ce qu'est la concurrence[2]. Il est donc nécessaire de présenter brièvement les principales conceptions qui s'offraient aux juges pour interpréter la notion de restriction de concurrence.

SECTION I. LES PRINCIPALES CONCEPTIONS DE LA RESTRICTION DE CONCURRENCE

329. S'il avait été possible de développer une conception purement juridique de la concurrence, le juge n'aurait pas eu besoin de s'intéresser à l'économie. Parce que la recherche d'une conception purement juridique de la restriction de concurrence est restée vaine (A), le juge n'a pu ignorer plus longtemps les conceptions économiques (B).

A. La recherche vaine d'une définition purement juridique de la restriction de concurrence

330. On a dit combien l'approche ordo-libérale avait été influente dans la conception du droit communautaire de la concurrence[3]. On a dit aussi que, dans cette conception, le but de la politique de concurrence est la protection de la liberté économique individuelle contre les excès du pouvoir économique[4]. Ce qui importe ici est que cette finalité donne aussi un critère de la restriction de la concurrence. Dans une perspective ordo-libérale, la restriction de

---

[1] Sur ce point, F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur : Trois modèles de justice », *in* P. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE et F. OST (dirs.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1983, pp. 1-70, spéc. pp. 17-18. V. aussi Ch. JAMIN, « Économie et droit », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF et Lamy, coll. « Quadrige », 2003, pp. 578-581, p. 579.

[2] Pour un récapitulatif des différentes conceptions de la concurrence, V. le tableau proposé par D. HILDEBRAND, « The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules : The European School », 2e éd. Kluwer 2002, pp. 180-181. L'économie offre aussi des analyses particulières de certains comportements, mais, dans la perspective retenue pour les présents développements, nous nous intéressons à ce qui peut aider le juge à interpréter la notion de restriction de concurrence en général.

[3] *Supra* n° 30 et s. et n° 96 et s.

[4] *Supra* n° 30, p. 23.

concurrence peut être définie comme une restriction de la liberté commerciale[1]. C'est ainsi que la restriction de concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE a pu être définie comme « l'engagement d'une partie à l'accord à se comporter d'une certaine manière sur le marché, ainsi limitant à l'égard des autres parties, qui peuvent ne pas être des concurrents, sa liberté d'action commerciale »[2]. On voit combien cette définition est large[3]. Tout engagement exclusif y est potentiellement inclus, puisque les contractants, en s'engageant l'un vis-à-vis de l'autre pendant une certaine durée, se privent concrètement de la possibilité de contracter avec d'autres[4]. Cette manière d'appréhender la restriction de concurrence a longtemps été privilégiée par la Commission, non sans donner lieu à de vives critiques[5]. En dépit du consensus assez large qui existe actuellement sur l'existence, voire la priorité, des finalités économiques poursuivies par les règles de concurrence, cette conception trouve encore des défenseurs. Ainsi Monsieur Marenco a-t-il proposé, il y a seulement quelques années, un plaidoyer en faveur de cette conception[6]. À notre sens, cette conception est pourtant indéfendable en droit positif, car ériger le critère de la liberté commerciale en critère principal de la restriction de concurrence revient à ignorer l'orientation des règles de concurrence vers l'intérêt des consommateurs, orientation dont nous avons montré qu'elle était reconnue par les juges[7]. Par ailleurs, cette conception déforme l'héritage ordo-libéral dont elle se réclame. En effet, la défense d'un critère juridique de la restriction de concurrence vise à évincer l'analyse

---

[1] V. VEROUDEN, « Vertical Agreement and Article 81(1) EC : The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.* 2003, pp. 525-575, p. 536.

[2] G. MARENCO, « La notion de restriction de concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes », *in Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 1217-1245, p. 1229.

[3] Il a été souligné que, dans le système mis en place par le règlement n° 17/62, adopter une définition simple et large de la restriction de concurrence permettait à la Commission de soumettre un grand nombre d'accords à l'article 81, paragraphe 1, CE et, partant, d'élargir son champ d'intervention quasi règlementaire exclusif au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE. V. p.e. B. HAWK, « System Failure : Vertical Restraints and EC Competition Law », *CML Rev*., 1995, pp. 973-989; V. VEROUDEN, *op. cit.*, p. 532 ; D. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 183 et s.

[4] Lorsque le contrat est exclusif, cela résulte du contrat lui-même. Lorsqu'il ne l'est pas, cela pourra résulter des besoins ou des moyens limités de l'une des parties. Sur ce point, V. C. BELLAMY et G. CHILD, *European Community Law of Competition*, 5ème éd., Sweet & Maxwell, Londres, 2001, n° 2-57, p. 75.

[5] La discorde entre la Cour et la Commission s'est cristallisée autour du traitement des restrictions verticales. Sur ce point, V. par exemple B. HAWK, *op. cit.*, spéc. p. 977. L'auteur qualifie de « butée » (*stubborn*) l'adhésion de la Commission à la définition de la restriction de concurrence comme restriction de la liberté économique. L'auteur résume de la manière suivante (p. 977-78) les reproches qu'il est possible d'adresser à cette définition : 1) inaptitude à déboucher sur des règles juridiques opératoires permettant d'identifier les accords anticoncurrentiels (absence de cadre analytique) ; 2) tension avec l'approche (micro)économique, qui propose un cadre analytique ; 3) tendance à favoriser les concurrents au détriment des consommateurs et de l'efficience ; 4) applicabilité à des stipulations contractuelles dépourvues d'effet anticoncurrentiel en un sens économique.

[6] G. MARENCO, « La notion de restriction de concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes », préc. L'auteur a effectué sa carrière au service juridique de la Commission, dont il a été le directeur général adjoint.

[7] Sur cette orientation, V. *supra* n° 165.

économique, tandis que, comme on l'a vu, les ordo-libéraux cherchaient à intégrer les approches économiques[1]. La défense d'une conception purement juridique de la concurrence est donc paradoxale.

331. **Démarche paradoxale.** La défense du critère de la liberté commerciale n'est pas seulement paradoxale d'un point de vue historique, elle l'est aussi d'un point de vue logique. Pour le montrer, il est nécessaire de restituer l'argumentation de Monsieur Marenco. Cet auteur considère que la question pertinente, lorsqu'on applique l'article 81 CE à des entreprises qui coopèrent entre elles, consiste à se demander « si leur accord tend à améliorer qualitativement ou quantitativement l'offre des produits ou services ou si, par contre, il tend à restreindre cette offre »[2]. À la nuance – importante – près relative à l'amélioration qualitative de l'offre, on retrouve le critère proposé par la doctrine économique : ce qui restreint la concurrence, c'est ce qui restreint l'offre[3]. Ce n'est donc pas trahir la pensée de l'auteur que de dire que, dans son analyse elle-même, le critère ultime de la restriction de concurrence est celui de l'intérêt des consommateurs, intérêt pour la qualité, la variété et les prix bas. Dans cette présentation, la restriction de l'offre apparaît donc comme un critère intermédiaire, lié à celui de l'intérêt des consommateurs et destiné à le mettre en œuvre. On peut observer que, pour qualifier un accord d'anticoncurrentiel selon le critère de restriction de l'offre, il faut en principe évaluer son effet sur les quantités offertes, ce qui suppose de raisonner sur l'impact de l'accord sur les différentes variables prises en compte par l'entreprise pour déterminer son offre[4]. Dès lors, on s'étonne que l'auteur retienne le critère de la « restriction de la liberté entrepreneuriale »[5] pour mettre en œuvre le critère de la restriction de l'offre. Il entreprend de démontrer que les deux critères sont équivalents. Outre que sa brève démonstration sur ce point n'emporte pas la conviction[6], la démarche elle-même paraît curieuse : puisqu'on a

---

[1] *Supra* n° 31.

[2] G. MARENCO, *op. cit.*, p. 1230.

[3] Pour une défense de ce critère dans une perspective économique tout à fait opposée à celle de Monsieur Marenco, T. MURIS, « The FTC and the Law of Monopolization », *Antitrust L. J.*, 2002, vol. 67, p. 693 (l'auteur, alors président de la *Federal Trade Commission*, développe une argumentation très fidèle à l'École de Chicago). Sur ce critère de la restriction de l'offre dans la jurisprudence américaine, E. M. FOX, « What is Harm to Competition ? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect », *Antitrust L. J.* 2002, vol. 70, pp. 371-411. L'auteur relativise l'économisme qu'implique ce critère.

[4] C'est l'analyse à laquelle se livrent les juridictions américaines. V., sur ce point, E. FOX, *op. cit.*

[5] G. MARENCO, *op. cit.*, p. 1230.

[6] Elle tient pour l'essentiel en deux phrases, qui nous semblent relever davantage de l'affirmation que de la démonstration : « [l]e critère de la restriction de la liberté entrepreneuriale des parties se prête parfaitement à déterminer cette tendance [à la restriction de l'offre]. Lorsque l'initiative commerciale de l'entreprise est retreinte par sa propre promesse, l'accord empêche l'arrivée sur le marché d'une offre potentielle. En revanche,

identifié un critère (économique), pourquoi chercher à le remplacer par un autre (juridique) ? Pourquoi enfin rapporter la légitimité de ce critère juridique à l'analyse économique en disant qu'il est équivalent au critère économique, par ailleurs rejeté comme attentatoire à la sécurité juridique[1] ?

332. **Explications de la démarche.** À cette démarche curieuse paraissent correspondre deux explications. La première tient à une adaptation de la stratégie argumentative à l'esprit du temps et à un auditoire convaincu de la pertinence de l'économie pour la mise en œuvre du droit de la concurrence[2]. L'auteur consent à sacrifier à la rhétorique économique dominante pour défendre un critère blâmé de longue date pour sa contrariété avec l'approche économique. La seconde explication est livrée par l'auteur lui-même. Elle repose sur la crainte que le recours à l'analyse économique – recours inévitable si la réduction de l'offre est le critère de la restriction de concurrence – ne conduise tout droit à sacrifier la sécurité juridique[3]. L'approche proposée vise donc à conjurer le spectre d'« un chèque en blanc aux économistes » tout en affichant un certain modernisme.

333. **Critique.** Pour repousser l'analyse économique hors de la notion de restriction de concurrence, l'auteur s'appuie sur deux arguments. Le premier est un argument systémique : le choix d'une économie libérale, par opposition à une économie centralisée, serait incompatible avec des règles de droit qui priveraient les entreprises de la compétence de prendre des décisions commerciales ordinaires. Pour cette raison, les règles de concurrence ne

---

on doit penser que les clauses de l'accord qui ne restreignent pas la liberté d'action des parties visent à organiser une offre supplémentaire ». *Ibid.*

[1] Curieusement, l'auteur part de la thèse économique sur les finalités de la concurrence en affirmant que « la finalité des règles de concurrence est de promouvoir une meilleure allocation des ressources » (*op. cit.*, p. 1229). Il entreprend ensuite de légitimer la définition juridique qu'il propose en disant que, si cette définition leur est incorporée, les règles conduiront à l'efficience (allocative). Toutefois, la démonstration offerte sur ce point n'emporte pas davantage la conviction, car elle repose sur une confusion qui consiste à assimiler l'évolution vers une meilleure allocation des ressources et la hausse de la production. Or, on l'a vu (*supra* Chap. 1), si la plus grande efficience allocative coïncide avec la maximisation de la richesse, la richesse n'est pas la production : c'est la production *à un niveau de prix donné*. L'assimilation revient donc à évincer de l'analyse la dimension essentielle des prix. Dès lors, démontrer que le critère juridique de restriction de la liberté commerciale permet d'inclure dans le champ de la prohibition des ententes les accords qui restreignent la production ne constitue pas même un commencement de démonstration de l'idée selon laquelle l'interprétation juridique de la notion de restriction de concurrence comme restriction de liberté commerciale serait congruente avec l'objectif d'efficience allocative du droit de la concurrence.

[2] En ce sens, E. FOX, *op. cit.*, pp. 371-411 : « "Consumer welfare" and "output limitation" became words that anchored the conversation of antitrust ; they became necessary to the antitrust discourse ». La remarque est formulée à propos des États-Unis à partir des années 1980, mais elle vaut aussi, avec un décalage temporel et dans une moindre mesure, en Europe.

[3] G. MARENCO, *op. cit.*, p. 1231.

devraient pas « influencer le contenu des décisions entrepreneuriales »[1]. Cet argument se disqualifie, selon nous, par le glissement qu'il opère entre la *compétence* pour prendre les décisions commerciales (attribuée dans un système libéral aux entreprises et non à un organe de planification) et le *contenu* de ces décisions. La distinction doit pourtant être faite. En effet, il n'est guère contestable que les règles de concurrence n'ont pas pour objet et ne doivent pas avoir pour effet de modifier la répartition des compétences entre l'État-régulateur et les entreprises, répartition inhérente à une économie décentralisée[2]. En revanche, il nous paraît très discutable d'affirmer que les règles de concurrence ne modifient pas le contenu des décisions prises par les acteurs économiques. L'interdiction des ententes sur les prix a au contraire pour but d'influer sur le contenu des accords entre entreprises, notamment par la menace d'amendes très élevées. Par ailleurs, l'argument systémique prouve trop. À le suivre, on serait conduit à considérer que toute règle de droit relative à l'ordre public de protection, par exemple l'article 1131 du Code civil, qui frappe de nullité les contrats ayant une cause illicite ou immorale, serait antinomique avec un système d'économie de marché[3]. Cela ne peut être soutenu. Même dans une économie de marché, les entreprises qui prennent des décisions apparemment autonomes ne les prennent qu'« avec un collier », selon l'expression employée par le Doyen Carbonnier à propos de l'article 1134 du Code civil[4]. Les règles de droit sont par nature des règles de comportement, qui visent à orienter les actions individuelles dans un sens jugé favorable à l'intérêt général. L'existence de telles règles ne saurait donc être considérée comme contradictoire avec une économie décentralisée, qui ne peut être une économie sans droit. Le premier argument invoqué pour évincer l'analyse économique ne peut donc être accepté.

---

[1] *Ibid.*

[2] Nous empruntons l'expression d'État régulateur à J.-D. MAJONE, *L'Union européenne, un État régulateur*, Paris, Montchrestien, 1995. En revanche, les règles de concurrence ont un effet sur l'organisation des entreprises, F. JENNY, « L'influence du droit européen de la concurrence et des concentrations sur la structure et le fonctionnement des sociétés », *RJC*, 2001, pp. 501-574.

[3] Même les auteurs qui critiquent la jurisprudence faisant de la cause un instrument de contrôle par le juge de l'équilibre des contrats ne vont pas si loin. Dans sa recension très détaillée du débat doctrinal sur cette jurisprudence, le professeur Ghestin ne mentionne pas cet argument. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 265 et s., p. 180. Sur la composante d'ordre public dans le droit des contrats, V. déjà G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény,* T. II , Sirey, 1935, pp. 347-353, spéc. n° 4, p. 349-350. Plus récemment, M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 411, préf. J. GHESTIN.

[4] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 1978, p. 360, cité par M. GERMAIN, « Pluralisme et droit économique », *APD*, 2005, pp. 235-242, p. 235.

334. Le second argument avancé pour repousser le spectre d'une appréciation économique de la restriction de concurrence est un argument de texte utilisé *a contrario*. Il consiste à faire valoir que le législateur n'a pas entendu accorder une place essentielle à l'analyse économique, sans quoi il aurait simplement prohibé toute restriction de concurrence, ce qui aurait, selon l'auteur, été contraire à la plus élémentaire sécurité juridique[1]. Au lieu de cela, le législateur a pris la peine de distinguer différents types de pratiques et les conditions dans lesquelles elles sont interdites. Incontestablement, la remarque textuelle est fondée. Sa valeur paraît cependant limitée. Comme on l'a vu, la Cour a très tôt jugé que les articles 81 et 82 CE visent tous deux le même objectif de maintien d'une concurrence effective[2]. En outre, comme l'a souligné le président Vesterdorf, les articles 81 et 82 CE sont clairement des règles à texture ouverte (selon ses termes : « *open ended provisions* ») et se ramènent tous deux pour l'essentiel à la question unique suivante : « l'accord, le comportement ou l'opération de concentration en cause restreint-il significativement la concurrence ? »[3].

335. Dès lors, considérer, comme le fait l'auteur, que la sécurité juridique tient dans les distinctions opérées par le texte du traité est pure illusion. La nostalgie de la sécurité juridique garantie par les textes n'a pas le pouvoir de rendre ceux-ci plus précis qu'ils ne le sont. Comme on l'a dit, la sécurité juridique nécessite avant tout la cohérence de l'approche de la restriction de concurrence au-delà de la diversité des incriminations[4]. Or, dès lors qu'une approche économique a été adoptée pour appliquer l'article 81 CE, cette cohérence ne peut plus être recherchée en tournant le dos à l'économie[5]. La volonté de développer une approche purement juridique bute sur des exigences elles-mêmes juridiques, la cohérence et la sécurité. Il est du reste significatif que, à ce stade de son argumentation, l'auteur quitte le registre du constat textuel pour celui de la prescription normative en affirmant que « le législateur *doit* poser des règles qui, pour être motivées par une réflexion économique, soient exprimées en termes susceptibles d'application judiciaire. Il *doit* donc identifier les phénomènes qui tendent

---

[1] On peut noter qu'une telle interdiction générale correspond précisément à ce que recommande le juge Posner au législateur dans la deuxième édition de son ouvrage. R. POSNER, *Antitrust Law*, 2e éd., University of Chicago Press, Chicago, 2001, p. 260. L'auteur propose que la loi interdise simplement les « pratiques anticoncurrentielles déraisonnables » (*unreasonably anticompetitive practices*).

[2] Arrêt de la Cour du 21 février 1973, Continental Can/Commission, 6/72, Rec. p. 215, point 25.

[3] B. VESTERDORF, « Economics in Courts : Reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition law regime », *in* M. JOHANSSON, N. WAHL, et U. BERNITZ, (éds.), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg : A European for all seasons*, Bruxelles, Bruylant, 2006, à paraître, pp. 505-524, p. 512 (nous traduisons).

[4] *Supra* n° 320.

[5] E. ROUSSEVA, « Modernizing by Eradicating: How the Commission's New Approach to Article 81 EC Dispenses with the Need to Apply Article 82 to Vertical Restraints », *CML Rev.*, 2005, pp. 587-638, *passim*.

à altérer le jeu concurrentiel qu'il entend préserver »[1]. À cela on répondra qu'à l'impossible nul n'est tenu, pas même le législateur. Le raisonnement implicite de l'auteur semble être le suivant : le législateur doit être précis, donc les précisions des textes sont suffisantes. Ce volontarisme ne saurait convaincre et il faut conclure sur ce point que l'auteur ne démontre pas pourquoi, au-delà de sa conviction que cela doit être, l'analyse économique devrait être refoulée de la qualification de restriction de concurrence. En somme, aucun des arguments avancés pour écarter toute appréciation économique lors de l'application de la notion de restriction de concurrence n'emporte la conviction.

336. **Échec.** On observe en outre que la proposition échoue à satisfaire le but que s'était proposé l'auteur. Le critère purement juridique de la restriction de la liberté entrepreneuriale ne parvient pas à évincer complètement l'analyse économique. Comme l'auteur lui-même l'envisage, le danger du critère proposé est que la sécurité juridique supérieure qu'il offre se paie d'une propension à couvrir des comportements qu'il ne paraît pas souhaitable de réprimer[2]. Le critère est ainsi trop large. Il doit donc être complété par un second examen, destiné à déterminer si la restriction de concurrence constatée est raisonnable. L'analyse économique, explique l'auteur, peut servir dans le cadre de cette seconde phase. On est alors en droit de se demander quelle sécurité juridique apporte un critère qui conduit à trop interdire, à moins d'être complété par une analyse économique, qui, sauf transmutation inexpliquée, ne sera pas moins attentatoire à la sécurité juridique si elle est appliquée dans un second temps que si elle l'avait été d'emblée. La tentative de se passer entièrement de l'analyse économique pour qualifier une pratique de restriction de concurrence se solde donc par un échec d'un point de vue théorique. Il ne pouvait en être autrement dès lors que les prémisses de l'approche économique, relatives aux finalités de la concurrence, étaient acceptées, à juste titre, comme point de départ de l'analyse juridique.

337. **Conclusion.** Cette discussion démontre que le critère de la restriction de la liberté commerciale n'est certainement pas équivalent à un critère de restriction de l'offre, qui est un critère rattachable à l'intérêt des consommateurs. Plus généralement, dès lors que la protection de la liberté économique n'est pas le seul objectif des règles de concurrence, elle ne

---

[1] G. MARENCO, *op. cit.*, p. 1231 (nous soulignons).

[2] L'auteur lui-même envisage cette critique (p. 1236 et s.). C'est en effet l'argument régulièrement avancé contre ce critère. En ce sens, D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules*, *op. cit*, p. 184.

peut pas non plus en être le seul critère. Il faut donc nécessairement se tourner vers les conceptions économiques pour tenter d'en dégager d'autres.

B. Les conceptions économiques de la restriction de concurrence

338. Plusieurs conceptions économiques de la concurrence existent. À l'époque où les juges ont dû commencer à appliquer les articles 81 et 82 CE, ils pouvaient avoir connaissance – et on verra qu'ils avaient connaissance – de la théorie de la concurrence parfaite (1) et de la théorie de la concurrence imparfaite (2). Est ensuite apparue la conception structuraliste (3), dont les enseignements ont eu une influence durable sur la jurisprudence. En revanche, les conceptions de l'École de Chicago (4) ont eu un écho moindre en Europe qu'aux États-Unis. Quant aux théories les plus récentes, qui mettent l'accent sur l'analyse stratégique (5), elles n'ont encore à ce stade que peu été prises en considération. Il convient de présenter brièvement ces différentes conceptions.

1. La restriction appréciée par rapport à la concurrence parfaite

339. **Définition économique possible de la restriction de concurrence.** Il est *a priori* possible de tirer de l'économie une définition simple de la notion de restriction de concurrence. Il semble en effet de bonne logique pour définir cette notion de rechercher un point de référence à l'aune duquel les « restrictions » pourraient se mesurer. On remarquera que c'était la démarche de l'École ordo-libérale, qui concevait la restriction de concurrence comme un écart par rapport à la « concurrence complète »[1]. Le modèle de la concurrence pure et parfaite fournit précisément une telle référence. On peut même affirmer qu'il est construit pour cela. En effet, un marché en concurrence pure et parfaite est défini par quatre conditions dont la réalisation *garantit* « l'isolement stratégique » des agents qui y opèrent, c'est-à-dire une situation de pure concurrence entre eux[2]. L'idée d'apprécier les restrictions de

[1] V. VEROUDEN, *op. cit.* p. 536.

[2] J. GABSZEWICZ, *La concurrence imparfaite*, La Découverte, coll. « Repères », Paris, 2003, p. 3. Les quatre conditions sont : 1) l'atomicité de l'offre et de la demande, c'est-à-dire un nombre suffisant d'offreurs et d'acheteurs pour qu'aucun d'entre eux ne puisse influencer le prix auquel l'échange sera effectué ; 2) l'absence de barrière à l'entrée sur le marché – cette condition garantit que, tant que l'entrée sur le marché est profitable, elle aura lieu ; 3) l'homogénéité des biens – cette condition fonde l'unicité du prix ; en effet, les acheteurs d'un bien parfaitement homogène n'ayant pas de préférence pour un vendeur plutôt qu'un autre achèteraient tous chez le vendeur offrant le meilleur prix si tous les vendeurs n'affichaient pas le même prix ; 4) l'information parfaite sur les prix – cette condition garantit aussi l'unicité du prix, puisqu'un écart de prix serait aussitôt repéré et exploité par les acheteurs, entraînant un report de la clientèle vers le vendeur qui offre le meilleur prix, obligeant tous les vendeurs à s'aligner. *Ibid.*

concurrence au moyen de cet étalon n'a donc rien d'absurde[1]. Pour autant, la démarche se heurte à plusieurs écueils[2].

340. **Difficultés.** Les difficultés sont à la fois d'ordre pratique, conceptuel et logique. Du point de vue pratique, la difficulté tient, de manière évidente, au manque de réalisme du modèle. De l'avis général, la notion de concurrence pure et parfaite est éloignée de la réalité. Cela n'empêche pas qu'on lui concède tout aussi généralement des vertus pédagogiques et heuristiques[3]. En revanche, le manque de réalisme constitue une difficulté véritable si l'on envisage de prendre le modèle comme référence pour l'application des règles de concurrence à des situations réelles. En effet, considérer que toute situation qui s'écarte du modèle constitue une violation des règles de concurrence reviendrait à assimiler la plupart des situations de l'économie réelle à autant de violations du droit, ce qui serait à l'évidence inacceptable. D'un point de vue conceptuel, la difficulté vient d'une lacune de la théorie de la concurrence parfaite. Celle-ci donne une vision statique de la concurrence et ne permet donc pas de rendre compte du processus concurrentiel lui-même[4]. En ce sens, « le modèle dénature (…) complètement le concept de concurrence en réduisant pratiquement à néant la notion de rivalité »[5]. D'un point de vue purement logique, l'écueil réside dans la distinction entre condition nécessaire et condition suffisante. Les conditions de la concurrence pure et parfaite

---

[1] En ce sens, J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, préc., p. 238. J. M. CLARK, dans son célèbre article sur la notion de concurrence praticable, envisage cette possibilité sans hostilité de principe : « [c]e qui nous reste est un standard irréel ou idéal [la concurrence parfaite], qui peut servir de point de départ à l'analyse et de norme à laquelle comparer les conditions réelles de concurrence. Il a aussi été utilisé comme standard par rapport auquel les juger. Je ne conteste pas l'usage approprié de ce standard en tant qu'idéal. Cependant, il semble qu'il ait parfois conduit à des résultats critiquables en ce qu'il ne fournit pas d'indications fiables sur les facteurs favorables à l'émergence dans les conditions réelles d'une situation la plus proche possible de l'idéal. » J. M. CLARK, « Toward a Concept of Workable Competition », *AER* juin 1940, pp. 241-256, à la page 241 (nous traduisons). À la question de savoir si le modèle de concurrence parfaite ou la théorie de la concurrence imparfaite était plus utile pour comprendre le fonctionnement de l'économie américaine, 57,5 % des économistes américains interrogés répondaient au début des années 1990 que le modèle de la concurrence parfaite était le plus utile (dont 32,3 % sous réserve). R. M. ALTON, J. R. KEARL, M.B. VAUGHAN, « Is There a Consensus Among Economists in the 1990's ? », *AER*, mai 1992, n° 2, pp. 203-209, cité par F. SOUTY, « Science économique et politique de la concurrence : consensus et divergences entre économistes américains », *Rev. conc. conso.*, n° 71, janv.-fév. 1993.

[2] L'expérience allemande atteste ces difficultés. D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 307-308. L'auteur expose que dans la conception ordolibérale qui prévalait, les entreprises dominantes devaient être soumises à l'obligation de se comporter *comme si* elles agissaient dans un marché *parfaitement concurrentiel*. Il suggère que le caractère impraticable de cette conception est l'une des raisons pour lesquelles l'autorité allemande de concurrence n'a quasiment pas mis en œuvre cette disposition pendant plus d'une décennie après l'adoption de la loi. Ce n'est qu'à la faveur d'un changement dans le référentiel économique servant à l'interpréter que la pratique décisionnelle et la jurisprudence allemande se sont développées.

[3] M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1982, p. 8.

[4] M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 30, p. 32, et références citées.

[5] M. GLAIS et Ph. LAURENT, *op. cit., loc. cit.*

sont des conditions suffisantes et non des conditions nécessaires[1]. Dès lors, si l'on compare une situation réelle au modèle et que l'on constate un écart, on ne peut logiquement en déduire aucune restriction de concurrence. Le fait que des conditions suffisantes de la concurrence ne soient pas remplies est compatible avec la possibilité que la concurrence soit quand même présente[2].

341. Pour éviter cet écueil, on pourrait être tenté de s'écarter de la rigueur logique et de procéder par approximation. Cela conduirait à dire que plus une situation réelle présente des caractéristiques qui la rapprochent des conditions de la concurrence pure et parfaite, plus elle est concurrentielle. Cependant, cette variante du raisonnement achoppe elle-même sur un écueil. En effet, il a été démontré que, si une situation s'écarte de l'une quelconque des conditions de la concurrence parfaite, la proximité des autres conditions ne garantit pas, loin s'en faut, un résultat « assez proche » du résultat efficace de la concurrence parfaite[3]. Pire qu'un écueil, ce résultat constitue donc un obstacle dirimant pour le raisonnement qui repose sur une comparaison des conditions réelles de concurrence avec les conditions théoriques de la concurrence parfaite.

342. **Échappatoire.** Dès lors, la seule issue, si l'on souhaite que la concurrence parfaite serve d'étalon pour l'appréciation des situations réelles, est de considérer que ce ne sont pas les *conditions* de la concurrence parfaite qui peuvent constituer un référentiel, mais le *résultat*. Dans cette perspective, on qualifie d'infraction aux règles de concurrence un écart significatif avec le résultat (en termes de prix et de quantité) auquel aurait dû conduire la concurrence si elle avait été parfaite. C'est donc au terme d'un raisonnement contrefactuel que l'on détermine si la concurrence est restreinte[4]. Cependant, cette démarche ne va pas sans rencontrer d'autres écueils. En effet, elle suppose non seulement de s'accorder sur ce qu'est un écart significatif, ce qui constitue une difficulté d'un type familier pour les juges, mais surtout de définir une mesure de la distance qui sépare une situation réelle de la situation idéale. La mesure qui semble la plus naturelle à un économiste est l'écart entre le prix réel et le prix de concurrence pure et parfaite. Si, d'un point de vue théorique, la proposition est

---

[1] *Supra* note 2, p. 258.

[2] C'est précisément la différence entre des conditions suffisantes et des conditions nécessaires et suffisantes.

[3] R. G. LIPSEY et K. LANCASTER, « The General Theory of Second Best », *Review of Economic Studies*, 1956, pp. 11-32. Les auteurs de cet article célèbre formalisent ce résultat, mais l'idée sous-jacente est plus ancienne. On la trouve déjà dans J. M. CLARK, « Toward a Concept of Workable Competition », *AER*, juin 1940, n° 2, pp. 241-256, à la page 242.

[4] Sur la pratique de ce raisonnement par le juge, V. *infra* n° 397 et n° 417.

cohérente, il demeure qu'elle se heurte à des difficultés de mise en œuvre certaines, notamment en raison de la nécessité de mesurer les coûts[1]. Comme cela a été dit, de telles difficultés sont de nature à justifier une attitude réticente de la part du juge à l'encontre du raisonnement d'ensemble[2].

343. Ces difficultés ne sont pas étrangères à la recherche d'une conception plus opératoire de la concurrence, connue sous le nom de théories de la concurrence imparfaite. Dans les développements qui suivent, il ne saurait être question de présenter ces théories dans leur ensemble, tant il s'agit d'une « mosaïque complexe encore en pleine phase d'élaboration »[3]. Pour s'en tenir à des références plus anciennes, qui ont pu influencer les juges dans l'interprétation initiale de la restriction de concurrence, on se limitera à présenter les notions de concurrence praticable et de concurrence efficace, qui sont moins des théories que des référentiels souples.

2. Les référentiels souples de la concurrence praticable et de la concurrence efficace

344. **Annonce.** Les expressions de concurrence praticable et de concurrence efficace sont parfois tenues pour synonymes[4]. En réalité, ces deux notions ont été successivement développées par un même auteur et la seconde représente une inflexion théorique par rapport à la première. Tandis que la concurrence praticable est une tentative visant à adapter le référentiel de la concurrence parfaite, la concurrence efficace intègre une conception schumpétérienne étrangère à la théorie de la concurrence parfaite. Les deux notions seront présentées, puis on s'attachera aux implications de la première – qui a surtout retenu l'attention – sur le raisonnement du juge.

---

[1] Outre que le prix réel peut ne pas être unique, il faut, pour calculer le prix qui prévaudrait en concurrence parfaite sur un marché, recourir à une série d'hypothèses et de calculs. Il faut ainsi « paramétrer » le modèle de concurrence parfaite avec des données empiriques, c'est-à-dire construire à partir des hypothèses de la concurrence parfaite un modèle particulier pour le cas d'espèce, qui prend en compte les coûts de production et les autres paramètres nécessaires, lesquels doivent au préalable avoir été observés.

[2] *Supra* n° 292 et s. et H. HOVENKAMP, « The Rationalization of Antitrust » (recension de l'ouvrage de R. POSNER, *Antitrust Law,* University of Chicago Press, Chicago, 2nde éd., 2001), *Harvard L. Rev.,* 2003, pp. 917-944, p. 923. L'auteur considère cette réticence justifiée de manière générale, sans adopter explicitement le point de vue du juge.

[3] J. GABSZEWICZ, *La concurrence imparfaite*, La Découverte, coll. « Repères », Paris, 2003, p. 6. Le point commun de ces théories est d'explorer l'hypothèse que l'une ou plusieurs des conditions de la concurrence parfaite ne sont pas réunies.

[4] Tel est le cas dans certains arrêts de la Cour *infra* n° 389. C'est ce qui explique que les ouvrages de droit de la concurrence ne fassent pas non plus toujours la distinction. M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *Commentaire Mégret*, T. 4, 1997, n° 18, p. 24 ; J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, préc., p. 239 et s. ; R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Publisud, 2002, T. 1, p. 19.

345. **Concurrence praticable.** La notion de concurrence praticable est associée à J. M. Clark[1]. Le point de départ de cet auteur réside dans le constat suivant : le modèle de concurrence parfaite n'est pas susceptible de fournir des indications pratiques sur le type de comportement qu'il convient d'encourager ou, au contraire, de réprimer pour parvenir au résultat souhaité d'allocation optimale des ressources[2]. L'auteur ne cherche pas à rompre sur un plan théorique avec la théorie de la concurrence parfaite[3], mais à poser des jalons pour une utilisation concrète de la théorie, quitte à la modifier un peu. La concurrence parfaite se caractérise par quatre conditions peu réalistes et ne dit rien des hypothèses dans lesquelles l'une au moins de ces conditions n'est pas satisfaite. En outre, comme il a été dit, rien ne permet de penser que, lorsqu'une condition fait défaut, la réalisation de l'une des trois autres soit de nature à améliorer la situation. Il est fort possible au contraire que la réalisation des autres conditions devienne positivement un inconvénient pour la concurrence[4]. Dès lors, dans certaines hypothèses, parvenir à un résultat satisfaisant supposera une certaine imperfection au regard non d'une seule mais de plusieurs des conditions de la concurrence parfaite[5]. C'est cette meilleure combinaison possible d'imperfections que Clark appelle la concurrence praticable. La concurrence praticable est donc, par essence, une question de degré[6]. C'est aussi une affaire de typologie.

346. **Typologie.** La nécessité d'établir une typologie procède directement de la démarche d'adaptation de la concurrence parfaite. Puisque, par hypothèse, les conditions de la concurrence parfaite ne sont pas réunies, c'est du point de vue du résultat du processus concurrentiel qu'une situation de concurrence imparfaite peut être dite la meilleure possible[7]. Or, ce résultat dépend d'au moins une dizaine de facteurs identifiés par Clark d'après les travaux de Chamberlain[8] : le caractère plus ou moins standardisé des produits, le nombre et la

---

[1] J. M. CLARK, « Toward a Concept of Workable Competition », *AER*, juin 1940, n° 2, pp. 241-256.

[2] *Supra* note 3, p. 259.

[3] D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in Competition Rules*, 2nde éd. Kluwer Law International, 2002, p. 123 et références citées.

[4] V. *supra* n° 341.

[5] J. M. CLARK, *op. cit.*, p. 242: « a *workably satisfactory result* may depend on achieving some degree of "imperfection" in these other (...) factors » (nous soulignons).

[6] J. M. CLARK, *op. cit.*, p. 246.

[7] Comme le plus souvent en économie, l'auteur ne spécifie pas quel résultat est attendu du processus concurrentiel. Sur ce point, V. *supra* n° 110.

[8] J. M. CLARK, *op. cit.*, p. 244.

distribution par taille des producteurs[1], la méthode de détermination des prix[2], la méthode de distribution[3], la nature et la circulation de l'information, la distribution géographique de la production et de la consommation, le degré de contrôle sur la production à un moment donné[4], la présence d'économies d'échelle, l'importance des variations de prix de court terme en fonction des variations de la production, la flexibilité de l'outil de production, facteurs auxquels il faudrait ajouter le caractère plus ou moins durable des biens ou encore la présence de coûts séparables[5]. Diverses combinaisons possibles de ces caractéristiques permettent de dresser une typologie des formes de concurrence[6]. Selon le type de concurrence, les différents facteurs de concurrence ne jouent pas le même rôle. Par exemple, l'incertitude sur les prix joue un rôle plus important en présence de biens standardisés produits par un petit nombre d'offreurs. Dans de telles circonstances, la concurrence praticable est atteinte par une diminution de la transparence tarifaire (donc un éloignement supplémentaire par rapport à l'une des conditions de la concurrence parfaite)[7]. Dans d'autres circonstances, ce que les économistes appellent discrimination et ce que le droit qualifie de pratique de prix différents ou de conditions différentes pour des prestations équivalentes[8] ne sera pas nécessairement contraire à la concurrence praticable[9].

347. **Concurrence efficace.** La concurrence praticable n'est, de l'avis d'un certain nombre d'économistes, pas une véritable théorie, certains la qualifiant même d'« auberge espagnole »[10]. De fait, il s'agit moins d'une théorie que d'une typologie. Clark lui-même a pris ses distances avec cette conception. En 1961, critiquant ses propres travaux antérieurs,

---

[1] La « distribution » se réfère à la question de savoir s'il y a beaucoup de petits producteurs ou bien quelques gros producteurs et beaucoup de petits ou bien encore quelques gros producteurs et aucun petit, etc.

[2] Le prix peut être déterminé par la mise sur le marché d'une certaine quantité, fixée par le vendeur, ou bien encore il peut résulter d'une procédure d'enchère.

[3] Vente directe, distributeurs agréés, revendeurs, par correspondance, etc.

[4] Selon que la production est ou non possible tout au long de l'année.

[5] J. M. CLARK, *op. cit.*, p. 246.

[6] Clark distingue la concurrence pure, qui peut être parfaite ou imparfaite, de la concurrence « monopolistique » (au sens large, n'impliquant pas la présence d'un monopole), laquelle se décline elle-même en de nombreuses sous-catégories.

[7] J. M. CLARK, *op. cit.*, p. 249. Sur la transparence tarifaire en droit positif, voir J.-J. BIOLAY, « Transparence tarifaire et pratiques relatives aux prix – organisation de la concurrence par les prix », *J. Cl. Concurrence et consommation*, fasc. 285, n°58 et s.

[8] Sur les difficultés de traduction associées à ces termes, *supra* n° 232 et s.

[9] J. M. CLARK, *op. cit.*, p. 250.

[10] M. GLAIS et Ph. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence,* Paris, PUF, 1983, p. 10 ; V. aussi R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Publisud, 2002, T. I. p. 492 et s. *Adde :* D. CAYLA, *La théorie de la concurrence monopolistique (1926-1940), un programme inachevé ?*, Mémoire de DEA (épistémologie économique) Paris I, 2001.

l'auteur a proposé de substituer à la notion de « concurrence praticable » (*workable competition*) la notion de « concurrence efficace » (*effective competition*), qui ne se réfère plus de manière statique uniquement à la structure de la concurrence, mais à un modèle dynamique de concurrence intégrant l'idée schumpétérienne de destruction créatrice mettant l'accent sur l'innovation[1]. Dans la concurrence praticable, les imperfections de concurrence ne sont pas absolues. Elles sont relatives les unes aux autres et à la structure du marché. Elles restent néanmoins des imperfections. En revanche, dans la concurrence effective, les imperfections ne sont plus vues comme nécessairement néfastes, mais comme potentiellement nécessaires à l'innovation. Cette inflexion théorique importante n'a pas modifié l'enseignement général qui a été retenu des travaux de Clark.

348. **Enseignement général.** L'enseignement que l'on peut tirer de la première démarche de Clark est *a priori* une mauvaise nouvelle pour la sécurité juridique. En effet, il découle de cette approche qu'il n'est pas possible de donner de la notion de restriction de concurrence une définition générale applicable dans toutes les situations, car ce qui restreint la concurrence dans certaines conditions peut l'améliorer dans d'autres[2]. Autrement dit, la notion de restriction de concurrence aurait bien un contenu variable et le facteur de variation serait le type de concurrence. Une typologie fine des situations concurrentielles serait donc nécessaire aux autorités de concurrence comme au juge pour appliquer d'une manière économiquement raisonnable les règles de concurrence. La contribution de l'économie à la détermination de cette notion consisterait à préciser la typologie ainsi que les critères correspondant à chacune des formes identifiées. Une telle typologie des formes de concurrence, si elle avait pu être élaborée, aurait permis, selon un raisonnement casuistique, de préciser pour chaque type de concurrence de quel côté du bilan concurrentiel inscrire chacun des facteurs. Il faut cependant constater que ce projet de typologie est resté à l'état d'esquisse. Une typologie complète en fonction de tous les facteurs envisagés par Clark est certainement impensable[3]. C'est donc, au

---

[1] J. M. CLARK, *Competition as a Dynamic Process*, Brookings Institution, Washington D. C, 1961. Sur cette évolution de Clark, V. D. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 124 et s.

[2] Cet inconvénient de la notion de concurrence praticable a été souligné, y compris par des économistes, qui l'ont critiquée pour cette raison. Sur ce point, V. HILDEBRAND, *op. cit.* p. 124.

[3] L'espoir d'une typologie complète des formes de concurrence est du reste probablement un leurre, car une typologie qui prendrait en compte dix dimensions de la concurrence de manière systématique comporterait *a priori* 10 ! (factorielle 10), soit 3 628 800 rubriques. Toutefois, l'analyse empirique suggère que le nombre de situations réellement soumises aux autorités de concurrence est loin d'être aussi élevé. V., sur ce point, à propos des ententes, M. GLAIS, « Analyse typologique des ententes illicites soumises à l'appréciation des autorités de concurrence françaises et communautaires », *Revue d'Économie industrielle*, 1993, n° 63, pp. 45-83. Cet auteur distingue, à partir d'affaires dont ont été saisies les autorités de concurrence, quatre types de restrictions de

mieux, la démarche typologique qui mérite de retenir l'attention du juriste, ainsi que le mode de raisonnement qui y est associé[1].

349. **Raisonnement du juge.** Le message de Clark a deux implications pour le raisonnement du juge. La première est que la concurrence parfaite n'a pas d'utilité pratique pour appliquer le droit de la concurrence. La seconde est que, pour apprécier une restriction de concurrence, il faut raisonner à partir des caractéristiques de la concurrence. On verra que ce double message a été bien reçu par les juridictions communautaires[2]. Le modèle de raisonnement qui résulte implicitement de l'analyse de la concurrence praticable mérite d'être souligné. Dans ce modèle, l'autorité de concurrence ou le juge doit rapporter la situation concrète à un type de situation concurrentielle, ce qui l'autorise, dans une certaine mesure, à présumer le caractère nocif, bénin ou indifférent des comportements litigieux du point de vue de la concurrence praticable. Le rôle de l'analyse économique est donc de proposer des présomptions correspondant à chaque type de concurrence.

350. Un tel schéma de raisonnement a des implications sur le contrôle juridictionnel, auquel seront consacrés des développements ultérieurs[3]. Qu'il suffise ici de préciser que, si l'on suit le schéma de raisonnement de Clark, le contrôle du juge peut porter, d'une part, sur le bien-fondé des présomptions admises dans la décision soumise à son contrôle – la question qui se pose étant alors du type : « à quelles conditions relatives au produit et à la structure du marché peut-on présumer l'effet anticoncurrentiel d'une pratique ? ». Remarquons qu'il s'agit là de questions de droit, ce qui conduirait le juge, y compris le juge de cassation, à pénétrer au cœur de l'analyse économique théorique[4]. Le contrôle du juge peut, d'autre part, lorsqu'il exerce un contrôle en fait et en droit, porter sur l'application de la présomption en l'espèce – la question posée étant alors du type : « la situation concrète a-t-elle été rapportée au bon type de concurrence ? ». On le voit, l'apport potentiel de la concurrence praticable, telle que l'a analysée Clark, irait assez loin si la difficulté de compléter le programme de recherche qu'il a proposé pouvait être résolue.

---

concurrence au moyen d'ententes, chacun de ces types étant corrélé de manière significative à certaines caractéristiques structurelles du marché.

[1] Sur l'apport possible des typologies à la sécurité juridique, V. *infra* n° 827.

[2] *Infra* n° 396 et s. Il a aussi été relayé par la doctrine. V. p.e. P. PIGASSOU, « Les restrictions de concurrence », *D.*, 1982, chron. pp. 111-122, p. 116.

[3] *Infra* seconde partie titre II.

[4] Sur le contrôle des présomptions par le juge de cassation, V. *infra* n° 1047.

351. La conception structuraliste de la concurrence peut être considérée comme une tentative de réalisation et de simplification de ce programme. La filiation entre ces deux approches tient à l'attention portée aux conditions du marché et la simplification tient à l'accent mis sur un seul facteur, le degré de concentration.

3. La conception déterministe de l'École de Harvard

352. **Cadre général.** La conception dite structuraliste de la concurrence a été développée par l'École de Harvard. Celle-ci a légué à l'analyse économique un cadre d'analyse déterministe du fonctionnement d'un marché, appelé « paradigme *Structure-Conduct-Performance* » (« SCP »)[1]. L'idée sur laquelle ce cadre d'analyse repose est la suivante : la capacité d'une industrie à satisfaire les consommateurs (la *performance*) est déterminée par le comportement (*conduct*) des entreprises, lequel est à son tour déterminé par la structure du marché, cette structure dépendant de données de base comme la technologie et la demande d'un produit. Si ces hypothèses déterministes étaient vérifiées, il serait possible de prévoir la performance des entreprises d'un secteur sur la base de la structure de celui-ci[2]. Autrement dit, il serait raisonnable d'établir des présomptions d'atteinte à la concurrence à l'encontre des entreprises opérant dans des secteurs concentrés[3].

353. **Affinités et inflexion.** Dans cette première version, il existe une affinité indéniable entre la conception ordo-libérale et la conception structuraliste. L'une comme l'autre font du pouvoir de marché le principal danger[4]. L'une comme l'autre lient le pouvoir de marché au

---

[1] D. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 126. D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *Économie industrielle*, De Boeck, 1998, p. 373. Ces auteurs soulignent : « [l]'approche SCP de l'économie industrielle empirique aujourd'hui habituelle apparut comme une révolution lorsqu'elle fut introduite par E. S. Mason et ses collègues de Harvard ». Pour un ouvrage relativement récent reprenant la perspective de l'École de Harvard, voir, F. M. SCHERER, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, Houghton Mifflin, 1990. L'École de Harvard est aussi à l'origine d'outils de mesure de la concentration, notamment l'indice de concentration de Herfindahl-Hirschman (dit HHI), égal à la somme des carrés des parts de marché, ou encore l'indicateur de performance tiré de la marge prix-coût. Sur ces outils et leurs difficultés d'utilisation, V. D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *op. cit.*, p. 385 et s., et p. 394 et s. respectivement.

[2] En dépit des définitions de E. S. Mason citées plus haut, les études empiriques retiennent en effet une définition plus classique de la « structure » du marché comme de la « performance » des entreprises, et s'efforcent de mettre en relation le degré de concentration du marché avec la capacité des entreprises à dégager des profits supra-concurrentiels, considérés comme l'indice d'une mauvaise satisfaction des consommateurs. Sur ce point, V. D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *op. cit.*, pp. 374-397.

[3] Sur ce lien entre conception structuraliste et présomptions, L. BOY, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence », *RIDE*, 2005, pp. 27-50, p. 31.

[4] P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, n° 608, p. 509. D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 250.

degré de concentration[1]. Ces traits communs ne sont certainement pas étrangers à l'influence de la conception structuraliste en droit communautaire. Cette proximité ne doit cependant pas masquer le fait que la conception structuraliste représente une inflexion par rapport à la conception ordo-libérale. En effet, cette dernière mettait en avant une norme de *comportement*, laquelle renvoyait à *un résultat*[2]. De son côté, la conception structuraliste insiste sur la co-détermination des comportements et des résultats par les *conditions* de la concurrence. Il en résulte un certain désintérêt pour l'examen des comportements et l'appréciation concrète des effets. C'est précisément ce qui a donné lieu à des critiques.

354. **Critiques.** La théorie structuraliste a été critiquée, d'une part, sur le plan théorique et, d'autre part, sur le plan empirique. Du point de vue théorique, la conception structuraliste souffre d'un vice de circularité. En effet, telle que définie initialement, la notion centrale de structure présuppose le lien entre structure et performance, alors même que c'est ce lien que la théorie entend établir[3]. Autrement dit, la conclusion est dans la prémisse. Cette critique a été prise en considération et la définition de la structure a par la suite été modifiée et enrichie progressivement. La notion de structure demeure néanmoins floue. Elle renvoie à un ensemble de « caractéristiques structurelles » nombreuses[4]. L'enseignement très général que l'on peut retenir de ces développements théoriques à propos de la notion de structure est le suivant : malgré l'imprécision de la définition, il est certain qu'elle ne se réduit pas aux parts de marché. Le second type de critique adressé à la théorie structuraliste pointe l'absence de corroboration empirique de la relation postulée entre structure, comportement et

---

[1] Sur l'idéal ordo-libéral d'une économie de petites entreprises, GERBER, *op. cit.*, *loc. cit.* Sur le lien entre la conception structuraliste et un modèle de concurrence atomisée (c'est-à-dire entre un grand nombre d'entreprises), M. GLAIS, Introduction, *in Revue d'Économie industrielle*, n° spécial *Politique de la concurrence*, 1993, n° 63, p. 5. Sur l'incidence du lien entre conception structuraliste et concurrence parfaite dans la conception des politiques de concurrence, P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 744, p. 591.

[2] Il fallait imposer aux entreprises de se comporter *comme si* elles étaient soumises à la concurrence. D. GERBER, *op. cit.*, p. 253, et *supra* n° 97.

[3] E. S. MASON définit la *structure* de marché du point de vue d'un vendeur comme l'ensemble des considérations dont il tient compte pour déterminer sa politique commerciale. Son marché comprend tous les acheteurs et vendeurs de quelque produit que ce soit qu'il considère comme susceptibles d'influencer le volume de ses ventes. Le même auteur définit la *performance* en relation avec les objectifs de distribution des richesses parmi les agents et la stabilité de la production à un niveau compatible avec le plein emploi. Comme le remarque D. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 127-129, cette définition de la structure du marché est telle que le lien entre structure et comportement en découle directement.

[4] M. GLAIS cite « le nombre de participants dans un marché, le degré d'homogénéité des produits, le caractère plus ou moins substituable, l'âge de la branche, le niveau des barrières à l'entrée, la puissance des clients et des fournisseurs… », *in* « L'échange d'information : jusqu'où aller ? », *Rev. Conc. Conso.*, 1994, n° 81, pp. 6-14, p. 7. On retrouve la multiplicité des caractéristiques déjà évoquée à propos de la concurrence praticable.

performance[1]. En effet, en dépit d'études empiriques nombreuses réalisées dans le cadre de l'École de Harvard, aucun résultat conclusif n'a pu être dégagé sur ce point fondamental[2]. C'est notamment ce qui a donné lieu, dès les années 1960, au développement d'une théorie alternative par des économistes réunis à l'université de Chicago[3].

4. Le scepticisme de l'École de Chicago

355. La critique des économistes réunis à Chicago était scientifique, mais elle avait des implications politiques directes sur la conception du droit de la concurrence. Sur le plan scientifique, ces chercheurs mettaient en doute l'existence d'une chaîne de causalité structure-comportement-performance. La théorie des marchés contestables[4] est venue conforter cette position. Certains auteurs ont poussé plus loin en relativisant l'importance de la structure des marchés, mais aussi celle des barrières à l'entrée. En outre, ils ont démontré par de nouvelles études empiriques qu'il n'existait pas de lien automatique entre le degré de concentration et les profits des entreprises[5]. Selon les auteurs de cette École, aucune méfiance à l'égard des marchés concentrés n'est justifiée. C'est bien le postulat politique commun des conceptions ordo-libérale et structuraliste qui est rejeté. Une autre différence notable avec ces conceptions tient à l'accent mis sur les *résultats* (l'efficience) et l'analyse des *comportements* plutôt que sur les *conditions* de la concurrence[6]. L'hypothèse privilégiée est que les mouvements de concentration s'expliquent et se justifient par la recherche de l'efficience de la part des entreprises[7]. De même, les « restrictions de la liberté commerciale », en particulier dans les relations verticales, sont considérées comme des moyens pour les entreprises de s'organiser de manière plus efficiente et d'accroître leur compétitivité[8]. La conception de l'École de Chicago se caractérise donc par un scepticisme quant à l'existence même de restrictions de

---

[1] De fait, c'est un constat commun dans certaines industries que les comportements influencent les structures (et non l'inverse). En ce sens, F. JENNY, *in* Colloque du CREDA du 6 décembre 2000, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, *Gaz. Pal.*, *Cah. dr. conc.*, n° 313-314, du 9-10 novembre 2001, Rec. pp. 1640-1724, (ci-après « *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*), p. 1661.

[2] Pour une recension de ces études V. CARLTON et PERLOFF, *Économie industrielle*, préc., pp. 373-403.

[3] Pour une présentation de l'École de Chicago, D. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 143 et s. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, *op. cit.* n° 604 et s., p. 507 et s.

[4] *Supra* n° 210.

[5] D. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 144.

[6] V. VEROUDEN, « Vertical Agreements and Article 81(1) EC : The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.*, 2003, pp. 525-575, p. 536.

[7] D. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 146.

[8] V. VEROUDEN, *op. cit.*, p. 538.

concurrence dans la plupart des situations réelles. Ces analyses de l'École de Chicago sont aujourd'hui à leur tour relativisées.

5. Les approches contemporaines

356. Les approches contemporaines de la concurrence, parfois dites « post-Chicago », ont retenu de la critique de Chicago le rejet du déterminisme initial de l'École de Harvard. Les hypothèses déterministes ont été progressivement enrichies, notamment grâce à la prise en considération des effets en retour, par exemple l'effet de la position d'une entreprise sur le marché sur sa performance[1]. L'autre apport durable de l'École de Chicago est l'accent mis sur l'étude des comportements et des stratégies qui les sous-tendent[2]. En revanche, la présomption d'efficience que les auteurs de Chicago accordaient généreusement à de très nombreux comportements est mise en doute[3]. On insiste précisément sur les stratégies d'entreprises et sur les incitations qui les structurent. La théorie des jeux fournit des outils aux fins de cette analyse. En ce qui concerne les effets des comportements étudiés, la possibilité d'effets multiples et éventuellement contraires est admise, par exemple une augmentation de l'efficience allocative, combinée avec un désavantage pour les consommateurs. La prise en considération de la complexité est la marque de l'économie industrielle contemporaine[4].

357. **Transition.** Cette rapide présentation suffit à illustrer l'évolution des conceptions économiques de la concurrence, sinon leurs contradictions mutuelles. Devant l'incertitude scientifique, le juge aurait pu être tenté de tourner le dos à l'économie. Cependant, comme on l'a vu, cette tentation était peu prometteuse. Dès lors, on peut comprendre que le juge ait manifesté une certaine ouverture à l'économie et qu'il ait fait preuve, dans ses raisonnements, d'un certain éclectisme.

SECTION 2. L'ÉCLECTISME DU JUGE

358. Aucune des conceptions économiques de la concurrence ne fournit à elle seule au juge une référence suffisante pour donner un contenu précis à la notion juridique de restriction de concurrence. Dès lors, il est naturel que le juge retienne de chacune de ces conceptions ce qui lui paraît convaincant et pertinent. Aussi peut-on parler d'éclectisme, sans que cela implique

---

[1] D. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 128.

[2] V. VEROUDEN, *op. cit.*, p. 538.

[3] P.e. A. PERROT, « Abus de position dominante : prédation, ventes liées, remises », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 257-269, p. 259.

[4] *Ibid*.

la moindre désapprobation. Les économistes eux-mêmes n'hésitent du reste pas à emprunter tant à la conception structuraliste qu'à la critique de Chicago ce qui dans chacune leur paraît valable[1]. L'ouverture du juge à différentes théories ne signifie cependant pas que toutes sont reçues au même degré dans la jurisprudence. Ainsi, les arrêts témoignent d'une nette prégnance des conceptions structuralistes. Cela s'explique par les affinités déjà évoquées entre cette conception et la conception ordo-libérale, si présente à l'origine dans le droit communautaire[2]. On décèle aussi dans les arrêts la trace d'influences d'autres conceptions sur le raisonnement du juge. Le pluralisme théorique n'est en rien critiquable. Ce qui l'est en revanche davantage, d'un point de vue juridique, c'est la discordance qui existe entre l'ouverture réelle du juge au raisonnement économique en matière d'ententes (Section 1) et la résistance au raisonnement économique dont témoignent les arrêts rendus en matière d'abus de position dominante (Section 2). Ce décalage a jusqu'ici empêché l'émergence d'une conception unitaire de la restriction de concurrence.

§1. L'OUVERTURE RÉELLE DU JUGE AU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE EN MATIÈRE D'ENTENTES

359. La « nouvelle approche » économique de l'article 81 CE élaborée par la Commission est bien nouvelle pour la Commission[3], mais elle l'est beaucoup moins pour le juge[4]. En effet, les principaux éléments de cette approche plus économique se trouvaient déjà dans la construction élaborée par les juridictions communautaires dès les premières applications des règles de concurrence. On le démontrera en examinant le statut donné par les juges au critère juridique de la liberté commerciale (A), puis en étudiant le traitement réservé aux différentes conceptions économiques (B).

---

[1] A. PERROT, *op. cit.*, *loc. cit.*

[2] *Supra* n° 30.

[3] L'annonce de la nouvelle approche date du XXVIII^{ème} rapport sur la politique de concurrence, 1998, n° 34 et s., cité par P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 743 et s., p. 591, qui retrace l'évolution de l'approche des ententes. V. VEROUDEN, « Vertical Agreements and Article 81(1) EC : The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.*, 2003, pp. 525-575, spéc. pp. 532. V. aussi I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique : L'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, Thèse Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004, spéc. p. 446 et s.

[4] Sur l'opposition entre l'approche formaliste de la Commission et l'approche plus économique du juge communautaire, B. HAWK, « System Failure : Vertical Restraints and EC Competition Law », *CML Rev.*, 1995, pp. 973-989.

A. Le critère de la liberté commerciale devant le juge

360. Pour qualifier une restriction de concurrence au sens de l'article 81 CE, le critère de la liberté commerciale a été défendu comme un rempart contre l'approche économique. Cependant, on a vu que c'était un rempart inefficace. Le juge communautaire a très tôt considéré que c'était un critère insuffisant, ouvrant ainsi la qualification de restriction de concurrence à l'analyse économique (1). Le juge n'a pas pour autant abandonné le critère de la restriction de la liberté commerciale. Sa persistance peut être interprétée comme un encadrement du raisonnement économique (2).

1. L'insuffisance du critère de la liberté commerciale ou l'ouverture du juge au raisonnement économique

361. **Exigence d'appréciation des effets.** La Cour de justice a clairement rejeté la conception qui faisait de la restriction de la liberté commerciale le critère unique de la restriction de concurrence. En effet, dès son arrêt *Société technique minière*, elle a souligné que « le paragraphe 1 de l'article [81] repose sur une *appréciation économique des répercussions d'un accord* et ne saurait donc être interprété comme instituant quelque préjugé que ce soit à l'encontre d'une catégorie d'accord déterminé par sa nature juridique »[1]. Cette affirmation de principe signifie clairement que le critère de la restriction de la liberté commerciale est insuffisant pour qualifier une restriction de concurrence. La Cour de cassation a, de la même manière, très clairement affirmé l'insuffisance de ce critère. Ainsi a-t-elle jugé que la restriction de l'autonomie de décision des partenaires commerciaux (en l'espèce, les fournisseurs d'un groupe de distribution) ne suffisait pas à caractériser une entente prohibée[2]. Tant en droit communautaire qu'en droit français, les juges ont donc refusé que le critère juridique de la restriction de la liberté commerciale soit déterminant pour la qualification de restriction de concurrence.

362. **Raisonnement contrefactuel.** Il n'y a pas là seulement un rejet du formalisme juridique qui découle de l'approche ordo-libérale, mais une véritable ouverture au raisonnement économique. La Cour de justice précise en effet que l'appréciation des effets d'un accord doit s'effectuer selon un raisonnement contrefactuel, le jeu de la concurrence

---

[1] Arrêt du 10 juin 1966, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, 56/65, Rec. p. 337, ci-après « STM » (nous soulignons).

[2] Cass. com. 7 avril 1998, Rallye, Bull. Civ. IV, n° 127, p. 102.

devant être examiné « dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux »[1]. Ce mode de raisonnement est une caractéristique commune de toutes les approches développées à partir de la conception de la concurrence parfaite[2]. C'est un raisonnement qui met l'accent sur les *conditions* de la concurrence. En exigeant une analyse contextuelle de l'effet des accords, les juges communautaires ouvrent plus particulièrement la qualification de restriction de concurrence à la théorie de la concurrence praticable et aux analyses structuralistes. En effet, comme on l'a vu, ces analyses ont en commun de tenter une mise en relation des conditions de la concurrence avec les effets des comportements.

363. **Conditions et effets.** Dans son arrêt *STM*, la Cour de justice indique une série de caractéristiques structurelles pertinentes pour l'analyse des effets de l'accord[3]. Certaines de ces caractéristiques témoignent de la préoccupation du juge pour la construction du marché commun (possibilité d'importations parallèles). Il n'en reste pas moins que le pouvoir de marché est explicitement pris en considération, à travers la référence à « la position et l'importance du concédant et celles du concessionnaire sur le marché des produits concernés ». Plus remarquable encore dans cet arrêt, tout en reconnaissant la pertinence des conditions structurelles de la concurrence, la Cour insiste sur l'analyse des *effets* (« répercussions ») de l'accord. L'arrêt ne dit pas que l'effet peut être inféré de ces conditions ; il dit qu'il doit être apprécié en tenant compte de ces conditions, ce qui est différent. Si l'on considère que cette jurisprudence date du début des années 1960, soit de l'époque exacte à laquelle les économistes de Chicago soulignaient la nécessité d'avoir égard aux effets des comportements et non seulement aux *conditions* de la concurrence, on admettra que cet arrêt articule un raisonnement économique presque avant-gardiste pour l'époque et qu'il constitue, encore aujourd'hui, la matrice d'une appréciation économique des ententes. La portée considérable de cet arrêt a cependant été restreinte de diverses manières.

---

[1] *Société technique minière*, préc. La même exigence de raisonnement contrefactuel se retrouve dans nombre d'arrêts ulérieurs, notamment les arrêts de la Cour du 12 décembre 1967, Brasserie De Haecht/Wilkin Janssen, 23/67, Rec. p. 525 ; du 25 novembre 1971, Béguelin Import.G.I. Import Export, 22/71, Rec. p. 949, point 13, et du 16 décembre 1975, Suiker Unie e. a./Commission, 40 à 48/73, 50/73, 54 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, point 548.

[2] C'est-à-dire tant l'approche ordo-libérale que l'approche de la concurrence praticable et l'approche structuraliste. *Supra* n° 342 et n° 349. En revanche, les approches qui mettent l'accent sur l'étude des comportements reposent à un degré moindre sur un raisonnement contrefactuel.

[3] *Société technique minière*, préc : « il y a lieu de prendre en considération notamment la nature et la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance du concédant et celles du concessionnaire sur le marché des produits concernés, le caractère isolé de l'accord litigieux ou, au contraire, la place de celui-ci dans un ensemble d'accords, la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité ou, au contraire, les possibilités laissées à d'autres courants commerciaux sur les mêmes produits par le moyen de réexportations et d'importations parallèles ».

364. **Portée limitée.** Comme les commentateurs l'ont noté, la portée de l'arrêt *Société technique minière* a été limitée par la pratique subséquente[1]. En premier lieu, l'arrêt lui-même limite la portée de l'exigence d'analyse des effets en accordant une importance déterminante à l'alternative objet/effet. L'analyse des effets n'est exigée que si l'accord n'a pas un objet anticoncurrentiel[2]. Une interprétation extensive de la notion d'*objet* pouvait donc limiter la portée de l'exigence d'analyse des effets. Par ailleurs, la Cour a procédé à une limitation plus subtile de la portée de l'arrêt *STM* par le raisonnement tenu dans l'arrêt *Consten et Grundig*[3] en retenant une conception étroite de *l'effet* anticoncurrentiel.

365. Dans cet arrêt, en effet, la Cour de justice a jugé qu'il suffit que l'accord isole un marché national pour qu'il soit restrictif de concurrence[4]. Comme le Tribunal de première instance l'a récemment souligné, l'arrêt ne dit pas clairement que c'est en raison de son *objet* qu'un tel accord restreint la concurrence[5]. À la lettre, la limitation introduite ne résulte donc pas directement d'une conception extensive de la notion d'objet anticoncurrentiel. Cependant, la relecture de cet arrêt proposée par le Tribunal n'est pas convaincante. En effet, elle procède d'un rapprochement entre le point de départ du raisonnement de la Cour (inutilité de l'analyse des effets lorsque l'accord a un objet anticoncurrentiel) et sa conclusion (inutilité de l'analyse des effets en l'espèce)[6]. Ce rapprochement omet toutefois de rendre compte de la motivation de la Cour, laquelle est plus ambiguë. En effet, après avoir énoncé qu'aucune analyse des effets n'est exigée lorsque l'objet est anticoncurrentiel[7], la Cour se livre néanmoins à une brève analyse des *effets* de cloisonnement de l'accord[8]. Cela laisse à penser que la Cour ne considère pas l'accord comme restrictif par son objet, sans quoi cette analyse serait

---

[1] D. FASQUELLE, *Droit américain et droit communautaire des ententes : Étude de la règle de raison*, GLN-Joly, 1992, pp. 106-108. D. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Publisud, 2003, p. 506. V. VEROUDEN, « Vertical Agreements and Article 81(1) EC : The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.*, 2003, pp. 525-575, p. 543.

[2] *Société technique minière*, préc. : « au cas cependant où l'analyse desdites clauses ne révèlerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible ».

[3] Arrêt de la Cour du 13 juillet 1966, Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH/Commission, 56 et 58/64, Rec. p. 429, spéc. p. 496.

[4] Dans l'arrêt *Société technique minière*, la question du cloisonnement du marché français était également posée, mais l'accord en cause n'empêchait pas toute possibilité pour les acheteurs de choisir leur fournisseur. Les importations parallèles étaient donc possibles.

[5] Arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline/Commission, T-168/01, non encore publié au Recueil, point 120.

[6] *Consten et Grundig*, préc., p. 496.

[7] *Ibid*.

[8] C*onsten et Grundig*, préc., p. 497.

surabondante. Cependant, et c'est en cela que l'arrêt *Consten et Grundig* a véritablement limité la portée de l'arrêt *STM*, la Cour se contente d'une analyse abstraite des *effets*, essentiellement menée *à partir des clauses contractuelles et limitée à la question du cloisonnement du marché national*. Elle rejette même explicitement la nécessité d'une analyse économique plus poussée[1]. C'est donc plus une *conception étroite de l'effet* qu'une conception extensive de l'objet qui limite la portée de l'arrêt *STM.*

366. Le raisonnement adopté dans l'arrêt *Consten et Grundig* consiste à examiner l'accord dans son contexte, conformément à l'arrêt *STM*, mais ce contexte est réduit au contexte contractuel. Il n'y a ni examen des caractéristiques structurelles de la concurrence (dans la perspective économique de l'École de Harvard), ni examen de la rationalité du comportement contractuel, lequel aurait été pertinent dans la perspective de l'École de Chicago. Le raisonnement adopté par les juges revient donc, en réalité, à faire de la restriction de la liberté commerciale du fournisseur un critère suffisant de la restriction de concurrence, du moins lorsque la liberté d'exporter est en cause[2]. En somme, l'arrêt *Consten et Grundig* ne revient pas sur le principe d'analyse des effets posé dans l'arrêt *STM*, mais il en limite sérieusement la portée dès lors que l'intégration du marché est en jeu. L'exigence d'appréciation des effets n'a pas pour autant été neutralisée. Elle s'est épanouie dans la doctrine de l'effet cumulatif.

367. **Effet cumulatif.** La Cour de justice a précisé que, lorsqu'un accord fait partie d'un ensemble d'accords similaires, comme dans le cas d'un contrat de bière, le principe d'appréciation des effets impliquait une analyse des effets cumulés de tous ces accords. Ainsi a-t-elle jugé, dans les arrêts *Brasserie de Haecht*[3] et *Delimitis*[4], que les accords de fourniture exclusive (qui restreignent la liberté commerciale) ne pouvaient être considérés comme

---

[1] *Consten et Grundig*, préc. p. 498 : « toute considération ultérieure tant des données économiques (différences de prix entre la France et l'Allemagne, caractère représentatif du type d'appareil envisagé, niveau des frais supportés par Consten) que de l'exactitude des critères dont s'est inspirée la Commission dans ses comparaisons entre la situation des marchés francais et allemand, ainsi que d'éventuels effets favorables de l'accord à d'autres égards, ne pouvant de toute façon entraîner, en présence des restrictions susvisées, une solution différente dans le cadre de l'article 85, paragraphe 1 ».

[2] On peut aussi remarquer que le raisonnement n'accorde de pertinence ni au fait que la restriction de liberté commerciale a été consentie, ni au fait qu'elle est dans l'intérêt commun du distributeur (protégé de la concurrence) et du fournisseur lui-même (qui espère augmenter ses ventes).

[3] Arrêt du 12 décembre 1967, Brasserie de Haecht/Wilkin, 23/67, Rec. p. 525.

[4] Arrêt de la Cour du 28 février 1991, Delimitis/Henniger Brau AG, C-234/89, Rec. p. 935. K. P. E. LASOK, « Assessing the Economic Consequences of Restrictive Agreements : A Comment on the Delimitis Case », *ECLR*, 1991, p. 194. V. KORAH, « The judgement in Delimitis : A Milestone towards a realistic assessment of the effects of an agreement – or a damp squib? », *EIPR*, 1992, pp. 167-176 ; *Adde* L. VOGEL, *Contrats Conc. Conso.*, 1991, nº 6, pp. 10-11 ; M.-A. HERMITTE, *JDI*, 1991, pp. 485-487 ; G. DALENS, *Rev. conc. conso*, 1991, pp. 35-38 ; R. KOVAR, *RTD Eur*., 1991, pp. 494-509 ; CH. BOLZE, *RTD Com*., 1992, pp. 296-300 ; V. CONSTANTINESCO et D. SIMON, *J.D.I.*, 1992, pp. 419-422**.**

restrictifs de concurrence au sens de l'article 81 CE tant qu'il n'était pas démontré que leur effet cumulé était d'empêcher l'accès de nouveaux concurrents au marché[1]. Dans l'arrêt *Van den Bergh Foods*, le Tribunal a de nouveau souligné que « les restrictions contractuelles imposées aux détaillants devaient être examinées non seulement de manière purement formelle du point de vue juridique, mais aussi en tenant compte du contexte économique spécifique dans lequel les accords en cause s'inscrivent, y compris les spécificités du marché de référence qui pourraient, en pratique, renforcer ces restrictions et fausser ainsi le jeu de la concurrence dans ce marché »[2]. Ainsi entendu, le principe d'appréciation *in concreto* des effets d'un accord, d'une décision ou d'une pratique s'oppose incontestablement à ce que l'analyse se limite aux effets sur la liberté commerciale des parties. Elle ouvre l'opération de qualification de restriction de concurrence à l'analyse économique des effets des pratiques en cause, notamment à travers la question des barrières à l'entrée[3]. Un élément de raisonnement économique essentiel dans l'appréciation de l'effet cumulatif est l'attention portée à la proportion du marché affectée par l'ensemble d'accords[4]. Cependant, le juge ne s'en tient pas à cette proportion et se livre à un examen véritablement concret des possibilités d'entrée en tenant compte, en l'espèce, de la configuration des commerces vendant des glaces[5]. La doctrine de l'effet cumulatif témoigne donc d'un véritable raisonnement économique de la part du juge[6].

368. De même, en droit français, le principe d'appréciation *in concreto* de l'effet cumulatif d'un réseau d'accords similaires a très tôt été affirmé par la Cour de cassation[7]. Là encore, ce principe ne s'entend pas d'une simple prise en considération de la proportion du marché concernée par de tels accords, mais d'une appréciation véritablement concrète des possibilités

---

[1] *Delimitis*, préc., point 23.

[2] Arrêts du Tribunal du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec. p. II-4853, point 84 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2003, comm. nº 403 ; obs. C. PRIETO, *JDI*, 2004, pp. 620-621 ; obs. N. PETIT, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2003, nº 4, pp. 927-931 ; A. SCHULZ, « Van den Bergh Foods Ltd v Commission – Ice Cream Foreclosed ? », *European Law Reporter*, 2003, p. 427. V. aussi arrêt du Tribunal du 8 juin 1995, Langnese-Iglo/Commission, Rec., p. II-1533, confirmé par l'arrêt de la Cour du 1er octobre 1998, Langnese-Iglo/Commission, C-279/95 P, Rec., p. I-5609.

[3] En ce sens, V. VEROUDEN, « Vertical Agreement and Article 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.* 2003, pp. 525-575, p. 552 et K. P. E. LASOK, préc.

[4] *Van den Bergh Foods*, préc., points 82 et s.

[5] *Van den Bergh Foods*, préc., point 89.

[6] V. VEROUDEN, *op. cit.*, p. 552.

[7] Cass. com., 28 janvier 1975, Levaret c. Société Européenne de Brasserie, Bull. IV, n° 23, p. 19, *RTD Eur.* 1976, p. 145. Dans cet arrêt, la Cour de cassation adopte la règle posée dans l'arrêt *Brasserie de Haecht/Wilkin* selon laquelle il faut, pour qu'un contrat de bière tombe sous le coup de la prohibition de l'article 81, paragraphe 1, CE, examiner l'effet d'ensemble des contrats similaires sur le marché.

de concurrence en dehors de ces réseaux. Une illustration en est fournie par un arrêt de la Cour d'appel de Paris concernant, comme l'arrêt *Van den Bergh Foods*, les glaces industrielles vendues en emballage individuel en vue d'une consommation d'impulsion[1]. La Cour d'appel a notamment jugé que la circonstance selon laquelle les accords couvraient 66 % du marché ne suffisait pas à conférer un effet restrictif de concurrence à une clause d'exclusivité stipulée au profit des marques de glaces industrielles en contrepartie de prêts de congélateurs aux détaillants. Le constat d'une certaine fluidité du marché (entrée récente de nouveaux concurrents, changement de la marque de glace vendue par une fraction non négligeable des détaillants chaque année) fait échec à la rigidification alléguée du marché et s'oppose à la qualification de restriction de concurrence. C'est donc bien l'analyse concrète des pratiques de concurrence et non l'analyse abstraite des possibilités de concurrence qui est jugée déterminante. L'insuffisance de l'analyse juridique et l'exigence d'analyse économique sont également affirmées par les juges à l'occasion de la consécration de la technique du bilan concurrentiel.

369. **Bilan concurrentiel.** Les juges communautaires ont admis que la restriction de la liberté commerciale dans une relation verticale (restriction de la concurrence intra-marque) ne caractérisait pas l'objet anticoncurrentiel d'un accord, mais l'un de ses effets. Le principe d'appréciation *in concreto* commandait alors de mettre cet effet en balance avec d'éventuels effets favorables[2]. L'arrêt *Metro I*[1] a inauguré ce raisonnement. Dans cet arrêt, les juges

---

[1] Paris, 7 mai 2002, BOCCRF n° 10 du 24 juin 2002, p. 400.

[2] Cette question a souvent été abordée sous l'angle de l'existence d'une « règle de raison », thème de nombreuses études. V. notamment R. JOLIET, *The Rule of Reason in Antitrust Law : American, German and Common Market Law in Comparative Perspective*, Marius Niijhoff 1967 ; V. KORAH, « Rise and Fall of Provisional Validity – The need for a Rule of Reason in EEC Antitrust », *Northwestern J. of Int'l L. & Bus.* 1981, p. 320 ; I. FORRESTER et C. NORALL, « The Laicization of Community Law : self-help and the rule of reason : how competition law is and could be applied », *CML Rev.* 1984 ; pp. 11-51, p. 37 et s. D. FASQUELLE, *Droit américain et droit communautaire des ententes: Étude de la règle de raison*, préc.; J.-B. BLAISE « L'utilisation de la règle de raison », *in Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1993, p. 85 ; R. KOVAR, « Le droit communautaire et la règle de raison », *RTD Eur.*, 1987, p. 237 ; G. WILS, « La "*rule of reason*", une règle raisonnable en droit communautaire ? », *Cah. dr. eur.*, 1990, pp. 19-74. *Adde :* I. LIANOS, thèse préc., p. 377 et s. et plus spécialement p. 439 et s. L'appellation prête, en droit communautaire, à confusion, car les auteurs ne l'emploient pas dans le même sens. Pour les économistes, elle signifie la mise en balance des effets pro- et anti-concurrentiels, indépendamment de savoir si cette mise en balance s'effectue au titre de l'article 81, paragraphe 1, CE ou si, comme les lignes directrices de la Commission l'exposent, l'examen est réparti entre l'article 81, paragraphe 1, CE et l'article 81, paragraphe 3, CE. Sur la nature des considérations qui peuvent être mises en balance, V. l'arrêt du Tribunal du 18 septembre 2001, T-112/99, Métropole Télévision – M6/Commission, Rec. p. II-2459, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO, *Contrats, Conc. Conso.*, 2002, n° 1, pp. 26-27. Au point 74 de cet arrêt, le Tribunal a explicitement rejeté l'existence d'une « règle de raison » (au sens de bilan économique plus large qu'un bilan concurrentiel). Il semble cependant que l'arrêt *Wouters* soit revenu sur cette solution (*supra* n° 95). Les lignes directrices, qui reprennent la solution de l'arrêt *Métropole*, devraient donc être interprétées sur ce point comme un engagement unilatéral de la Commission de ne pas

communautaires ont ainsi admis que l'existence de certains aspects restrictifs de concurrence (en l'occurrence, de la concurrence intra-marque par les prix) peut être compensée par des aspects favorables (à la concurrence intra-marque portant sur la qualité des services, ainsi qu'à la concurrence inter-marques)[2]. De même, les juges français ont admis que la restriction de la liberté commerciale des distributeurs n'était pas suffisante pour interdire un accord dès lors qu'il existait une vive concurrence inter-marques[3]. En relativisant l'importance de la concurrence intra-marque, sur laquelle le critère juridique de la restriction de liberté commerciale tend à faire porter l'accent, les juges recentrent leur attention sur la question la plus importante aux yeux des économistes, celle de la concurrence inter-marques[4]. La technique du bilan concurrentiel permet donc l'adoption d'un élément essentiel du raisonnement économique à propos des restrictions de concurrence. Pour autant, cela ne veut pas dire que la technique du bilan concurrentiel va au bout du raisonnement économique sur la restriction de concurrence[5]. On le verra en examinant le traitement réservé aux différentes conceptions économiques de la concurrence[6]. Auparavant, il convient de préciser que, en dépit de son insuffisance proclamée, le critère de la liberté commerciale persiste comme critère de qualification de la restriction de concurrence. On peut dire que, par ce critère, le juge encadre le raisonnement économique.

2. La persistance du critère de la liberté commerciale ou l'encadrement du raisonnement économique par le juge

370. Bien que rejeté comme critère exclusif, le critère de la restriction de la liberté commerciale continue de jouer un rôle d'autant plus important dans la qualification de

---

prendre en considération des facteurs autres que l'efficience dans l'appréciation des aspects positifs d'un accord, mais une telle obligation n'existe pas pour le juge.

[1] Arrêt de la Cour du 25 octobre 1977, Metro/Commission, 26/76, Rec., p. 1875.

[2] *Metro I*, préc., point 21.

[3] Paris, 1ère chambre H, 26 février 1992, Établissements Louis Carreras, BOCCRF n° 6, du 14 mars 1992, p. 88. L'arrêt est toutefois moins explicite que *Metro II*, préc. En l'espèce, les producteurs de gaz domestique en bouteille avaient interdit aux distributeurs l'échange de leurs bouteilles contre des bouteilles d'autres marques. L'existence et le renforcement au fil du temps d'une concurrence inter-marques avait conduit la Cour d'appel à retenir que l'accord, bien que restrictif de la liberté commerciale des distributeurs, pouvait être exempté de la prohibition de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 en application de l'article 10-2 du même texte (devenu L 420-4 du Code de commerce).

[4] V. p.e. S. BISHOP et D. RIDYARD, « EC Vertical Restraints Guidelines : Effects-Based or Per Se Policy? », *ECLR*, 2002 pp. 35-38, p. 36 : « là où la concurrence entre marques est vigoureuse, il n'y a pas de raison de se préoccuper des accords verticaux qui réduisent la concurrence intra-marque » (traduction libre).

[5] V. VEROUDEN, « Vertical Agreements and Article 81(1) EC : The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.*, 2003, pp. 525-575, p. 539.

[6] *Infra* n° 359 et s.

restriction de concurrence que son domaine est large (a). La signification de ce constat au regard du raisonnement économique est à première vue ambiguë. En réalité, la manière dont le juge utilise le critère de la liberté commerciale apparaît moins comme un rejet du raisonnement économique que comme une manière d'encadrer sa réception (b).

a) Le domaine large du critère de la liberté commerciale

371. Le critère de la liberté commerciale est jugé pertinent non seulement dans le domaine des restrictions horizontales, mais aussi dans le domaine des restrictions verticales, tant devant les juges communautaires que devant leurs homologues français[1].

372. **Restrictions horizontales.** Les restrictions de concurrence horizontales sont celles dont l'appréciation nécessite le moins un raisonnement économique. En effet, le sens commun – ou du moins le sens commun de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, imprégné des conceptions économiques – attache à la coordination entre entreprises concurrentes une valeur négative[2]. Il en résulte que le critère de la restriction de liberté commerciale suffit à qualifier les accords entre concurrents comme anticoncurrentiels par leur objet. Cela est très nettement exprimé par l'arrêt *Suiker Unie*[3]. Le critère de l'autonomie de décision des entreprises est suffisant non seulement en ce qui concerne les restrictions caractérisées, comme les ententes sur les prix ou le partage de clientèle, mais aussi pour caractériser des restrictions de concurrence horizontales moins nettes, comme la diffusion d'un barème par une association professionnelle. L'absence de tout mécanisme de sanction en cas de non-respect des prix diffusés est à cet égard indifférente. La Cour d'appel de Paris a ainsi retenu qu'était prohibée la diffusion par l'Académie d'architecture d'une « série centrale de prix » contenant des

---

[1] En ce sens également, bien qu'aux fins d'une démonstration différente, V. A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, préc., n° 331, p. 335.

[2] Les conceptions économiques qui sont entrées dans le sens commun de la seconde moitié du XX^{ème} siècle sont la conception de la concurrence parfaite et la conception structuraliste (laquelle ne se comprend pas, comme on l'a vu, sans référence à la concurrrence parfaite). En ce sens, P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 743, p. 591. En revanche, le sens commun de la fin du XIX^{ème} siècle conduisait surtout à promouvoir la contribution des cartels à la stabilisation de la production. V. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n° 533, p. 459. Pour une expression judiciaire de l'ancien sens commun, V. l'arrêt cité *supra* n° 29. Pour une expression du consensus actuel, V. p.e. OCDE, *Hard Core Cartels : Recent progress and challenges ahead*, Paris, 2003. Pour un exposé de la théorie économique sous-jacente, E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005, coll. « Précis », p. 105 et s.

[3] Arrêt de la Cour du 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA e. a./ Commission, 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, Rec. p. 1663, point 173 : « les critères de coordination et de coopération retenus par la jurisprudence de la Cour, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable "plan", doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun, y compris le choix des destinataires de ses offres et de ses ventes ». V. aussi l'arrêt de la Cour du 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48-69, 49-69, 51-69 à 57-69, Rec. p. 619, point 118.

estimations de prix pour un grand nombre de travaux, au motif que ce document incitait les entreprises à ne pas déterminer leurs prix en fonction de leurs propres coûts[1]. À la lettre, l'arrêt pourrait signifier que l'effet de la pratique est inféré à partir des incitations qu'elle donne aux entreprises à se coordonner tacitement[2]. Si tel avait été le raisonnement de la Cour d'appel, on pourrait s'étonner que la structure du marché ne soit pas prise en considération. Une structure atomisée rend en effet moins probable la coordination. En réalité, il semble plutôt que le critère de liberté commerciale ait été utilisé de manière autonome[3]. Ce critère reste donc un élément décisif pour l'appréciation du caractère restrictif de concurrence des accords horizontaux.

373. **Restrictions verticales.** En matière de restrictions verticales, le critère de la liberté commerciale demeure également un élément d'appréciation de la licéité d'un accord. En matière de restrictions territoriales tout d'abord, l'arrêt *Consten et Grundig* n'est pas resté isolé. Une série d'arrêts ultérieurs retient le même raisonnement selon lequel un accord ayant pour objet de priver le revendeur de sa liberté commerciale de choisir ses clients en lui imposant de ne revendre qu'aux seuls clients établis dans le territoire contractuel est restrictif de concurrence[4]. Le critère de la liberté commerciale se combine avec l'objectif d'intégration du marché pour limiter l'admission d'un raisonnement économique développé[5]. Plus généralement, en matière de restrictions verticales, le maintien d'une marge de liberté commerciale des distributeurs, spécialement dans la fixation des prix, est un argument en faveur de la licéité d'un accord vertical. Il en va ainsi tant en droit communautaire qu'en droit

---

[1] Paris, 8 février 2000, Académie d'architecture, BOCCRF n° 3, du 7 mars 2000. Pour une solution similaire en ce qui concerne les avocats, Paris, 11 septembre 2001, Ordre des avocats de Nice, BOCCRF n° 15, du 21 octobre 2001.

[2] Paris, 8 février 2000, préc. : « En raison de la notoriété et de la simplicité d'utilisation de l'ouvrage, celui-ci est utilisé tant par les maîtres d'ouvrage publics et privés que par les petites et moyennes entreprises, (…) sa rédaction *tend à inciter* chaque entreprise utilisatrice à se détourner d'une appréciation directe de ses propres coûts pour fixer ses prix » (nous soulignons). Dans l'affaire des carburants sur autoroute, la Cour d'appel a suivi un raisonnement qui nous paraît contradictoire avec celui-ci : CA Paris, 9 décembre 2003, Esso e.a., BOCCRF n° 2, du 12 mars 2004. Selon la Cour d'appel, « rien ne permet d'affirmer (…) que les informations [sur les prix de vente] transmises par les stations-services à leurs sociétés modifient l'autonomie commerciale de chaque compagnie pétrolière ».

[3] Paris, 8 février 2000, préc. : « Un marché concurrentiel est un marché sur lequel les entreprises doivent déterminer le prix de leur prestation de manière individuelle, en fonction de leurs propres coûts ». Le même raisonnement se trouve dans Paris, 1ère ch. sect. H., 17 juin 2003, SNR Roulements, BOCCRF n° 10, du 29 septembre 2003.

[4] Arrêt du 24 février 1984, Hasselblad/Commission, 86/82, Rec. p. 883, point 46 ; du 14 décembre 1983, Ciments et Bétons, 319/82, Rec. p. 883, et du 24 octobre 1995, Bayerische Motorwerke, C-70/93, Rec. p. I-3439, points 19. Sur ces arrêts, R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Publisud, 2003, p. 506.

[5] V. VEROUDEN, « Vertical Agreement and Article 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.*, 2003, pp. 525-575, p. 546.

français. Ainsi la Cour de justice a-t-elle jugé, dans son arrêt *Pronuptia*, qu'un système de prix recommandés était admissible dès lors que l'accord ne comportait pas de mécanisme contraignant le distributeur à appliquer les prix recommandés[1]. De même, la Cour d'appel de Paris a jugé que la pratique de prix recommandés, dès lors qu'elle n'empiétait pas sur la liberté commerciale des distributeurs de ne pas s'y conformer, ne tombait pas sous le coup de l'article L 420-1 C. com.[2]. Pour les accords horizontaux comme pour les accords verticaux, le critère de la liberté commerciale a donc sa part dans le raisonnement des juges. Il convient à présent de se demander quelle est l'incidence de ce constat du point de vue de la réception d'un raisonnement économique.

b) La signification du critère de la liberté commerciale au regard du raisonnement économique : un facteur d'encadrement

374. **Annonce.** La signification du critère de la liberté commerciale au regard du raisonnement économique n'est pas univoque. Ce critère peut faire obstacle à la réception d'un raisonnement économique, comme on le verra à propos de l'abus de position dominante[3]. Cependant, lorsque le juge s'appuie sur l'exigence d'une rivalité réelle entre les entreprises, comme dans les arrêts qui viennent d'être évoqués[4], il revient à la notion classique de la concurrence comme « comportement dynamique par lequel les individus tentent de pousser leur avantage et de l'emporter sur leurs rivaux »[5]. Le juge renoue avec une dimension fondamentale de la concurrence occultée par la conception néoclassique de la concurrence parfaite[6]. Le critère de la liberté commerciale peut donc être un rappel à la rivalité, c'est-à-dire à la réalité de la concurrence. Dans cette mesure, même lorsque ce critère est invoqué pour écarter certains arguments économiques spéculatifs issus d'une conception néoclassique, cela n'est pas forcément condamnable. Le principe de réalité qu'exprime le critère de la liberté commerciale doit cependant pouvoir être concilié avec les raisonnements économiques. L'ouverture au raisonnement économique passe alors, pour le juge, par l'exigence d'une démonstration que le raisonnement économique invoqué est réaliste. C'est ce mouvement qu'il convient d'illustrer.

---

[1] Arrêt du 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris/Irmgard Schigallis, 161/84, Rec. p. 353, point 25.

[2] Paris, 7 mai 2002, Benetton, BOCCRF n° 10, du 24 juin 2002, p. 399.

[3] *Infra* n° 413 et s.

[4] Notamment, Paris, 8 février 2000, Académie d'architecture, préc.

[5] M. GLAIS et Ph. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, préc., p. 6.

[6] *Supra* n° 339 et s.

375. **Les arguments écartés.** Les arrêts qui viennent d'être cités dans lesquels la préservation d'une marge de liberté commerciale est un critère de licéité de l'accord écartent des arguments développés par certains économistes à propos de la fixation des prix par le producteur (*resale price maintenance*)[1]. En effet, ces arguments, issus de l'école de Chicago, consistent à dire que les restrictions verticales, y compris celle consistant pour le producteur à fixer le prix de vente au détail, sont en général efficientes, de la même manière que l'intégration verticale le serait[2]. En termes juridiques, cela signifie que la fixation des prix par le producteur ne devrait pas être considérée comme anticoncurrentielle par son objet et qu'elle n'a pas, en général, d'effet anticoncurrentiel. Dans cette perspective, considérer, comme le font les juges, que l'accord n'est pas anticoncurrentiel à condition qu'il laisse subsister une marge de liberté commerciale revient à ajouter dans l'appréciation juridique de la restriction de concurrence une condition supplémentaire par rapport au raisonnement économique qui présume l'efficience.

376. **Bien-fondé du rejet.** Cela ne signifie pas, bien entendu, que les juges soient mal fondés d'ajouter ainsi au raisonnement économique, d'autant que le raisonnement précité est controversé parmi les économistes[3] et critiqué par certains auteurs, qui approuvent sa non-admission par les juges[4]. Cette position nous paraît justifiée pour deux raisons. La première a en substance déjà été évoquée[5]. Elle tient au fait que l'efficience des restrictions verticales,

---

[1] Pour un résumé des analyses économiques en matière de restrictions verticales, L. BENZONI, « Fondements de l'analyse économique des restrictions verticales », *Rev. Conc. conso.*, 2005, n° 151, pp. 7-10.

[2] S. BISHOP et M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law : Concepts, Applications and Measurements*, Sweet & Maxwell, Londres, 2000, n° 5.34 et s., p. 155 et s. La démonstration repose sur l'idée selon laquelle des entreprises en relation verticale produisent des biens complémentaires (par exemple, des robes de mariée et un service de distribution et de retouche de robes de mariée) et, partant, qu'elles ont chacune intérêt à ce que l'autre pratique des prix bas, car cela augmente la demande pour le bien qu'elles offrent.

[3] S. CAPRICE et J. PHILIPPE, « Les relations verticales », *in* A. PERROT (éd.), *Réglementation et concurrence*, Economica, 1997, pp. 147-171, spéc. p. 148 et s.

[4] R. PITOFSKY, « Policy Objectives of Competition Law and Enforcement », *in* C-D. EHLERMANN et I. ATANASIU, (éds.), *Competition Law Annual 2003: What is an abuse of dominant position ?*, préc., 127-133. La même remarque vaudrait pour les ventes liées. Les arguments développés par l'École de Chicago en faveur de leur licéité de principe sont remis en cause par l'analyse économique. V. p.e. K.-U. KÜHN, R. STILLMAN et C. CAFFARA, « Economic Theories of Bundling and their Policy Implications in Abuse Cases : An Assessment in the Light of the Microsoft Case », *European Competition Journal*, 2005, pp. 85-121. Pour une analyse des ventes liées comme outil de prédation, J. TIROLE, « An Analysis of Tying Cases : A Primer », *Competiton Policy Int'l*, 2005, n° 1, pp. 1-25. Pour une approche économique soulignant la probabilité que les ventes liées ne posent pas de problèmes de concurrence. Pour une approche moins éloignée de celle de Chicago, A. AHLBORN, E. EVANS et J. PADILLA, « The Antitrust Economics of Bundling : A Farewell to *per se* illegality », *Antitrust Bulletin*, 2004, p. 287. *Adde* : M. DOLMANS et T. GRAF, « Analysis of Tying Under Article 82 EC : The European Commission's Microsoft Decision in Perspective », *World* Competition, 2005, pp. 225-244. Pour les interrogations que suscitent ces approches économiques, L. IDOT, « Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE-Honeywell : reflexions de juriste… », *Concurrences*, n° 2-2005 pp. 31-40.

[5] *Supra* n° 122.

qui, aux yeux des économistes de Chicago, devrait justifier leur licéité de principe, est un critère qui ignore les aspects distributifs. Les pratiques verticales qui permettent à un producteur de s'approprier une part plus grande du surplus du consommateur sont considérées comme économiquement efficientes[1]. Ce point de vue ne saurait être adopté par le juge, car l'article 81, paragraphe 3, CE lui prescrit de s'assurer que la pratique profite aux consommateurs. Il y a donc là un exemple de rejet du raisonnement économique qui s'explique et se justifie par la discordance des finalités prises en considération[2].

377. La seconde raison de ne pas admettre sous forme d'une présomption de licéité le raisonnement proposé par les économistes de Chicago tient au caractère douteux de la prémisse sur laquelle il repose. Ce raisonnement suppose en effet qu'une relation verticale s'analyse comme la vente au consommateur de deux biens complémentaires, à savoir, d'une part, le bien lui-même et, d'autre part, le service de distribution. Cette manière de voir correspond bien aux cas où le consommateur paie un bien plus cher dans un magasin de proximité plutôt que d'aller se fournir à bas prix au magasin d'usine (il paie alors le service de proximité). En revanche, cette conception néglige un aspect parfois essentiel, à savoir le fait que le service de distribution est également rendu et vendu au producteur[3]. Or, vue sous cet angle, la relation verticale n'a plus les mêmes propriétés du point de vue de l'intérêt du consommateur. En effet, le producteur a bien toujours intérêt à ce que le prix du service de distribution soit bas, comme le supposent les économistes (puisqu'il achète ce service), mais il n'est pas possible d'en déduire que le gain profite au consommateur (par hypothèse, ce n'est pas lui qui achète ce service à bas prix). En particulier, si le producteur dispose d'un pouvoir de marché, il ne répercutera pas l'efficience de son réseau de distribution sous forme de prix plus bas pour le consommateur.

378. Il résulte de cette analyse que l'hypothèse de complémentarité entre un bien et le service de distribution de ce bien, qui constitue la prémisse du raisonnement économique concluant à l'innocuité des restrictions verticales, est sujette à caution. Il est donc sage, de la part du juge, de ne pas admettre de présomption en ce sens. Son refus de consacrer une présomption irréfragable de licéité des accords verticaux est parfaitement justifié. L'argument

---

[1] A. S. PATHAK, « Articles 85 and 86 and Anticompetitive Exclusion in EEC Competition Law », 1ère partie, *ECLR* 1989, pp. 74-104, p. 87.

[2] V. *supra* la discussion sur ce type d'obstacle à la réception du raisonnement économique, n° 69 et s.

[3] La pratique des marges arrières l'illustre abondamment. V., sur ce point, G. CANIVET (dir.), *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, La documentation française, 2004.

économique pourrait cependant être admis autrement qu'à titre de présomption. Il faudrait alors exiger la démonstration que les conditions de pertinence de l'argument d'efficience sont réunies. Cela supposerait d'exiger la démonstration selon laquelle c'est bien le consommateur du bien qui « achète » le service de distribution, non bien sûr en un sens juridique strict, puisque ce service ne fait presque jamais l'objet d'une vente séparée, mais en un sens économique. Il est manifestement malaisé de définir précisément l'objet de cette preuve. C'est d'autant plus vrai que la question se complique par l'influence qu'a nécessairement la détention d'un pouvoir de marché, soit par le producteur, soit par le distributeur. L'analyse concrète que supposerait une réception au cas par cas de l'argument avancé par les économistes de Chicago pour justifier les restrictions verticales paraît d'une très grande complexité. C'est cette complexité que le critère de la restriction de la liberté commerciale permet d'éviter.

379. **Raccourci argumentatif.** On peut penser que, une fois reconnue la nécessité d'analyser les effets d'un accord, le critère de la restriction de la liberté commerciale fonctionne moins comme un critère substantiel que comme un raccourci argumentatif. À cet égard, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation, dans lequel elle a jugé, en s'appuyant sur la jurisprudence communautaire, qu'une Cour d'appel avait fait une exacte application de l'article 81, paragraphe 1, CE après avoir relevé que l'exclusivité territoriale absolue en cause privait l'acheteur de la possibilité de s'approvisionner auprès d'un autre distributeur et, partant, permettait au distributeur « de pratiquer des prix soustraits à une concurrence efficace »[1]. Le véritable critère mis en œuvre à travers la référence à la restriction de la liberté commerciale est celui de l'existence d'une pression sur les prix. Que ce critère soit exprimé de manière juridique par référence à la liberté qu'a l'acheteur de se fournir chez qui il souhaite n'empêche pas le critère d'être substantiellement économique. La possibilité d'augmenter les prix, qui existe dès lors qu'aucune pression sur les prix ne se fait sentir, est en effet le critère même d'une restriction de concurrence sur lequel les économistes s'accordent désormais[2]. Il n'y a donc pas d'opposition entre le raisonnement du juge fondé sur le critère de la liberté commerciale et un raisonnement économique. Il existe néanmoins une différence entre ces deux raisonnements.

---

[1] Cass. Com. 8 mai 1973, Bull. civ. IV, n° 167, p. 145, note F.-Ch. JEANTET, *JCP*, 1973, II.17497.

[2] V. VEROUDEN, « Vertical Agreement and Article 81(1) EC : The Evolving Role of Economic Analysis », préc., p. 538.

380. **Différence de raisonnement.** La différence entre le raisonnement économique et celui des juges ne réside pas, on vient de le voir, dans le critère de la restriction de concurrence, qui est, dans les deux cas, la propension du comportement à augmenter les prix. La différence réside dans l'appréciation de ce critère et, plus précisément, dans la relation au sein de laquelle l'appréciation s'effectue. Le juge examine en effet la relation distributeur-consommateur, alors que l'argument des économistes porte sur la relation producteur-distributeur. Le raisonnement des juges est convaincant sur la question à laquelle il répond, qui est celle de savoir si le consommateur est ou non en mesure de faire jouer la concurrence entre distributeurs. Sur ce point, en effet, l'examen de la liberté des distributeurs d'adapter leur prix paraît essentiel. En revanche, ce raisonnement n'envisage pas le phénomène mis en avant par les économistes, à savoir la pression favorable au maintien de prix bas qui peut provenir de la relation verticale entre le distributeur et le producteur. Il se peut en effet qu'un producteur, s'il prévoit qu'il peut réaliser un plus grand profit en écoulant une plus grande quantité de biens à un prix bas, soit tout particulièrement intéressé à la modération des prix pratiqués par les distributeurs.

381. **Proposition.** Dès lors que juges et économistes paraissent s'accorder sur le critère de fond, à savoir l'existence d'une pression sur les prix, il n'y a pas de raison de distinguer selon la source de cette pression. Les parties devraient être admises à prouver qu'elle existe dans la relation horizontale entre les distributeurs (hypothèse de la concurrence intra-marque), dans la relation horizontale entre producteurs (concurrence inter-marques) ou encore dans la relation verticale entre le fournisseur et les distributeurs. L'effet sur la concurrence intra-marque est déjà pris en considération depuis l'arrêt *Consten et Grundig*. L'effet sur la concurrence inter-marque l'est également, tant par le juge communautaire[1] que par le juge français[2]. Un pas supplémentaire dans l'ouverture au raisonnement économique consisterait à ajouter une troisième dimension à l'examen de l'effet restrictif de concurrence, à savoir la dynamique de

---

[1] *Metro I*, préc., point 22. Arrêt du Tribunal du 12 juillet 1991, Peugeot/Commission, T-23/90, Rec. p. II-653, point 74. Sur ce point, l'arrêt s'écarte de la jurisprudence *Consten et Grundig*, qui avait retenu que la concurrence inter-marques ne pouvait pas être prise en considération pour l'appréciation de la concurrence efficace. Pour une formulation intermédiaire, V. arrêt du Tribunal du 7 juillet 1994, Dunlop Slazenger International Ltd./Commission, T-43/92, Rec. p. II-441, point 171 (la protection territoriale absolue porte atteinte à la concurrence effective dès lors que la concurrence entre marques est déjà fortement atténuée).

[2] Paris, 1ère chambre H, 7 juin 1990, Nike, Adidas et Reebok, BOCCRF n° 14, du 20 juin 1990, p. 213. Il s'agissait en substance d'une pratique de fixation du prix de détail par les fabricants au moyen d'un taux de marge recommandé, combinée à un choix discrétionnaire des distributeurs, lequel permettait de s'assurer du respect des prix fixés. La Cour d'appel note que l'entente verticale a pour objet de restreindre la concurrence inter-marques, mais considère l'effet horizontal de la pratique verticale. C'est là une constante dans les arrêts de la Cour d'appel. En ce sens, F. JENNY, *in* « The Role of Courts : judicial review of competition authorities and private actions » (Table ronde), *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998 (B. Hawk éd. 1999), pp. 498-523, p. 499.

la relation verticale entre producteurs et distributeurs[1]. Sur ce dernier point, il faudrait, pour que l'effet soit favorable, qu'il soit établi que la dynamique de la relation producteur-distributeur est une source de pression sur les prix de nature à compenser l'absence de pression imputable à la restriction de la liberté commerciale. Cet examen aurait vocation à prendre place dans l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE et, plus précisément, de la condition relative à la transmission aux usagers d'une part équitable du progrès économique résultant de l'accord. Le schéma de raisonnement proposé tiendrait compte de l'argument des économistes sans pour autant accorder foi *a priori* à sa validité empirique. Le raisonnement économique ne servirait plus de justification à une présomption. Il serait inséré dans le raisonnement du juge en tant qu'il désigne les faits pertinents, devant être prouvés s'ils sont invoqués.

382. **Conclusion du A.** Les analyses qui précèdent ne prétendent pas fournir une analyse exhaustive de l'utilisation du critère de la liberté commerciale dans la jurisprudence. Elles illustrent néanmoins, par quelques exemples, la dynamique complexe qui existe entre ce critère et le raisonnement économique. Indéniablement, une tension se fait jour entre les deux, spécialement en ce qui concerne l'analyse des restrictions verticales. Cependant, l'opposition n'est pas absolue et elle n'est pas toujours injustifiée. Le critère de la liberté commerciale sert parfois au juge à rejeter un raisonnement économique discutable pour revenir au principe fondamental selon lequel la concurrence est un processus de rivalité. Le critère de la liberté commerciale traduit alors une autonomie du raisonnement du juge par rapport à certains raisonnements particuliers, sans qu'il faille y voir une logique contraire à une approche économique. En effet, le juge écarte des présomptions dont les économistes eux-mêmes admettent le caractère discutable. Cet encadrement du raisonnement économique ne peut qu'être approuvé. Cependant, la logique de cette réception sélective pourrait être poussée plus loin. Si certains effets économiques ne doivent pas être présumés, il n'y a pas non plus de raison d'en ignorer la possibilité. Cela invite à un élargissement de l'analyse des effets verticaux : les effets positifs devraient pouvoir être démontrés non seulement par une analyse de la concurrence intra-marque et inter-marques, mais aussi par une analyse de la relation verticale elle-même.

---

[1] Pour une observation plus générale mais convergente, L. BOY, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence », *RIDE*, 2005, pp. 27-50, p. 46. L'auteur observe que, « si l'intensité de la concurrence doit être mesurée sur le plan horizontal entre entreprises de même niveau d'intervention sur le marché pertinent, c'est très souvent dans les relations verticales que se noue, se "construit" la concurrence ».

383. Les développements qui précèdent ont évoqué l'affleurement, dans certains arrêts, de différentes conceptions économiques de la concurrence. Cependant, l'accueil réservé à chacune mérite un examen plus précis.

B. Les différentes conceptions économiques à l'épreuve du procès

384. Le rejet du critère de la liberté commerciale comme critère unique de la restriction de concurrence rendait indispensable le recours à des conceptions économiques[1]. Restait à savoir quelle(s) conception(s) présentai(en)t une utilité pratique pour le juge. On envisagera successivement la façon dont les différentes conceptions présentées plus haut ont subi l'épreuve du procès. Très tôt, la concurrence pure et parfaite a été jugée peu utile pour l'examen des cas concrets (1). En revanche, la notion de concurrence praticable a connu un véritable succès, bien qu'il ne faille pas à cet égard s'en tenir aux mots (2). De même, la conception structuraliste a eu une large influence (3). Celle-ci n'est cependant pas exclusive de l'admission d'arguments relatifs à la stratégie des entreprises (4).

1. L'insuffisance pratique de la concurrence pure et parfaite

385. La référence à une conception néoclassique de la concurrence issue du modèle de concurrence pure et parfaite a très tôt été explicitement rejetée par la Cour de justice, dans l'arrêt *Comptoirs de vente de charbon de la Ruhr*[2]. Cet arrêt a été rendu sur le fondement de l'article 65 du traité CECA, qui prohibait les restrictions « au jeu normal de la concurrence »[3]. En l'espèce, les sociétés requérantes, membres d'un cartel condamné par la Haute Autorité, invoquaient pour leur défense l'argument suivant : leur cartel supprimait certes la concurrence entre elles, mais il était lui-même soumis à la concurrence des producteurs de charbon extérieurs au cartel. Les requérantes en concluaient que le cartel fixait pour ses membres des prix qui étaient en réalité déterminés par le jeu normal du marché. En somme, le cartel aurait

---

[1] R. PRIEUR, « Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché : Analyse des situations de concurrence et des principes de l'ordre juridique qui s'y appliquent », *RTD Com.*, 1960, pp. 501-540. Plus récemment en ce sens, Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLÉANI, *Droit du marché*, préc., p. 160. Bien entendu, les économistes abondent en ce sens. P.e. A. S. PATHAK, « Articles 85 and 86 and Anticompetitive Exclusion in EEC Competition Law », *ECLR* 1989, pp. 75-104 et pp. 256-272, p. 261.

[2] Arrêt du 18 mai 1962, Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr « Geitling », « Mausegatt » et « Präsident »/Haute Autorité, 13/60, Rec. p. 169.

[3] L'article 65, paragraphe 1, du traité CECA disposait : « [s]ont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui tendraient, sur le marché commun, directement ou indirectement, à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence et en particulier a) à fixer ou déterminer les prix ; b) à restreindre ou contrôler la production, le développement technique ou les investissements : c) à répartir les marchés, produits, clients ou sources d'approvisionnement ». Le traité CECA a expiré le 23 juillet 2002.

été assimilable à une entreprise en situation de concurrence parfaite. À cela, la Cour a répondu par une leçon d'économie magistrale, suffisamment précoce, remarquable et rare pour être citée[1]. Elle affirme que :

> « pareille conception [celle des parties] évoque irrésistiblement le souvenir des marchés atomistiques que décrivait l'économie libérale, où chaque intervenant se trouvait devant le prix de marché que son propre comportement ne pouvait en rien affecter[2] ;
>
> […] cette situation était celle de la concurrence parfaite, où, de toute évidence, aucun offreur n'avait le pouvoir de "déterminer" un prix mais se trouvait devant l'option d'offrir ou de ne pas offrir, au prix du marché, ou de faire varier le volume de son offre en fonction des prix du marché lorsque son coût de production variait avec les quantités produites. »

386. Confrontant ce « souvenir » théorique à la réalité du marché en cause, la Cour concluait à l'impossibilité d'apprécier la situation par rapport au référentiel de la concurrence parfaite[3]. Il convient de souligner que c'est au terme d'une analyse factuelle du marché en cause que la Cour a rejeté l'argument des requérantes. Le motif du rejet tient à ce que le modèle de la concurrence imparfaite est un cadre de raisonnement mieux adapté au marché en cause que le modèle de la concurrence parfaite[4]. Ce n'est donc pas un rejet de principe du référentiel de la concurrence parfaite. Cependant, le reproche tiré du manque de réalisme du modèle de concurrence pure et parfaite a une portée très large. À tout le moins cet arrêt exclut-il que la théorie de la concurrence pure et parfaite constitue la référence de principe. Pour l'invoquer, il faut démontrer sa pertinence empirique, un défi que bien peu de plaideurs relèveront. On peut remarquer que le constat dressé par la Cour dans l'arrêt *Charbonnages de la Ruhr* coïncide exactement avec celui de Clark[5]. Il n'est dès lors pas surprenant que les notions de concurrence praticable et efficace aient remporté quelque succès.

---

[1] *Comptoirs de vente de la Ruhr*, préc., p. 209 et s. Comme cela a été évoqué (*supra* n° 50), ce passage porte la marque du juge rapporteur, Jaques Rueff.

[2] L'atomicité de l'offre est l'une des conditions de la concurrence parfaite. V. *supra* n° 339.

[3] *Comptoirs de vente de la Ruhr*, préc., p. 209 et s. : « ce serait fermer les yeux aux réalités que de voir dans le marché du charbon ou dans celui de l'énergie un marché atomistique de concurrence parfaite ; […] il ne groupe pas une poussière de producteurs, inaptes à affecter, par le poids de leurs offres, les conditions du marché, mais un nombre limité d'entreprises, dont la production est presque toujours importante ; (…) ».

[4] *Comptoirs de vente de la Ruhr*, *loc. cit.* : « pareil marché est caractéristique du régime d'oligopole, qui est aussi celui de la concurrence imparfaite ; (…) la théorie de la concurrence imparfaite est maintenant entrée dans la doctrine, qui voit dans l'oligopole un régime où chaque vendeur tient compte, dans ses calculs économiques, du comportement probable que ses concurrents adopteront en réponse à ses propres décisions (…) le contraste avec la concurrence pure est sur ce point fondamental ».

[5] *Supra* n° 345.

2. La réception de la concurrence praticable ou efficace

387. Dans certains arrêts, la Cour emploie l'expression de « concurrence efficace », suivie entre parenthèses de l'expression « *workable competition* », en anglais dans le texte[1]. La traduction prête à confusion, car, on l'a vu, les notions de concurrence praticable, d'une part, et de concurrence efficace, d'autre part, correspondent à des orientations théoriques distinctes[2]. Ce n'est pas la seule confusion qui entoure l'emploi de ces notions. Celles-ci sont parfois utilisées dans un sens proche de leur sens économique (a), tandis que, dans d'autres cas, la référence est purement nominale (b). On ne peut parler de véritable réception de la notion de concurrence praticable qu'en considérant sa place dans le raisonnement. Le raisonnement économique est admis par le juge lorsque ce dernier se réfère à la concurrence praticable comme à un référentiel pour l'appréciation de la restriction de concurrence (c).

a) Sens proche du sens économique

388. **Premier sens.** Dans les arrêts, la notion de concurrence efficace désigne en premier lieu l'objectif assigné à l'article 81 CE[3]. La Cour a précisé que la concurrence efficace désignait « la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales du traité et, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur »[4]. Autrement dit, c'est en tant que moyen d'atteindre non une seule mais plusieurs fins que la concurrence sera dite efficace. En visant dans cette définition les exigences fondamentales du traité, les juges communautaires ont pris acte des tensions qui peuvent exister entre la concurrence et les autres objectifs de ce texte. Par là même, ils ont également décidé qu'il fallait, à dessein de concilier les différents objectifs du traité, tantôt accepter un degré de concurrence moindre que celui qui serait jugé satisfaisant si l'on se plaçait du seul point de vue de la concurrence[5], tantôt imposer un degré

---

[1] Arrêt de la Cour du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Comission, dit « Metro I », 26/76, Rec. p. 1875 point 20 ; conclusions de l'avocat général Tesauro sous l'arrêt de la Cour du 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareslskab AmbA, dit « DLG », C-250/92, Rec. p. I-5644, point 15.

[2] *Supra* n° 344 et s.

[3] Arrêts de la Cour du 5 avril 1984, Procédures pénales contre Jan van de Haar et Kaveka de Meern BV, 177 et 178/82, Rec. p. 1797, point 11, etdu 27 septembre 1988, Bayer AG et société de construction mécaniques Hennecke GmbH/Heins Süllhöfer, 65/86, Rec. p. 5249, point 11.

[4] Arrêt « *Metro I* », préc., point 20.

[5] *Métro* I, préc., point 21 ; arrêts de la Cour du 19 octobre 1980, Van Landewyck e. a./Commission, 209/78, Rec. p. 3125, point 176, et du 27 septembre 1988, Bayer/Heinz Süllhöfer, 65/86, Rec. p. 5249, point 13. V. aussi en ce sens les conclusions de l'avocat général Cosmas prononcées le 18 mars 1999, Christelle Deliège/Ligue francophone de judo e.a., C-51/96 et C-191/97, Rec. p. I-2549, point 110.

de concurrence, notamment intra-marque, supérieur à ce qui serait jugé suffisant si l'unification du marché n'était pas un objectif prépondérant[1]. Ainsi, l'expression renvoie à l'objectif au regard duquel il est raisonnable d'interpréter l'article 81, paragraphe 1, CE. Pour reprendre les mots de l'avocat général Tesauro, la recherche de la concurrence efficace est la *ratio* de ce texte[2]. Plus généralement, la Cour de justice a estimé que c'était l'objectif visé par l'ensemble des règles de concurrence[3]. L'emploi de l'expression « concurrence efficace », entendue au sens d'objectif de concurrence raisonnable, est cohérent avec la notion élaborée par Clark et l'idée selon laquelle les « imperfections » ne sont pas d'emblée mauvaises[4]. Il faut néanmoins signaler une différence de taille entre le point de vue de l'économiste et celui du juge. Pour Clark, le caractère satisfaisant d'une combinaison d'imperfections dans la concurrence s'apprécie au regard d'objectifs non spécifiés et donc probablement au regard de l'efficience. Pour la Cour, ce caractère satisfaisant s'apprécie au regard des objectifs du traité.

389. **Second sens et variations.** La notion de concurrence efficace est en second lieu employée dans un sens autre, dérivé du premier. Il ne s'agit plus d'un objectif – et donc d'un principe d'interprétation – mais d'un élément de qualification. En ce second sens, la concurrence efficace désigne la concurrence résiduelle qui subsiste malgré des circonstances (réglementation, réseau d'accords de distribution) réduisant son intensité et qui permet de considérer que l'objectif de maintien d'une concurrence raisonnable est atteint. Par ailleurs, l'expression « concurrence effective » figure parfois dans les arrêts concurremment ou alternativement à l'expression de « concurrence efficace », soit pour désigner l'objectif poursuivi par les règles de concurrence[5], soit dans le sens d'une concurrence résiduelle[6]. Mais

---

[1] V. VEROUDEN, « Vertical Agreement and Article 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.* 2003, pp. 525-575, p. 556. *Metro I*, préc., point 20.

[2] Conclusions de M. l'avocat général Tesauro sous l'arrêt de la Cour du 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareslskab AmbA, dit « DLG », C-250/92, Rec. p. I-5644, point 15.

[3] Arrêt de la Cour du 27 septembre 1988, Bayer /Heinz Süllhöfer, préc., point 11.

[4] *Supra* 347.

[5] *Usage alternatif :* arrêt de la Cour du 21 février 1973, Continental Can/Commission, 6/72, Rec. p. 215, point 25 (les articles 81 et 82 CE tendent au même objet, le maintien d'une concurrence effective) ; arrêt de la Cour du 20 septembre 2001, Courage Ltd/Bernard Crehan, C-453/99, Rec. p. 6297, point 27 ; arrêt du Tribunal du 7 juillet 1994, Dunlop Slazenger International Ltd./Commission, T-43/92, Rec. p. II-441, point 171 ; ordonnance du président du Tribunal du 12 mai 1995, SNCF et British Railways Board/Commission, T-79/95 R et T-80/95 R, Rec. p. II-1433, point 42.

[6] *Usage alternatif :* Arrêt de la Cour du 16 décembre 1975 Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA e. a./ Commission, 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, Rec. p. 1663, points 19 et 23 ; arrêts du Tribunal du 27 février 1992, Vichy/Commission, T-19/91, Rec. p. II-415, point 79 ; du 14 mai 1998, Finnboard Mills/Commission, T-338/94, Rec. p. 1618, point 229 (preuve inutile de l'effet d'un accord anticoncurrentiel par son objet sur la concurrence effective) ; du 6 avril 1995, Usine Gustave Boël/Commission, T-142/89, Rec. p. I-867, point 91, et du 8 juin 1995, Langnese-Iglo/Commission, T-7/93, Rec. p. 1533, point 148 (l'existence

il convient de ne pas s'arrêter à cet avatar terminologique[1] et de s'attacher à la fonction de cette notion dans le raisonnement des juges. La notion n'est pas employée dans son sens économique lorsqu'elle intervient dans l'appréciation de l'effet sensible. En revanche, on verra que la situation est différente lorsqu'il s'agit d'apprécier l'effet cumulatif d'un ensemble d'accords. La notion de concurrence efficace est alors mise en œuvre pour son véritable contenu .

b) Réception apparente

390. Certains emplois de la formule « concurrence praticable » donnent l'apparence d'une réception de la notion alors qu'il n'en est rien. Tel est le cas dans l'examen de l'effet sensible, où la référence à la concurrence effective est purement nominale (i). Elle exprime une exigence de nature purement logique sans lien avec le sens économique de la notion. Que le contenu conceptuel de la notion de concurrence praticable ne soit pas véritablement en cause à ce stade du raisonnement est confirmé par le fait que les juges français mettent en œuvre un raisonnement semblable sans se référer à cette notion (ii).

i. Référence purement nominale à la concurrence efficace

391. **Raisonnement *a contrario*.** La jurisprudence communautaire exige, pour que l'article 81, paragraphe 1, CE trouve à s'appliquer, que la pratique en cause ait un effet sensible sur le commerce intracommunautaire et sur la concurrence[2]. Certains commentateurs ont suggéré

---

d'une concurrence effective constitue une condition négative de l'article 81, paragraphe 3, CE, ainsi que des règlements d'exemption par catégorie).

Usage concurrent : arrêts de la Cour du 29 octobre 1980, Van Landewyck e.a./Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, points 133 et 134 ; du 22 octobre 1986, Metro SB-Großmärkte/Commission, dit « Metro II », 75/84, Rec. p. 3021, point 42, et du 17 juillet 1997, Ferriere Nord SpA/Commission, C-219/95 P, Rec. p. 441, point 23 ; arrêts du Tribunal du 6 avril 1995, Cockerill-Sambre SA/Commission, T-144/89, Rec. p. II-947, point 67 ; Ferriere Nord SpA/Commission, T-143/89, Rec. II-917, point 29 , du 12 décembre 1996, Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commission, T-88/92, Rec. p. II-1961, point 171, et Leclerc/Commission, T-19/92, Rec. p. 1851, point 179. Dans l'arrêt de la Cour du 15 octobre 1977, *Metro I*, préc., l'expression « concurrence efficace » est utilisée au point 20 pour désigner l'objectif des règles de concurrence et l'expression « concurrence effective » désigne, au point 22, la concurrence inter-marques grâce à laquelle un réseau de distribution échappe à la prohibition de l'article 81 CE.

[1] Ces avatars sont évoqués par l'avocat général Darmon dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour du 27 janvier 1987, Verband der Sachversicherer e.V./Commission, 45/85, Rec p. 405, point 12. La notion de concurrence effective trouve son usage le plus fréquent dans les domaines de la répression de l'abus de position dominante et du contrôle des concentrations.

[2] Arrêt du 10 juin 1966, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, 56/65, Rec. p. 337, et du 9 juillet 1969, Völk/Vervaecke, 5/69, Rec. p. 295. Il faut distinguer la condition d'effet sensible sur la concurrence, qui est une condition de fond, présumée dans le cas des accords ayant un objet restrictif de concurrence, de la condition d'effet sensible sur le commerce, qui est une question d'applicabilité du droit communautaire. Sur cette exigence plus généralement, *infra* n° 502 et s.

que cette étape du raisonnement pouvait constituer une ouverture à l'analyse économique[1]. Plusieurs arrêts pouvaient effectivement le laisser croire[2]. Toutefois, les références à la concurrence efficace dans l'appréciation de l'effet sensible ne procèdent pas d'un véritable raisonnement économique. En effet, le raisonnement mené dans ce contexte se cantonne à un raisonnement *a contrario* rudimentaire : pour qu'une pratique *restreigne* la concurrence, il faut tout d'abord que la concurrence ait été *possible*. C'est là une simple application de l'adage *À l'impossible, nul n'est tenu.* En effet, lorsque la concurrence est rendue impossible par une cause extérieure à la volonté des entreprises, on ne saurait leur reprocher de l'avoir restreinte. Le fait pour le juge d'introduire une référence nominale à la concurrence efficace lorsqu'il examine à titre préalable la possibilité pour les entreprises en cause de se faire concurrence ne vient pas modifier le raisonnement[3]. Un tel examen est demandé au juge lorsque les parties contestent qu'une possibilité de concurrence ait existé, notamment en invoquant l'existence de réglementations. Le juge communautaire se demande alors si les réglementations en cause empêchent effectivement toute concurrence[4]. Si la réglementation invoquée laisse une marge de liberté que les entreprises ont activement supprimée en se concertant, il conclut alors et seulement à l'existence d'une restriction de concurrence[5]. Dans

---

[1] B. HAWK, *op. cit.*, p. 980. *Contra*, V. VEROUDEN, *op. cit.*, p. 549.

[2] Arrêt de la Cour du 27 septembre 1988, Bayer/Heinz Süllhöfer, 65/86, Rec. p. 5249, point 19.

[3] Pour des exemples, V. arrêts de la Cour du 16 décembre 1975, Suiker Unie/Commission, 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, Rec. p. 1663, point 19 ; du 29 octobre 1980, Van Landewyck e.a./Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 153, et du 10 décembre 1985, Stichting Sigaretten Industrie/Commission, 209/78**,** Rec. p. 3831, points 91-96 ; arrêts du Tribunal du 6 avril 1995, Cockerill-Sambre SA/Commission, T-144/89, Rec. p. II-947, point 67 ; du 6 avril 1995, Ferriere Nord SpA/Commission, T-143/89, Rec. p. II-917, point 29, confirmé par l'arrêt de la Cour du 17 juillet 1997, C-219/95 P, Rec. p. 441, point 25 ; arrêt de la Cour du 8 juillet 1999, Montecatini SpA/Commission, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, point 127 ; conclusions de l'avocat général Cosmas prononcées le 18 mars 1999, Christelle Deliège/Ligue francophone de judo e.a., C-51/96 et C-191/97, Rec. p. I-2549, point 94.

[4] Arrêt de la Cour du 11 novembre 1997, Commission et France/Ladbroke Racing, C-359/95 P et C-379/95 P, Rec. p. I-6265, points 33 et 34 : « les articles 81 CE et 82 CE peuvent s'appliquer s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises ». Le même raisonnement s'applique en matière de contrôle des concentrations : arrêt du Tribunal du 21 septembre 2005, EDP/Commission, T-85/05, non encore publié au Recueil, points 118 et 126. La concurrence ne peut être restreinte au sens de l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 4064/89 sur un marché où la concurrence n'existe pas (en l'espèce, en raison d'une dérogation accordée par le droit communautaire à l'État portugais relative à l'obligation de libéraliser les marchés du gaz). Le Tribunal qualifie d'erreur de droit l'application du critère de renforcement d'une position dominante ayant pour conséquence une entrave significative à la concurrence sur un marché dans lequel la concurrence n'existe pas (point 133).

[5] Outre les arrêts rendus par le juge communautaire cités à la note précédente, on trouve un raisonnement identique dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 janvier 2002, Coopérative d'exploitation et de répartition pharmaceutique, BOCCRF n° 5, du 27 avril 2002, p. 199, confirmé par Cass. com. 18 février 2004. Mais le fait que la réglementation applicable laissait au grossiste répartiteur « une marge de liberté permettant le libre jeu de la concurrence non seulement par les services mais aussi par les prix » est pris en considération au stade de l'examen de la gravité de la pratique.

ce raisonnement, le recours à la notion de concurrence efficace, empruntée au vocabulaire de l'économie, est entièrement superflu, car la vérification d'une possibilité de concurrence correspond à une exigence purement logique. Cela est confirmé par l'analyse de la pratique des juges français, qui procèdent à la même vérification sans se référer à la notion de concurrence effective.

ii. Le raisonnement similaire du juge français indépendamment de la notion de concurrence effective

392. **Effet sensible.** En droit français, la Cour de cassation avait également exigé que la pratique ait un effet sensible pour être interdite[1]. Cette exigence valait non seulement en matière d'entente, comme en droit communautaire, mais aussi en matière d'abus de position dominante[2]. La jurisprudence ultérieure a atténué significativement cette exigence, à la fois par la restriction de son domaine[3] et par la dispense de motivation autonome de l'effet sensible[4]. Aujourd'hui, l'exigence résulte d'un texte[5]. Cette évolution n'empêche cependant pas de comparer les raisonnements des juges français et du juge communautaire.

393. **Raisonnement.** À la différence des juges communautaires, les juges français n'ont pas explicitement fait de la possibilité d'une concurrence effective la condition d'un effet sensible. Cependant, le même type de raisonnement semble être à l'œuvre dans la jurisprudence. Ainsi la Cour d'appel de Paris, dont le raisonnement n'a pas été censuré par la Cour de cassation, a considéré que l'existence d'une forte concurrence sur le marché (des

---

[1] Cass. com. 4 mai 1993, Rocamat c. Sogepierre, Bull. civ. IV, n° 172; *Contrats Conc. Conso.,* juin 1993, p. 7 obs. VOGEL. Le Conseil de la concurrence a refusé de s'y plier. Décision 93-D-50, du 23 novembre 1993, BOCCRF du 28 janvier 19994, *Contrats Conc. Conso*., mars 1994, n° 50, p. 6, obs. VOGEL. *Adde* : V. M.-C. BOUTARD-LABARDE et R. SAINT ESTEBEN, « Réflexions sur le seuil de "sensibilité" en droit de la concurrence », *JCP (E)*, 1988, II 15406. Le Conseil de la concurrence était réticent à la théorie de l'effet sensible. Dans la perspective de l'autorité de concurrence, il est en effet paradoxal de devoir mener une analyse économique approfondie pour répondre à la question de savoir si la pratique mérite l'attention. La Cour de cassation a cependant exigé une analyse concrète de l'effet sensible dans les décisions. La Cour de cassation avait néanmoins maintenu cette exigence. Cass. com., 12 janvier 1999, Bull. civ. IV, n° 9.

[2] V. p.e. Cass. com., 10 décembre 2003, La française des jeux, Bull. IV, n° 202, p. 224.

[3] La Cour de cassation a admis qu'une pratique grave (politique de boycott) devait être sanctionnée même si elle n'avait qu'un effet limité. Cass. com. 10 mars 1998, Bull. IV n° 95 p. 77. Cette solution peut s'interpréter comme la relaxation de l'exigence d'effet sensible en présence d'un accord dont l'objet est anticoncurrentiel.

[4] La Cour de cassation a admis que l'effet sensible pouvait être présumé en présence d'un accord ayant pour objet de restreindre la concurrence. Cass. com. 28 janvier 2003, Domoservice, Bull. IV, n° 12, p. 14. Elle a aussi admis en matière d'abus de position dominante que l'effet sensible s'infère de l'effet anticoncurrentiel, Cass. com. 10 décembre 2003, préc. L'exigence d'effet sensible sur la concurrence semble donc ne subsister que pour les accords anticoncurrentiels par leur effet, mais, là encore, l'effet sensible semble devoir s'inférer de l'effet anticoncurrentiel.

[5] Art. L 465-6-1 C. com. Sur cette évolution, M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 227, p. 204.

vêtements pour enfants) le rendait particulièrement sensible à toute atteinte à celle-ci[1]. À première vue, le raisonnement surprend, car on pourrait aussi dire que, dès lors que la concurrence est vive, il restera toujours une dose de concurrence suffisante (« efficace » au premier sens que lui donne la Cour de justice) en dépit d'une restriction[2]. Le fait que la Cour d'appel ne voie pas les choses ainsi démontre que, comme dans la jurisprudence communautaire, l'exigence de concurrence est, dans le cadre de l'appréciation de l'effet sensible, purement logique. Le juge s'assure que la concurrence est possible avant d'examiner si elle est restreinte. Lorsque la concurrence est vive, elle est *a fortiori* possible et peut évidemment être restreinte. Le constat nécessaire à cette vérification n'appelle aucune analyse économique. Le fait que le juge français se dispense de toute référence à la concurrence praticable au stade de l'examen de l'effet sensible, alors même qu'il met en œuvre un raisonnement semblable à celui du juge communautaire, montre bien que, lorsqu'elle existe, la référence à la notion de concurrence efficace au stade de l'examen de l'effet sensible relève du pléonasme. Elle traduit un emprunt de vocabulaire à la théorie économique sans emprunt de la notion, ni réception d'un raisonnement.

394. **Appréciation.** À notre sens, ce type d'emprunt ne mérite pas l'approbation. Il paraît préférable de n'emprunter à l'économie que lorsque c'est nécessaire et utile au juge. Lorsque celui-ci peut mener son raisonnement sans utiliser une notion économique, il convient qu'il n'emprunte pas non plus le mot qui la désigne. Cette pratique ne peut qu'être source de confusions. C'est particulièrement vrai lorsque la même notion économique est par ailleurs empruntée aux fins du raisonnement du juge à propos d'une question de droit distincte, cette fois pour son contenu conceptuel, comme c'est le cas pour la notion de concurrence efficace[3]. Il en résulte une polysémie fâcheuse[4]. En outre, même en l'absence de confusion imputable à l'emploi d'un même terme économique dans deux acceptions juridiques différentes, les emprunts vides de sens sont à proscrire. L'usage d'un mot économique en dehors du sens que lui donnent les économistes a pour effet inévitable de parer indûment d'économisme un raisonnement du juge qui soit n'en a pas besoin (si le raisonnement est probant), soit ne le mérite pas (dans le cas inverse). Une telle pratique dévoie l'autorité, fût-elle relative, que

---

[1] Paris, 1ère chambre H, 18 mars 1997, Zannier, BOCCRF n° 7, du 22 avril 1997, p. 267 ; Cass. com. 12 janvier 1999, Bull. IV, n° 9, p. 9.

[2] Le réseau en cause détenait une part de marché inférieure à 3 %.

[3] *Infra* n° 396.

[4] Comme le note G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3ème éd., 2005, n° 19, spéc. pp. 85-86, il ne suffit pas qu'un cas de polysémie soit fâcheux pour que l'on puisse raisonnablement espérer y remédier.

revêt une notion scientifique et ruine la crédibilité des juges autant que celle des économistes. Elle nuit aussi à la bonne compréhension du droit. En ce qui concerne l'appréciation de l'effet sensible, il serait plus juste de parler de concurrence « possible » que de concurrence « efficace ».

395. Nous avons vu que la réception de la notion de concurrence efficace aux fins de l'appréciation de l'effet sensible était l'emprunt superficiel d'un mot détaché du sens qu'il a pour les économistes. Pour examiner la portée véritable de la notion de concurrence efficace du point de vue de l'adoption d'un raisonnement économique, il faut se tourner vers l'usage qui en est fait au stade de l'analyse au fond, aux fins de la qualification de restriction de concurrence.

c) La réception réelle de la notion de concurrence praticable

396. L'idée centrale de la concurrence praticable est qu'il existe différentes formes de concurrence selon les caractéristiques du marché[1]. On peut en tirer deux conséquences. La première est relative au référentiel pertinent pour apprécier l'existence d'une restriction de concurrence : ce n'est pas toujours celui de la concurrence parfaite. La seconde concerne l'identification des facteurs de restriction de la concurrence : selon les caractéristiques du marché, ce sont des mécanismes différents qui assureront un degré acceptable de concurrence. Ces deux conséquences sont admises par les juges.

397. **Référentiel variable**. On a vu, à propos de la concurrence parfaite, que le juge communautaire n'acceptait pas ce référentiel sans que sa pertinence soit démontrée[2]. C'est là une exigence plus générale en présence d'un raisonnement contrefactuel[3]. C'est du reste une exigence élémentaire : pour comparer une situation à un modèle ou à un référentiel, il faut démontrer que celui-ci est pertinent. Or, cette exigence rejoint assez exactement le raisonnement décrit plus haut à propos de la notion de concurrence praticable[4]. Comme on l'a dit, dans la perspective de Clark, le juge doit, pour apprécier une restriction de concurrence, commencer par rapporter la situation de fait à un type de concurrence. Pour que l'appréciation soit juste, il faut donc choisir le type qui convient. On retrouve cette approche typologique dans certains arrêts. Celle-ci pèche néanmoins par une indétermination liée au fait qu'une

---

[1] *Supra* n° 345.

[2] *Supra* n° 361 et s.

[3] V. p.e. arrêt de la Cour du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec. p. 207, point 291, et *infra* n° 544.

[4] *Supra* n° 346.

typologie complète des types de concurrence n'a jamais pu être dressée. Le juge se réfère donc aux caractéristiques de la concurrence sans identifier formellement un type de concurrence. Ainsi, en matière de pratiques concertées, le juge examine si les prix observés pouvaient résulter du fonctionnement normal du marché, *compte tenu de ses caractéristiques*. Les « conditions normales du marché »[1], qui constituent le référentiel de la comparaison, varient « compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises ainsi que du volume et du caractère dudit marché »[2]. La liste des caractéristiques structurelles pertinentes est plus courte que celle de Clark[3]. Il n'en reste pas moins que le raisonnement est exactement le même. La restriction de concurrence est appréciée au terme d'un raisonnement contrefactuel et le référentiel de la comparaison est variable en fonction de certaines caractéristiques[4]. Lorsque c'est possible, le juge rapporte la situation à un type de structure concurrentielle, comme l'oligopole[5]. Ainsi, dans son arrêt *Archer Daniels Midland*[6], le Tribunal de première instance énonce que la structure oligopolistique d'un marché constituait « un facteur économique objectif de nature à atténuer les effets de la concurrence entre producteurs »[7]. Cette structure particulière est déterminante pour l'appréciation de l'effet d'un échange d'informations[8]. Le raisonnement diffère alors sensiblement de celui rencontré plus haut, également à propos de la diffusion d'informations, lorsque seule la restriction de rivalité

---

[1] Arrêts de la Cour du 16 décembre 1975, Suiker Unie, 40 à 48, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, Rec. p. 1663, point 22, et du 14 juillet 1972, ICI/Commission, Rec. p. 851, point 66.

[2] *Suiker Unie*, préc. *loc. cit.* ; *ICI*, préc., *loc. cit.*

[3] *Supra* n° 346.

[4] V. p.e. arrêt du Tribunal du 16 décembre 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied et Technische Unie BV/Commission, T-5/00 et T-6/00, Rec. p. 5761, point 335 : « il convient de rappeler que, sans nier entièrement les similitudes [de prix] observées, TU en attribue l'origine à la structure et au fonctionnement naturel du marché pertinent. Il est vrai que le marché pertinent est fortement concentré : les cinq plus gros membres de la FEG représentent conjointement 62 % du marché, et la part des dix plus gros s'élève à 80 % (…). Si une telle structure peut favoriser les collusions, aucune conclusion définitive ne peut cependant en être tirée quant à la licéité des similitudes observées ».

[5] Sur l'adoption de la notion d'oligopole par le juge communautaire plus généralement, V. p. e., K. MEHTA, L. KJØLBYE, et V. RABASSA, « La théorie de l'oligopole relève-t-elle de l'économie ou du droit ? » *RMC*, 2003, n° 468, pp. 304-309.

[6] Arrêt du Tribunal du 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd/Commission, T-224/00, Rec. p. II-2597.

[7] *Archer Daniels*, préc., point 168.

[8] Arrêts du Tribunal du 27 octobre 1994, Fiatagri et New Holland Ford/Commission (T-34/92, Rec. p. II-905), et Deere/Commission, T-35/92, Rec. p. II-957, ainsi que les arrêts de la Cour dans les procédures sur pourvoi correspondantes : arrêts du 28 mai 1998, New Holland Ford/Commission, C-8/95 P, Rec. p. I-3175, et C-7/95 P, Rec. p. I-3111.

importait, indépendamment de la structure de la concurrence[1]. L'approche inaugurée par l'arrêt *Société technique minière* a donc été développée dans la droite ligne de la conception de la concurrence praticable. Le juge tient compte des caractéristiques du marché pour apprécier les restrictions de concurrence selon un référentiel variable.

398. **Limite.** Le raisonnement mené sur l'effet d'un échange d'informations dans une situation d'oligopole est l'un des rares exemples où l'approche typologique fonctionne. Effectivement, dans ce cas, il est admis que l'oligopole facilite en lui-même la coordination et que, dans ces circonstances, l'échange d'informations est ce qui permettra à la coordination d'être effective. L'approche n'est cependant pas généralisable. Sa limite intrinsèque tient à la difficulté de faire le lien entre certaines caractéristiques du marché et certains effets. On peut décrire les caractéristiques du marché, mais il est difficile de savoir *comment* on infère à partir de ces caractéristiques le résultat auquel aurait conduit une concurrence non faussée. Comme l'a souligné l'avocat général Stix-Hackl, cette difficulté est particulièrement grande lorsque plusieurs caractéristiques sont pertinentes et doivent être combinées pour apprécier l'effet d'un comportement[2]. Le raisonnement du juge bute alors sur les lacunes de la théorie économique. Ces mêmes difficultés avaient poussé Clark à abandonner l'approche purement typologique à partir des caractéristiques de la concurrence au profit d'une conception dynamique. Du point de vue du juge, les limites de l'approche typologique sont précisément ce qui rend nécessaire la prise en considération d'un raisonnement circonstancié. L'impossibilité pour la théorie économique de fournir au juge les présomptions envisagées par Clark l'oblige à un contrôle de motivation[3].

399. **Conclusion du 2.** Des développements qui précèdent, on retiendra trois enseignements. En premier lieu, on a vu que toute référence à la notion de concurrence efficace dans un arrêt n'est pas le signe de l'adoption d'un raisonnement économique par le juge. Le mot est emprunté par le juge communautaire aux fins d'un raisonnement parfaitement logique, mais parfaitement distinct du raisonnement économique associé à cette

---

[1] V. *supra* n° 372. Dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour du 2 octobre 2002, Thyssen Stahl AG/Commission, C-194/99 P, l'avocat général Stix-Hackl n'a pas manqué de relever (point 117) que le Tribunal avait violé le « postulat d'autonomie » qui fait de l'échange d'informations une infraction autonome.

[2] Conclusions sous *Thyssen Stahl*, préc., point 107 : « [d]'ailleurs, affirme la Commission, la requérante ne retient qu'un élément au hasard, alors que le Tribunal aurait motivé le caractère anticoncurrentiel du système d'échange d'informations à l'aide de nombreux éléments. Certes, admet la Commission, le marché des poutrelles d'acier serait effectivement moins oligopolistique que le marché en cause dans les arrêts Tracteurs. En revanche, selon la Commission, les poutrelles d'acier seraient des produits plus homogènes que les tracteurs, de sorte que, en l'espèce, une concurrence par les caractéristiques des produits serait *a priori* limitée ».

[3] Sur le contrôle de motivation plus généralement, V. *infra* seconde partie, chapitre 2.

notion. En deuxième lieu, et indépendamment des terminologies, l'idée de concurrence efficace se retrouve dans les arrêts lorsque l'interprétation des finalités de l'article 81 CE est en cause. Dans ces arrêts comme dans l'approche économique, il s'agit d'affirmer que les situations d'imperfection (au regard du modèle de concurrence parfaite) ne sont pas obligatoirement mauvaises. En troisième lieu, le raisonnement mené par le juge pour apprécier une restriction de concurrence est lui aussi inspiré par la doctrine de la concurrence praticable. Le raisonnement contrefactuel esquissé par Clark est adopté par le juge communautaire. Il achoppe pourtant sur une lacune de la théorie économique. Idéalement, ce mode de raisonnement devrait s'appuyer sur une typologie des formes de concurrence et sur des présomptions associées à chacune de ces formes. Cependant, seuls certains types particuliers de concurrence ont été identifiés et seul un petit nombre de présomptions a été suggéré par l'analyse économique. Dès lors, la concurrence praticable ne pouvait fournir un guide suffisant au juge. C'est peut-être ce qui explique que le juge se soit tourné vers d'autres approches, dans ce que l'on peut appeler un structuralisme bien tempéré.

3. Le structuralisme bien tempéré

400. L'idée centrale de la conception structuraliste de la concurrence, comme de la conception ordo-libérale, est que le pouvoir de marché peut être dangereux. Le structuralisme dogmatique considère que le pouvoir de marché résulte de certaines caractéristiques du marché et qu'il est toujours dangereux. On verra que cette conception n'est pas très éloignée de celle qui prévaut en matière d'abus de position dominante[1]. En matière d'ententes, en revanche, on peut parler d'un structuralisme bien tempéré, dans la mesure où les juges tiennent compte du pouvoir de marché dans l'appréciation de la restriction de concurrence, mais en procédant à une appréciation concrète (a) et sans exclure les arguments économiques issus d'autres approches, tels que l'argument du passager clandestin (b).

a) Le pouvoir de marché : question d'appréciation concrète

401. **Question de degré.** On a vu que, dans le cadre de l'appréciation de l'effet cumulatif d'un ensemble d'accords similaires, le juge prenait en considération la proportion du marché concernée par la pratique[2]. Ce n'est donc pas seulement l'existence d'un pouvoir de marché qui est prise en considération, mais son degré. Le pouvoir de marché n'est pas considéré dans

[1] *Infra* n° 412 et s.

[2] *Supra* n° 367.

une perspective statique, à savoir comme un état, mais dans une perspective dynamique. La question déterminante consiste à savoir si l'ensemble des accords a pour effet d'ériger des barrières à l'entrée[1]. Autrement dit, ce qui restreint la concurrence est le fait, pour une entreprise, d'augmenter par son comportement contractuel son pouvoir de marché, ce qui correspond à une définition économique consensuelle de la restriction de concurrence[2]. L'approche concrète du pouvoir de marché se traduit aussi par l'attention portée par le juge aux éventuels contre-pouvoirs susceptibles de tenir en respect le pouvoir de marché d'une entreprise.

402. **Contre-pouvoir.** C'est en effet un raisonnement en termes d'équilibre des pouvoirs qui a conduit la Cour de justice à admettre qu'une entente ne restreignait pas la concurrence. Dans l'affaire *DLG*, la question consistait à savoir si, dans une situation de déséquilibre des forces contractuelles en présence, la constitution d'un groupement destiné à contrebalancer cette situation tombait sous le coup de la prohibition énoncée à l'article 81 CE. La Cour a jugé que les règles de fonctionnement d'une coopérative d'achats groupés (qui restreignait la liberté des membres de s'approvisionner en dehors de la coopérative) « peuvent encourager une concurrence plus efficace », en ce que la coopération permet aux acheteurs de compenser la force contractuelle des fournisseurs[3]. La pratique constitue non une restriction mais bien un renforcement de la concurrence, parce qu'elle contribue à soumettre les vendeurs à une pression de la part des acheteurs et, ainsi, à prévenir les abus par une distribution plus équilibrée des puissances contractuelles en présence[4]. La restriction de la liberté commerciale n'est donc pas déterminante et le raisonnement déjà rencontré en matière d'effet cumulatif est réaffirmé[5]. La Cour va cependant plus loin en ce que l'accroissement du pouvoir de marché n'est pas considéré comme néfaste en lui-même. L'objectif poursuivi par la coopérative est

---

[1] Arrêts du Tribunal du 12 décembre 1996, Leclerc/Commission, T-88/92, Rec. p. II-1961, point 171 et Leclerc/Commission, T-19/92, Rec. p. 1851, point 182 ; arrêt du Tribunal du 13 janvier 2004, JCB Services e. a./Commission, T-67/01, Rec. p. II-49, point 131.

[2] En ce sens, V. VEROUDEN, *op. cit.*, p. 527.

[3] Arrêt de la Cour du 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a./Dansk Landbrugs Grovvareslskab AmbA, dit « DLG », C-250/92, Rec. p. I-5641, point 50.

[4] Le même raisonnement se trouve déjà dans les travaux du *Verein für Sozialpolitik*, cercle d'étude influent en Allemagne au sein duquel la question des cartels a été plusieurs fois discutée au tournant du siècle. La formation de coopératives d'achat était évoquée comme un moyen de contrebalancer le pouvoir des cartels sur les prix. Sur ce point, D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 95 et s.

[5] *Supra* n° 367.

ainsi pris en considération[1]. Il ne l'est pas seulement pour sa légitimité intrinsèque, comme dans la théorie des restrictions accessoires, mais aussi dans le contexte d'ensemble du marché. C'est ce qui rend le raisonnement cohérent avec une approche économique[2].

403. Un raisonnement similaire à celui de l'arrêt *DLG* se retrouve dans certains arrêts français. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a jugé, en appel d'une décision d'un Tribunal de commerce, que le regroupement de petites sociétés en un groupement d'achats n'avait pas d'effet anticoncurrentiel[3]. En revanche, la même Cour d'appel de Paris, statuant sur un recours contre une décision du Conseil de la concurrence en matière de mesures conservatoires, a tenu un raisonnement très différent dans une situation pourtant similaire[4].

404. **Raisonnement différent.** L'affaire concernait l'achat en commun des droits de diffusion radiophonique relatifs à des événements sportifs et non des produits agricoles, mais la question posée était identique. Il s'agissait de savoir dans quelle mesure un regroupement d'acheteurs en vue de contrebalancer la puissance d'un vendeur était licite. Les juges parisiens ont raisonné de manière strictement inverse à celle de la Cour de justice. En effet, la Cour d'appel a estimé que la constitution par des stations de radio d'une centrale d'achat de droits sportifs pour contrebalancer le pouvoir du vendeur unique de ces droits constituait une pratique dont le caractère anticoncurrentiel était suffisamment apparent pour justifier des mesures provisoires. Il est vrai que des raisons autres que propres à la concurrence ont pu influencer en l'espèce le juge des référés. En l'absence de mesures provisoires, les auditeurs des stations de radio concernés auraient en effet risqué d'être privés de commentaires radiodiffusés d'un événement sportif imminent. L'urgence qui pouvait résulter de la situation n'invalide cependant pas la comparaison. Le référé n'exclut pas en effet la nécessité d'une analyse économique de la restriction de concurrence[5]. Par ailleurs, aucune mesure d'instruction incompatible avec la procédure de référé n'était nécessaire pour prendre en

---

[1] Déjà, à propos d'une clause de non-concurrence liant les membres d'une coopérative, arrêt du Tribunal du 2 juillet 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Commission T-61/89, Rec. p. II-1931, point 75 : « [p]our avoir un effet bénéfique sur la concurrence, *l'objectif* poursuivi par l'insertion d'une telle clause doit lui-même contribuer au libre jeu de la concurrence » (nous soulignons).

[2] V. VEROUDEN, *op. cit.*, p. 560.

[3] P.e., Paris, ch. 15, sect. B., 19 octobre 2001, juris-data n° 2001-182667.

[4] Paris, 4 juin 2002, Groupement d'intérêt économique Sport libre c. RMC info, BOCCRF n° 12, du 22 août 2002.

[5] La Cour de cassation a déjà prononcé la cassation d'une ordonnance de référé dans laquelle le juge des référés avait considéré ne pas être en mesure de mener l'analyse économique nécessaire à l'appréciation d'une restriction de concurrence (en l'occurrence, un abus de position dominante) : Cass. com. 10 juillet 1989, Bull. civ. IV, p. 145, obs. Ch. GAVALDA et CL. LUCAS DE LEYSSAC, *D.* 1990, somm. 107. Sur le raisonnement économique devant le juge des référés communautaire, V. *infra* n° 1187.

considération, à l'instar du juge communautaire, les effets de la disproportion des puissances contractuelles. On peut donc penser que c'est avant tout une différence dans le raisonnement qui explique la divergence des solutions. À la différence de la Cour de justice dans l'affaire *DLG*, la Cour d'appel de Paris n'a pas considéré que la constitution d'un groupement visant à contrebalancer un pouvoir de marché par une puissance d'achat était favorable à la concurrence. On peut le regretter, car un tel raisonnement introduit des considérations concrètes dans l'appréciation des restrictions de concurrence. De telles considérations sont de nature à tempérer le postulat structuraliste selon lequel le pouvoir de marché est intrinsèquement mauvais pour la concurrence.

405. En matière d'ententes, il est acquis que le pouvoir de marché est une donnée pertinente pour l'appréciation d'une restriction de concurrence. Il y a là un point d'accroche pour une conception structuraliste de la concurrence, puisque, dans cette conception, la notion-clé est celle de pouvoir de marché. Cependant, les quelques exemples analysés montrent que les juges n'adhèrent pas à des conceptions structuralistes pures, dans ce qu'elles peuvent avoir de rigide. Tout pouvoir de marché n'est pas considéré comme intrinsèquement mauvais et le juge n'infère pas une restriction de concurrence à partir des seules caractéristiques structurelles du marché. Le structuralisme apparaît tempéré par une appréciation concrète, dans laquelle le pouvoir de marché est question de degré. La jurisprudence évoquée plus haut sur l'effet cumulatif de plusieurs accords similaires l'illustre. Les exemples qui viennent d'être analysés attestent un autre tempérament par rapport à ce qui serait une conception purement structuraliste. Ainsi, les juges admettent parfois qu'un accord ayant pour effet de créer ou de renforcer un pouvoir de marché n'est pas une restriction de concurrence lorsqu'il correspond, en réalité, à la création de ce que l'on pourrait appeler un contre-pouvoir de marché. Même si ce raisonnement n'est pas systématique, il est intéressant, car il ouvre à la réception des conceptions économiques qui, à la différence de la conception structuraliste, mettent l'accent sur les comportements plus que sur les structures. En effet, admettre que la constitution d'un contre-pouvoir de marché peut être licite procède d'un raisonnement qui accorde pertinence à la rationalité guidant le comportement de l'entreprise. L'ouverture de la qualification de restriction de concurrence à cette manière de raisonner est encore timide, mais elle existe, puisque certains arguments relatifs à la stratégie des entreprises sont admis.

b) L'admission de certains arguments relatifs à la stratégie de l'entreprise

406. Les économistes de l'École de Chicago ont les premiers mis l'accent sur la nécessité de prendre en considération les stratégies qui guident les comportements des entreprises. Ils insistaient sur la recherche de l'efficience, laquelle devait, selon eux, conduire à traiter le comportement comme licite. Comme on l'a vu, la thèse de l'innocuité concurrentielle des restrictions verticales avancée par le courant de Chicago n'a pas été admise dans son principe, en ce sens que les restrictions verticales sont soumises, en droit communautaire comme en droit français, aux dispositions sur les accords anticoncurrentiels[1]. On a dit aussi que le rejet par le juge d'une présomption d'efficience était justifié[2]. Cela ne ferme pas pour autant toute possibilité, pour le juge, de tenir compte d'arguments stratégiques. Cela doit d'autant plus être souligné que la théorie économique contemporaine développe une compréhension plus fine des stratégies d'entreprises[3]. Pour s'en tenir à un argument ancien, dont les juridictions ont eu à connaître, il faut évoquer l'argument dit du « passager clandestin »[4]. Il consiste à dire que l'arrangement contractuel choisi est nécessaire pour éviter un comportement « opportuniste » de la part des distributeurs faisant partie du réseau, de distributeurs extérieurs ou des consommateurs[5]. Un comportement opportuniste consiste, à l'instar du passager qui monte à bord sans billet, à s'approprier le fruit des efforts d'autrui, ce qui lui cause un préjudice. C'est en somme un comportement parasitaire.

407. **Pertinence de l'argument**. Le risque de tels comportements se rencontre dans les réseaux de distribution[6]. Par exemple, si un même bien est commercialisé à la fois par des magasins offrant un service de conseil à la clientèle et par des magasins à bas prix, il existe un risque que les consommateurs aillent se renseigner chez les premiers et se fournir chez les seconds, rendant à terme non soutenable l'offre d'un service de conseil. En proposant des prix plus bas que ne peuvent le faire les magasins qui emploient des vendeurs qualifiés, les magasins à bas prix s'approprient le fruit des efforts de vente des premiers, ce qui, à terme, les dissuade d'en fournir, au détriment du producteur et des consommateurs. Ce risque peut être

---

[1] Arrêt de la Cour du 13 juillet 1966, Établissements Consten et Grundig/Commission, 56 et 58/64, Rec. p. 429, p. 493.

[2] *Supra* n° 375 et s.

[3] *Supra* n° 356.

[4] L. GYSELEN, « Vertical Restraints in the Distribution Process : Strength and Weaknesses of the Free Rider Rationale under EEC Competition Law », *CML Rev.*, 1984, pp. 647-668.

[5] D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *Économie industrielle*, préc., p. 579.

[6] P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 761, p. 601.

évité en mettant en place un système de distribution sélective, plus particulièrement en stipulant que les distributeurs doivent employer des vendeurs qualifiés et ne peuvent revendre la marchandise à des tiers non agréés. De même, l'argument du passager clandestin peut justifier une clause d'approvisionnement exclusif ou d'exclusivité territoriale[1]. Il existe, dans l'approche juridique, un véhicule tout désigné pour prendre en considération les arguments stratégiques en général. Celui-ci a permis de prendre en considération l'argument du passager clandestin en particulier. Il s'agit de la doctrine des restrictions accessoires.

408. **La doctrine des restrictions accessoires.** La doctrine des restrictions accessoires relève d'un raisonnement juridique classique : c'est l'application en droit de la concurrence de l'adage selon lequel l'accessoire suit le principal[2]. Cette doctrine sert à déclarer licite une restriction de la liberté commerciale dès lors qu'elle est nécessaire et proportionnée au but légitime recherché[3]. C'est alors l'objet du contrat (par exemple un contrat de franchise) et non son effet économique pro-concurrentiel qui est pris en considération afin de soustraire l'accord à la prohibition de l'article 81 CE[4]. Le raisonnement consiste à affirmer que, si une restriction (de la liberté commerciale) est inhérente à la nature d'un accord qui n'est pas illicite par son objet, elle ne constitue pas une restriction de concurrence[5]. Bien que le vocabulaire soit différent de celui des économistes, la doctrine des restrictions accessoires permet de prendre en considération le but poursuivi par l'entreprise, sa stratégie. Cette doctrine a un spectre plus large que celui des arguments d'efficience, car les juridictions, à la différence des économistes de Chicago, n'admettent pas que le seul objectif légitime soit la poursuite de l'efficience[6]. Elle n'en permet pas moins de prendre en considération des arguments économiques pour admettre la licéité de restrictions verticales[7]. Ainsi, dans les arrêts *Metro*, la nécessité d'éviter que les revendeurs discount ne s'approprient les efforts de

---

[1] D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, p. 581.

[2] L. IDOT, « La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 § 3 CE », préc., n° 37, p. 100.

[3] P.e. R. BLASSELLE, *Traité de droit de la concurrence,* préc., p. 507.

[4] J. FAULL et A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, préc., n°2.99, p. 95 ; M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 274, p. 242.

[5] V. arrêts de la Cour du 11 juillet 1985, Remia/Commission, 42/84, Rec. p. 2545, et du 28 janvier 1986, Pronuptia, 161/84, Rec. p. 353, point 23. La comparaison de la solution adoptée par la Cour avec celle proposée par l'avocat général Ver Loren Van Themaat, qui faisait référence au pouvoir de marché du franchiseur et à l'effet de la franchise sur le niveau des prix (Rec. p. 370), tend à confirmer que la doctrine des restrictions inhérentes à un type d'accord est la forme juridique donnée à un raisonnement économique.

[6] *Supra* n° 85 et s.

[7] Les arguments sont de même nature : ni l'un ni l'autre de ces raisonnements ne portent sur les effets concrets. Ils portent tous deux sur la justification de principe de certaines restrictions.

promotion de distributeurs assurant des services de conseil et de réparation justifie la restriction[1]. Dans l'arrêt *Nungesser*[2], c'est très exactement l'argument du passager clandestin, refusé dans l'arrêt *Consten et Grundig*, qui est admis[3]. L'argument consiste à dire que la clause d'exclusivité territoriale est destinée à pallier le risque de comportement opportuniste de la part de distributeurs extérieurs au territoire concédé, ce afin d'encourager les efforts de promotion du distributeur exclusif dans ce territoire. La restriction est donc nécessaire pour protéger le distributeur contre le risque commercial et l'inciter à promouvoir le produit sur un nouveau marché[4]. Dans l'arrêt *Pronuptia*[5] est admise comme justification la volonté de protéger l'image de marque du producteur contre un risque de parasitisme du savoir-faire transmis au franchisé par des concurrents[6]. Dans le langage de la Cour, le but légitime est de « permett[re] au franchiseur de tirer parti de sa réussite »[7]. Dans le langage des économistes, ce but consiste à réaliser un gain d'efficience[8]. Il y a là une simple différence de vocabulaire, mais pas de raisonnement.

409. **Proposition.** L'argument du passager clandestin admis par les juges est un argument économique, mais c'est aussi un argument abstrait. Son admission ne rend pas nécessaire une analyse économique concrète ou complexe[9]. Il s'agit en effet d'un mode de justification *a priori* de certaines pratiques contractuelles. C'est précisément ce qui rend ce raisonnement parfaitement compatible avec la théorie des restrictions accessoires. Il nous semble cependant que l'analyse économique pourrait, tout en restant centrée sur l'objet de l'accord, comme l'est la théorie des restrictions accessoires, être rendue plus concrète. Pour cela, il faudrait que les

---

[1] Arrêt du 25 octobre 1977, Metro/Commission, 26/76, Rec. p. 1875, point 21. V. aussi arrêt du 22 octobre 1986, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commission, dit « Metro II », 75/84, Rec. p. 3021, point 45. Ces arrêts ne tranchent pas la question de savoir si l'argument doit être considéré en application de 81, paragraphe 1, CE ou de l'article 81, paragraphe 3, CE, mais ce point est secondaire du point de vue du raisonnement économique.

[2] Arrêt de la Cour du 8 juin 1982, Nungesser/Commission, 259/78, Rec. p. 2015.

[3] *Nungesser*, préc., point 57 (dans cet arrêt, la Cour divise le traitement de l'argument entre les premier et troisième paragraphes de l'article 81 CE en distinguant entre la licéité de principe d'une licence exclusive ouverte et l'illicéité de principe de l'exclusivité territoriale absolue, ce qui complique le raisonnement mais ne modifie pas fondamentalement l'argument).

[4] V. aussi arrêt de la Cour du 25 octobre 1983, AEG Telefunken/Commission, 107/82, Rec. p. 3152, points 43-44 et 71-72.

[5] Arrêt de la Cour du 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris/Schigallis, 161/84, Rec. p. 353, point 25.

[6] *Pronuptia*, préc., point 16.

[7] *Pronuptia*, préc., point 15.

[8] Comme on l'a vu, le critère de l'efficience ne se soucie pas de la répartition de la richesse créée entre son créateur et les consommateurs. *Supra* n° 159.

[9] F. E. GONZÁLEZ-DÍAZ, « Some Reflections on the Notion of Ancillary Restraints Under EC Competition Law », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1995, p. 328, cité par V. VEROUDEN, « Vertical Agreement and Article 81(1) EC : The Evolving Role of Economic Analysis », *Antitrust L. J.*, 2003, pp. 525-575, p. 559.

juges subordonnent l'admission de l'argument du passager clandestin à plusieurs conditions. Trois semblent s'imposer. Premièrement, il conviendrait de vérifier la réalité du risque de comportement opportuniste. Cela suppose de se demander si, antérieurement au contrat, la possibilité existe pour un revendeur de se procurer les produits et de les revendre sans fournir les services annexes au client (conseils) ou au fournisseur (promotion)[1]. Deuxièmement, il faudrait vérifier, du moins si ce point est contesté, que l'intention du contractant à l'initiative des clauses suspectes était bien de pallier ce risque. Ces deux conditions répondent à une exigence générale de vérification de la pertinence en l'espèce des prémisses d'un raisonnement économique[2]. Troisièmement, il conviendrait de s'assurer qu'il n'existait pas de moyen moins restrictif de pallier le risque de comportement opportuniste. Cette dernière condition n'est cependant pas nouvelle et coïncide avec l'examen de proportionnalité. Notre proposition ne nécessite aucune analyse économique complexe de la part du juge. En effet, une analyse juridique des conditions contractuelles suffirait à rendre le raisonnement économique plus concret et à mieux justifier au cas par cas son admissibilité.

410. **Conclusion du § 1.** Les développements qui précèdent autorisent trois constats. Le premier est celui d'une réelle ouverture du juge au raisonnement économique dans l'appréciation des restrictions de concurrence en matière d'ententes. En effet, l'étude de divers exemples a montré que, au-delà des questions de terminologie, ce sont bien les manières de raisonner associées aux différentes conceptions de la concurrence qui se retrouvent dans les arrêts. Le second constat est celui de l'éclectisme des juges. En effet, les conceptions de la concurrence présentées dans la section précédente se retrouvent toutes, peu ou prou, dans les arrêts. Ce pluralisme comporte naturellement un risque du point de vue de la cohérence de la jurisprudence. Cependant, on ne saurait en faire reproche aux juges, dans la mesure où les différentes conceptions souffrent toutes d'insuffisances. Comme on l'a vu à propos de la concurrence praticable, c'est parfois justement l'insuffisance de la théorie économique qui invalide la généralisation d'un raisonnement. Dès lors, et c'est le troisième constat, le juge ne peut que rechercher méthodiquement à vérifier le réalisme des raisonnements économiques qui sont allégués au regard des faits de l'espèce. Plusieurs exemples ont montré que c'est précisément l'attitude adoptée par les juges (l'accueil réservé à la concurrence parfaite, ainsi qu'à certains raisonnements en termes de concurrence

[1] On peut se demander si cette condition était satisfaite dans l'affaire Serap/Technisom. V. l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 1ère chambre A, du 16 janvier 1989, BOCCRF du 25 janvier 1989, p. 4, à la p. 8.

[2] C'est la même exigence qui a déjà été rencontrée à propos du raisonnement contrefactuel. *Supra* n° 397.

praticable). On ne peut que saluer le bien-fondé de cette démarche et signaler qu'elle mérite d'être systématisée. L'exemple de l'argument du passager clandestin a montré que la vérification de la pertinence du raisonnement économique n'impliquait pas toujours une analyse complexe de la part du juge.

411. L'ouverture réelle du juge aux raisonnements économiques en matière d'ententes contraste singulièrement avec la résistance dont il fait montre en matière d'abus de position dominante.

§ 2. LA RÉSISTANCE DU JUGE AU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE EN MATIÈRE D'ABUS DE POSITION DOMINANTE

412. Les développements qui suivent n'ont pas pour objet de traiter de l'abus de position dominante dans son ensemble, mais bien de montrer que, par comparaison avec le traitement de la notion de restriction de concurrence en matière d'ententes, les arrêts rendus en matière d'abus témoignent d'une moindre ouverture au raisonnement économique. La comparaison est possible si l'on s'intéresse aux pratiques susceptibles d'être appréhendées à la fois par l'article 81 CE et par l'article 82 CE, comme les accords verticaux entre un producteur et ses distributeurs. Cette comparaison révèle que, lorsque ces pratiques sont examinées au titre de l'article 82 CE, on observe dans les arrêts une plus grande prégnance de la conception ordo-libérale, qui conduit les juges à accorder une importance déterminante à la structure du marché (A). Ces éléments constituent des obstacles persistants à la prise en considération d'un raisonnement économique élaboré (B). De ce fait, il existe un décalage entre l'appréhension de la notion de restriction de concurrence au titre de l'article 81 CE et de l'article 82 CE.

A. La prégnance de la conception ordo-libérale et le primat accordé à la structure du marché

413. On a vu que la conception ordo-libérale était à l'origine même de la prohibition des abus de position dominante dans le traité[1]. Elle a également influencé de manière déterminante les grands arrêts de la Cour de justice sur l'abus de position dominante et façonné jusqu'à présent le raisonnement des juges sur la question de savoir ce qui, de la part d'une entreprise dominante, restreint la concurrence[2]. Cette influence ordo-libérale se traduit de plusieurs manières.

---

[1] *Supra* n° 97.

[2] E. ROUSSEVA, « Modernizing by Eradicating : How the Commission's New Approach to Article 81 EC Dispenses with the Need to Apply Article 82 to Vertical Restraints », *CML Rev.*, 2005, pp. 587-638, p. 591 et s.

414. **Distinction position dominante/abus.** La distinction juridique entre position dominante et abus a déjà été évoquée en tant qu'obstacle à la traduction de raisonnements économiques en droit[1]. Il convient de rappeler que cette distinction n'est pas seulement fondée sur une lecture littérale de l'article 82 CE. Elle puise aussi ses racines dans la conception ordo-libérale de la concurrence. Le pouvoir de marché y est en effet conçu comme un attribut de certaines entreprises, lesquelles doivent être soumises à une règle de comportement (l'obligation de se comporter *comme si* elles faisaient face à une concurrence complète)[2]. Dans cette conception, pour savoir si cette norme de comportement leur est applicable, il est logique de se demander dans un premier temps si l'entreprise détient une position dominante. Il est à peine besoin de préciser que cette première étape du raisonnement fait appel à une analyse de la structure de marché. Comme cela a été noté de longue date, la notion de position dominante revêt un caractère avant tout structurel[3]. Ce qui importe pour les présents développements, c'est la fonction de l'analyse structurelle dans le raisonnement d'ensemble menant à l'appréciation de l'abus. À la différence de ce qui a été vu en matière d'ententes, en matière d'abus, cette analyse structurelle n'a pas pour but d'identifier parmi plusieurs référentiels possibles celui qui est adapté pour l'appréciation du comportement[4]. L'appréciation de la structure du marché sert à répondre positivement ou négativement à une seule et unique question : celle de savoir si oui ou non une « responsabilité spéciale » incombe à l'entreprise. Dans ce raisonnement binaire, le pouvoir de marché n'est pas une question de degré comme en matière d'accords anticoncurrentiels[5]. C'est une question de seuil, dont le franchissement déclenche des obligations particulières.

415. **Responsabilité spéciale.** Les juges communautaires ont très tôt consacré la « responsabilité particulière » des entreprises dominantes, responsabilité qui leur impose de ne

---

et, du même auteur, « The Concept of "Objective Justification" of an Abuse of a Dominant Position : Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC ? », *Competition L. Rev.*, 2006, vol. 2, n° 2, pp. 27-72, spéc. p. 30 et L. LOVDAHL GORMSEN, « Article 82 EC : Where are we coming from and where are we going to ? », *Competition L. R.*, 2006, n° 2, pp. 5-25. B. HAWK, « Analyse comparative de l'article 82 du traité CE et de la section 2 du Sherman Act », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp. 131-149, p. 140, et s. J. VICKERS, « Abuse of market power », 31ème Conférence European Association for Reasearch in Industrial Economics, Berlin, 3 septembre 2004, disponible sur www.oft. gov. uk, p. 5.

[1] *Supra* n° 224 et s.

[2] *Supra* n° 97.

[3] R. JOLIET, « Monopolisation et abus de position dominante. Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome », *RTD Eur.* 1969, pp. 646-696, p. 650.

[4] *Supra* n° 396 et s.

[5] Cp. *supra* n° 401.

pas empêcher, par leur comportement, le maintien du degré de concurrence existant sur le marché dominé[1]. Cette exigence est reprise par les juges français[2]. La responsabilité spéciale des entreprises en position dominante signifie qu'un comportement en lui-même licite, et même pro-concurrentiel de la part d'une entreprise agissant sur un marché dont la structure est considérée comme suffisamment concurrentielle, pourra devenir illicite s'il est adopté par une entreprise en position dominante[3]. Dans la perspective ordo-libérale, l'application du principe de responsabilité spéciale renvoyait à un catalogue de pratiques dont il serait possible de dire *a priori* qu'elles restreignent la concurrence lorsqu'elles sont le fait d'entreprises dominantes[4]. En elle même, l'idée que le juge puisse se référer à un tel catalogue de pratiques interdites constitue un obstacle particulièrement fort à la réception du raisonnement économique, dans la mesure où les analyses économiques contemporaines récusent une telle approche. En effet, d'un point de vue économique, il n'est pas possible de définir un catalogue de pratiques qui seraient dangereuses du seul fait d'un pouvoir de marché[5]. Il n'est donc pas étonnant que, lorsque le juge considère certaines pratiques comme intrinsèquement abusives du seul fait qu'elles sont mises en œuvre par des entreprises dominantes (comme les rabais fidélisants ou les ventes liées), la jurisprudence soit vivement critiquée par les économistes[6].

---

[1] Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 57. Jusrisprudence constante. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 621, p. 518, soulignent l'analogie avec une obligation de moyens en droit civil : « [c]ette responsabilité leur est personnelle ».

[2] P.e. Paris, 1ère chambre H, 18 février 2003, CGE c. SAUR, BOCCRF n° 5, du 20 mai 2003, obs M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats conc. conso.*, 2004, n° 1, pp. 20-21 ; note J.-M. TOUHVENIN, *Gaz. Pal.*, 6 août 2003, n° 218, pp. 2-14 ; obs. P. ARHEL, *JCP (E)*, n° 14, pp. 612-615 ; note E. CLAUDEL, *RTD com.*, 2004, pp. 83-87.

[3] Arrêts du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak II, T-83/91, Rec. p. II-755, points 114-115 ; du 1er avril 1993, BPB Industries Plc. et British Gypsum Ltd/Commission, Rec. p. II-389, point 67, et du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods Ltd/Commission, T-65/98, Rec., p. II-4653, points 159 et s.

[4] D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 253, qui relève que les ventes liées étaient notamment considérées comme des pratiques néfastes ; E. ROUSSEVA, « Modernizing by Eradicating: How the Commission's New Approach to Article 81 EC Dispenses with the Need to Apply Article 82 to Vertical Restraints », *CML Rev.*, 2005, pp. 587-638, p. 594.

[5] D. EVANS, « How Economists Can Help Courts design Competition Rules : An EU and US Perspective », *World Competition*, 2005, pp. 93-99, p. 97.

[6] Sur les rabais, D. RIDYARD, « Article 82 Price Abuses – Towards a More Economic Approach », préc.; du même auteur, « Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis », *ECLR*, 2002, pp. 286-303 ; J. KALLAUGHER et B. SHER, « Rebates Revisited : Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82 » *ECLR*, 2004, pp. 263-285 ; B. SHER, « Rebates Revisited (again) – The continuing Article 82 Debate », *in GCLC Research Papers on Article 82 EC*, juillet 2005, disponible sur le site du Collège d'Europe : http://www.coleurop.be. D. SPECTOR, « Loyalty rebates : An Assessment of Competition Concerns and a proposed Structured Rule of Reason », *Competition Policy International*, 2005, n° 2, pp. 113. V. aussi D. WAELBROECK, « Michelin II : A *per se* rule against rebates by

416. La notion de « responsabilité spéciale » ne contrarie pas seulement l'approche économique en ce qu'elle renvoie, historiquement et implicitement, à une liste de pratiques interdites. Cette notion conduit également au rejet d'un raisonnement économique admis en matière d'accords anticoncurrentiels. On a vu que, dans le cadre de l'article 81 CE, le juge admettait que l'existence d'une restriction de concurrence devait s'apprécier par rapport à un référentiel variable. C'est ce qui nous a permis de conclure à la réception d'un raisonnement économique inspiré de l'approche économique en termes de concurrence praticable[1]. En revanche, en matière d'abus, le référentiel n'est pas variable, mais fixe.

417. **Référentiel fixe.** À l'origine, la notion de « responsabilité spéciale » renvoyait à l'obligation générale pour l'entreprise en position dominante de se comporter « comme si » elle faisait face à une « concurrence complète », notion ordo-libérale assez proche de la concurrence parfaite[2]. Dans le raisonnement des juges, la « concurrence complète » a été remplacée par la concurrence praticable, mais le standard du « comme si » a été conservé. Il en résulte que le raisonnement contrefactuel mené par le juge en matière d'abus est assez différent du raisonnement également contrefactuel rencontré à propos des accords anticoncurrentiels. Cette différence est illustrée par l'arrêt *United Brands*[3]. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si la pratique d'un prix élevé constituait un abus au sens de l'article 82 CE. Selon la Cour de justice, la question pertinente consistait à savoir si l'entreprise en position dominante avait « utilisé les possibilités qui découlent [de cette position] pour obtenir des avantages de transaction qu'elle n'aurait pas obtenus en cas de *concurrence praticable suffisamment efficace* »[4]. Apparemment, le raisonnement ressemble à celui rencontré en matière d'entente, puisque le comportement en cause est évalué à l'aune de la concurrence praticable. En l'espèce, la Cour a considéré que la Commission n'avait pas démontré que les prix qu'elle avait pris comme référence pour apprécier le caractère abusif des prix pratiqués

---

dominant companies? » *Journal of Competition Law & Economics*, 2005, n° 1, pp. 149-171. Sur les ventes liées : K.-U. KÜHN , R. STILLMAN et C. CAFFARRA, « Economic Theories of Bundling and their Policy Implications in Abuse Cases : An Assessment in Light of the Microsoft Case », *European Competition Journal*, 2005, pp. 85-121. D. CARLTON et M. WALDMAN, « How Economics Can Improve Antitrust Doctrine towards Tie-in Sales : Comment on Jean Tirole's "Analysis of Tying Cases : A Primer" », *Competition Policy International*, 2005, n° 1, pp. 27-40. A. AHLBORN, E. EVANS et J. PADILLA, *The Antitrust Economics of Bundling : A Farewell to* per se *illegality*, AEI-Brookings joint Centre for rfegulatory Studies, 2003.

[1] *Supra* n° 397.

[2] *Supra* n° 32.

[3] Arrêt de la Cour du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec. p. 207.

[4] *United Brands*, point 249 (nous soulignons).

étaient véritablement des prix de concurrence praticable[1]. Cependant, ce constat ne modifie pas le schéma de raisonnement selon lequel le prix peut être qualifié d'abusif s'il est démontré qu'il est excessivement élevé par rapport à un prix pratiqué sur un marché véritablement concurrentiel[2]. En dépit d'une apparente similarité, le raisonnement est en réalité très différent de celui rencontré dans l'appréciation de l'effet d'un accord. Ici, le référentiel n'est pas la situation du marché en l'absence du *comportement* (ce qui serait analogue à la situation en l'absence d'accord), mais en l'absence de *position dominante*. Le prix pratiqué n'est pas comparé à un prix raisonnable d'une entreprise dominante, mais à un prix sur un marché où aucune entreprise n'est dominante. Le référentiel de la comparaison ne dépend donc pas des spécificités du marché en cause. En dépit de la référence à la notion de concurrence praticable, l'abus n'est pas apprécié compte tenu du type de concurrence particulier qui caractérise le marché, mais au regard d'une situation de concurrence purement abstraite. À travers cet exemple, on aperçoit que le raisonnement qui mène à la qualification d'abus repose sur un postulat structuraliste non tempéré.

418. **Postulat structuraliste**. La responsabilité spéciale des entreprises dominantes est justifiée par le fait que, sur un marché dominé, le degré de concurrence est déjà affaibli[3]. Le constat d'une position dominante déclenche donc l'application d'une présomption selon laquelle la concurrence est déjà affaiblie. C'est là un postulat structuraliste très fort et un élément qui contribue à évincer l'analyse économique concrète des facteurs de concurrence. En effet, pour établir la position dominante, l'analyse se concentre sur la définition du marché pertinent[4] et l'on ne peut dire qu'elle incorpore une analyse complète de l'ensemble des facteurs de concurrence[5].

---

[1] *Supra* n° 397 et arrêt de la Cour du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec. p. 207, points 261 et s. Divers éléments de preuve tendaient à montrer que United Brands avait perdu de l'argent sur le marché irlandais et que, partant, ces prix ne constituaient pas une référence correcte de prix concurrentiels.

[2] Ce dès lors qu'ils ne peuvent l'être par la comparaison des prix et des coûts. *United Brands*, préc., point 252. La Cour ne méconnaît pas les difficultés pratiques associées à la comparaison qu'elle juge pertinente : points 253 et 254.

[3] Arrêt de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 120 ; *Michelin I* , préc., point 70 ; du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359, point 69.

[4] P. e. *Continental Can*, préc., point 34.

[5] Longtemps incomplète, l'analyse du marché s'ouvre désormais à la prise en considération des facteurs de concurrence relatifs à l'offre (V. *infra* n° 551 et n° 565). La délimitation du marché n'a pas ailleurs pas vocation à être l'unique moment du raisonnement où sont pris en considération l'ensemble des facteurs de concurrence. Pour un exemple de facteur de concurrence non pris en compte dans l'analyse de la position dominante, V. C. W. BADEN-FULLER, « Article 86 EEC : Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position », *ECLR*, 1979, pp. 422-441, p. 428. L'auteur relève que l'analyse de la position dominante prend en considération le facteur de concurrence que sont les barrières à l'entrée, mais dans l'analyse des barrières à l'entrée, certains

419. Par ailleurs, en raison de la « responsabilité spéciale » d'une entreprise en position dominante, il arrive qu'une analyse concurrentielle approfondie ne soit pas non plus exigée au stade de la qualification d'abus. L'accent est mis sur l'effet du comportement *sur la structure* du marché. Dans l'arrêt *United Brands*, qui a déjà été évoqué, le bien-être des consommateurs est aussi assimilé au maintien d'une structure concurrentielle[1]. Dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, l'affirmation que l'abus est une notion « objective » justifie qu'il suffise, pour démontrer le caractère abusif d'un comportement, d'établir que celui-ci est susceptible d'influencer la structure du marché[2]. Or, considérer, comme le fait la Cour de justice, qu'une variation de la structure de la concurrence constitue une restriction de concurrence[3] ne se justifie que si l'on considère, à l'instar des économistes de l'École de Harvard, qu'il existe un rapport nécessaire entre la structure du marché et la *performance*[4]. Ce postulat ressort clairement de certains arrêts[5]. En revanche, si l'on envisage les relations entre structure du marché et résultat concurrentiel à la lumière du schéma causal plus complexe de l'économie industrielle contemporaine[6], la qualification d'abus appliquée à une opération au seul motif qu'elle modifie la structure du marché paraît insuffisamment justifiée économiquement. Ce postulat structuraliste n'est en outre pas réellement tempéré par l'analyse de la concurrence par les mérites.

420. **Concurrence par les mérites.** Dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, l'abus est défini comme un comportement susceptible de modifier la structure du marché par des moyens autres que ceux qui caractérisent une concurrence par les mérites[7]. En elle-même, la notion aurait pu se prêter à une analyse des comportements[8]. Elle aurait pu, comme en droit

---

facteurs pertinents ne sont pas pris en considération., notamment l'échelle minimale de production efficiente. V. aussi en ce sens F. FISHWICK, « Definition of monopoly power in the antitrust policies of the United Kingdom and the European Community », *Antitrust Bull.* 1989, pp. 451-488, p. 466 et 478-79.

[1] Arrêt de la Cour du 14 février 1978, United Brands Company/Commission, 27/76, Rec. p. 207, point 26 (abus caractérisé par l'atteinte à la structure de la concurrence effective).

[2] Arrêt de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, point 91.

[3] Sur la notion d'abus de structure, J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, préc., p. 253.

[4] *Supra* n° 352 et s.

[5] P.e. *Continental Can*, préc., point 26 ; *Hoffmann-La Roche*, préc., point 91 ; *AKZO*, préc., point 69 ; arrêts du Tribunal du 17 juillet 1998, ITT Promedia NV/Commission, T-111/96, Rec. p. II-2937, point 138 ; du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 111.

[6] Pour un exposé de ce schéma causal complexe, V. D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules*, 2nde éd., Kluwer, La Haye, 2002, p. 166.

[7] *Hoffmann-La Roche*, préc., point 91.

[8] Pour une analyse en ce sens, V. E. ELHAUGE, « Defining Better Monopolization Standards », *Stanford L. Rev.*, 2003, pp. 253-344, discuté *supra* n° 100.

américain, se combiner avec le principe selon lequel le fait pour une entreprise de lutter contre ses concurrents en s'efforçant d'acquérir un avantage distinctif est l'essence même de la concurrence[1]. Cependant, comme cela a déjà été évoqué à propos du traitement réservé aux justifications tirées de l'efficience, les mérites d'une stratégie concurrentielle ne sont pas analysés par le juge communautaire[2]. Cela ne vaut pas seulement pour les arrêts anciens sur le refus de contracter[3]. C'est encore vrai des arrêts récents sur les rabais de fidélité. Ainsi, dans les arrêts *Michelin II* et *British Airways*, le seul fait que l'entreprise ait entrepris, par les rabais qu'elle proposait à ses distributeurs, d'enrayer la perte de clientèle qu'elle subissait, suffit à caractériser l'abus[4]. Comme dans les arrêts plus anciens[5], le raisonnement suivi dans ces décisions atteste la prégnance du postulat structuraliste en dépit de la référence qu'on trouve par ailleurs à la justification tirée de l'efficience. C'est le fait de vouloir figer la structure du marché qui est condamné. Dès lors, la prise en considération de l'efficience du comportement est en réalité neutralisée, en dépit des affirmations contraires[6], par le raisonnement selon lequel les efforts commerciaux visant au maintien d'une position dominante constituent un abus. L'accent est donc nettement mis sur l'effet de structure au détriment de l'analyse du comportement[7]. Ces éléments caractéristiques du raisonnement en matière d'abus constituent dans leur ensemble des obstacles à la réception du raisonnement économique.

B. Les obstacles au raisonnement économique

421. La prégnance de la conception structuraliste, imbriquée dans un raisonnement structuré par les notions ordo-libérales, crée des obstacles à la réception de raisonnements économiques. La jurisprudence en matière de rabais et en matière de ventes liées illustre particulièrement la résistance des juges communautaires à des raisonnements économiques

---

[1] *Supra* n° 103.

[2] *Supra* n° 147. Cp. L. BOY, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence », *RIDE*, 2005, pp. 27-50, p. 38.

[3] Arrêts de la Cour du 6 mars 1974, Commercial Solvents/Commission, 6/73 et 7/73, Rec. p. 225 ; du 31 mai 1979, Hugin/Commission, 22/78, Rec. p. 1869, et du 3 octobre 1985, Telemarketing, Rec. p. 3261.

[4] Arrêts du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, point 245 et du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, Rec. p. II-5917, notamment points 286 et 298. V. notes citées *supra* p. 140.

[5] Arrêts du 16 décembre 1975, Suiker unie et autres, 40-48, 50, 54-56, 111, 113 et 114/73, Rec. p. 1663 ; du 13 février 1979, Hoffmann-la Roche, 85/76, Rec. p. 461; arrêt du 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461.

[6] P.e. Arrêt de la Cour du 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovvareslskab AmbA, dit « DLG », C-250/92, Rec. p. I-5644, point 49.

[7] E. ROUSSEVA, *op. cit.* p. 595.

par ailleurs admis en matière d'ententes ou de contrôle des concentrations. Par souci de concision, on illustrera ce propos à partir du seul exemple des rabais de fidélité.

422. **Comparaison avec l'article 81 CE.** Lorsque les relations entre un producteur et ses distributeurs sont envisagées sous l'angle de l'article 81 CE, on a vu que des restrictions à la liberté commerciale sont admises. En revanche, lorsque le même type de contrat est appréhendé au titre de l'article 82 CE, le fait de restreindre les possibilités pour les distributeurs de se fournir auprès d'autres entreprises caractérise un abus. C'est ce qui résulte de l'arrêt *Suiker Unie*[1]. Selon cet arrêt, le fait de priver les consommateurs de possibilités de choix, de limiter l'accès des autres producteurs au marché et de renforcer la position dominante caractérise l'abus[2]. De surcroît, le fait que l'entreprise dominante n'ait pas exercé de pression sur les distributeurs pour obtenir des engagements de fidélité n'est pas pertinent[3]. Seul importe l'effet sur la structure du marché[4]. Encore cet effet n'est-il pas apprécié concrètement. Il est inféré à partir du constat de restriction de la liberté commerciale des distributeurs. À la différence de l'approche suivie dans les arrêts *De Haecht* et *Delimitis*[5], la proportion de distributeurs liés n'est pas prise en considération[6]. Autre différence avec le raisonnement suivi en application de l'article 81 CE, les justifications tirées de l'efficience ne sont pas admises[7]. Cela est vrai dans les arrêts anciens comme dans les arrêts plus récents. Ainsi, dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, la Cour affirme que les engagements de fidélité ne reposent pas sur des contreparties de nature à les justifier dans le cadre de l'article 82 CE[8]. Ce raisonnement contraste avec la doctrine des restrictions accessoires.

---

[1] Arrêt de la Cour du16 décembre 1975, Suiker Unie e. a./Commission, 40 à 48/73, 50/73, 54 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663.

[2] *Suiker Unie*, préc., points 51, 526 et 527.

[3] *Hoffmann-La Roche,* préc., points 117-120.

[4] *Hoffmann-La Roche*, point 120.

[5] *Supra* n° 367.

[6] E. ROUSSEVA, *op. cit.*, p. 597.

[7] *Supra* n° 145 et s.

[8] *Hoffmann-La Roche*, préc. point 90 : « les engagements d'approvisionnement exclusif de cette nature, avec ou sans la contrepartie de rabais ou l'octroi de rabais de fidélité en vue d'inciter l'acheteur à s'approvisionner exclusivement auprès de l'entreprise en position dominante, sont incompatibles avec l'objectif d'une concurrence non faussée dans le marché commun parce qu'ils ne reposent pas – sauf circonstances exceptionnelles rendant éventuellement admissible un accord entre entreprises dans le cadre de l'article 85, et en particulier du paragraphe 3 de cette disposition – sur une prestation économique justifiant cette charge ou cet avantage, mais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès du marché aux autres producteurs ».

423. **Comparaison avec les restrictions accessoires.** Dans l'arrêt *Michelin I*, la Cour a paru adopter une attitude moins dogmatique que dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche* en affirmant qu'il était nécessaire d'examiner l'ensemble des circonstances et les éventuelles justifications du système de rabais de fidélité[1]. Cependant, l'examen est fort succinct et la restriction de concurrence est inférée de la restriction de liberté commerciale, et ce en raison du fait que les rabais rendent l'accès au marché plus difficile et, partant, renforcent la position dominante[2]. Les justifications avancées, tirées de la volonté de promouvoir les ventes de la marque et de mieux organiser la production, sont rejetées par principe[3]. Le raisonnement des juges ne laisse donc aucune place à la doctrine des restrictions accessoires : le but d'augmenter les ventes n'est pas légitime pour une entreprise dominante et il n'y a donc pas lieu de procéder à un examen de proportionnalité.

424. Pareille fermeture au raisonnement économique se retrouve dans les arrêts récents déjà évoqués. Dans l'arrêt *British Airways*, le Tribunal de première instance s'appuie sur l'effet fidélisant du système de commissions en cause pour qualifier le système d'abusif. Les allégations relatives à la justification économique sont rejetées sans que les allégations des parties soient examinées. Le rejet est un peu plus motivé que dans les arrêts plus anciens, dans la mesure où le Tribunal précise que le caractère injustifiable des rabais est lié en l'espèce à leur caractère rétroactif[4]. Assurément, de tels rabais rendaient le système coûteux pour la compagnie aérienne. Peut-être ce système n'était-il pas justifié d'un point de vue d'efficience, mais rien n'empêchait le Tribunal de considérer qu'il aurait fallu s'en assurer en comparant les coûts des rabais pour la compagnie aérienne avec les bénéfices qu'ils lui procuraient[5]. Le fait que ces bénéfices ne puissent être évalués que par rapport à une situation hypothétique n'est pas une raison suffisante pour refuser d'examiner les arguments des parties à ce sujet.

---

[1] Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Michelin, 322/81, Rec. p. 3461, point 73.

[2] *Ibid*., souligné par E. ROUSSEVA, *op. cit.*, p. 599.

[3] *Michelin*, préc., point 85 : « ni le désir de vendre plus, ni le désir de mieux planifier la production ne sauraient justifier une telle restriction de la liberté de choix et de l'indépendance du client. La situation de dépendance des revendeurs, créée par le système de ristournes litigieux, ne repose donc sur aucune contrepartie économiquement justifiée ».

[4] Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, Rec. p. II-5917, points 282-283 : « la réalisation des objectifs de progression des ventes de billets BA par les agents de voyage établis au Royaume-Uni déclenchait l'application d'une commission à taux majoré, non pas sur les seuls billets BA écoulés une fois ces objectifs de vente atteints, mais sur tous les billets BA traités au cours de la période de référence retenue ».

[5] Un raisonnement similaire est esquissé par E. PAULIS, « The Burden of Proof in Article 82 cases », Conférence prononcée lors de la 33ème *Annual Conference on International Antitrust Law and Policy* de l'Université de Fordham, New York, 14-16 septembre 2006, texte disponible sur le site de la Commission : http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2006_014_en.pdf, p. 5.

Comme on l'a vu, des raisonnements contrefactuels de ce type sont admis en matière d'ententes[1]. En dépit d'une référence aux justifications d'efficience[2], l'arrêt use du même raisonnement que les précédents arrêts communautaires sur les rabais de fidélité[3]. À la différence de l'examen mené pour l'application de l'article 81 CE, les justifications stratégiques ne sont pas admissibles dans le cadre de l'article 82 CE. Une autre différence avec le raisonnement étudié à propos de l'article 81 CE tient à l'absence de prise en considération des contre-pouvoirs.

425. **Contre-pouvoir.** L'arrêt *British Airways* témoigne encore de cette différence persistante entre les deux raisonnements. Le degré de fermeture du marché, qui est pris en considération dans l'appréciation de la restriction de concurrence au regard de l'article 81 CE[4] ne joue aucun rôle dans l'analyse de la pratique. Le fait que British Airways ait détenu une part de marché de seulement 39,5 %, qu'elle ait fait face à cinq concurrents et que ses parts de marché aient décliné[5] est indifférent. Est déterminante l'impossibilité financière pour les concurrents de surenchérir sur les commissions accordées aux agences de voyage[6], et ce alors même qu'il existe d'autres canaux de distribution des billets d'avion. Le degré de pouvoir de marché et l'effet du comportement sur les consommateurs finals n'entrent donc pas comme considérations pertinentes dans ce raisonnement[7]. La différence des raisonnements est, de ce fait, manifeste. Il faut cependant ajouter que certains arrêts esquissent un rapprochement.

426. **Rapprochement.** Dans son arrêt *Compagnie maritime belge*[8], la Cour de justice semble avoir considéré que l'obligation particulière de ne pas fausser la concurrence mise à la charge des entreprises en position dominante pouvait être modulée en fonction du degré de pouvoir de marché. L'arrêt lui-même n'est guère explicite à ce sujet, mais une modulation de la « responsabilité spéciale » qui incombe à une entreprise en position dominante est

---

[1] *Supra* n° 397.

[2] *British Airways*, préc., point 280.

[3] Ces précédents sont du reste cités tout au long de l'arrêt.

[4] *Supra* n° 367.

[5] *British Airways*, préc., point 211.

[6] *British Airways*, préc., point 278. L'examen des facteurs de concurrence est limité aux seules relations compagnies aérienne-agences de voyage sans considération de l'effet sur les consommateurs finals.

[7] *British Airways*, préc., point 274.

[8] Arrêt de la Cour du 16 mars 2000, Compagnie maritime belge/Commission, C-395/96, Rec. p. I-1365, obs. L. IDOT, *Europe*, 2000, n° 143 ; obs. S. POILLOT-PERUZZETTO, *Contrats conc. conso.*, 2002, comm. n° 113 ; obs. C. PRIETO, *JDI*, 2001, pp. 665-667 ; note B. STROUX, *CML Rev.*, 2000, pp. 1249-1264 ; *Adde* : S. PREECE, « Compagnie Maritime Belge : Missing the Boat ? », *ECLR*, 2000, pp. 388-393 ; C. WITHERS et M. JEPHCOTT, « Where to now for E.C. oligopoly control ? », *ECLR*, 2001, pp. 295-303.

envisagée par la Cour[1]. Sur ce point, l'arrêt est éclairé par les conclusions de l'avocat général, lesquelles précisent que le degré de pouvoir de marché est un facteur de cette modulation. Monsieur Fennelly avait en effet souligné : « [l]orsqu'une entreprise (…) dispose d'une *position éminemment dominante*, [il lui incombe une] *obligation spéciale particulièrement lourde* »[2]. L'arrêt lui-même témoigne aussi, quoique brièvement, de la prise en considération de l'effet du comportement sur les prix pour les consommateurs[3]. Sur ces deux points essentiels – la prise en considération du degré de pouvoir de marché et celle de l'effet du comportement sur les prix –, l'arrêt ébauche donc un rapprochement avec le raisonnement qui prévaut en matière d'ententes.

427. En droit français, on trouve aussi les indices d'un rapprochement entre le raisonnement mené en matière d'abus et celui mené en matière d'ententes. En matière d'ententes, on l'a vu, le critère de la liberté commerciale est parfois utilisé par le juge au service d'un raisonnement économique. La remarque vaut aussi en matière d'abus. Ainsi, dans l'arrêt *Française des jeux*, rendu sur le fondement de l'article L 420-2 C. com., la Cour d'appel de Paris, approuvée par la Cour de cassation, a considéré que la société qui détient un monopole sur le marché des jeux de hasard avait restreint la concurrence en imposant aux détaillants l'achat de mobilier de comptoir qu'elle était seule à commercialiser[4]. La solution est motivée tant au regard du critère de la restriction de liberté commerciale qu'au regard de l'effet du comportement sur les prix. Le critère juridique n'exclut donc pas le raisonnement économique et les arrêts laissent penser que le mécanisme conduisant aux prix surélevés par l'érection de barrières à l'entrée est pris en considération.

428. **Conclusion du B.** Les arrêts fondateurs en matière d'abus de position dominante ont défini un schéma de raisonnement qui ne requiert ni la prise en considération du degré de pouvoir de marché, ni l'analyse des effets du comportement du point de vue des

---

[1] *Compagnie maritime belge*, préc., points 114-120

[2] Conclusions de l'avocat général Fenelly sous *Compagnie maritime belge*, préc., point 137. Dans un cadre plus général, V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, « Proposition pour une notion : l'opérateur crucial », *D.*, 2006, Cah. dr. aff., pp. 1895-1900.

[3] *Compagnie maritime belge*, préc., point 117.

[4] Paris, 20 novembre 2001, Française des Jeux, BOCCRF du 31 janvier 2002, p. 98. Cass. com., 10 décembre 2003, Française des Jeux, Bull. civ. IV, n° 202, p. 224. Les juges prennent soin de relever la restriction de la liberté commerciale, indéniable au demeurant, alors que les faits rapportés paraissent pouvoir caractériser l'exercice d'un pouvoir de marché (prix surélevés) et une stratégie d'érection de barrières à l'entrée, deux arguments qui paraissent plus forts du point de vue économique. Du point de vue du raisonnement économique, le motif pris de la restriction de liberté commerciale est donc surabondant. En réalité, les deux raisonnements reviennent au même. Un seul raisonnement est à l'œuvre, que le juge habille à la fois d'une rhétorique juridique et d'une rhétorique économique.

consommateurs. Ce schéma se caractérise par une analyse scindée entre position dominante et abus et, de surcroît, centrée sur la structure du marché. Cette manière de conduire l'examen des pratiques prétendument abusives a constitué un obstacle durable à la prise en considération de raisonnements économiques, y compris ceux pratiqués par le juge lorsqu'il examine l'existence d'une restriction de concurrence au titre de l'article 81 CE. Certains arrêts témoignent cependant d'un raisonnement qui se rapproche de ceux menés en matière d'ententes, où le pouvoir de marché est considéré comme une question de degré et où le critère de la restriction de liberté commerciale se combine avec une appréciation concrète des effets du comportement sur les prix[1].

429. **Conclusion du § 2.** La comparaison entre les raisonnements menés pour apprécier une restriction de concurrence au titre des articles 81 CE et 82 CE fait apparaître une moindre ouverture au raisonnement économique en matière d'abus qu'en matière d'ententes. La résistance du juge au raisonnement économique qui peut être constatée en matière d'abus est attribuable à la prégnance des conceptions ordo-libérales, dominantes à l'époque de la formation de la jurisprudence. Cette divergence des raisonnements est donc explicable. Elle n'en est pas moins profondément insatisfaisante. En effet, dès lors que les articles 81 et 82 CE sont applicables à des situations semblables, voire cumulativement applicables à une même situation, la convergence des raisonnements est nécessaire du point de vue de la cohérence du droit et de la sécurité juridique. Retrouver cette cohérence n'exige pas d'abandonner le critère de la liberté commerciale. Cela requiert en revanche d'abandonner le postulat structuraliste et le référentiel implicite de la concurrence parfaite. L'appréciation de la restriction de concurrence pourra alors, quel que soit le fondement juridique concerné, prendre plus nettement en considération les deux éléments essentiels d'une approche économique, à savoir, d'une part, le degré de pouvoir de marché et, d'autre part, le mécanisme par lequel le comportement nuit aux consommateurs.

430. **Conclusion du chapitre.** Dans l'interprétation de la notion de restriction de concurrence, les juges font preuve d'une ouverture au raisonnement économique. En effet, parmi les différentes conceptions de la concurrence à partir desquelles il était concevable

[1] Le critère de la liberté commerciale se combine aussi avec une appréciation concrète du pouvoir de marché en matière d'abus de dépendance économique. Tel est le cas lorsque le juge se réfère à la liberté commerciale des distributeurs pour exclure l'état de dépendance économique. V. p.e. Paris, 4 mai 2004, CNPA (distribution des motocycles), BOCCRF n° 9, du 8 novembre 2004 : la diffusion du « monomarquisme » dans le secteur de la distribution des motocycles n'est pas un indice suffisant de dépendance des distributeurs à l'égard des fournisseurs dès lors que chaque distributeur avait la liberté de changer de marque.

d'aborder la qualification de restriction de concurrence visée par l'article 81 CE, la Cour de justice a clairement rejeté celle qui aurait évincé l'analyse économique. Les juges ont par ailleurs témoigné d'un certain éclectisme économique en s'appuyant sur des éléments empruntés à différentes conceptions. Si la notion de concurrence praticable et la conception structuraliste ont joué un rôle important, cela n'a pas empêché une ouverture à des raisonnements rattachables à des courants théoriques plus récents, notamment ceux qui mettent l'accent sur la dimension stratégique des comportements. Élément majeur de l'analyse économique, l'appréciation du pouvoir de marché est en outre effectuée de manière concrète, spécialement lorsque l'effet cumulatif d'un ensemble d'accords est en cause. L'analyse économique n'est peut-être pas toujours parfaite, mais les schémas de raisonnement élaborés par les juges communautaires permettent la prise en considération de raisonnements économiques. On ne peut pas en dire autant des arrêts rendus sur des questions comparables au regard de l'article 82 CE. Le raisonnement mené pour apprécier la restriction de concurrence – dont résulte en principe la qualification d'abus – est alors bien plus marqué par la conception ordo-libérale, qui fait obstacle à la réception de raisonnements économiques admis au titre de l'article 81 CE. L'admission de raisonnements économiques n'est donc pas seulement une question de complexité ou de difficulté de preuve. Elle est aussi intimement liée à la conception que se fait le juge des objectifs poursuivis par les dispositions qu'il applique, ainsi qu'aux schémas de raisonnement ancrés dans la pratique jurisprudentielle.

431. **Transition.** La notion de restriction de concurrence, présente dans le texte de l'article 81 CE et transversale à l'ensemble du droit de la concurrence, appelait de la part du juge une ouverture aux conceptions économiques. L'influence de ces conceptions a, quoique de manière inégale, conduit à l'admission de raisonnements économiques. L'obstacle principal à la réception de raisonnements économiques tient, on l'a vu, à l'existence d'une conception juridique concurrente et à un conflit de valeurs entre l'approche économique et l'approche ordo-libérale. On pourrait croire que la réception de raisonnements économiques se présente différemment à propos d'une notion plus technique, comme celle de marché pertinent. En effet, dans ce cas, il n'y a pas véritablement de conception juridique du marché qui puisse faire écran à la réception de la notion économique[1]. En outre, aucun conflit de valeur ne paraît en cause lorsqu'il s'agit de délimiter un marché pertinent. Pourtant, là encore, le raisonnement

[1] La construction juridique d'une notion de marché est encore un objet de recherche. V. M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 363, 2002, préf. A. LYON-CAEN. B. de BELVAL, *Essai sur la notion juridique de marché*, Thèse Lyon III, 2000.

économique n'est pas toujours l'accessoire de la notion économique. Le juge s'est saisi de la notion de marché, mais sans que les raisonnements menés à propos de cette notion coïncident systématiquement avec les raisonnements économiques. L'objet du chapitre suivant est de le démontrer.

CHAPITRE 2. L'OUVERTURE FACULTATIVE DU JUGE AU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE MANIFESTÉE PAR LA RÉCEPTION DE NOTIONS ÉCONOMIQUES : L'EXEMPLE DU MARCHÉ PERTINENT

432. **Annonce.** L'analyse du marché pertinent peut apparaître comme le lieu par excellence de l'analyse économique en droit de la concurrence et comme le symbole de l'ouverture du juge à l'économie. C'est en effet pour la délimitation du marché que le juge a procédé à la réception de notions économiques jusque-là inconnues du droit, comme la substituabilité. Cependant, du point de vue du raisonnement, il semble y avoir un malentendu entre juges et économistes. Les juges ont considéré que la définition du marché était juridiquement nécessaire et ont demandé aux économistes *comment* définir le marché. De leur côté, les économistes se demandent toujours *pourquoi* les juges veulent définir des marchés[1]. Le présent chapitre a pour objet de montrer que, en dépit d'une ouverture du juge à l'économie, le marché pertinent offre l'exemple d'un décalage persistant entre le raisonnement juridique et le raisonnement économique. À titre liminaire, on présentera succinctement ce décalage[2].

433. **Raisonnement juridique.** Le raisonnement juridique part de la prémisse selon laquelle « il n'y a pas de concurrence dès lors qu'il n'existe pas de marché »[3]. Il en découle qu'une restriction de concurrence ne peut s'apprécier que sur un marché. C'est à la lumière de

---

[1] J. PHILIPPE, « La mesure du marché pertinent », *Revue économique*, 1993, pp. 126-159, p. 127.

[2] Ce décalage est clairement exprimé par un juge américain : « [i]l n'y a pas de sujet plus embarrassant en droit de la concurrence que la définition du marché. L'une des raisons en est que le concept, même dans la formulation originale des économistes, est de propos délibéré une tentative de simplifier à l'excès – à titre d'hypothèse de travail – les interactions très complexes entre de nombreux vendeurs et acheteurs, situés dans des lieux différents, dont chacun a en réalité des coûts ou des besoins différents et aux yeux desquels les substituts ne sont pas les mêmes… De plus, lorsque les avocats et les juges s'emparent du concept, ils lui imposent des nuances et des formulations qui reflètent certaines finalités politiques et administratives du droit de la concurrence. Cette adaptation est légitime (les économistes n'ont pas de brevet sur ce concept), mais elle signifie que des considérations normatives et descriptives interfèrent dans le processus de définition du marché », U.S. *Healthcare, Inc. v. Healthsource, Inc.*, 986 F.2d 589, 598 (1st Cir. 1993), cité par J. A. KEYTE, « Market Definition and Differentiated Products : The Need for a Workable Standard », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995, pp. 697-748, p. 703 (nous traduisons).

[3] Cl. CHAMPAUD, « Les caractères du droit de la concurrence », *J-Cl. Concurrence consommation*, fasc. 30, n° 9. Cette prémisse est en elle-même contestable d'un point de vue économique : V., en ce sens, M. GLAIS et Ph. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1982, p. 6 et s. Les auteurs expliquent que dans la théorie classique, celle d'Adam Smith, la notion de concurrence n'a pas de lien particulier avec celle de marché : « [Smith] ne lia absolument pas la concurrence à l'existence de telle ou telle forme de marché. Pour lui, la *concurrence est un comportement* et *le marché est une institution* permettant la formation des prix » (souligné dans l'original). Les auteurs parlent d'une « mésalliance (…) entre concurrence et forme de marché » imputable aux économistes néo-classiques (p. 6).

ce raisonnement que les textes ont été lus. En elle-même, la référence au « marché commun » dans les textes communautaires[1] aurait pu être interprétée comme une simple expression du lien entre les règles de concurrence et la construction du marché unique[2]. Elle a cependant été comprise comme une condition substantielle de l'appréciation des restrictions de concurrence[3] et traduite comme telle dans les textes français[4]. Le « marché pertinent » est devenu une expression doctrinale consacrée pour désigner d'un terme unique le « marché » diversement qualifié par les textes. Le marché étant par ailleurs perçu comme un « concept fondateur de la science économique »[5], il paraissait naturel de se tourner vers l'économie pour donner un contenu précis à cette notion. Cependant, les économistes n'avaient pas envisagé le marché sous l'angle qui caractérise le raisonnement juridique.

434. **Point de vue économique.** Avant d'être sollicités par les praticiens du droit de la concurrence, les économistes n'ont jamais estimé nécessaire ou même utile de tracer des frontières autour d'ensembles de biens et de nommer « marché » l'ensemble ainsi défini[6].

---

[1] L'article 81 CE dispose : « [s]ont (…) interdits tous accords (…) qui ont pour objet ou pour effet (…) de fausser le jeu de la concurrence *à l'intérieur du marché commun* (…) » (nous soulignons). De même encore, l'article 82 CE prohibe : « le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante *sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* » (nous soulignons). Le règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE du 29 janvier 2004, L 24/1, prévoit que les opérations de concentration sont appréciées au regard « de la nécessité de préserver une concurrence effective *dans le marché commun* » (nous soulignons). L'article 3 prévoit que sont incompatibles avec le marché commun les concentrations qui « entraveraient de manière significative une concurrence effective *sur le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci* » (nous soulignons).

[2] Sur ce lien, V. *supra* n° 86 et s. V. aussi M. GLAIS, « Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle (française et européenne) », *Revue économique*, 1987, pp. 75-115, p. 88 : « [a]ux yeux d'un économiste, rien ne permet dans la rédaction de cet alinéa, de considérer que le terme "marché" doit être compris comme un "marché de produits" ».

[3] G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », *in Mélanges Pierre Bézard*, Petites Affiches et Montchrestien, 2002, pp. 257-272, p. 260 : « [l]e marché est (…) intégré dans une norme juridique, puisqu'il est l'un des éléments de la qualification des pratiques anti-concurrentielles ». M.-J. CAMPANA et L.-Ph. BARRATIN, « Marché pertinent : dix ans de pratique », *Gaz. Pal.*, 1997, 1, pp. 243-246, p. 243.

[4] En ce sens aussi, Cl. LUCAS de LEYSSAC, « Délimitation du marché pertinent et ententes », Colloque du CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, 6 décembre 2000, *Gaz. Pal*., 2001, doctr. pp. 1655-1658. L'auteur relève (p. 1656) que « [l]'article L 420-1 du Code de commerce vise bien "un marché" comme paraissant faire partie des éléments constitutifs de l'infraction ». Cet article dispose : « [s]ont prohibées (…) lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet (…) de fausser le jeu de la concurrence *sur un marché*, les actions concertées (…) » (nous soulignons). L'article L 420-2 C. com. incorpore la condition par référence, puisqu'il dispose : « [e]st prohibée, *dans les conditions prévues à l'article L 420-1*, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante *sur le marché intérieur* ou une partie substantielle de celui-ci » (nous soulignons). Cette « substantialisation » de la notion de marché avait déjà été opérée par la loi de 1977 sur les concentrations. Sur ce point, V. M. GLAIS, *op. cit.*, *loc. cit.*

[5] Cl. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLÉANI, *Droit du marché*, PUF, coll. « Thémis », 2002, p. 3.

[6] D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *op. cit.,* p. 886, notent qu' « en l'absence de (…) nécessité juridique, il est probable que peu d'études auraient été consacrées à cette question ». En ce sens aussi, le Professeur Franklin Fisher déclarait lors de son témoignage devant une juridiction américaine à l'occasion du procès Microsoft : « [l]a définition du marché est une construction artificielle créée par la législation antitrust. Du point de vue de

Pour les économistes, le marché est une notion relative[1], tandis que le juge cherche à en retenir une délimitation précise. Pour répondre à cette demande, les économistes ont dû élaborer des méthodes de définition à partir d'éléments de théorie préexistants, mais peu propices à un usage pratique. Il y a donc eu un véritable cheminement de la théorie économique vers une définition plus opératoire du marché pertinent (Section I). Ce développement de l'économie de la concurrence demandé par les juristes a été élaboré à l'intérieur d'un cadre de raisonnement propre à l'économie. Pour les économistes, la fonction du marché dans l'analyse concurrentielle est claire. Il s'agit d'un instrument de mesure du pouvoir de marché[2]. Le lien entre les deux notions est en effet direct : le pouvoir de marché d'une entreprise est défini comme sa capacité à augmenter ses prix de manière rentable[3]. Or, cette capacité dépend directement de la question de savoir dans quelle mesure les produits qu'elle vend sont suffisamment interchangeables avec d'autres pour qu'elle perde une partie de sa clientèle si elle augmente ses prix. C'est précisément à cette question que répond la

---

l'analyse économique, la question "binaire" de savoir si une forme particulière ou des produits particuliers sont "à l'intérieur" ou "à l'extérieur" d'un marché donné est une question vide de sens », cité par Ch. MONTET, « Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir ? », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2000, n° 23, pp. 5-13, p. 6. *Adde:* D. S. EVANS et C. GRAVE, « The Changing Role of Economics in Competition Policy Decisions by the European Commission during the Monti Years », *Competition Policy International*, 2005, n° 1, pp. 133-149, note 10, p. 137.

[1] E. M. SINGER, *Antitrust Economics*, 1968, p. 55, remarquait que le concept de marché est relatif : « le marché est un terme relatif, susceptible soit, en un sens extrême, d'englober tous les produits disponibles dans l'économie, qui rivalisent pour attirer les dollars des consommateurs, soit, à l'extrême inverse, d'exclure tous les produits sauf un, jugé physiquement et économiquement distinct » (nous traduisons).

[2] P. AREEDA et L. KAPLOW, *Antitrust Analysis : Problems, Text, Cases,* Boston : Little Brown, 1988, n° 341 et s. ; G. J. WERDEN, « Four suggestions on Market Delineation », *Antitrust Bulletin*, vol. 17, 1992, p. 107 ; J. A. KEYTE, « Market Definition and Differentiated Products : The Need for a Workable Standard », préc., p. 698 ; S. BISHOP et M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, préc., n° 3.01 ; R. J. VAN DEN BERGH et P. D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics*, 2001, p. 96 ; CH. MONTET, « Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir ? », préc., p. 5 ; A. J. PADILLA « The Role of Supply-Side Substitution in the Definition of the Relevant Market », Rapport remis à la DG Entreprise de la Commission, juin 2001, disponible sur le site http://www.nera.com, p. 14. Les questions soulevées par certains auteurs à propos de l'utilisation des parts de marché attestent aussi ce consensus : ainsi D. HARDBORD et G. VON GRAEVENITZ, « Market Definition in Oligopolistic Markets and Vertically Related Markets », *ECLR*, 2000, n° 3, pp. 151-158, p. 152. Ce point de vue économique sur l'utilité de la délimitation du marché est adopté par le Conseil de la concurrence, « Le marché pertinent », Rapport d'activité 2001, pp. 89-108, p. 90.

[3] En termes plus techniques, le pouvoir de marché est défini comme « la capacité à pratiquer des prix au-dessus de leur niveau concurrentiel sans perdre rapidement une partie importante de sa clientèle au profit d'entreprises rivales ou d'entreprises qui le deviennent en raison de l'augmentation de prix », R. PITOFSKY, « New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust », *Columbia Law Review*, vol. 90, 1990, pp. 1805-1864, p. 1806. La notion économique de marché est donc directement liée à la notion juridique de clientèle. Sur ce thème, V. l'étude du CREDA : Y. CHAPUT (dir.), *Clientèle et concurrence. Approche juridique du marché*, Litec, coll. « Le droit des affaires », 2000, spéc. l'étude d'A. RONZANO, « Le rôle de la clientèle en droit de la concurrence », pp. 37-82.

délimitation du marché[1]. D'un point de vue économique, la détermination du marché et l'appréciation du pouvoir de marché sont donc les deux facettes d'une même recherche[2].

435. **Décalage.** En revanche, du point de vue des autorités de concurrence et du juge, les choses ne sont pas si claires[3]. Si le lien entre marché et pouvoir de marché est admis[4], il n'en résulte pas pour autant que, d'un point de vue juridique, le marché serve exclusivement à l'appréciation du pouvoir de marché[5]. Dès lors, la réception du raisonnement économique à propos du marché soulève deux questions : d'une part, celle de l'usage du raisonnement économique dans la délimitation du marché et, d'autre part, celle de la fonction du marché dans le raisonnement d'ensemble qui sert à apprécier l'existence d'une restriction de concurrence. C'est de ce double point de vue qu'il faudra se demander ce qu'il advient du raisonnement économique lorsque le juge se saisit de la notion de marché (Section II).

SECTION I. LE CHEMINEMENT DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE VERS UNE DÉFINITION OPÉRATOIRE DU MARCHÉ

436. Le marché est une notion fondamentale en économie. Pourtant, la production d'une définition opératoire du marché n'a longtemps pas fait partie du programme de recherche de la science économique. Au début des années 1970, plusieurs économistes éminents s'en sont émus. Ainsi, le professeur Coase s'étonnait de ce que la théorie économique dominante, malgré son intérêt pour le mécanisme des prix, n'ait pas étudié davantage le marché, en tant

---

[1] R. PITOFSKY, *op. cit., loc. cit.*, présente la délimitation du marché comme « une tentative de description de l'ensemble des entreprises qui produisent ou sont susceptibles de produire des biens suffisamment substituables entre eux pour faire perdre de la clientèle à [celles d'entre elles] qui essaieraient d'exercer un pouvoir de marché » (nous traduisons).

[2] R. JOLIET, « Monopolisation et abus de position dominante. Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome », *RTD Eur.* 1969, pp. 646-696, spéc. pp. 649-650 et références citées.

[3] L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, n° 1146, p. 599, conclut au terme de son étude que « la délimitation du marché n'est pas […] systématiquement abordée, en droit français, en termes de pouvoir de marché ».

[4] M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 93, p. 89 et s., rapportent de manière particulièrement claire la nécessité de délimiter le marché à l'objectif de contrôle du pouvoir de marché. V. aussi Conseil de la Concurrence, *Rapport Annuel 2001*, Étude « Le marché pertinent ».

[5] À cet égard, il est significatif que les traités économiques de théorie et politique de la concurrence placent les développements qu'ils consacrent au marché pertinent au sein des chapitres consacrés au pouvoir de marché ou aux concentrations. V. p. e. E. COMBE, *Économie de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 2005, chap. 10 p. 325 et s. (le chapitre se trouve dans la partie consacrée au contrôle des concentrations). En revanche, les manuels de droit de la concurrence attribuent plus souvent au marché une place autonome et préliminaire, reflétant la place qu'ils lui assignent dans le raisonnement propre au droit de la concurrence : M.-C. BOUTARD LABARDE et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, Chap. 1 ; R. WHISH, *Competition Law,* préc., Chap. 1 ; J. FAULL et A. NIKPAY, *The EC Law of Competition,* préc., p. 43. Cl. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLÉANI, *Droit du marché*, préc., p. 170 et s. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 93 et s., p. 89 et s.

que mécanisme institutionnel gouvernant les échanges[1]. À la même époque, le professeur Stigler regrettait que la question de la définition du marché n'ait pratiquement pas retenu l'attention des économistes[2]. L'explication de ce désintérêt historique tient sans doute au fait que, pour la théorie économique néoclassique, la question de la délimitation d'un marché de produit est dépourvue de pertinence. En effet, tant que l'objet de la théorie économique est de proposer un modèle d'équilibre ou encore un mécanisme de formation des prix de portée générale, le discours économique se situe à un niveau d'abstraction qui est, de propos délibéré, peu compatible avec des applications empiriques. Le marché est une abstraction, le lieu de rencontre de l'offre et de la demande. L'homogénéité des produits est supposée, et non étudiée d'un point de vue empirique, parce que cette hypothèse permet de simplifier et de résoudre le problème de l'équilibre ou de la formation du prix, sur lequel se concentre l'étude[3]. La volonté d'appréhender de manière plus réaliste les marchés est apparue avec les premières tentatives d'économie appliquée et d'analyses sectorielles. Il est utile de reconstituer brièvement cette genèse éclatée de la notion de marché à travers divers courants de théorie économique (A), ne serait-ce que parce que ces bribes de théorie, conçues pour d'autres usages, formaient le seul socle conceptuel disponible pour la pratique du droit de la concurrence, du moins jusqu'à ce que la théorie économique se saisisse explicitement du problème de la définition du marché aux fins de l'analyse concurrentielle et produise une doctrine de la délimitation du marché destinée à être appliquée dans ce cadre (B).

A. La genèse de la définition du marché dans les théories économiques

437. La théorie marshallienne de la concurrence parfaite (1) et la théorie de la concurrence imparfaite qui en est une critique (2) apparaissent historiquement comme les premiers contacts de la théorie économique avec ce que le droit de la concurrence nomme le « marché pertinent ». L'École de Harvard (3), au sein de laquelle ont été entreprises les premières études empiriques sectorielles, pose un jalon important dans la genèse de la notion de marché. Les apports de ces trois moments de la théorie économique à la construction de la notion de marché seront brièvement présentés. En revanche, deux théories seront laissées de côté, qui traitent explicitement du « marché » mais dont l'objet est sans rapport avec la question de sa

[1] R. H. COASE, « Industrial Organisation : A proposal for research », *in* V. R. FUCHS (éd.), *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization,* 1972, p. 67.

[2] Conférence prononcée en 1972, reprise dans G. STIGLER, « The Economists and the Problem of Monopoly », *AER*, vol. 72, 1982, p. 1, cité par M. FURSE, « Market Definition : The Draft Commission Notice », *ECLR*, vol. 6, 1997, p 378.

[3] Sur le statut des hypothèses dans le raisonnement économique, *supra* n° 201.

délimitation en droit de la concurrence. Ainsi ne sera-t-il pas fait mention dans les développements qui suivent de la théorie de l'équilibre général. Celle-ci ne s'intéresse aux marchés qu'à travers la détermination de leur équilibre simultané et se situe à un niveau d'abstraction qui n'autorise pas de lien avec le problème de la délimitation empirique de marchés réels[1]. La théorie des marchés contestables sera également écartée ici, car nous souscrivons à l'analyse des auteurs qui voient en elle un outil utile pour l'appréciation des restrictions de concurrence, mais peu apte à la définition du marché[2].

1. La définition du marché dans l'approche de Marshall

438. La définition du marché dans l'approche de Marshall comporte des simplifications gênantes pour une application pratique. Elle a néanmoins été largement admise.

439. **Définition.** La première manifestation d'intérêt d'un théoricien de l'économie pour la définition de secteurs au sein de l'économie est due à Alfred Marshall[3]. L'analyse de Marshall part de l'idée selon laquelle il est pertinent pour la théorie économique d'étudier le mécanisme de formation des prix à un niveau d'agrégation des phénomènes économiques intermédiaire entre l'entreprise individuelle et l'économie dans son ensemble, niveau qu'il appelle « industrie »[4]. Une « industrie » est définie comme l'ensemble des firmes produisant un produit homogène. Ainsi, deux entreprises appartiennent à la même « industrie » à condition que leurs produits soient substituables du point de vue de l'usager, mais aussi que leurs caractéristiques intrinsèques soient semblables et leurs conditions de production similaires[5]. Reprenant la définition proposée par Cournot[1], Marshall définit le « marché »

---

[1] Sur l'absence de pertinence des modèles d'équilibre général pour le droit de la concurrence, V. D. HAUSMAN, *The inexact and separate science of economics*, Cambridge University Press, 1992, pp. 87-88.

[2] M.-C. BOUTARD LABARDE et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence,* préc., p. 11 ; Cl. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLÉANI, *Droit du marché*, préc*.,* p. 180. *Contra :* L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français,* préc., n° 27 et n° 503.

[3] A. MARSHALL (1890), *Principles of Economics,* Londres, Macmillan, 8ème éd. 1966, l'un des pères de la théorie néoclassique, qui élabora à la fin du XIXème siècle la méthode d'analyse dite « à l'équilibre partiel », appelée à une grande postérité dans la branche de l'économie principalement sollicitée par le droit de la concurrence, à savoir l'économie industrielle. L'approche se distinguait de l'analyse « à l'équilibre général » de Walras dans laquelle chaque entreprise est en relation directe avec l'ensemble du système productif. L. WALRAS, *Éléments d'économie politique pure*, *in* A. et L. WALRAS, *Œuvres économiques complètes*, T. VIII, Paris, Economica, 1988. Marshall est le premier à s'être intéressé au fonctionnement réel d'un marché, alors que Cournot ou Walras s'intéressaient davantage aux propriétés de l'équilibre statique, négligeant notamment le facteur temps. Sur tous ces points, D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules, The European School*, 2nde édition, Kluwer, La Haye, 2002, p. 111. V. aussi M. GLAIS : « Les concepts de "relevant market" et de "dépendance économique" au regard de l'article 86 du Traité de Rome », *RMC*, 1987, n° 306, pp. 203-206, p. 203.

[4] M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Paris, PUF, 1983, p. 266 et s.

[5] D. HILDEBRAND, *op. cit.,* p. 116.

comme « la zone dans laquelle le prix d'un même bien est identique »[2], en précisant que, si le marché est grand, il convient d'avoir égard aux coûts de transport[3].

440. **Simplification admise.** Marshall n'ignorait pas le fait que les entreprises produisent le plus souvent, en pratique, des biens légèrement différents les uns des autres et font face à des coûts également non identiques. Il estimait néanmoins pouvoir négliger cet aspect pour les besoins de l'analyse qui l'occupait, à savoir le mécanisme de formation du prix d'équilibre à long terme[4]. Cette simplification, ainsi que le recours au concept de « firme représentative », lui permettaient en effet de démontrer mathématiquement que, en tendance et à condition que l'entrée dans l'industrie soit libre, le prix de marché ne peut durablement s'établir à un prix supérieur au coût de production minimum de l'entreprise représentative, résultat qui constitue l'une des principales justifications théoriques de la concurrence[5]. Marshall était par ailleurs prudent sur les mérites des simplifications qu'il avait opérées dans d'autres types d'analyse. Ainsi écrivait-il : « le problème de la ligne de démarcation entre les différents biens doit être étudié en fonction du problème particulier envisagé »[6].

441. **Adoption de la définition.** La définition de Marshall trouve un écho dans la jurisprudence[7]. Pour s'en tenir, pour l'instant, aux développements de la théorie économique du marché, il faut souligner que cette définition a aussi été adoptée par les économistes, très majoritaires, s'inscrivant dans la filiation de la théorie néoclassique. Ainsi le professeur Stigler la reprend-il presque à la lettre lorsqu'il écrit que « le marché d'un bien est la zone à l'intérieur de laquelle son prix tend à s'uniformiser, étant tenu compte des coûts de

---

[1] Cet auteur définit un marché comme une région dans laquelle les acheteurs et les vendeurs sont libres d'échanger. Le prix d'un même bien tend par conséquent à s'y égaliser facilement et rapidement. A. COURNOT, *Recherches sur les Principes mathématiques de la Théorie des Richesses,* Calman-Lévy, coll. « Les fondateurs », Paris, 1974, ch. IV.

[2] A. Marshall, *op. cit.,* cité par D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *op. cit.,* p. 886.

[3] *Ibid.*

[4] M. GLAIS et P. LAURENT, *op. cit.,* p. 268.

[5] *Ibid.*

[6] A. MARSHALL, *Principles of Economics*, Londres, MacMillan, 1966, p. 84, cité par M. GLAIS et P. LAURENT, *op. cit.,* p. 276.

[7] En ce sens, M. GLAIS, « Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle (française et européenne) », *Revue économique*, 1987, pp. 75-115, p. 76. On retrouve un écho très net de la définition de Marshall dans les arrêts. P. e., arrêt du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76. Rec. 1978, p. 207, point 11: « [l]es possibilités de concurrence au regard de l'article 86 du traité doivent être examinées en fonction des caractéristiques du produit en cause et par référence à une zone géographique définie dans laquelle il est commercialisé et où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes pour pouvoir apprécier le jeu de la puissance économique de l'entreprise intéressée ». Pour une comparaison plus précise, V. *infra* n° 544.

transports »[1]. Malgré les réserves de Marshall lui-même, c'est sur cette définition que certains de ces auteurs fondent leurs recommandations pratiques relatives à la méthode de délimitation du marché en droit de la concurrence[2]. La théorie de la concurrence imparfaite a cependant considérablement enrichi l'appréhension économique du marché.

2. L'apport de l'approche de la concurrence imparfaite à la définition du marché

442. **Ambition réaliste.** Les tenants de la concurrence imparfaite[3] cherchaient à élaborer une approche plus réaliste de la concurrence[4]. Ils mettaient à cet égard en cause l'utilité du cadre d'analyse marshallien et partageaient la conviction selon laquelle, en raison de la différenciation des produits, la théorie du monopole permettait de décrire le comportement d'une entreprise plus adéquatement que celle de la concurrence parfaite. En effet, la différenciation des produits qui s'observe dans l'économie réelle confère à chaque offreur un pouvoir d'attraction sur une clientèle qui l'isole dans une certaine mesure de la concurrence. Une entreprise détient en quelque sorte un monopole sur la variété particulière et différenciée du produit qu'elle offre[5]. Sur ce point, l'analyse économique ne distingue pas suivant que la différenciation porte sur les caractéristiques du produit lui-même, sur son mode de commercialisation ou sur tout autre aspect (par exemple, sa localisation)[6]. Cette analyse

---

[1] G. J. STIGLER, *The Theory of Competitive Price*, New York Macmillan, p. 92 (nous traduisons). Certains auteurs considèrent toutefois que la théorie standard conduit à retenir une définition plus générale du marché. Explicitant l'idée de « lieu de rencontre de l'offre et de la demande », ils définissent le marché comme un ensemble triple : ensemble de produits, considérés comme substituables par les consommateurs ; ensemble de consommateurs, dont les préférences ainsi que les contraintes budgétaires déterminent leur disposition à payer pour ces produits ; ensemble de vendeurs, disposant de la technologie de production nécessaire, technologie qui détermine le prix minimum auquel ils sont prêts à offrir les biens ». A. J. PADILLA, *op. cit.,* p. 12.

[2] G. J. STIGLER et R. A. SHERWIN, « The Extent of the Market », *Journal of Legal Studies*, 1985, p. 555, p. 582. D'autres auteurs, tout en exposant les limites du cadre marshallien, considèrent que, à supposer nécessaire une analyse du marché pertinent, sa définition est « plus simple et moins contestable » que les alternatives disponibles. M. GLAIS ET P. LAURENT, *op. cit.,* p. 277. Toutefois, ce jugement, en raison sans doute de la date de l'ouvrage, ne prend pas en compte les alternatives les plus récentes, dont le test du monopole hypothétique.

[3] La concurrence imparfaite est une appellation qui regroupe, d'une part, la concurrence monopolistique, qui se distingue de la concurrence parfaite par la différenciation des produits – les hypothèses relatives au nombre de vendeurs et d'acheteurs, à la libre entrée et sortie du marché et à l'information parfaite étant par ailleurs maintenues – et, d'autre part, la concurrence oligopolistique, qui se distingue de la concurrence parfaite par le nombre réduit de vendeurs et/ou d'acheteurs. V. D. HILDEBRAND, *op. cit.,* p. 115.

[4] E. H. CHAMBERLAIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1933 ; J. ROBINSON, *L'économie de la concurrence imparfaite*, Dunod, 1969.

[5] Les offreurs de produits différenciés sont protégés de la concurrence dans l'exacte limite du surcroît de prix que les consommateurs sont prêts à payer pour leur variété préférée.

[6] La différenciation des produits est entendue dans un sens très large par E. H. Chamberlain : « [l]a différenciation du produit peut être basée sur certaines caractéristiques du produit lui-même […] mais peut aussi provenir des conditions qui entourent sa vente », E. H. CHAMBERLAIN, *Théorie de la concurrence*

réaliste du processus concurrentiel laissait apparaître dans toute sa complexité la question que se posent encore de nos jours les autorités de concurrence et qui est fréquemment débattue devant les juges, celle de savoir comment regrouper des biens non-homogènes[1]. Les théoriciens de la concurrence imparfaite ont donc été les premiers à identifier le problème précis que pose la délimitation du marché dans le droit de la concurrence[2]. En ce sens, les apports conceptuels de la théorie de la concurrence imparfaite, notamment pour l'analyse de la concurrence en présence de produits différenciés ou de discrimination par les prix, ne sauraient être sous-estimés[3]. En particulier, l'intuition selon laquelle le cœur du problème tient au pouvoir que détiennent les entreprises de relâcher la pression concurrentielle qui pèse sur elles, notamment grâce à des stratégies de différenciation, constitue le fondement des définitions modernes du marché en termes de pouvoir de marché.

443. **Difficultés.** Les tenants de la concurrence imparfaite n'ont eux-mêmes résolu qu'imparfaitement le problème qu'ils avaient posé. Leurs analyses permettaient d'écarter certains critères simples. Ainsi était-il entendu que, pour appartenir à un même marché, les produits n'ont pas besoin d'être parfaitement substituables, ne doivent pas forcément présenter des caractéristiques identiques et n'ont pas à avoir des prix identiques[4]. Mais, faute d'une méthode rigoureuse, l'analyse restait impressionniste, comme l'a longtemps été celle des autorités de concurrence. Elle consistait à évaluer le degré de substituabilité entre deux biens en se fondant sur les caractéristiques des biens et leur usage. L'analyse s'exposait alors au reproche d'être manipulable[5]. Comme le concèdent certains partisans de la concurrence imparfaite, « les limites d'une industrie relèvent du grotesque et de l'illusion : dès qu'elles

---

monopolistique, PUF, 1953, cité par M. GLAIS « L'analyse économique de la clientèle », *in* Y. CHAPUT (dir.), *Clientèle et concurrence*, *Approche juridique du marché*, Litec, coll. « Droit des affaires », 2000, p. 11. V. aussi J. ROBINSON, *op. cit.,* p. 88. Pour une analyse concise des apports des théoriciens de la concurrence monopolistique, V. D. HILDEBRAND, préc., p. 115 et s.

[1] J. ROBINSON, *op. cit.*, p. 17, notait que la définition jusque-là admise en économie d'une « branche » (ou « groupe d'entreprises produisant un seul et même bien ») ne présente un intérêt pratique que « lorsque, dans la réalité un bien est séparé de tous les côtés de ses substituts les plus proches par un fossé nettement marqué ». Tous les autres cas présentent une difficulté.

[2] Pour une formulation identique à celle de J. ROBINSON, V. p. e. M.-C. BOUTARD LABARDE et D. BUREAU, « La délimitation du marché pertinent », *RJDA*, 1993, n° 11.

[3] D. HILDEBRAND, *op. cit.,* p. 116 et s.

[4] J. ROBINSON, *Economics of Imperfect Competition*, *op. cit.,* citée par M. GLAIS, « Définition du marché de référence dans le droit de la concurrence », *in Rev. int. conc.*, 1993, n° 1, p. 36.

[5] M. B. COATES, « An Analysis of Three Market Approaches»*, Research in Law and Economics*, 1986, pp. 29-43, p. 31. L'auteur observe également que cette méthode peut aboutir à des résultats erronés. Par exemple, lorsque le prix d'un bien s'accroît à cause du pouvoir de marché de son producteur, des ruptures dans la chaîne de substituts qui seraient apparues au prix concurrentiel peuvent être masquées, ce qui tend à élargir le marché et à sous-estimer le pouvoir de marché.

sont tracées, elles suggèrent des implications fausses à la fois quant à la concurrence entre produits, qui est supposée s'arrêter à ces limites, et quant à l'existence de forces oligopolistiques appréciées à la seule aune du nombre de producteurs »[1].

444. **Alternative théorique.** Une alternative s'ouvrait alors : soit élaborer une méthode scientifique d'évaluation de la substituabilité en fonction des caractéristiques des biens, soit recourir à une mesure de la substituabilité indépendante de ces caractéristiques.

445. **L'approche selon les caractéristiques.** La première branche de l'alternative a été explorée par un économiste dont les travaux doivent être mentionnés[2], car, s'ils semblent être restés confidentiels, ils correspondent pourtant à la démarche rationnelle d'analyse de la substituabilité du point de vue des consommateurs[3]. Partant de l'idée selon laquelle les préférences des consommateurs pour les produits disponibles dérivent de préférences plus fondamentales ayant trait aux caractéristiques dont ils sont dotés, l'auteur a proposé une méthode de regroupement des produits suivant leurs « caractéristiques pertinentes »[4]. Il définit la « frontière efficace des choix possibles » comme l'ensemble des produits qui satisfont les préférences du consommateur, définies sur un ensemble de caractéristiques, en tenant compte des prix des biens et du revenu du consommateur. Selon cet auteur, l'ensemble ainsi défini forme un marché. Cette proposition met l'accent sur le fait que des produits ne faisant pas appel aux mêmes technologies de production peuvent faire partie d'un même marché, contrairement à ce que laisserait penser l'utilisation de la notion marshallienne d'industrie aux fins de la définition du marché. Par ailleurs, elle souligne que les limites du marché évoluent avec les prix relatifs et le changement technologique, lequel peut par exemple avoir pour effet d'augmenter le nombre de caractéristiques sur lesquelles les préférences sont définies[5]. Cette méthode offre un avantage en terme de réalisme, car son point de départ correspond à la pratique des entreprises, pour lesquelles le dosage de différentes caractéristiques d'un bien

---

[1] E. H. CHAMBERLAIN, « Product Heterogeneity and Public Choice», *American Economic Review*, 1950, p. 85, p. 86, cité par J. A. KEYTE, *op. cit.*

[2] K. LANCASTER, « New approcach to consumer theory », *Journal of Political Economy*, 1966, pp. 132-157, cité par M. Glais qui donne également une illustration chiffrée de cette méthode, M. GLAIS, « Définition du marché de référence dans le droit de la concurrence », 1993, *Revue internationale de la concurrence*, n° 171-172, p. 37.

[3] Cp. les développements qui suivent avec la présentation que font de cette question P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, n° 629, p. 524.

[4] On peut penser par exemple à un système d'exploitation, qui peut être ou non doté de diverses caractéristiques (possibilité de fonctionner en réseau, de gérer une imprimante, de permettre la lecture de fichiers audio).

[5] Cette remarque garde toute son actualité dans le domaine des nouvelles technologies.

relève de choix stratégiques[1]. Si cette voie apparaît conceptuellement rigoureuse, elle ne semble guère avoir inspiré la pratique[2]. Il est vrai que cette méthode, par sa rigueur même, accentue les difficultés de preuve[3]. Pour mettre en œuvre cette approche, il faudrait, d'une part, identifier et quantifier les caractéristiques pertinentes des différents produits disponibles et, d'autre part, se demander dans quelle mesure les consommateurs ont une information exacte sur ces caractéristiques[4]. Ces difficultés expliquent que la seconde branche de l'alternative – mesurer la substituabilité de manière objective, indépendamment des caractéristiques des produits – ait connu une plus grande postérité.

446. **Approche indépendante des caractéristiques.** La seconde approche consiste à apprécier la substituabilité de manière indirecte, non plus à partir de ses déterminants (les préférences), mais à partir de ses manifestations. L'instrument de cette mesure indirecte est la notion d'élasticité croisée de la demande[5]. L'élasticité croisée de la demande de deux produits permet de mesurer la substituabilité de deux biens à partir de données uniquement relatives à leur prix et aux quantités écoulées[6]. En termes techniques, on dit que « le produit B est [un] substitut du produit A du point de vue de la demande si l'augmentation du prix de A incite les

---

[1] V. en ce sens, A. BIENAYMÉ, *Principes de concurrence*, 1998, p. 358. Pour cet auteur, les méthodes de délimitation du marché pertinent centrées sur les produits sont source d'incompréhension entre les juges et les entreprises, qui « ont en tête bien d'autres regroupements ».

[2] S. BISHOP et M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, préc., chap. 4, ne la mentionnent par exemple pas.

[3] *Supra* n° 295.

[4] Exemple développé par M. GLAIS, « Définition du marché de référence dans le droit de la concurrence », préc., pp. 43-44. L'auteur semble penser que ce défaut condamne la méthode de Lancaster. L'exemple des caractéristiques d'un système d'exploitation montre cependant que les caractéristiques pertinentes ne sont pas toujours des questions de degré. Ainsi, dans l'affaire Microsoft, c'est la présence ou l'absence de lecteur média dans le système d'exploitation qui est au cœur de l'un des deux problèmes de concurrence identifiés par la Commission. Décision de la Commission du 24 mars 2004, COMP/C-3/37792. Microsoft, considérants 843 et s.

[5] Cette notion est issue des analyses des théoriciens de la concurrence imparfaite. Selon les professeurs Glais et Laurent, c'est Nicolas Kaldor qui proposa l'utilisation de la notion d'élasticité croisée dans l'analyse concurrentielle. M. GLAIS et Ph. LAURENT, *op. cit.,* p. 273-278. La paternité de cette idée est cependant débattue d'après L. BIDAUD, *op. cit.,* n° 421.

[6] L'élasticité croisée de la demande est l'une des manières de *mesurer* la substituabilité. Ce n'est donc pas un *critère* de la substituabilité (L. BIDAUD, *op. cit.,* n° 1131). Il a par ailleurs été affirmé que la notion juridique de substituabilité trouvait son *origine* dans la notion économique d'élasticité croisée (L. BIDAUD, *op. cit.,* spéc. n° 420, 423, 456 et 498 ; également en ce sens, R. PRIEUR, « Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché : Analyse des situations de concurrence et des principes de l'ordre juridique qui s'y appliquent », *RTD Com*. 1960, pp. 501-540, p. 515). Cette manière de présenter les choses correspond peut-être à une perception des juristes, mais elle est conceptuellement fausse. La mesure ne peut être à l'origine de ce qui est mesuré, elle est nécessairement seconde. Par ailleurs, la notion de substituabilité n'est pas la traduction juridique d'une notion qui aurait un autre nom en économie. La notion de substituabilité est tout autant économique que juridique. En économie, elle est issue du relâchement de l'hypothèse d'homogénéité des biens initialement posée dans la théorie économique de la concurrence. Si, par souci de réalisme, on admet que les biens ne sont pas réellement homogènes, il faut substituer au critère d'homogénéité un autre critère qui permette de regrouper des biens distincts : c'est la fonction de la notion de substituabilité.

consommateurs à acheter plus du produit B »[1]. L'élasticité croisée de la demande du bien B par rapport au prix du bien A est le ratio qui indique de quel pourcentage la quantité demandée du bien B varie lorsque le prix du bien A augmente de 1 %, toutes choses égales par ailleurs[2]. Lorsque ce ratio est positif, par exemple lorsqu'une hausse du prix de A entraîne une augmentation significative des ventes de B, on en déduit que B est un substitut de A. Lorsque le ratio est négatif, il indique que les biens sont complémentaires[3]. Une élasticité croisée faiblement positive indique des substituts imparfaits. Les auteurs de l'École de Harvard[4] ont été les premiers à exploiter la notion d'élasticité croisée aux fins d'études sectorielles. Ainsi définissaient-ils un « secteur » comme l'ensemble des biens qui présentent, entre eux, des élasticités croisées élevées et, avec les autres biens, des élasticités croisées faibles[5]. Dans la mesure où les autorités de concurrence et les juges se sont eux aussi saisis de cette approche[6], quelques précisions relatives au maniement de cet instrument de mesure s'imposent afin d'éviter les confusions[7].

447. **Précisions sur l'élasticité.** Il convient, en premier lieu, d'observer que l'élasticité de la demande de B par rapport au prix de A, d'une part, et l'élasticité de la demande de A par rapport au prix de B, d'autre part, sont des grandeurs distinctes[8]. Il n'y a du reste aucune raison pour que les deux élasticités soient égales, car l'une et l'autre grandeurs se réfèrent à des questions distinctes. En effet, la première grandeur mesure la réaction des acheteurs du produit B à une hausse du prix du produit A, tandis que la seconde mesure la réaction des acheteurs du produit A à une hausse du prix du produit B. Dès lors, ce n'est pas parce que A apparaît substituable à B du point de vue de la demande que la réciproque est exacte. Cela

---

[1] D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *op. cit.,* p. 887. Symétriquement, le produit B est un substitut au produit A du point de vue de l'offre si l'augmentation du prix de A incite les entreprises qui fabriquent du produit B à produire davantage de produits A.

[2] D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *op. cit.,* p. 889. C'est le rapport entre, d'une part, la variation de la quantité de B, exprimée en pourcentage, et la variation du prix de A, exprimée en pourcentage. Ce qui, en notation mathématique, s'exprime $\varepsilon_{AB}=\delta Q_B/Q_B : \delta P_A/P_A$.

[3] *Ibid* .

[4] Pour une présentation de cette école, V. par exemple D. HILDEBRAND, *op. cit.,* p. 126. D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *op. cit.,* p. 373.

[5] J. S. BAIN, « Relation of profit rate to Industry concentration : American Manufacturing » , *Quarterly Journal of Economics*, 1951, p. 293, cité par R. J. VAN DEN BERGH et P. D. CAMESASCA, *op .cit.*, p. 96.

[6] V. L. VOGEL, « À quelles conditions peut-on distinguer des sous-marchés au sein d'un marché de produits ? », *Contrats conc. conso.*, Juin 1992, pp. 1-3, p. 2. Pour un raisonnement explicite en termes d'élasticité croisée, V. CA Paris, 11 mars 1993, rendu sur renvoi après cassation (Cass. com. 10 mars 1992, *France Loisir*), RDJA 5/1993, n° 413, obs. L. VOGEL, *Contrats conc. conso.*, 1993, comm. 74.

[7] Les autorités de concurrence sont désormais parfaitement conscientes des difficultés méthodologiques de cette approche. V. p.e. Conseil de la concurrence, « Le marché pertinent », *in Rapport d'activité* 2001, p. 105 et s.

[8] Sur ce point, Conseil de la concurrence, *op. cit.*, p. 106.

peut paraître contre-intuitif si l'on traduit cet énoncé en disant que, « si A appartient au marché de B, cela ne signifie pas pour autant que B appartient aussi au marché de A ». En réalité, c'est la traduction qui est fausse, car elle opère une assimilation hâtive entre la notion de marché et celle d'élasticité croisée (alors que cette dernière notion appelle une précision). En second lieu, la substituabilité ne caractérise pas de manière intrinsèque un couple donné de produits, elle dépend au contraire de leurs prix respectifs[1]. L'importance de cette remarque doit être soulignée, car c'est le manque d'attention au rôle des prix qui a abouti au paralogisme dit de la cellophane.

448. **La *cellophan fallacy.*** Le paralogisme de la cellophane est le nom donné par la doctrine à une erreur de raisonnement célèbre commise par la Cour suprême des États-Unis dans le maniement de l'élasticité croisée de la demande[2]. L'affaire, qui a donné lieu à un arrêt involontairement pédagogique, concernait la cellophane produite par l'entreprise Du Pont de Nemours[3]. Les juges américains décidèrent, au vu des preuves d'une élasticité croisée élevée entre la cellophane et d'autres matériaux flexibles d'emballage, que ceux-ci formaient un seul et même marché. Dès lors, l'entreprise défenderesse, qui ne produisait que l'un des biens en concurrence sur ce marché, ne pouvait pas l'avoir « monopolisé ». Ce raisonnement a été critiqué par les commentateurs, qui ont souligné que la forte élasticité croisée constatée était précisément le signe du pouvoir de marché d'ores et déjà exercé par Du Pont de Nemours[4]. Le raisonnement des juges négligeait le fait que l'élasticité croisée entre la cellophane et d'autres matériaux dépendait du prix de la cellophane. Or, ce point était essentiel, car un grand nombre de consommateurs, qui auraient choisi la cellophane si son prix avait été plus bas, se tournaient vers d'autres matériaux uniquement parce que le prix de la cellophane était très élevé. Les matériaux n'apparaissaient substituables qu'en raison du pouvoir de marché d'ores et déjà exercé par le producteur dominant de cellophane. Selon les économistes, le juge aurait

---

[1] D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *op. cit.,* p. 890.

[2] V. la présentation de P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 626, p. 522. Selon R. J. VAN DEN BERGH et P. D. CAMESASCA, *op. cit.,* p. 96, cette erreur démontrait le caractère inadapté de la méthode économique à l'usage judiciaire.

[3] *United States v. E.I.du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S.377 (1951).

[4] D. F. TURNER, « Antitrust Policy and the Cellophane Case », *Harvard L. Rev.*, 1958, p. 281 ; R. A. POSNER, *Antitrust Law : an Economic perspective*, 1976, préc., p. 128, *Antitrust Law*, 2nde éd. 2001, p. 150. Cet auteur remarque sévèrement que, si les tribunaux ne sont pas capables de mener un raisonnement économique correct, mieux vaut qu'ils s'en tiennent à une approche purement qualitative de la forme, de la composition et des caractéristiques techniques. V. aussi D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *op. cit.,* p. 888 ; S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.34 et s.

dû en tenir compte pour constater que Du Pont de Nemours exerçait un pouvoir de marché et non pour élargir indûment le marché pertinent et aboutir à une conclusion contraire.

449. **Enseignements.** Les erreurs sont utiles lorsqu'on en tire les leçons. Le premier enseignement du paralogisme de la cellophane est le suivant : l'identification des substituts au niveau de prix courant ne permet pas nécessairement d'identifier les biens qui seraient substituts au prix concurrentiel[1]. C'est là une sérieuse limite si l'on estime qu'une situation hypothétique de concurrence doit être le référentiel pour apprécier les pratiques anticoncurrentielles[2]. En effet, dans ce cas, même une connaissance parfaite des élasticités croisées de la demande, calculée à partir des prix courants, ne présente pas d'utilité pour l'appréciation d'une restriction de concurrence. Le second enseignement conduit également à relativiser l'utilité de la notion d'élasticité croisée. En effet, le paralogisme de la cellophane montre que l'élasticité croisée de la demande ne fournit pas le moyen d'évaluer le pouvoir de marché actuel[3]. Si l'on s'accorde à penser que l'analyse concurrentielle doit être centrée sur le pouvoir de marché, l'élasticité croisée de la demande n'est donc pas un bon instrument[4]. En somme, l'élasticité croisée de la demande n'est pas d'une grande utilité dans l'analyse des restrictions de concurrence[5]. C'est précisément ce qui a favorisé l'élaboration d'autres instruments[6].

450. **Conclusion du A.** Les développements qui précèdent ont tenté de retracer l'émergence dans la théorie économique d'une notion de marché utilisable aux fins du droit de la concurrence. Ils ont montré à quel point la science économique était initialement loin

---

[1] S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.37.

[2] On a vu que c'était le cas en matière d'abus de position dominante (*supra* n° 417). S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit., loc. cit.*, considèrent que le niveau de prix concurrentiel doit plus généralement constituer la référence pour l'appréciation des comportements. En revanche, ils estiment que dans le cadre du contrôle des concentrations, le niveau des prix courants est la référence pertinente. En effet, la question pertinente est alors de savoir si la nouvelle entité pourra augmenter ses prix.

[3] En revanche, cette mesure peut être pertinente pour évaluer le pouvoir de marché futur. V. note préc.

[4] Contrairement à l'élasticité-prix de la demande, laquelle est définie comme la variation de la demande d'un bien, exprimée en pourcentage, lorsque le prix de ce même bien augmente de 1 %. Sur la relation entre élasticité croisée et élasticité-prix, V. D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *op. cit.,* note 17, p. 890. En ce sens, il n'est plus vrai de dire que la méthode suggérée par l'analyse économique met au premier plan l'élasticité-prix croisée de la demande. Cp. M.-C. BOUTARD LABARDE et D. BUREAU, « La délimitation du marché pertinent », *RJDA*, 1993 n° 11, pp. 743-750, p. 745. L. VOGEL, « À quelle condition peut-on distinguer des sous-marchés ? », préc.

[5] La Commission a reconnu que l'élasticité-prix de la demande était plus utile que l'élasticité croisée dans sa décision du 9 mars 1999, *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, IV/M.1313, citée par K. S. DESAI, « Limitations on the Use of Economic Analysis in E.C. Competition Law Proceedings – Part 1 », *ECLR*, 2002, n° 10, pp. 524-529.

[6] *Infra* n° 451 et s.

d'avoir forgé des instruments opératoires pour la délimitation du marché. L'analyse marshallienne évacuait la difficulté en supposant, par hypothèse, que les biens étaient homogènes. Elle ne pouvait donc *a priori* avoir aucune utilité pratique, ce qui n'a cependant pas empêché les juridictions de s'y référer par la suite. Des avancées conceptuelles décisives sont venues des théoriciens de la concurrence imparfaite. Ceux-ci ont en effet eu le mérite de poser le problème en termes réalistes. Cela a permis de mieux identifier les faits pertinents pour l'appréciation de la substituabilité : celle-ci ne dépend pas seulement des caractéristiques intrinsèques des biens, mais aussi du comportement des consommateurs, lequel dépend lui-même des prix[1]. En revanche, le premier outil proposé pour apprécier la substituabilité, la mesure de l'élasticité-prix croisée de la demande, n'était pas satisfaisant. La notion s'est révélée difficile à manier par les juges. Là n'est cependant pas l'essentiel, car les erreurs de raisonnement – fussent-elles commises par des juges – peuvent être corrigées une fois qu'elles ont été détectées. Les tentatives d'utilisation de la notion d'élasticité croisée ont surtout révélé les lacunes intrinsèques de cet outil pour analyser le pouvoir de marché. Finalement, c'est par les critiques qu'elle a suscitées que l'approche issue des théories de la concurrence imparfaite a conduit les économistes à se pencher sur le problème spécifique de la délimitation du marché et à élaborer une définition du marché adaptée au droit de la concurrence.

B. L'élaboration d'une définition économique du marché adaptée au droit de la concurrence.

451. **Point de départ.** Pour élaborer une définition du marché utilisable dans la pratique par les autorités de concurrence et les juridictions, les économistes ont, dans un premier temps, cherché à clarifier la raison pour laquelle il était nécessaire de délimiter le marché pour mettre en oeuvre le droit de la concurrence. Ce faisant, ils ont considéré que le droit de la concurrence avait pour objet la prévention et l'éradication des excès du pouvoir de marché[2]. Cette perspective se situe dans la continuité d'une conception structuraliste de la concurrence, compatible avec la conception ordo-libérale originaire du droit communautaire[3] ainsi qu'avec l'approche contemporaine[4]. L'élaboration d'une définition économique du marché ne procède

---

[1] On verra que cet apport conceptuel a mis un certain temps à pénétrer dans le raisonnement des juges. V. *infra* n° 556.

[2] Pour un exemple de cette affirmation, V. S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.05 et Chapitre 3 pour la discussion. V. aussi E. COMBE, *Économie de la concurrence*, préc., p. 325 et s.

[3] *Supra* n° 353.

[4] V. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE n° C 372 du 9 décembre 1997, p. 5, spéc. point 2 : « la définition du marché permet entre autres de calculer les parts de marché, qui apportent des informations utiles concernant le pouvoir de marché

donc pas d'une perspective étroitement économiste, qui supposerait que le seul but poursuivi par les règles de concurrence est l'efficience. Au contraire, les économistes ont cherché à répondre à une demande de juristes, qui avaient une vision plus large des finalités du droit de la concurrence. C'est du reste ce qui explique l'opposition initiale des économistes de Chicago à la démarche même consistant à définir un marché pertinent[1].

452. Une fois la nécessité d'un contrôle du pouvoir de marché admise par les économistes comme hypothèse de départ, se posait le problème de la mesure de ce pouvoir. En elle-même, la question ne préjugeait pas la nécessité de délimiter un marché pour mesurer le pouvoir de marché[2]. Le premier mouvement des économistes a précisément été de chercher les moyens de s'en dispenser. Cette orientation était compréhensible : comme on l'a vu, la théorie économique antérieure ne fournissait pas de moyens appropriés pour délimiter le marché. Ainsi a-t-on d'abord tenté de résoudre le problème de la définition du marché pertinent en le supprimant (1). Faute d'y avoir entièrement réussi, l'analyse économique s'est alors orientée vers l'élaboration d'une définition opératoire du marché pertinent et d'une méthode de délimitation du marché à l'usage des autorités de concurrence (2).

---

pour l'appréciation d'une position dominante ou pour l'application de l'article [81] du traité », et point 10 : « le concept de marché en cause est étroitement lié aux objectifs poursuivis dans le cadre de la politique communautaire de la concurrence. Ainsi, pour ce qui concerne le contrôle des concentrations, le contrôle des changements structurels affectant l'offre d'un produit (…) a pour but d'empêcher la création ou le renforcement d'une position dominante ayant pour conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans une partie substantielle du marché commun ».

[1] V. p.e. Y. BROZEN, « Competition, Efficiency and Antitrust », *Journal of World Trade*, 1969, pp. 659-670. L'auteur considère qu'il est ridicule de chercher à définir le marché (p. 662). Selon lui, cette définition est sans objet, car les autorités de concurrence devraient avoir pour unique préoccupation de démanteler les seules véritables barrières à l'entrée, à savoir les barrières réglementaires. Ce point de vue extrême fut toutefois controversé dès le départ. D'autres auteurs, mêmes proches de l'École de Chicago, faisaient valoir que le droit de la concurrence devait aussi se préoccuper du pouvoir de marché, lequel pouvait avoir d'autres sources que réglementaires et pouvait ne pas être érodé naturellement par le processus concurrentiel laissé à lui-même. V. notamment H. DEMSETZ, que Y. BROZEN, *op. cit.*, remercie dans sa note liminaire pour avoir ébréché l'entêtement avec lequel l'auteur persévérait dans ses erreurs.

[2] W. M. LANDES et R. A. POSNER, *Market Power in Antitrust Cases*, *Harvard Law Review*, 1981, pp. 937-996. Ce point de vue reste partagé par la plupart des économistes. V. notamment F. FISHER, « Diagnosing Monopoly » et « Horizontal Mergers : Triage and Treatment », *in* J. MONTZ (éd.) *Industrial Organization, Economics and Law : Collected Papers of Franklin M. Fisher*, New York, Harvester, 1990. Plus récemment, D. HARBORD et G. VON GRAEVENITZ, « Market Definition in Oligopolistic Markets : Some Anomalies », *ECLR*, 2000, n° 3, pp. 151-158, p. 152 : « si notre but en définissant le marché pertinent est simplement d'identifier les entreprises possédant un pouvoir de marché (…), alors la nécessité même de définir le marché est loin d'être claire » (nous traduisons).

1. La nécessité discutée de délimiter le marché pertinent aux fins de l'analyse concurrentielle

453. Du point de vue économique, délimiter un marché ne servirait à rien si le pouvoir de marché pouvait être mesuré directement. C'est pourquoi les économistes ont d'abord cherché une mesure directe de ce pouvoir (a). Toutefois, les difficultés pratiques associées à cette mesure ont conduit à reconnaître la nécessité de délimiter le marché (b).

a) L'inutilité idéale de la délimitation du marché pertinent

454. **L'indice de Lerner.** Comme on l'a dit, le pouvoir de marché peut se définir comme la capacité d'une entreprise à augmenter ses prix de manière profitable[1]. Si l'on considère que le référentiel pour l'appréciation des comportements anticoncurrentiels est la concurrence parfaite[2], on peut mesurer le pouvoir de marché par l'écart entre les prix pratiqués et ceux qui seraient observés dans une situation de concurrence parfaite. Cette mesure est appelée « indice de Lerner »[3]. Si elle ne soulève pas de difficulté conceptuelle, son utilisation est en revanche problématique. En effet, l'une des variables par rapport auxquelles est calculé cet indice, le prix théorique de concurrence, n'est pas observable. Ainsi, l'indice de Lerner apporte une réponse théorique à la question « comment mesurer le pouvoir de marché ? »[4], mais il ne constitue pas, en tant que tel, un outil praticable pour une autorité de concurrence ou une juridiction[5]. Cependant, l'indice de Lerner peut aussi être exprimé d'une autre manière, comme l'inverse de l'élasticité-prix de la demande qui s'adresse à l'entreprise[6].

---

[1] *Supra* n° 434.

[2] Sur cette question, V. *supra* n° 339.

[3] A. LERNER, « The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power », *Review of Economic Studies*, vol. 1, 1934, p. 157. L'indice (I) représente l'écart relatif entre le prix de concurrence (P*) et le prix pratiqué par cette entreprise (P), soit : I = (P-P*)/P. Pour d'autres références sur ce point, V. L. BIDAUD, *op. cit.,* n° 452.

[4] Cette réponse n'est du reste pas pleinement satisfaisante d'un point de vue économique, car la construction de l'indice est bâtie sur l'hypothèse selon laquelle le coût marginal est indépendant de la structure de l'industrie, autrement dit que le coût marginal est le même si l'industrie est sujette à un monopole ou si la concurrence y règne. En raison de cette simplification, et si l'on admet par ailleurs que le coût marginal est croissant avec les quantités, l'indice de Lerner présente un biais dans le sens d'une exagération du pouvoir de marché. W. M. LANDES et R. A. POSNER, *op. cit.,* p. 941. Cet indice s'avère par ailleurs peu robuste pour certaines valeurs de l'élasticité (les valeurs proches de 1 ou inférieures à 1). *Ibid.*, p. 942.

[5] W. M. LANDES et R. A. POSNER, *préc.*, p. 941.

[6] L'élasticité par rapport au prix de la demande qui s'adresse à l'entreprise (distincte de l'élasticité par rapport au prix de la demande qui s'adresse au marché) mesure l'impact d'une variation du prix proposé par l'entreprise (P) sur la quantité qui lui est demandée (Q). $\varepsilon^{d} = - (\delta Q/\delta P) \div (Q/P)$. Cette grandeur peut se lire comme le pourcentage de variation de la quantité demandée lorsque le prix proposé varie de 1 %. Le signe négatif traduit le fait que prix et quantité varient en général en sens opposé : lorsque le prix proposé augmente, la quantité demandée baisse. V. D. W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *op. cit.,* p. 1016. Pour une dérivation mathématique de cette seconde expression de l'indice de Lerner, W. M. LANDES et R. A. POSNER, *op. cit.,* pp. 983-985.

Cette seconde formulation rejoint l'idée intuitive selon laquelle plus les consommateurs sont sensibles aux prix, moins l'entreprise disposera d'un pouvoir de marché. Cette reformulation de l'indice de Lerner permet par ailleurs de se rapprocher d'un outil utilisable en pratique. En effet, elle met en relation le pouvoir de marché et l'élasticité-prix de la demande. Or, cette grandeur peut en principe être calculée à partir de données observables[1], à la différence du prix théorique de concurrence nécessaire au calcul de l'indice dans sa première formulation. Il y aurait donc théoriquement moyen de mesurer le pouvoir de marché d'une entreprise sans qu'il soit besoin de délimiter le marché sur lequel elle opère ou de calculer sa part de marché.

455. Reste qu'il est très rare de disposer des données permettant de calculer l'élasticité de la demande qui s'adresse à une entreprise en particulier[2]. Dans une telle hypothèse, il est possible de recourir à une troisième formulation de l'indice de Lerner, qui fait appel à l'élasticité de la demande qui s'adresse au marché dans son ensemble. Dans ce cas, il est cependant nécessaire de pondérer cette élasticité globale par la part de marché de l'entreprise en cause[3]. Dès lors, il n'est plus possible de faire l'économie de la délimitation du marché[4].

b) La nécessité pratique de délimiter le marché pertinent

456. D'un point de vue économique, la nécessité de délimiter le marché pertinent pour évaluer le pouvoir de marché est d'ordre pratique. Il s'agit d'un pis-aller, « un mal nécessaire »[5]. Comme le note le professeur Posner, « [l']importance attachée à la définition du marché pour apprécier les effets sur la concurrence d'une fusion contestée est un exemple de

---

[1] Ce calcul fait appel à des données relatives aux prix de vente et aux quantités vendues. Celles-ci peuvent être plus ou moins faciles à collecter, mais elles correspondent à des phénomènes réels.

[2] Toutefois, en ce qui concerne les biens de grande consommation, des données de vente enregistrées par les grandes surfaces peuvent fournir ce type d'informations. Comme le souligne le Conseil de la concurrence dans son Rapport d'activité pour 1992, p. 54, « [l']administration française dispose au sein de l'Insee et à l'Ensae d'un grand nombre d'économètres impartiaux et très qualifiés qui pourraient utilement aider ces autorités soit à déterminer le degré de fiabilité des études présentées par les parties soit à réaliser elle-même les études nécessaires ».

[3] $L_i = S_i/[\varepsilon^d_m + \varepsilon^o_j (1-S_i)]$. Où L_i désigne l'indice de Lerner relatif à l'entreprise i, S_i désigne la part de marché de l'entreprise i, εdi désigne l'élasticité de la demande qui s'adresse à l'entreprise i, ε^d_m désigne l'élasticité de la demande qui s'adresse au marché et ε^d_j désigne l'élasticité de la demande qui s'adresse aux autres entreprises (supposées non dominantes). Si la mise en relation de ces grandeurs montre qu'il n'est pas possible de se passer de la délimitation du marché, elle montre aussi que le pouvoir de marché est une fonction de la part de *marché et d'autres variables*, si bien qu'il est réducteur et peut être erroné d'assimiler l'une à l'autre. L'élasticité de la demande qui s'adresse au marché et l'élasticité de l'offre des concurrents sont des variables aussi déterminantes du pouvoir de marché que la part de marché. Pour des illustrations chiffrées de ce point, V. W. M. LANDES et R. A. POSNER, *op. cit.,* pp. 947-952.

[4] W. M. LANDES et R. A. POSNER, *op. cit.,* pp. 944-945.

[5] B. HAWK, « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne ? », *RTD Eur*, 1989, pp. 5-44, p. 41. En ce sens aussi, L. VOGEL, « À quelles conditions peut-on distinguer des sous-marchés au sein d'un marché de produits ? », préc.

plus de l'incapacité du droit à développer une approche authentiquement économique au problème du monopole. Si nous connaissions l'élasticité de la demande à laquelle est confronté un groupe de vendeurs, il serait redondant de se demander si ce groupe constitue un marché ayant économiquement un sens »[1]. Il serait cohérent avec ce point de vue de considérer que la nécessité de délimiter le marché dépend à la fois du problème de concurrence en cause et des données disponibles : il conviendrait que le juge n'exige une délimitation du marché que lorsque le pouvoir de marché est en cause et qu'il n'est pas possible de l'évaluer par d'autres moyens.

2. L'élaboration d'une définition opératoire du marché pertinent

457. L'impossibilité pratique de mesurer directement le pouvoir de marché ayant conduit les économistes à admettre qu'il était parfois utile de délimiter le marché, restait à en donner une définition opératoire et à y associer une méthode de délimitation qui puisse être mise en œuvre au moyen de données disponibles. Si plusieurs propositions peuvent être recensées (a), une méthode semble s'être imposée. Il s'agit de la méthode dite du monopole hypothétique (b).

a) Les méthodes de délimitation du marché à partir de données observables

458. Les premières tentatives de délimiter le marché à partir de données existantes ne concernaient que le marché géographique et ont donné lieu à l'élaboration d'un test dit « test de Elzinga-Hogarty ». Par la suite, d'autres auteurs ont proposé de généraliser la méthode à la définition du marché de produits.

i. Le test de Elzinga-Hogarty

459. **Raisonnement.** Le test de Elzinga-Hogarty[2] est le plus célèbre d'une série de tests faisant appel aux données d'exportation et d'importation pour délimiter le marché géographique. Il ne s'agit pas ici d'exposer de manière technique les ratios à partir desquels ce test est défini[3], mais seulement d'indiquer quel est le raisonnement sous-jacent à cette méthode de délimitation du marché. En effet, ce raisonnement présente un intérêt pratique au-

---

[1] R. A. POSNER, *Antitrust Law*, 1976, *op. cit.,* p. 125.

[2] K. G. ELZINGA et T. F. HOGARTY, « The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits », *Antitrust Bull*., 1973, p. 45 ; G. ELZINGA et T. F. HOGARTY, *The Problem of Geographic Market Delineation Revisited* : *The Case of Coal*, *Antitrust Bull.*, 1978, p. 1.

[3] Pour un exposé technique, V. D. HILDEBRAND, *op. cit.,* p. 362 et s.

delà des aspects techniques, car il porte sur la signification des parts de marché en présence d'échanges commerciaux. L'intuition qui fonde cette méthode de délimitation du marché géographique est la suivante : une zone exportatrice d'un produit peut être un marché, alors qu'une zone importatrice ne l'est sans doute pas[1]. Les exportations constituent une indication de l'existence d'un marché plus large que le marché local pour deux raisons. Pour exposer la première, il faut raisonner à partir de la situation dans laquelle le bien exporté l'est vers des zones où ce bien est également produit. Dans une telle hypothèse, l'existence d'exportations atteste que les coûts de transport sont suffisamment faibles pour que les flux commerciaux puissent s'inverser dans le cas où les prix augmenteraient dans la zone exportatrice. La seconde raison ne suppose pas que le bien soit produit dans les deux zones. Elle est très générale et tient au fait que les quantités exportées peuvent être envisagées comme une réserve d'offre. Si les prix augmentent sur un marché, un producteur local qui exporte une partie de sa production pourrait décider de la commercialiser plus avantageusement sur le marché local[2]. Il en résulte que les parts de marché, en présence d'exportations, n'offrent pas un bon indicateur du pouvoir de marché. En effet, une entreprise peut détenir une forte part de marché localement tout en étant exposée à la concurrence potentielle des entreprises exportatrices susceptibles de revenir sur le marché en cas de hausse des prix[3].

460. Le test proposé sur la base de ces raisonnements a essuyé diverses critiques[4]. Pour s'en tenir à une critique générale, il faut signaler que la méthode s'expose à un paralogisme analogue à celui rencontré dans l'affaire de la cellophane[5]. En effet, la méthode se fonde sur les données courantes d'importations, qui ne disent rien de ce que seraient ces flux de commerce extérieur en cas de hausse des prix locaux[6]. Une autre méthode a alors été proposée pour délimiter le marché à partir d'autres données observables, à savoir les prix des biens en cause. Contrairement au test de Elzinga-Hogarty, cette méthode a vocation à s'appliquer pour délimiter tant le marché géographique que le marché de produits.

---

[1] D. HILDEBRAND, *op. cit.,* p. 362.

[2] C'est ce raisonnement qui était en cause dans l'affaire Schneider/Legrand à propos de la comptabilisation de la production auto-consommée dans le calcul de la part de marché. Sur ce point, V. *infra* n° 576.

[3] D. HILDEBRAND, *op. cit.,* p. 363.

[4] D. HILDEBRAND, *op. cit., loc. cit.*

[5] *Supra* n° 448.

[6] D. HILDEBRAND, *op. cit.,* p. 364 et référence citée.

ii. La méthode du parallélisme des prix

461. **Raisonnement.** Un raisonnement analogue à celui qui vient d'être exposé a été mis en avant pour délimiter le marché à partir de l'observation des mouvements de prix[1]. Le raisonnement est le suivant : lorsque le prix d'un produit augmente dans une zone A et qu'un mouvement de substitution avec le produit venant d'une zone B s'opère, le prix de ce produit augmentera dans la zone B, car les producteurs divertiront une partie de leur production de B vers A. Ainsi, le parallélisme des mouvements de prix indique que A et B appartiennent au même marché géographique[2]. Le même raisonnement est mené lorsque A et B représentent non des zones mais des produits distincts.

462. **Limites.** Ce raisonnement suppose que deux conditions soient remplies. En premier lieu, il est nécessaire que l'offre soit rigide (sans quoi il n'y aurait pas diversion mais augmentation de la production). La méthode ne sera donc valable que pour des données mesurant les variations de prix à court ou moyen terme, suivant le temps nécessaire à l'ajustement de la production du bien considéré. En second lieu, il faut supposer une absence de rigidité relativement aux débouchés de la production. En effet, si des contrats à long terme lient les producteurs avec leurs clients, il ne leur sera pas possible de divertir une partie de leur production, sauf à supposer que l'augmentation de prix postulée est telle qu'elle justifie économiquement la rupture des contrats[3]. Il est toutefois permis de penser qu'il faudrait sans doute une hausse de prix d'une rare importance pour que ce soit le cas. En toute rigueur, il faut donc, pour délimiter le marché selon la méthode du parallélisme des prix, vérifier que, d'une part, l'offre est rigide en quantité sur la période étudiée et, d'autre part, les relations

---

[1] G. J. STIGLER et R. A. SHERWIN, préc., p. 582 et s. R. A. POSNER, autre auteur dont les écrits se rattachent à l'École de Chicago, se range à l'opinion de ces auteurs et affirme que l'étude de la corrélation des mouvements de prix est la méthode la plus « propre » (*cleanest*) pour apprécier la substituabilité des produits. R.A. POSNER, *Antitrust Law*, 2ème éd., 2002, p. 149. G. J. WERDEN et L.M FROEB, *op. cit.*, remarquent que, si ces auteurs ne sont pas les premiers à avoir analysé l'utilisation de tests de corrélation de prix aux fins de la délimitation du marché, ils sont en revanche les premiers à avoir affirmé que ces tests constituaient la meilleure méthode. Pour des discussions antérieures, V. F. J. KOTTKE, « Simultaneous Price Fluctuation as a Test of the Significance of Product Substitution », *Antitrust Bulletin*, 1960, pp. 627-631 ; P. AREEDA et D. TURNER, *Antitrust Analysis*, Aspen, New York, 1978, pp. 351-357.

[2] D. HILDEBRAND, p. 366 et s. Cet auteur observe que l'examen des données permettant de retracer les changements de production ou de destination géographique des ventes en réponse à une variation de prix permettrait de mettre directement en évidence les phénomènes de substitution. Cette méthode directe permet de ne pas faire l'hypothèse de la rigidité de l'offre, mais elle exige des données plus précises.

[3] Sur l'approche de la rupture contractuelle en termes d'efficience, V. P. GARELLO, « L'inexécution du contrat en droit français : les apports de la théorie économique », *in* B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2000, pp. 227-242. A. OGUS et M. FAURE, *Économie du droit : le cas français*, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit comparé », 2002, p. 107 ; B. BUDDEN et Ph. JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », *RIDC*, 1986, p. 1015.

clients-fournisseurs ne constituent pas un obstacle aux réorientations de la production en réaction à une variation de prix. Cette double vérification n'est cependant pas toujours faite en pratique[1]. Une autre limite importante de l'analyse des corrélations entre mouvements de prix est commune à tout raisonnement à partir de corrélations statistiques[2]. Elle réside dans la possibilité de bonnes corrélations statistiques même en l'absence de phénomène de causalité entre les deux séries considérées, ici en l'absence de phénomènes de substitution[3]. Pour atténuer cet effet, les auteurs proposent d'étudier les corrélations non entre les séries de prix mais entre les séries de variations de prix[4]. Toutefois, cet artefact ne permet pas d'éviter entièrement le risque de corrélations sans causalité.

463. Ni la méthode de Elzinga-Hogarty, ni celle du parallélisme des prix ne semblent avoir les faveurs de la pratique, du moins en France ou dans le cadre communautaire[5]. Il en va différemment de la méthode du monopole hypothétique, qui constitue aujourd'hui une référence pour de nombreuses autorités nationales de concurrence[6] comme pour la Commission[7] et s'articule sur une définition explicite et nouvelle du marché à partir de la notion de pouvoir de marché.

---

[1] L. BIDAUD, *op. cit.*, p. 353. L'utilisation de la méthode du parallélisme de prix semble rare. Pour un exemple, V. décision du 31 janvier 2001 SCA/Metsä Tissue, COMP/M.2097, citée par K. S. DESAI, « Limitations on the Use of Economic Analysis in E.C. Competition Law Proceedings – Part 1 », *ECLR*, 2002 n° 10, pp. 524-529, p. 528. Les autorités de concurrence font plus souvent référence au niveau absolu des prix qu'au parallélisme des variations de prix.

[2] G. J. WERDEN et L. M. FROEB, « Correlation, Causality and all that Jazz : The inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation », *Review of Industrial Organization*, 1993, pp. 329-353.

[3] G. J. WERDEN et L. M. FROEB, *op. cit.* et *supra* n° 190. Il se peut notamment que le parallélisme des prix soit imputable à une cause commune influant sur les deux séries de prix et non à un rapport direct de substitution entre les produits en cause. Tel est le cas par exemple en cas de variation du prix des matières premières utilisées dans les deux produits alors même que ceux-ci ne sont manifestement pas des substituts.

[4] G. J. WERDEN et L. M. FROEB, *op. cit.*, proposent d'étudier la stabilité du prix relatif (ratio du prix du bien A et du prix du bien B).

[5] La communication de la Commission sur la définition du marché en cause, préc. note **renvoi,** se borne à mentionner (point 39) différents tests quantitatifs et précise qu'elle tient compte des éléments quantitatifs disponibles et « capables de résister à un examen minutieux et rigoureux ».

[6] D'après S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.12, les droits des États suivants ont adopté le test du monopole hypothétique : Australie, Brésil, Bulgarie, Canada, Israël, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas et Royaume-Uni. La méthode du monopole hypothétique a aussi été adoptée par l'Autorité de surveillance de l'Espace Économique Européen dans sa Communication sur la définition du marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence dans l'Espace Économique Européen.

[7] Au point 15 de sa Communication sur la définition du marché en cause, préc., la Commission considère le test du monopoleur hypothétique comme une manière de procéder et non comme la seule. En outre, ce test est rattaché à la seule analyse de la substituabilité du point de vue de la demande : « [u]ne façon de procéder à cette détermination [l'appréciation de la substituabilité de la demande] peut être considérée comme un exercice mental présupposant une variation légère mais durable des prix relatifs et évaluant les réactions probables des clients ». Sur le statut du test du monopoleur hypothétique en droit communautaire, S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.44.

b) La définition du marché à partir du pouvoir de marché : la méthode du monopole hypothétique

464. **Définition et méthode.** « Un marché est quelque chose qui vaut la peine d'être monopolisé »[1]. Ainsi peut-on résumer le lien que font les économistes entre marché et pouvoir de marché. L'idée de définir le marché par référence au pouvoir de marché avait cours depuis longtemps[2]. Elle figurait dans les méthodes déjà décrites. Cependant, la méthode du monopole hypothétique a innové en prenant cette idée au mot. Cette méthode a tout d'abord été consacrée par les Lignes directrices adoptées en 1982 par la *Federal Trade Commission* des États-Unis[3]. Depuis lors, elle a été adoptée en substance par le Conseil de la concurrence[4] et par la Commission[5]. La méthode doit son nom à la définition du marché dont elle procède directement. En effet, le marché est défini comme un ensemble de biens tel que le détenteur d'un hypothétique monopole sur la production de ces biens serait en mesure d'exercer un pouvoir de marché, c'est-à-dire d'augmenter durablement le prix desdits biens.

---

[1] S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.19.

[2] G. J. WERDEN , Discours prononcé lors du 20ème anniversaire des Guidelines de 1982, Washington D.C., juin 2002, http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11256.pdf et références citées. L'auteur cite une note de jurisprudence de 1959 qui contient déjà cette idée : M. A. ADELMAN, *Economic Aspects of Bethlehem Opinion*, *Va. L. Rev*., 1959, 684, spéc. p. 688 : « [p]eu importe comment on définit les frontières en termes de produits ou de zone géographique, il n'y a qu'un seul test : si, dans le marché supposé, les prix étaient augmentés ou le volume diminué de manièrent appréciable, y aurait-il une offre alternative de nature à restaurer l'ancien prix ou l'ancien volume ? Si la réponse est "oui", alors il n'y a pas de marché et la définition doit être élargie. Si la réponse est "non", le marché n'est en tout cas pas plus large. Si la réponse était "non" pour un marché plus étroit, alors ce marché plus étroit doit être utilisé. Toute autre méthode de définition n'est pas tant "fausse" que dépourvue de sens » (nous traduisons).

[3] 47 Fed. Reg. 28, 493-502 (1982) reproduites dans 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶13. Un commentateur averti note le rôle déterminant de leur auteur, « juriste doté d'une solide compréhension de l'économie », dans ce processus. T. M. MURIS, « Improving the Economic Foudations of Competition Policy », Allocution présentée au George Mason University Law Review's Winter Antitrust Symposium, Washington D.C., le 15 janvier 2003, disponible à l'url suivante : http://www.ftc.gov/speeches/muris/improveconfoundatio.htm, p. 3, et références citées note 16. La première version des lignes directrices date de 1982 et a pour auteur le seul Department of Justice (ministère fédéral de la justice, en charge des poursuites avec la Federal Trade Commission en matière de contrôle des concentrations). Les lignes directrices ont fait l'objet d'une révision et d'une publication conjointe par le Department of Justice et la Federal Trade Commission en 1992. Une nouvelle révision a eu lieu en 1997. La formulation adoptée par les lignes directrices américaines est la suivante : « [u]n marché est défini comme un produit ou groupe de produits et une zone géographique tels qu'une entreprise hypothétique qui maximiserait ses profits sans être soumise à aucun contrôle de ses prix et qui serait le seul producteur ou vendeur actuel et futur des produits considérés dans la zone considérée imposerait au moins une augmentation de prix faible mais non transitoire, les prix des autres produits étant supposés constants. Un marché pertinent est un ensemble de produits et une zone géographique pas plus grands que nécessaires pour satisfaire ce test ».

[4] Conseil de la concurrence, « Le marché pertinent », préc., p. 106, soulignant néanmoins que l'usage de la méthode à titre de cadre d'analyse n'est ni « automatique », ni « aveugle ».

[5] Lignes directrices, préc., points 15 et s. Pour un commentaire économique critique des lignes directrices, P. D. CAMESCASCA et R. VAN den BERGH, « Achilles Uncovered : Revisiting the European Commission's 1997 Market Definition Notice », *Antitrust Bull.*, 2002, pp. 143-186.

465. Pour identifier cet ensemble, la méthode proposée consiste à prendre pour point de départ le produit qui se trouve au centre des investigations (bien A) et à se demander si une hausse « faible mais significative » de son prix conduirait les consommateurs à se tourner vers un autre (bien B)[1]. Si l'on peut penser qu'une faible augmentation de prix de A aurait pour effet de détourner un nombre d'acheteurs suffisant pour que l'augmentation ne soit pas profitable, on ajoutera B au groupe de produits. En effet, ce comportement prévisible des consommateurs implique qu'un monopole ne peut exploiter les consommateurs de A sans contrôler aussi la production de B. On se pose ensuite la question à propos d'un substitut un peu moins proche et ainsi de suite. Par itérations successives de la méthode, on identifie un groupe de produits tel qu'une entreprise en situation de monopole hypothétique sur ce groupe de produits serait en mesure d'imposer une hausse de prix faible mais significative. Au terme de l'analyse, on retient comme marché pertinent le plus petit groupe de produits possible satisfaisant ce test[2]. Quelles sont les implications de cette méthode pour le raisonnement à mener sur le marché ?

466. **Raisonnement.** Du point de vue du raisonnement, trois éléments caractéristiques de cette méthode méritent d'être soulignés. Premièrement, cette méthode est construite pour donner un sens aux parts de marché comme indicateurs de pouvoir de marché. En effet, par construction, une entreprise disposant d'une part de marché de 100 % sur le marché identifié serait en situation d'exercer un très fort pouvoir de marché. Plus généralement, sur un marché ainsi défini, une entreprise disposera en principe d'un degré de pouvoir de marché corrélé à sa part de marché. Deuxièmement, on note que cette manière de définir le marché n'accorde pas d'importance intrinsèque aux caractéristiques des produits ou au fait qu'ils aient le même prix. Ces facteurs sont pertinents, mais ils ne le sont que pour autant qu'ils déterminent la réaction prévisible des consommateurs à une variation hypothétique des prix[3]. Troisièmement, cette méthode insiste sur la nécessité que des acheteurs suffisamment nombreux – appelés consommateurs marginaux – soient disposés à changer de produit en cas de hausse des prix afin d'imposer une discipline aux vendeurs[4].

---

[1] En anglais, « *a Small but Significant Non-transitory Increase in Price* », d'où l'autre nom de cette méthode, appellée aussi « test SSNIP ». V. la présentation de P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, n° 626, p. 522.

[2] Lignes directrices américaines (1992), section 1.11, al. 4, *in fine*.

[3] Lignes directrices de la Commission, préc., point 36. S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.09. Sur la réception de cet élément de raisonnement par les juges, V. *infra* n° 556.

[4] Lignes directrices de la Commission, préc., point 41.

467. **Différence**. Il convient de souligner la nouveauté de cette définition par rapport aux définitions antérieures. Un exemple, tiré de la jurisprudence américaine, permet de l'illustrer[1]. Plus précisément, cet exemple montre que la méthode du monopole hypothétique n'aboutit pas au même résultat que celle du parallélisme des prix[2]. L'affaire qui a mis en lumière cette différence de raisonnement concernait des producteurs de sirop de fructose de maïs, un produit utilisé comme agent sucrant. Il n'était pas contesté que, du point de vue de l'utilisateur, le sucre et le sirop de fructose étaient des substituts pour toutes les utilisations, notamment dans la fabrication des boissons gazeuses. Il était également constant que le critère déterminant de la demande était le prix à pouvoir sucrant équivalent. Or, le prix du sucre était, pour un pouvoir sucrant équivalent, en moyenne 10 % plus élevé que celui du sirop de fructose de maïs, notamment en raison d'une politique fédérale de soutien du prix du sucre. En première instance, les juges avaient défini le marché en considérant tout d'abord la substituabilité du point de vue de la demande, ce qui les avait conduit à penser que le sucre et le sirop appartenaient au même marché. Ils avaient complété leur examen et confirmé cette hypothèse en ayant recours au critère de l'élasticité croisée de la demande et à l'étude des séries de prix. L'élasticité croisée, jugée élevée, et l'évolution parallèle des prix les avaient amenés à conclure que le sucre et le sirop formaient un seul marché[3]. La Cour d'appel a appliqué aux mêmes faits le test du monopole hypothétique. La question devenait celle de savoir si une entreprise ayant le monopole de la production de sirop de fructose était en mesure d'augmenter significativement ses prix de manière permanente. Les juges d'appel ont raisonné de la sorte : aussi longtemps que le dispositif de soutien du prix du sucre demeurerait en place, un monopole hypothétique sur le seul sirop de fructose serait en mesure d'augmenter ses prix de presque 10 % sans avoir à subir de pression concurrentielle de la part des producteurs de sucre. Il en découlait que le sirop et le sucre constituaient deux marchés séparés[4]. C'était l'illustration par l'exemple de la nouveauté du raisonnement associé à la méthode du monopole hypothétique.

468. **Point de vue du juge.** Du point de vue du juge, la signification de cette nouvelle méthode est double. En premier lieu, dans ce raisonnement, la délimitation du marché est très précisément identifiée à la mesure du pouvoir de marché. Les méthodes de délimitation du

---

[1] Cet exemple est cité par G. WERDEN, préc., p. 13.

[2] *Supra* n° 461.

[3] 695 F. Supp. 1000, 1013-17 (S. D. Iowa 1987).

[4] 866 F.2d 242, 246 (8th Cir. 1988).

marché à partir des flux commerciaux ou du parallélisme de prix pouvaient se prêter à une interprétation large en termes de « conditions de concurrence suffisamment homogènes pour apprécier le jeu de la puissance économique de l'entreprise »[1]. Elles étaient compatibles avec un raisonnement dans lequel la délimitation du marché apparaissait comme un préalable à l'appréciation de la puissance de l'entreprise. En revanche, la méthode du monopole hypothétique ne s'accorde pas avec cette manière de raisonner. En effet, la question posée pour délimiter le marché est la question même du pouvoir de marché. Il en découle que, si, dans le raisonnement du juge, la notion de marché a une fonction indépendante de l'appréciation du pouvoir de marché (par exemple, l'appréciation d'un seuil de sensibilité ou la sanction), recourir à cette méthode de définition n'a aucun sens. En second lieu, la définition économique du pouvoir de marché comme pouvoir d'une entreprise d'augmenter ses prix inscrit très clairement la définition du marché dans la perspective qui fait de l'intérêt des consommateurs le but visé par le droit de la concurrence. Si la question-clé pour le juge « est de savoir si sur ledit marché [une entreprise] peut faire la loi aux autres »[2], autrement dit à ses concurrents, la méthode du monopoleur hypothétique n'a aucune pertinence. Elle ne répond pas à cette question, mais à celle de savoir si l'entreprise est en mesure d'exploiter les consommateurs. L'utilité de la méthode du point de vue du juge est donc doublement conditionnée. Elle n'a de sens que dans la mesure où le juge se pose la question de savoir si une entreprise dispose d'un pouvoir de marché et s'il considère qu'une restriction de concurrence s'apprécie par rapport à l'intérêt des consommateurs.

469. Ces conditions de pertinence étant posées, la méthode du monopoleur hypothétique présente un intérêt pour le juge, en ce qu'elle propose une question au regard de laquelle apprécier les allégations contradictoires des parties sur la délimitation du marché, ainsi que les éléments pertinents à analyser pour y répondre[3]. Cela ne résout pas les problèmes de preuve, mais l'apport conceptuel doit être distingué de ces problèmes[4]. Un tel apport permet de structurer le flot des observations et de discipliner l'analyse des contestations. Un auteur a

---

[1] Arrêt du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec. p. 207, point 11.

[2] Ch. GAVALDA, note sous Cass. com. 10 mars 1992, France Loisirs, *D.*, 1992, p. 357.

[3] Ces éléments sont développés dans la communication sur la définition du marché pertinent, préc., points 37 et s. Il s'agit de la réponse de la demande à une augmentation de prix, de la réponse de l'offre, de coûts et du temps nécessaires aux adaptations de l'offre et de la demande ainsi que de la situation concurrentielle des acheteurs sur le marché aval.

[4] En ce sens aussi que le cadre de raisonnement est détachable d'éventuels recours à des techniques d'analyse économétrique et que l'apport de la méthode du monopole hypothétique est principalement conceptuel, S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4. 09 et 4.33.

qualifié ce type de contribution de « modeste »[1]. C'est, à notre sens, l'apport le plus précieux de l'analyse économique pour le juge. Il est précieux, nous aurons l'occasion d'y revenir[2], car il touche au raisonnement. Disposer d'un schéma de raisonnement (ici réduit à une question) permet de vérifier la pertinence, la complétude et la cohérence des allégations des parties ou des motifs d'un jugement. Le test du monopole hypothétique est un prisme à travers lequel le juge peut déceler des « failles dans le raisonnement » sur le marché pertinent, ce qui est « la pierre de touche de la technique juridique »[3]. Ceci précisé, il convient d'aborder maintenant la mise en œuvre concrète de la méthode du monopole hypothétique. Elle n'est pas exempte de difficultés.

c) Précisions sur la mise en œuvre de la méthode du monopole hypothétique

470. La définition du marché pertinent proposée par la méthode du monopole hypothétique soulève, comme d'autres méthodes, des difficultés relatives à la spécification des données nécessaires, aux procédures à mettre en œuvre pour les obtenir[4], ainsi qu'à la disponibilité des données[5]. Elle appelle trois précisions et une remarque. En premier lieu, la précision quantitative suivante : quelle doit être l'importance de l'augmentation de prix susceptible d'être imposée par le monopole hypothétique pour que le test soit concluant ? Doit-il être en mesure d'imposer une hausse de 5 %, 10 % ou même davantage[6] ? (i) En second lieu, puisque l'augmentation doit être rentable, il faut préciser le critère de rentabilité retenu ainsi que la méthode d'évaluation de la rentabilité (ii). En outre, il importe de déterminer les exigences de preuve auxquelles la démonstration de rentabilité d'une hausse de prix donnée doit satisfaire[7] (iii). Enfin, il faut évoquer une difficulté persistante : le cas des produits différenciés (iv).

---

[1] J. PELKMANS, « Consumer Interest in the EC Competition Regime : An Economic Perspective », *in* M. GOYENS (éd.) *E.C. Competition Policy and the Consumer Interest,* Proceedings of the Third European Workshop on Consumer Law, Louvain-la-Neuve, 10-11 mai 1984, Cabay-Bruylant 1985, p. 23.

[2] V. *infra* n° 721 nos développements sur les « tests de qualification »,

[3] H. MOTULSKY, « Le "manque de base légale", pierre de touche de la technique juridique », *JCP*, 1949, I.775. Plus généralement sur le raisonnement économique dans le contrôle de motivation, V. *infra* n° 1083 et s.

[4] J. STIGLER et R. A. SHERWIN, *op. cit.,* spéc. p. 582.

[5] Ces difficultés ne sont pas propres à la méthode et concernent aussi l'utilisation des élasticités croisées. V. par exemple, sur ce point, Conseil de la concurrence, Rapport 2001, préc.

[6] B. C. HARRIS et J. J. SIMMONS, « Focusing Market Definition : How Much Substitution is Necessary ? », *Research in Law and Economics*, 1989, n° 2, pp. 207-226 ; des mêmes auteurs sous une forme abrégée et littéraire, « The often-forgotten role of price-cost margins in antitrust analysis », *International Merger Law*, n° 6, pp. 1-3.

[7] Cette question fut initialement soulevée en raison d'un flottement terminologique dans les Lignes directrices, dont la section 2.0 définit le marché comme un « produit ou groupe de produit et une zone géographique tels

i. La détermination du seuil d'augmentation de prix indicatif de pouvoir de marché

471. La fixation d'un seuil soulève toujours des difficultés[1]. À cet égard, la nécessité pratique de fixer un seuil d'augmentation à partir duquel on considèrera que le monopole hypothétique est en mesure d'imposer une augmentation de prix « faible mais significative » ne fait pas exception. Les Lignes directrices américaines ont adopté le seuil de 5 % suggéré par les professeurs Areeda et Turner dans leur traité[2]. La Commission européenne, dans sa Communication sur la délimitation du marché, a adopté une fourchette de 5 à 10 %[3]. Comme le concèdent Areeda et Turner, un tel seuil comporte forcément un élément d'arbitraire ; ils le jugent cependant « raisonnable », dans la mesure où le seuil de 1 % serait « trop peu » et 10 % « clairement plus que nécessaire »[4]. Certains auteurs ont fait valoir que, selon les circonstances, un même seuil ne revêtait pas la même signification. En particulier, en présence de produits différenciés, seule une augmentation de prix relativement élevée est susceptible de faire baisser la demande. La remarque vaudrait de la même manière pour tous les produits pour lesquels le changement est coûteux pour l'utilisateur[5]. Il est alors préconisé d'adapter le seuil retenu en fixant un seuil plus élevé pour certaines catégories de produits[6].

472. **Point de vue du juge.** On mesure les inconvénients d'une telle solution en termes de sécurité juridique. La fixation d'un seuil comporte nécessairement une part d'arbitraire et l'on peut penser que ce défaut est plus tolérable s'il est le même pour tous. Cependant, les textes ne retiennent pas de seuil fixe. Dès lors, il paraît à tout le moins nécessaire que le seuil choisi pour appliquer la méthode du monopole hypothétique soit contradictoirement débattu, que ce soit au cours de la procédure administrative devant une autorité de concurrence ou devant le

---

qu'une entreprise en situation de monopole hypothétique maximisant son profit imposerait (*would impose*) une augmentation de prix faible mais significative et non transitoire », tandis que les sections 2.11 et 2.31 mentionnent la question de savoir si un monopole hypothétique « *pourrait* (*could*) augmenter ses prix » (nous soulignons). Sur les questions d'interprétation de ses dispositions, V. F. I. JOHNSON, « Two approaches to Market Definition under the Merger Guidelines », *Research in Law and Economics*, 1989, pp. 227-234 ; M. G. BAUMAN et P. E. GODECK, « Could and Would Understood : Critical Elasticities and The Merger Guidelines », *Antitrust Bulletin*, 1995, p. 885 ; K. DANGE et H. E. FRECH III, « Critical Thinking About "Critical Loss" in Antitrust », *Antitrust Bulletin*, 2001, p. 339.

[1] Sur ce point, J. PRIEUR (dir.), *Seuils légaux et dimension de l'entreprise. Droits commercial, fiscal, social et économique*, Litec, coll « Droit de l'entreprise », Paris, 1990.

[2] AREEDA et TURNER, *op. cit.,* n° 518, p. 347.

[3] Communication sur la définition du marché en cause, préc., point 17.

[4] AREEDA et TURNER, *op. cit., loc. cit.*

[5] Sur cette question, A. LOFARO et D. RIDYARD, « Switching Costs and Merger Assessment : Don't Move the Goalposts », *ECLR*, 2003, n°6, pp. 268-271.

[6] V. *infra* n° 481.

juge. Le choix du seuil par l'autorité de concurrence serait alors un élément soumis au contrôle du juge, sous réserve, devant le juge communautaire, du contrôle restreint sur les appréciations économiques complexes[1]. Si la méthode du monopole hypothétique est invoquée au cours d'un procès civil, il paraît nécessaire que le juge provoque un débat contradictoire entre les parties ou, plus précisément, entre leurs experts, sur le choix de ce seuil. On ne peut exclure que le juge du fond doive trancher la question du seuil pertinent. Il y a là une difficulté de principe, puisque cela revient à déterminer quel degré de pouvoir de marché, donc d'atteinte aux intérêts des consommateurs, est tolérable. Derrière la question technique se trouve en réalité une question politique[2]. Cela soulève également une difficulté pratique, puisqu'il pourra être nécessaire, si l'une au moins des parties a retenu dans ses calculs un seuil trop bas ou trop élevé, d'ordonner une mesure d'instruction[3]. Ces difficultés sont autant de raisons pour le juge de n'admettre la méthode du monopole hypothétique que dans son strict domaine de pertinence, c'est-à-dire lorsque la question du pouvoir de marché est en cause. Une autre difficulté de mise en œuvre de la méthode tient à la nécessité de déterminer ce que signifie, pour une augmentation de prix d'un pourcentage donné, être « rentable ».

ii. La détermination de la rentabilité de l'augmentation de prix

473. **Raisonnement.** Une fois le seuil d'augmentation de prix conventionnellement fixé, le test SSNIP oblige à se demander si une telle augmentation serait rentable pour le monopole hypothétique. La question est complexe, car une augmentation de prix induit trois effets sur les profits : tout d'abord, une réduction des ventes, ensuite, une augmentation des revenus retirés de chaque vente et, enfin, une variation des coûts unitaires (si ceux-ci varient avec les quantités produites). L'effet net d'une hausse des prix sur les profits est donc *a priori* indéterminé. Il dépend, premièrement, du comportement des acheteurs (dont la réaction à une hausse de prix déterminera la perte due à la diminution des ventes[4]), deuxièmement, de la

[1] Sur ce principe, posé par l'arrêt de la Cour du 11 juillet 1985, Remia/Commission, 42/84, Rec. p. 2566, V. *infra* n° 1006.

[2] C'est fréquemment le cas. Sur l'impossibilité d'identifier les questions « politiques » pour les soustraire au contrôle du juge, V. *infra* n° 1241.

[3] On se place dans l'hypothèse où les parties auraient présenté d'elles-mêmes les résultats d'un test SSNIP. Si elles ne le font pas, mais que les débats font apparaître que la question est déterminante pour l'issue du procès, le juge pourra être amené à ordonner une expertise sur le fondement de l'article 232 NCPC. Si le juge, en fixant la mission de l'expert, ne définit pas le seuil de profitabilité à prendre en considération, de nouvelles contestations pourront l'obliger à recourir à l'article 236 NCPC pour accroître la mission de l'expert.

[4] C'est ce que mesure l'élasticité-prix de la demande.

marge réalisée par les entreprises formant le monopole hypothétique (qui détermine la perte de revenu associée à chaque vente perdue) et, troisièmement, de la variation de coût unitaire associée à la baisse des quantités vendues.

474. **Méthode.** Pour évaluer l'effet net d'une augmentation de prix, la principale méthode proposée est celle dite de la perte critique[1]. La méthode de la perte critique consiste, dans un premier temps, à déterminer quelle est la « perte critique » de clientèle à partir de laquelle une augmentation donnée de prix (par exemple 5 %) n'est plus rentable[2] puis, dans un second temps, à comparer la perte de clientèle prévisible à cette « perte critique ». La perte prévisible dépend de la réaction des producteurs de produits voisins et des consommateurs. Ces deux variables sont synthétisées dans le concept d'élasticité de la demande résiduelle[3]. Il reste alors à comparer la valeur estimée de l'élasticité de la demande à cette valeur critique[4]. Si la valeur estimée est supérieure à la valeur critique, la perte probable sera supérieure à la perte critique. Dans ce cas, l'augmentation de prix ne sera pas profitable, le marché pertinent sera donc plus large que le marché pressenti[5]. Il convient de souligner que le prix « de départ », auquel

---

[1] B. C. HARRIS et J. J.SIMON, « Focusing Market Definition : How Much Substitution is Necessary ? », *Research in Law and Economics*, 1989, pp. 207-226 ; J. LANGENFELD et W. LI « The use and Misuse of Critical Loss Analysis », *Antitrust Bulletin*, 2001, p. 299 ; K. L. DANGER et H. E. FRECH III, « Critical Thinking about Critical Loss », *Antitrust Bulletin*, 2001, p. 339 ; J. OVERSTREET, « Understanding Critical Loss Analyses », Clayton Act Newsletter, 2002, n° 1. *Adde :* G. J. WERDEN, « The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm », *Antitrust Law Journal*, 2003, pp. 253-269, ; D. SCHEFFMAN, M. COATE et L. SILVIA, « 20 Years of Merger Guidelines Enforcement at the FTC : An Economic Perspective », *Antitrust Law Journal*, 2003, pp. 277-318 ; B. C. HARRIS et C. VELJANOVSKI, "Critical Loss Analysis : It's Growing Use in Competition Law », *ECLR,* 2003, pp. 213-218.

[2] La formule proposée par B. C. HARRIS et J. J. SIMMONS, *op. cit.,* p. 215, est la suivante : Perte Critique (en pourcentage de ventes)= [Y/ (Y+M)]*100 où Y est le seuil d'augmentation de prix conventionnellement fixé (par exemple 5 %) et M la marge prix-coût, ou, plus précisément, la différence entre le prix de départ et le coût variable moyen exprimé en pourcentage du prix de départ. Cette formule est dérivée sous l'hypothèse classique de coût marginal croissant et sous l'hypothèse additionnelle selon laquelle les entreprises parties à la concentration hypothétique étaient précédemment à l'équilibre concurrentiel et, donc, que le prix initial est égal au coût marginal. Elle ne donne aucune indication sur la question de savoir si cette perte de clientèle est susceptible de se produire.

[3] La demande résiduelle est la demande qui s'adresse aux entreprises supposées monopoliser le marché. L'élasticité de cette demande mesure donc précisément la sensibilité des ventes aux augmentations de prix du monopole hypothétique. La valeur de l'élasticité de la demande résiduelle correspondant à la perte critique, appelée « élasticité critique », peut être calculée en divisant la perte critique par l'augmentation de prix de référence (par définition, l'élasticité est le ratio de la variation de demande – ici égale aux ventes du monopole hypothétique – et de la variation de prix (conventionnellement fixée à 5 %)).

[4] Plusieurs méthodes économétriques ont été proposées, V. L. M. FROEB et G. J. WERDEN, « Residual Demand Estimation for Market Delineation : Complications and Limitations », *Review of Industrial Organization*, 1991, p. 57. Ces différentes méthodes se heurtent fréquemment en pratique à une limitation des données disponibles, B. C. HARRIS et J. J. SIMON, *op. cit.*, p. 218. Les méthodes d'estimation plus qualitatives peuvent alors être utilisées, qui se réfèrent aux coûts associés pour le consommateur au changement de produit ou, plus directement, aux témoignages de consommateurs concernés.

[5] Une variante moins utilisée que la méthode de la perte critique est la méthode de l'élasticité critique. F. I. JOHNSON, « Market Definition under the Merger Guidelines: Critical Demand Elasticities », *Research in Law*

l'augmentation dont on étudie l'effet est appliquée, diffère suivant que l'on analyse une opération de concentration ou un abus de position dominante. Dans le premier cas, il s'agit d'identifier les produits qui représentent actuellement une contrainte de concurrence effective. Le prix de référence sera donc le prix courant avant l'opération[1]. En revanche, dans le second cas, il s'agit d'identifier les produits qui représenteraient une concurrence effective pour les produits de la firme supposée dominante à un niveau de prix concurrentiel[2]. Ce point est lié au paralogisme de la cellophane déjà évoqué. Il a reçu une attention croissante de la part des auteurs et de la Commission[3].

475. **Point de vue du juge.** Toutes les questions qui viennent d'être évoquées sont terriblement techniques. Cependant, le juge ne peut les ignorer. En effet, dès lors qu'il exerce un contrôle sur la délimitation du marché, ces questions peuvent être soulevées devant lui[4]. Ainsi, certaines juridictions américaines ont déjà été amenées à procéder à une analyse en

---

*and Economic*s, 1989, pp. 235-246. La méthode consiste à raisonner d'une manière analogue à propos de l'élasticité de la demande : on détermine l'élasticité critique à partir de laquelle une augmentation de prix donnée n'est plus profitable. Selon que l'élasticité-prix de la demande sera inférieure ou supérieure à cette valeur critique, l'augmentation de prix sera profitable ou non. La relation entre élasticité et profit sur laquelle la méthode est fondée est simple si le coût marginal est constant et si l'élasticité-prix de la demande est supposée ne pas dépendre du prix. Si, en revanche, on relâche ces hypothèses restrictives, il faut, pour résoudre le problème posé, exprimer l'élasticité de la demande en fonction d'une autre variable, qui sera plus facilement observable. F. I. JOHNSON, *op. cit.*, p. 237, propose pour ce faire d'exprimer l'élasticité de la demande en fonction de l'élasticité de l'offre. Pour notre part, nous ne voyons pas en quoi cela rend l'analyse plus opératoire, dans la mesure où l'élasticité de l'offre n'est pas plus facile à observer que celle de la demande. L'auteur du reste recourt à une table et propose des calculs pour différentes valeurs de l'élasticité de l'offre, ce qui ne résout pas le problème pratique de l'estimation de cette valeur. Par ailleurs, l'auteur reconnaît lui-même que cette relation ne permet pas toujours d'aboutir à une valeur unique de l'élasticité critique. En outre, toujours selon l'auteur, l'approximation utilisée pour estimer le coût marginal correspondant au nouveau prix peut conduire à rejeter à tort un marché pressenti et donc à définir un marché trop large. Ces remarques l'amènent à conclure que « l'approche économétrique de la définition du marché est d'une valeur pratique limitée », *Ibid*., p. 244.

[1] S. BAKER et S. BISHOP, « A Guide to the Principles and Practices of Market Definition », A NERA report for the NMA, Janvier 2000, p. 44, cité par J. A. PADILLA, *op. cit.,* p. 15. V. aussi S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.34.

[2] S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.35.

[3] Dans la Communication de la Commission sur la définition du marché, préc., ce problème n'est qu'évoqué (point 19). La Commission retient, même en matière de contrôle des concentrations, le niveau de prix courant, tout en reconnaissant le risque de paralogisme de la cellophane que comporte un tel raisonnement. La Commission précise que ce risque est pris en considération. La question a reçu un regain d'attention avec la réflexion sur la réforme de l'article 82 CE. V. notamment Ph. LOWE, « *DG Competition's Review of Abuse of Dominance* », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2003, (B. HAWK, éd. 2004), pp. 163-173, p. 167. R. WHISH, « Rethinking Article 82 », *Concurrences*, n° 4-2005, p. 18. Dans son document de travail, la Commission traite explicitement de ce problème et des moyens de le résoudre. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuse*, n° 13 à 18.

[4] On se place ici dans la perspective du contrôle des décisions d'une autorité de concurrence, mais ces questions pourraient aussi être soulevées devant les juges directement saisis d'une affaire relevant du droit de la concurrence, pour peu que les parties recourent aux conseils d'économistes.

termes de perte critique[1], reprochant par exemple à l'autorité de concurrence de ne pas avoir prouvé que l'augmentation de prix faible mais non-transitoire serait rentable, eu égard aux possibilités de substitution entre biens ou services concernés. Comme le note un commentateur, la discussion sur la perte critique est parfois sommaire dans les arrêts, mais elle montre que le juge porte son attention sur le problème de l'analyse de la rentabilité dans les décisions soumises à son contrôle[2]. Certains auteurs attirent à cet égard l'attention des juges sur la nécessité de vérifier la cohérence de l'argumentation des parties qui utilisent une analyse en termes de perte critique[3]. En particulier, lorsque la marge prix-coût est élevée, il est raisonnable de présumer que l'élasticité de la demande est faible (en raison d'une préférence forte pour le bien considéré)[4]. Dès lors, une marge élevée induira une perte potentielle importante en cas de hausse de prix (en raison de la baisse des ventes) – ce que font valoir les parties – mais aussi une perte réelle faible (en raison de la faiblesse du mouvement de substitution) – ce qu'elles taisent volontiers. Pour vérifier la cohérence du raisonnement économique des parties, le juge devrait alors poser la question de la compatibilité entre le niveau des marges et le niveau de l'élasticité de la demande invoqués par les parties.

476. **Conclusion partielle.** L'argumentation qui vient d'être présentée est complexe, mais c'est une argumentation. À ce titre, elle entre dans l'objet du contrôle de motivation qu'exerce le juge[5]. Dès lors que le juge connaît de la définition du marché pertinent, il n'a d'autre choix que de trancher les contestations sur ce point. Les développements qui précèdent montrent combien les parties peuvent, en s'appuyant sur des raisonnements économiques, obliger le juge à s'engager dans des questions épineuses. La question qui vient immédiatement à l'esprit est de savoir comment épargner au juge une telle complexité. Le premier élément de réponse est relatif à la répartition des rôles entre le juge et les parties. Ce sont les parties qui

---

[1] *United States v. SunGard Data Systems, Inc*., 172 F. Supp. 2d 172, 2001-2, Trade Cases ¶ 73,493 (D.D.C., Nov.14, 2001), *United States v. Mercy Health Service*, 902 F. Supp. 968,981 (N.D. Iowa 1995, vacated and remanded 107 F.3d 632, 8th Cir. 1997), *FTC. V. Tenet Healthcare Corp*. 186 F.3d 1045, 1050 (8th Cir. 1999).

[2] R. B. HOROVITZ (2002), préc., p. 3, à propos de United States v. SunGard Data Systems, Inc., préc.

[3] M. KATZ et C. SHAPIRO, « Critical Loss : Let's Tell the Whole Story », *Antitrust Magazine*, Printemps 2003, pp. 49-56, spéc. pp. 50-51. V. aussi D. P. O'BRIEN et A. L. WICKELGREN, « A Critical Analysis of Critical Loss Analyses, Article présenté au séminaire ABA Antitrust « Critical Comments about Critical Loss », Washigton D.C., 14 janvier 2003.

[4] Il s'agit d'une application simple du principe de rationalité : dès lors qu'une entreprise pratique un prix donné, il est raisonnable de supposer que ce prix maximise son profit. Ainsi, une marge élevée indique que l'entreprise perçoit la demande qui s'adresse à son produit comme relativement inélastique. En ce sens, M. KATZ et C. SHAPIRO, *op. cit.*, *loc. cit.*

[5] Pour une systématisation des remarques sur l'affinité entre le raisonnement économique et le contrôle de motivation, V. *infra* n° 1083 et s.

définissent, par leurs contestations, l'objet du litige. Dès lors, la complexité des contestations ne dépend pas du juge et il n'est pas en son pouvoir d'empêcher les parties d'alléguer, à propos de la délimitation du marché, des arguments subtils appuyés sur des études économiques complexes. Le second élément de réponse est relatif à l'office du juge. Le juge dit le droit. Face au silence des textes, à lui revient de préciser quand il est nécessaire de délimiter le marché. Or, comme on le verra, l'exigence de délimitation du marché a été généralisée[1]. Il est alors d'autant plus difficile au juge d'éviter de se prononcer sur des contestations très complexes à propos du marché que la jurisprudence a contribué à faire de ce dernier un objet d'allégation obligatoire dans de très nombreuses hypothèses. Il résulte de ces remarques que la complexification grandissante du contentieux relatif à la délimitation du marché ne pourra probablement pas être entièrement évitée. Si tel est le cas, les raisonnements abordés ci-dessus ne pourront être ignorés. Ceux-ci permettront au juge d'examiner de manière critique les allégations des parties ou les motifs des décisions déférées à son contrôle. Il convient cependant de souligner que, même si le juge assimile de tels raisonnements, cela ne suffira à résoudre ni les problèmes de preuve que rencontrent les parties, ni les difficultés d'appréciation des preuves pour le juge lui-même. En particulier, il sera nécessaire de préciser les exigences de preuve auxquelles les parties sont censées satisfaire.

iii. Les exigences de preuve

477. Toute l'analyse en termes de monopole hypothétique est spéculative. Il s'agit d'un « exercice mental »[2]. L'augmentation de prix qu'il s'agit de démontrer ne saurait donc être que probable. Une question essentielle, du point de vue du juge, consiste par conséquent à déterminer quel degré de probabilité doit être exigé. Doit-il être établi qu'un monopole hypothétique augmenterait *très probablement* ses prix de 5 % ou bien seulement qu'il serait *en mesure* de le faire ? Le premier standard, celui adopté par les Lignes directrices américaines de 1992, exige la preuve qu'une augmentation des prix de 5 % maximiserait le profit du monopole hypothétique. Il est évidemment plus exigeant que le second, adopté selon certains auteurs dans la Communication de la Commission sur le marché pertinent, lequel requiert seulement qu'une augmentation de prix de 5 % ne cause pas de pertes au monopole[3]. Ce dernier standard, qui ne nous paraît pas avoir été explicitement affirmé, serait plus

[1] *Infra*, n° 494 et s.

[2] Lignes directrices de la Commission, préc., point 15.

[3] F. I. JOHNSON, préc., p. 229.

facilement satisfait, puisqu'il englobe une pluralité d'hypothèses. Il implique que le marché pertinent puisse être délimité après un plus petit nombre d'itérations du test et, donc, que le marché retenu soit plus étroit. On aperçoit clairement la différence entre les deux standards de preuve si l'on considère un monopole pour lequel il serait profitable d'augmenter ses prix de 5 %, mais qui préfèrera peut-être ne les augmenter que de 3 %, car cette stratégie est plus rentable encore. L'entreprise est *en mesure* d'augmenter ses prix de 5 %, de sorte que le second standard est satisfait. En revanche, il est *prévisible* qu'elle ne procèdera pas à cette augmentation, de sorte que le premier standard n'est pas satisfait[1].

478. **Point de vue du juge.** Le degré de probabilité qui doit être exigé par le juge est un problème récurrent. Il n'est propre ni à la méthode du monopole hypothétique, ni même au raisonnement économique[2]. C'est un problème éternel de la preuve[3] que celui du pouvoir souverain d'appréciation quant à la valeur probante des éléments de preuve présentés et de l'intime conviction du juge[4]. Ce problème ne peut sans doute pas être résolu de manière générale, car il est très difficile de définir rationnellement le degré de probabilité qui doit être exigé par le juge pour admettre une preuve[5]. Du reste, il n'est pas certain que la formalisation des exigences de preuve sous forme d'une probabilité corresponde à la façon dont les juges raisonnent. Le juge ne raisonne en effet ni à partir d'un degré de probabilité explicite, ni élément de preuve par élément de preuve, mais, plus globalement, sur l'ensemble des preuves et l'effet de conviction qui en résulte[6]. La solution pratique du problème de l'exigence de preuve réside alors dans la motivation[7].

479. L'existence d'une difficulté relative à l'exigence de preuve pour la mise en œuvre de la méthode du monopole hypothétique n'étant pas spécifique, ce n'est pas non plus un argument décisif du point de vue du juge pour rejeter cette méthode. La discussion théorique

---

[1] S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.11, approuvent le premier standard. G. J. WERDEN, préc., note 44, p. 15, observe que le second standard présente l'avantage de ne pas dépendre d'hypothèses sur la courbure de la fonction de demande.

[2] A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 128, 1973, spéc. n° 225 et s., p. 172 et s.

[3] D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.*, 1993, pp. 499-533.

[4] M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, coll. « Thémis », 2001, n° 194, p. 303.

[5] Nous tenterons cependant dans des développements ultérieurs de dégager les éléments qui conduisent à imposer des exigences de preuve plus ou moins fortes (*infra* n° 1283 et s.)

[6] V. p. e. l'arrêt de la Cour du 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, Rec. p. 619, point 68 (à propos des indices de concertation).

[7] X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, n° 100 et s., p. 162 et s. ; M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 221, p. 349, et nos développements *infra* seconde partie, titre II, spéc. n° 1043 et n° 1137.

sur le degré de preuve ne fait en réalité que mettre en lumière une caractéristique générale des règles de preuve, à savoir que celles-ci ne sont pas seulement des règles de vérité, mais aussi des règles de justice[1]. En ce qui concerne la méthode du monopole hypothétique, un standard de preuve faible signifie des marchés plus étroits et, en dernière analyse, une plus grande méfiance vis-à-vis du pouvoir de marché. En cela, la discussion théorique ne résout pas la question de savoir quel degré de probabilité le juge doit exiger lorsqu'il est amené à apprécier si un marché a été correctement défini selon la méthode du monopole hypothétique. Elle met en lumière l'enjeu, en termes de justice distributive, de l'attitude plus ou moins exigeante du juge.

480. Pour clore l'examen des difficultés de mise en œuvre de la méthode du monopole hypothétique, il faut étudier un dernier point, à savoir la difficulté persistante que soulève le cas des produits différenciés. Là encore, l'examen montre que l'appréhension économique du problème ne résout pas toutes les questions, mais permet d'attirer l'attention du juge sur des questions pertinentes.

iv. Une difficulté persistante : le cas des produits différenciés

481. La substituabilité des produits est toujours une question de degré et la question du degré de substituabilité qu'il convient de retenir est, comme on l'a vu, générale. Elle se pose néanmoins avec une acuité particulière dans le cas des produits différenciés[2]. Comme l'avaient déjà observé les théoriciens de la concurrence imparfaite[3], la différenciation des produits, que ce soit suivant les caractéristiques physiques, la qualité, la marque ou la méthode de commercialisation[4], crée par elle-même un pouvoir de marché[5]. Dans la mesure où le prix n'est plus le seul déterminant du choix des consommateurs, la différenciation permet en effet aux producteurs d'augmenter les prix au-delà du coût marginal. C'est du reste

---

[1] J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, préc., n° 341, p. 367.

[2] S. BAKER et A. COSCELLI, « The Role of Market Share in Differenticated Markets », *ECLR*, 1999, pp. 412-419.

[3] V. *supra* n° 442 et s.

[4] Contrairement à l'approche juridique, l'analyse économique ne distingue pas entre les différentes modalités de différenciation. Le modèle de référence est H. HOTELLING, « Stability in competition », *Economic Journal*, 1929, pp. 41-57. L'auteur raisonne à partir de la différenciation spatiale. Il envisage deux marchands offrant des biens, identiques du point de vue de leurs caractéristiques et différenciés seulement par leur localisation – par exemple, deux vendeurs de glaces proposant les mêmes glaces, mais chacun à une extrémité de la plage. Ce modèle est considéré comme ayant une portée générale, dans la mesure où la variable qui représente la localisation pourrait aussi bien représenter une autre modalité de différenciation.

[5] J. A. KEYTE, « Market Definition and Differentiated Products : the Need for a Workable Standard », *Harvard L. Rev.*, 1995, pp. 697-748, p. 698.

sa raison d'être. L'existence d'un pouvoir de marché inhérent à la différenciation des produits a pour conséquence que chaque produit différencié peut constituer, en théorie, un marché à lui seul. C'est l'idée développée par les théoriciens de la concurrence monopolistique, qui expliquent que chaque producteur de produits différenciés peut être assimilé à un monopole. Cette intuition, d'autant plus réaliste que de nombreux produits sont différenciés, n'est pas sans conséquence du point de vue de la méthode de délimitation du marché. Elle signifie que certaines méthodes sont inadaptées et que la méthode du monopole hypothétique doit elle-même être adaptée.

482. **Inadaptation des méthodes traditionnelles.** En premier lieu, la méthode de définition du marché par l'appréciation de substituabilité raisonnable, qualifiée plus haut d'impressionniste[1], donne des résultats aléatoires en présence de produits différenciés[2]. Si la différenciation est telle qu'elle crée une nette rupture entre plusieurs groupes de biens, cela pourra faciliter l'application de la méthode, mais l'existence d'une telle rupture dans la substituabilité suscite le plus souvent des controverses interminables[3]. En second lieu, l'utilisation des élasticités croisées est problématique pour deux raisons : d'une part, des produits différenciés servant au même usage pourront ne pas avoir une élasticité croisée importante[4] et, d'autre part, l'analyse des élasticités croisées de la demande d'un produit avec ses substituts imparfaits pris individuellement ne pourra pas saisir l'effet de contrainte que peuvent représenter ces substituts imparfaits pris ensemble[5]. En outre, ce qui est plus gênant encore, on a pu montrer que, si elles étaient appliquées à des produits différenciés, les différentes méthodes existantes aboutissaient à des résultats différents et incohérents entre eux[6]. Ainsi, pendant de nombreuses années, le problème de la délimitation du marché dans le cas de produits différenciés, tel qu'il a été identifié par les théoriciens de la concurrence imparfaite, n'a été résolu ni par les économistes, ni par les tribunaux. Cela a donné lieu à des décisions dont les commentateurs américains pointaient les incohérences d'un point de vue juridique et le caractère critiquable d'un point de vue économique[7].

---

[1] *Supra* n° 443.

[2] J. A. KEYTE, préc. ; L. C. MAISEL « Submarkets in Merger and Monopolization Cases », *Georgetown Law Journal*, 1983, pp. 39-71 ; I. AYRES , « Rationalizing Cluster Markets », *Yale L. Rev.*, 1985, pp. 109-125.

[3] R. SCHMALENSEE, « Another Look at Market Power », *Harvard L. Rev.*, 1982, pp. 1789-1816, p. 1790.

[4] L. C. MAISEL, *op. cit.*, p. 49.

[5] J. A. KEYTE, *op. cit.*, p. 702.

[6] J. A. KEYTE, *op. cit.*, p. 703.

[7] I. AYRES, *op. cit.*, pp. 109-110 et s. ; J. A. KEYTE, *op. cit.*, p. 703 et s.

483. **Adaptation nécessaire de la méthode du monopole hypothétique**. Appliquée à des produits différenciés, la méthode du monopole hypothétique aura tendance à déboucher sur des marchés très étroits, limités aux substituts les plus immédiats, en raison du pouvoir de marché inhérent à la différenciation et du seuil de 5 % habituellement choisi comme référence[1]. Ces circonstances ont amené différents auteurs à se pencher sur le cas des produits différenciés[2]. Deux directions se dégagent pour adapter la méthode du monopole hypothétique à cette hypothèse : soit une adaptation du seuil – un auteur préconise ainsi d'utiliser un seuil de l'ordre de 20 %[3] –, soit une adaptation du raisonnement lui-même[4]. Dans cette seconde perspective, il conviendrait de procéder en deux temps. On se demanderait en premier lieu s'il est possible, pour un monopole hypothétique produisant toute la gamme de produits différenciés, de pratiquer des prix distincts à l'égard des consommateurs de chaque produit, ce que les économistes appellent « discriminer par les prix »[5]. En cas de réponse négative, aucune adaptation ne serait nécessaire. La méthode pourrait donc être appliquée telle quelle aux différents produits[6]. Si, au contraire, la discrimination par les prix est possible, même imparfaitement, il conviendrait d'appliquer le test aux différentes classes de consommateurs dont la demande est inélastique. Il appartiendrait alors à la partie qui invoque le marché étroit (généralement l'autorité de concurrence ou le demandeur) de prouver, d'une part, qu'il est possible d'identifier les consommateurs dits infra-marginaux, non sensibles aux variations de prix de leur variété préférée du bien différencié, et, d'autre part, que ces consommateurs ne sont pas suffisamment protégés par un nombre plus grand de consommateurs dits marginaux, susceptibles de porter leur choix sur une autre variété du bien en cas d'augmentation du prix

---

[1] J. A. KEYTE, *op. cit.*, pp. 733-734.

[2] Il s'agit principalement d'auteurs américains. L'approche juridique française analyse surtout la question des critères de différenciation. V. J. VOGEL, « À quelles conditions peut-on distinguer des sous-marchés au sein d'un marché de produit ? », *Contrats conc. conso.*, 1992, n° 23, pp. 1-3. La discussion ci-dessous à propos de la possibilité de discrimination par les prix n'est pas non plus véritablement abordée par L. BIDAUD, *op. cit.,* p. 373. L'auteur remarque seulement à propos de l'expression « les besoins constants d'un partie importante de la population », employée par la Cour dans l'arrêt *United Brands* que « toute la difficulté réside dans le fait de savoir ce qu'on entend par important, lorsque ce qualificatif n'est pas mesuré quantitativement ». Comme le montre la discussion qui suit, c'est moins la mesure quantitative qui importe que la question suivante : le groupe est-il suffisamment important pour rendre inélastique la demande globale qui s'adresserait à un monopole hypothétique ?

[3] J. A. KEYTE, *op. cit.*, p. 701.

[4] J. A. KEYTE *op. cit.*, p. 740 et références citées. Plus radicalement, D. HARBORD et G. von GRAEVENITZ, font valoir que, dans le cas particulier des produits différenciés, le raisonnement en trois étapes, à savoir i) définition du marché à l'aide du test SSNIP ; ii) calcul des parts de marché et iii) inférence du pouvoir de marché à partir des parts de marché, a un caractère circulaire. En effet, la part de marché ainsi calculée ne contient aucune information nouvelle sur le pouvoir de marché, lequel est déjà évalué lors de la première étape.

[5] *Supra* n° 232.

[6] R. B. HOROWITZ, *op. cit.,* p. 6.

de la variété considérée. C'est seulement en cas de réponse négative à la seconde question que le marché étroit pourrait être admis[1].

484. **Point de vue du juge.** L'enseignement de cette discussion, du point de vue du juge, est le suivant : en présence de produits différenciés, il est nécessaire de se demander si des circonstances particulières permettent ou non aux entreprises d'appliquer des conditions différentes aux consommateurs qui ont des préférences différentes. Si tel est le cas, cela justifie de prendre en considération le pouvoir de marché susceptible d'être exercé au détriment d'un groupe particulier de consommateurs. Dans le cas contraire, en revanche, le fait que, pour certains consommateurs, un produit ne soit substituable à aucun autre n'est pas déterminant, car le comportement de l'entreprise est contraint par la réaction des autres consommateurs, pour lesquels le produit n'est pas irremplaçable[2].

485. **Conclusion de la section 1.** Au terme de ces développements, il apparaît que la position des économistes sur la question de la définition du marché a beaucoup évolué. Après s'en être longtemps désintéressés, ils ont constaté que les éléments de définition fournis par les théories économiques ne permettaient pas de répondre aux besoins des praticiens du droit de la concurrence. C'est alors que les économistes ont élaboré une définition du marché et une méthode spécifiquement vouées à l'usage des praticiens. Cette méthode représente un apport considérable sur le plan conceptuel. La méthode du monopole hypothétique propose en effet au juge un schéma de raisonnement qui permet un examen structuré et rigoureux des contestations. Cet apport mérite d'être souligné, dans la mesure où plusieurs auteurs ont déploré le manque de rigueur de la pratique[3]. Il faut aussi souligner que ce type d'apport, l'apport en raisonnement, est ce que l'économie peut offrir de plus utile au juge. Cependant, les développements qui précèdent ont également illustré la très grande complexité d'un raisonnement rigoureux à propos du marché[4]. Des difficultés de preuve majeures ont également été soulignées[5]. Elles sont telles que, dans de nombreux cas, le test est inutilisable

---

[1] J.A. KEYTE, *op. cit.,* p. 740.

[2] Cp. le raisonnement de la Cour dans l'affaire *United Brands*, *infra* n° 544.

[3] D. de GRAMONT, « Propos impertinents sur le marché pertinent dans le droit de l'Union », *Dalloz Affaires* 1996, n° 5, pp. 131-136. L. BIDAUD, *op. cit.* L'auteur conclut que les multiples critères utilisés pour apprécier la substituabilité ne sont par hiérarchisés (n° 1146), que la délimitation du marché, si elle n'est pas arbitraire, est approximative (n° 1155) et appelle de ses vœux une formalisation plus grande de l'analyse de la substituabilité, gage de plus de transparence et de rigueur du fond (n° 1163).

[4] Pour une représentation graphique du schéma de raisonnement économique, V. J. B. ALONSO, « Market Definition in the Community's Merger Control Policy », *ECLR*, 1994, pp. 195-208, p. 197.

[5] En ce sens, nos observations rejoignent celles de nombreux auteurs. Notamment, M. MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2002, n° 20, p. 23. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S.

en pratique[1]. Ces éléments constituent, à notre avis, des raisons très fortes pour que le juge limite, autant qu'il est possible, les hypothèses dans lesquelles la délimitation du marché est requise. La section suivante montrera que, malgré quelques nuances, tel n'a pas été le mouvement général de la jurisprudence. Le juge s'est au contraire saisi de la notion de marché avec une certaine gourmandise, non sans exposer le raisonnement économique à certaines vicissitudes.

SECTION II. LA NOTION DE MARCHÉ PERTINENT SAISIE PAR LE JUGE OU LES VICISSITUDES DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE

486. Les textes français et communautaires mentionnent le marché comme le lieu affecté par la restriction de concurrence[2], mais ne définissent pas plus la notion de marché que celle de restriction de concurrence. C'est donc aux juges qu'il est revenu de donner une définition du marché. Les définitions jurisprudentielles adoptées en droit communautaire et en droit français sont, implicitement ou explicitement, liées à des notions économiques. Cependant, elles recèlent certaines ambiguïtés au regard du raisonnement économique (A). La source principale de décalage entre l'appréhension du marché par le juge et l'approche économique ne vient toutefois pas des définitions, mais de l'extension donnée par les juges à l'exigence de délimitation du marché. Posée en exigence générale, elle détache la délimitation du marché de l'appréciation du pouvoir de marché et, en ce sens, écarte le raisonnement économique (B). Malgré cela, on peut constater que le juge a progressivement accueilli le raisonnement économique dans la méthode de délimitation du marché (C). Le raisonnement économique est donc désormais accueilli *pour* délimiter le marché, mais une fois délimité, celui-ci n'est pas systématiquement inséré *dans* un raisonnement économique d'ensemble. Si des techniques d'évitement n'étaient pas mises en œuvre, un tel décalage entre l'appréciation économique du marché et sa fonction non économique dans le raisonnement d'ensemble conduirait le juge à faire de l'économie pour rien. Assurément, il serait plus simple et plus clair de ramener l'exigence de délimitation du marché à son domaine utile, à savoir l'appréciation du pouvoir de marché.

PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 109 et s., p. 107 et s. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 639, p. 530.

[1] P. CROCIONI, « The Hypothetical Monopolist Test : What it Can and Cannot Tell You », *ECLR*, 2002, pp. 354-362.

[2] V. *supra* texte et notes 1 et 2 p. 320.

A. L'ambiguïté des définitions jurisprudentielles de la notion de marché au regard du raisonnement économique

487. Dès les premiers arrêts, les juridictions communautaires ont consacré une définition fonctionnelle de la notion de marché (1). Certes, celle-ci a été formulée dans un langage propre à la Cour de justice, mais elle présentait plusieurs points d'accroche pour le raisonnement économique. Pour leur part, les juridictions françaises ont, à la suite du Conseil de la concurrence, retenu une définition formulée en termes explicitement économiques, mais néanmoins plus formelle (2), si bien que l'affinité entre la définition de la notion et le raisonnement économique était en réalité moins évidente.

1. La définition fonctionnelle du juge communautaire

488. La question de la définition du marché s'est très tôt posée au juge communautaire. Elle a d'emblée frappé les esprits, car la Cour de justice, saisie pour la première fois d'une décision d'application de l'article 82 CE, l'a annulée au motif que le marché n'avait pas été clairement défini[1]. L'approche du marché par la Cour peut être qualifiée de fonctionnelle, car elle met en avant la raison pour laquelle il est nécessaire de délimiter le marché avant de donner une définition de la notion[2]. En effet, dans l'arrêt *Continental Can,* la fonction du marché apparaît première, la Cour précisant que « la délimitation du marché en cause est d'une importance essentielle » pour « apprécier les possibilités de concurrence »[3]. La définition vient ensuite : le marché est constitué des « produits (…) particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et (…) peu interchangeables avec d'autres produits ». La Cour précise en outre que cette propriété doit s'apprécier au regard « non seulement (…) de leur utilisation », « mais encore par des caractéristiques particulières de production qui les rendent spécifiquement aptes à cette destination »[4]. Indépendamment d'une terminologie propre au juge communautaire, la définition procure clairement un point d'accroche au raisonnement économique. En effet, l'idée que le marché sert à apprécier les « possibilités de concurrence » est tout à fait conforme à l'approche économique décrite plus haut, selon laquelle le marché constitue une tentative de description des contraintes concurrentielles qui pèsent sur une

---

[1] Arrêt de la Cour du 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company/Commission, 6/72, Rec. p. 215.

[2] Ce point est souligné par l'avocat général Verloren Van Themaat dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, spéc. p. 3534-3535 : « le marché géographique en cause n'est pas une notion autonome mais elle est liée à la position dominante qu'il convient d'établir et à cet égard c'est une notion fonctionnelle ».

[3] *Continental Can*, préc., point 32.

[4] *Continental Can*, préc., point 32.

entreprise[1]. Plus précisément, le lien entre « possibilités de concurrence » et pouvoir de marché est immédiat : si les « possibilités de concurrence » sont réduites, une entreprise détiendra un pouvoir de marché. Inversement, l'absence de pouvoir de marché implique l'existence de possibilités de concurrence. L'arrêt paraît même faire directement référence au pouvoir de marché, voire, avant la lettre, à la méthode du monopole hypothétique, lorsque la Cour de justice évoque les différents marchés « aptes à être dominés »[2]. Gardons-nous cependant de sur-interpréter les formulations de la Cour de justice, car on verra que le raisonnement mené dans la suite de l'arrêt neutralise en pratique la référence au pouvoir de marché en accordant une attention exclusive aux caractéristiques des produits[3]. Il faut signaler, en outre, une différence entre la définition du juge et l'approche économique. Dans la formulation retenue par la Cour de justice, la délimitation du marché est un préalable à l'évaluation du pouvoir de marché, tandis que, dans l'approche économique, comme on l'a vu, les deux étapes ne sont pas distinctes[4].

489. **Marché géographique.** Dans le même arrêt, la Cour livre une seconde définition du marché. Il s'agit cette fois du marché géographique[5]. Celui-ci est défini comme la zone dans laquelle les conditions objectives de concurrence doivent être similaires pour tous les opérateurs économiques[6]. À première vue, cette seconde définition est nettement distincte de la première. Elle renvoie directement à l'objectif de marché unique[7] et témoigne de la prise en considération par le juge communautaire des obstacles à la concurrence résultant de barrières réglementaires, spécialement importants dans la phase de constitution du marché unique. Pour

---

[1] Cp. la définition selon laquelle la délimitation du marché est « une tentative de description de l'ensemble des entreprises qui produisent ou sont susceptibles de produire des biens suffisamment substituables entre eux pour faire perdre de la clientèle à [celles d'entre elles] qui essaieraient d'exercer un pouvoir de marché » (citée *supra* n° 434).

[2] *Continental Can*, préc., point 35. Cp. la définition économique selon laquelle « un marché est ce qui vaut la peine d'être monopolisé ». *Supra* n° 464.

[3] *Infra* n° 544. Pour une comparaison entre l'approche du monopole hypothétique et la définition de la Cour, S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.*, n° 4.45.

[4] V. R. JOLIET, cité *supra* n° 434. En ce sens, un commentateur économiste des premiers arrêts sur l'abus de position dominante précise que le marché doit être défini du point de vue de la position dominante et non l'inverse (« the relevant market has to be defined from the point of view of dominance and not the other way round »). H. W. de JONG, « The relevant Market », *in* J. A. VAN DAMME (dir.), *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, De Tempel, Bruges, 1977, pp. 525-437, p. 530.

[5] *United Brands*, préc., point 44.

[6] Différentes précisions ont été apportées à cette définition, qui ont donné lieu à des formulations légèrement différentes mais dont le sens général reste le même. V. arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 26 ; du 5 novembre 1988, 247/86, Alsatel/Novasam, Rec. p. 5987 point 15, et du 12 juin 1997, 504/93, Tiercé Ladbroke/Commision, Rec. p. II-923, point 92.

[7] *Supra* n° 433.

autant, la définition du marché géographique évoque aussi l'approche économique[1]. La Cour de justice précise en effet que « les conditions d'application de l'article [82 CE] à une entreprise en position dominante impliquent la détermination d'une manière claire de la partie substantielle du marché commun où elle est en mesure de se livrer éventuellement à des pratiques abusives »[2]. Le marché géographique est donc défini comme le lieu sur lequel l'entreprise est en mesure de commettre un abus. Or, ce qui rend l'abus possible, c'est le pouvoir de marché. La définition est donc en réalité très proche de la définition économique du marché comme plus petite zone permettant l'exercice d'un pouvoir de marché. Ce lien entre délimitation du marché et pouvoir de marché a par la suite été confirmé en matière de contrôle des concentrations[3].

490. Il apparaît donc que le juge communautaire a eu d'emblée une conception unitaire de la notion de marché, bien qu'il en ait donné deux définitions distinctes[4]. Cette conception augurait favorablement de la réception du raisonnement économique, car elle était avant tout fonctionnelle et liée à l'appréciation du pouvoir de marché. Tout en adoptant cette approche du juge communautaire, les juges français ont, pour leur part, également consacré une définition plus formelle.

2. La définition formelle du juge français

491. À l'instar du juge communautaire, la Cour de cassation a jugé que la délimitation du marché servait à « apprécier les conditions dans lesquelles s'exerc[e] la concurrence »[5]. La légère nuance de formulation entre les définitions française et communautaire (« conditions » plutôt que « possibilités » de concurrence) paraît d'autant moins significative que l'arrêt motive le contrôle exercé sur la délimitation du marché par référence « aux exigences de la loi

---

[1] On pourrait même apercevoir un rapprochement inattendu entre la définition du marché géographique et le point de vue des économistes de Chicago : l'objectif d'unification du marché conduit le juge à porter son attention sur les barrières réglementaires comme source de pouvoir de marché, exactement comme les tenants de l'École de Chicago (V. *supra* Y. BROZEN cité n° 451 *in fine*). La perspective est toutefois différente, puisque le juge ne suppose pas que ces barrières réglementaires sont l'unique source de pouvoir de marché.

[2] *United Brands*, préc., point 44 (nous soulignons).

[3] Arrêt de la Cour du 31 mars 1998, République française e.a./Commission (Kali & Salz), C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375, point 143.

[4] Cette unité est soulignée dans la codification de la jurisprudence à laquelle procède la Commission dans sa Communication sur la définition du marché, préc., spéc. points 8 et s.

[5] P.e. Cass. com. 25 avril 1989, Laboratoires Vichy et Ruby, Bull. Civ. IV, n° 135, note LAVILLAINE-JUILLET, *D.*, 1990, n° 6, p. 64 ; note BOUZAT, *RTD Com*, 1989, n° 3, p. 574.

nationale et du Traité instituant la Communauté économique européenne »[1]. Parallèlement à cette réception de la jurisprudence communautaire, la Cour de cassation s'est aussi référée à un autre définition du marché, comme « lieu de rencontre de l'offre et de la demande »[2]. Cette définition, dont la clarté a été saluée[3], avait été adoptée par le Conseil de la concurrence[4]. La terminologie économique utilisée pouvait, à première vue, faire penser que l'approche adoptée serait inspirée par un raisonnement économique. Cependant, le rapprochement de cette définition avec une approche économique du marché ne peut qu'être superficiel. En effet, la présentation faite précédemment des approches économiques successives du marché permet d'inscrire cette définition abstraite du marché dans la filiation de la théorie néoclassique[5]. Or, comme on l'a vu, cette approche se situe à un niveau d'abstraction tel que la différenciation entre les biens ou services observables dans la réalité est négligée. Dans un telle perspective, la question de la délimitation d'un marché de produits est dépourvue de pertinence, voire même de sens. En elle-même, la définition « économique » du juge français n'a donc aucun lien avec l'appréhension du pouvoir de marché mise en avant dans les approches économiques spécifiquement orientées vers le droit de la concurrence. En ce sens, la définition est plus formelle que fonctionnelle.

492. Cette définition formelle a l'avantage de s'insérer commodément dans un syllogisme, car elle permet une décomposition de la notion complexe de marché en deux éléments[6]. Ainsi, le juge peut s'appuyer sur cette définition et retenir que, s'il existe une offre et une demande, alors il existe un marché[7]. La définition formelle donne une apparence méthodique de la qualification, mais elle ne rejoint pas pour autant le raisonnement économique. En effet, il est possible d'analyser l'existence d'une demande, l'existence d'une offre et d'en déduire formellement l'existence d'un marché sans avoir mis en relation l'offre et la demande au regard de la question de savoir si leur configuration permet ou non l'exercice d'un pouvoir de

---

[1] Dans cet arrêt, le contrôle se limite à un contrôle de motivation « léger » : la Cour de cassation s'assure que la Cour d'appel a délimité le marché tout en considérant que cette délimitation relève de son pouvoir souverain d'appréciation. Par la suite, la Cour de cassation a soumis la délimitation du marché à un contrôle de qualification. G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », préc., p. 268.

[2] Cass. com. 8 décembre 1992, Bull. civ. IV, n° 404.

[3] M.-C. BOUTARD LABARDE et D. BUREAU, « La détermination du marché pertinent », *RJDA*, 1993, n° 11, pp. 743-750, p. 743.

[4] Rapport du Conseil de la concurrence pour 1987, p. XX.

[5] *Supra* n° 436 à 439.

[6] Sur la décomposition des notions complexes en éléments simples et une discussion de la présentation qu'en fait H. MOTULSKY, V. *infra* n° 600 et s.

[7] V. la présentation de Cl. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLÉANI, *op. cit.*, p. 183.

marché. Ces remarques ne signifient pas que le raisonnement économique est absent de l'approche de la Cour de cassation. La Chambre commerciale a au contraire adopté une véritable approche économique du marché[1]. Nous entendons seulement souligner que le raisonnement économique est détachable de cette définition. Cette définition *permet* d'insérer des considérations économiques dans l'analyse, en rattachant par exemple à l'examen de l'offre l'appréciation de la concurrence potentielle[2]. En revanche, la définition du marché comme lieu de rencontre de l'offre et de la demande n'est pas, en elle-même, le signe de l'adoption d'un raisonnement économique. Elle *n'oblige pas* le juge à se poser la question de l'existence d'un pouvoir de marché.

493. **Conclusion.** À s'en tenir aux définitions de la notion de marché initialement données par la Cour de justice et par la Cour de cassation, on peut conclure à une certaine ambiguïté au regard du raisonnement économique. La définition fonctionnelle adoptée par la Cour de justice dans l'arrêt *United Brands*, et reprise en substance par la Cour de cassation, se situe apparemment dans une logique économique, car elle établit un lien entre le marché et le pouvoir de marché. En revanche, la définition formelle adoptée par la Cour de cassation en plus de la définition d'origine communautaire est, en elle-même, sans lien avec une approche économique centrée sur le pouvoir de marché, et ce bien qu'elle soit formulée en termes plus techniques. Le doute sur la réception par les juges d'un raisonnement économique est encore renforcé si l'on considère l'extension qui a été donnée, dans la jurisprudence, à l'exigence de délimitation du marché. Cette exigence a en effet une portée beaucoup plus large que le domaine utile du marché dans le raisonnement économique.

B. Le raisonnement économique écarté par l'exigence générale de délimitation du marché

494. Les textes ne prescrivent pas l'obligation pour les autorités de concurrence ou pour les juges de délimiter un marché afin de qualifier une pratique anticoncurrentielle[3]. C'est donc la jurisprudence qui a fait de la délimitation du marché un « préalable à toute question de concurrence »[4]. Le domaine étendu de l'exigence de délimitation du marché (1) a pour

---

[1] *Infra* n° 556.

[2] V. p.e. Paris, 1ère ch., sect. H., 17 mai 1994, BOCCRF du 7 juin 1994, p. 200, obs. L. VOGEL, *Contrats, Conc. Conso.*, 1994, comm. n° 137.

[3] *Supra* n° 433.

[4] P. STORRER, « Le Conseil d'État, juge de la concurrence (à propos des arrêts *EDA*, *Interbrew* et *Coca-Cola*), *Revue Lamy droit économique*, 1999, n° 117, pp. 1-5, p. 5.

conséquence un certain flottement quant à la fonction du marché dans le raisonnement du juge (2).

1. Le domaine étendu de l'exigence de délimitation du marché

495. D'un point de vue économique, cela a été abondamment souligné, la seule fonction du marché dans l'analyse d'une pratique ou d'une opération au regard du droit de la concurrence est l'appréciation du pouvoir de marché. Il en résulte que le domaine utile de la délimitation du marché coïncide avec les hypothèses dans lesquelles il est nécessaire d'apprécier ce pouvoir. Cependant, lorsqu'il s'est agi pour les juges de définir le domaine de l'exigence de délimitation du marché, leur point de vue fut différent. Partant des textes, leur raisonnement semble avoir été le suivant : dès lors que les textes prohibent les pratiques « qui peuvent avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur un marché », « l'analyse des pratiques présumées anticoncurrentielles (…), au plan juridique, suppose (…) la détermination préalable du ou des marchés dominés et/ou susceptibles d'être affectés »[1]. Ce serait donc l'interprétation littérale des textes qui aurait conduit à poser une exigence systématique de délimitation du marché. Le recours à cette méthode d'interprétation peut se justifier si l'on assimile le droit de la concurrence au droit pénal. Le marché peut alors être considéré comme un élément constitutif de différentes infractions et le principe de légalité des délits commanderait d'exiger la délimitation du marché affecté pour qualifier l'infraction. Pour autant, cette interprétation conduit à un résultat très éloigné de celui qui serait obtenu à partir d'une interprétation téléologique-économique[2]. Dans la réalité, l'approche des juges a été plus souple. L'exigence de délimitation du marché est un principe d'application très large. Il connaît néanmoins des tempéraments conformes à une approche économique.

a) L'exigence de délimitation du marché : un principe d'application très large

496. L'exigence de délimitation du marché concerne en principe toutes les infractions au droit de la concurrence (i). Elle va même au-delà, puisqu'elle ne se limite pas à l'appréciation des éléments constitutifs des infractions (ii).

---

[1] G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, *op. cit.,* p. 260.

[2] Par ce raccourci, nous entendons une interprétation orientée vers le but du droit de la concurrence, celui-ci étant lui-même entendu comme le contrôle du pouvoir de marché.

i. L'exigence de délimitation du marché commune à toutes les infractions

497. **Abus de position dominante.** L'exigence de délimitation du marché a été affirmée en matière d'abus de position dominante par l'arrêt *Continental Can*, déjà étudié[1]. Il convient toutefois d'apporter quelques précisions sur la raison d'être de cette exigence. D'un point de vue juridique, en effet, la question se pose de savoir si c'est pour apprécier l'existence d'une position dominante, l'existence d'un abus ou les deux que la délimitation du marché est exigée. En droit positif, c'est avant tout pour apprécier l'existence d'une position dominante que la délimitation du marché a été jugée nécessaire[2]. Cependant, la nécessité de délimiter le marché pour apprécier l'existence d'abus suscite également des interrogations.

498. **Position dominante.** Le lien entre position dominante et marché est direct. Comme l'a écrit un auteur, « la notion de position dominante renvoie à celle de marché et conduit *a priori* à une analyse en termes de marché »[3]. Effectivement, la position dominante ne peut, semble-t-il, être établie en l'absence d'indications de part de marché[4]. Dans un premier temps, il a été jugé que la délimitation du marché ne servait qu'à l'appréciation de la position dominante et non à celle de l'abus. Ainsi, dans l'arrêt *Commercial solvents*[5], la Cour a précisé que c'est le marché sur lequel l'entreprise est en position dominante qu'il convient de délimiter, la restriction de concurrence elle-même pouvant être appréciée sans référence à un marché[6]. Cette affaire concernait le refus, par une entreprise détenant un monopole sur la matière première entrant dans la fabrication d'un médicament, de livrer cette matière première à un producteur de ce médicament. Dans ses conclusions, l'avocat général Warner menait un raisonnement substantiellement économique. Pour que le comportement puisse être qualifié d'abus, il soulignait la nécessité d'établir que le médicament fabriqué à l'aide du composé

---

[1] *Supra* n° 488 et s.

[2] Jurisprudence constante. V. *United Brands*, préc., points 10 (marché de produits) et 44 (marché géographique). Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 37 ; arrêts du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, T-83/91, Rec. p. II-755, points 62-63 ; du 30 mars 2000, Kish Glass/Commission, T-65/96, Rec. p. II-1885, point 62, et du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, Rec. p. II-5917, point 91.

[3] L. BOY, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence », *RIDE*, 2005, pp. 27-50, p. 42. Le raisonnement est alors très proche du raisonnement économique (*Supra* n° 448). Sur la proximité des notions de position dominante et de pouvoir de marché, V. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, n° 620, p. 516. Les auteurs notent que « la position dominante n'est en réalité rien d'autre que le pouvoir de marché tel que les économistes le définissent ». Cp. S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.*, n° 6.08 et s.

[4] En ce sens p.e. Paris, 16 juillet 2002, Pharmajet e. a., BOCCRF du 21 octobre 2002, p. 595.

[5] Arrêt de la Cour du 6 mars 1974, 6 et 7/73, Commercial Solvents/Commission, Rec. p. 223.

[6] *Commercial solvents*, préc., points 21- 22.

sous monopole constituait un marché distinct, sur lequel un effet restrictif de concurrence pouvait avoir lieu[1]. L'argument revenait à dire que, pour qu'il y ait abus, il fallait identifier un marché apte à être dominé. La Cour n'a pas suivi ce raisonnement et a considéré que le marché ne servait pas à établir l'abus, mais seulement à apprécier sa gravité[2]. Comme cela a été noté, le raisonnement suivi revient à ne pas se poser la question de savoir si le comportement en cause permet à l'entreprise d'exercer un pouvoir de marché au détriment des consommateurs[3]. En liant l'exigence de délimitation du marché à la seule position dominante, elle-même distinguée de l'abus, le raisonnement des juges les conduisait donc à perdre de vue la question du pouvoir de marché. La distinction entre position dominante et abus soulevait également la question de savoir s'il fallait définir un marché, éventuellement distinct du marché dominé, sur lequel serait commis l'abus.

499. **Abus.** La question de savoir s'il convient de délimiter séparément le marché pour établir l'abus ne se pose pas pour tous les abus ou, du moins, elle n'a pas la même incidence selon le type d'abus. Ainsi, pour les abus-exploitation, il importe peu de savoir si c'est pour établir la position dominante ou pour qualifier l'abus qu'il faut délimiter le marché. En effet, ces abus consistent par hypothèse à exploiter un pouvoir de marché, notamment sous forme de prix élevés. L'hypothèse est alors exactement celle qu'envisagent les économistes lorsqu'ils abordent la délimitation du marché. Il n'y a qu'un marché, à la fois dominé et exploité. Dès lors, l'exigence de délimitation du marché aux fins d'appréciation de la position dominante suffit pour intégrer le raisonnement économique dans l'appréciation de l'abus. En revanche, la question se présente différemment pour les abus-exclusion. En effet, lorsqu'une entreprise s'appuie sur son pouvoir de marché pour l'étendre par un effet de levier, comme dans l'affaire *Commercial solvents*, la question essentielle, d'un point de vue économique, consiste à déterminer s'il existe une concurrence entre plusieurs producteurs actuels ou potentiels du second produit (les médicaments dans l'affaire *Commercial solvents*). Cette question n'est pas obligatoirement perçue en termes de définition d'un second marché, mais plutôt en termes

[1] « Je ne pense pas », concluait l'avocat général, « que la question de savoir si le marché des matières premières pour la fabrication d'un composé constitue ou non un marché à prendre en considération pour l'application des articles 85 et 86 puisse logiquement être séparée de la question de savoir si le marché de ce composé est lui aussi un marché de cette nature ». Rec. p. 270.

[2] *Commercial solvents*, préc., point 22.

[3] A. S. PATHAK, « Article 85 and Article 86 and Anticompetitive Exclusion in EEC Competition Law », *ECLR*, 1998, pp. 74-104 et pp. 255-273, p. 79.

d'analyse concurrentielle[1]. Dans le raisonnement juridique, cependant, l'analyse de la restriction de concurrence suppose la définition du marché. Tant les juridictions communautaires[2] que la Cour de cassation[3] en ont jugé ainsi. Il faut alors délimiter potentiellement plusieurs marchés : celui sur lequel il existe une position dominante et celui ou ceux sur lesquels a lieu l'abus. Cette exigence, logique d'un point de vue juridique, introduit une distinction qui n'a pas de correspondance dans un raisonnement économique[4]. En ce sens, elle rend plus difficile l'insertion du raisonnement économique dans la qualification. De même, en matière d'ententes, l'exigence de délimitation du marché conduit à un raisonnement autonome du juge.

500. **Ententes.** En matière d'ententes, un raisonnement économique invite à distinguer les accords qui ont pour objet et ceux qui ont pour effet de restreindre la concurrence[5]. Un raisonnement qui paraît évident aux économistes permet en effet de se dispenser de la délimitation du marché pertinent en ce qui concerne les cartels. Il s'agit d'un raisonnement *a contrario* qui repose sur le principe de rationalité. Il consiste à dire que, si les entreprises s'entendent pour augmenter leurs prix ou partager une clientèle, on peut en inférer que ces entreprises sont sur le même marché. Cela résulte de la définition même d'un marché : si les entreprises ne pouvaient pas, en s'associant, contrôler un ensemble de produits non soumis à la concurrence d'autres produits (qu'elles ne contrôlent pas), elles n'auraient aucun intérêt à s'entendre. En effet, dans ce cas, leur entente ne leur permettrait pas d'augmenter durablement les prix. Dès lors, pour un économiste, « [p]oint n'est besoin de commencer par

---

[1] Tel est notamment le cas en matière de prédation. En ce sens, par exemple, F. JENNY, préface à la Thèse de L. BIDAUD, *La délimitation du marché en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, p. II. V. aussi, à propos de la prédation, les observations de cet auteur lors du colloque du CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, préc., p. 1659 : « [i]l est clair qu'il y a une infraction au droit de la concurrence et que la question de savoir sur quel marché a lieu cette infraction est une question qu'on peut certes traiter si l'on en a envie, mais qui n'est pas strictement nécessaire à la mise en évidence de la pratique anticoncurrentielle ». Les nouvelles approches économiques de l'abus-exclusion dont il sera question s'inscrivent dans cette perspective qui relativise fortement la nécessité de délimiter le marché pertinent. V. *infra* n° 681 et s.

[2] *ICI*, préc., point 22 ; Arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359, points 39 à 45, note L. VOGEL, *Contrats, conc. conso.*, 1991, n° 11, n° 223 ; arrêts du Tribunal du 1er avril 1993, BPB Industries et British Gypsum, T-65/98, Rec. p. II-389, points 92-93, et du 6 octobre 1994, Tetra Pak, T-83/91, Rec. p. II-755, point 115.

[3] Cass. com. 13 février 1996, Bull. Civ. IV, n° 48, jugeant que le marché pertinent était le marché affecté par la pratique, peu important que l'entreprise soit dominante sur un autre marché.

[4] Il y a là une illustration de l'une des difficultés de traduction analysée *supra* n° 237 et s.

[5] En ce sens, P. CESARINI, *in Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, préc., p. 1665.

définir un marché pertinent, il suffit de constater que la pratique existe pour savoir qu'elle restreint la concurrence sur un marché »[1].

501. Ce raisonnement n'a pas été suivi par les juges, du moins dans un premier temps[2]. En effet, l'exigence de délimitation du marché en matière d'ententes a été affirmée tant en droit français qu'en droit communautaire. Ainsi, c'est dans une affaire d'entente que la Cour de cassation a, pour la première fois, énoncé l'obligation de délimiter le marché[3]. Il s'agissait, certes, d'une entente verticale, mais les termes très généraux employés par la chambre commerciale ont été interprétés comme valant pour toutes les restrictions de concurrence[4]. La jurisprudence communautaire s'est également orientée vers une exigence générale de délimitation du marché en matière d'ententes sans distinguer entre les accords restrictifs de concurrence par leur objet et ceux qui le sont par leur effet. Cette distinction aurait pourtant été permise sur la base d'arrêts anciens, qui semblaient situer l'analyse du marché dans le seul cadre de l'analyse des effets d'un accord[5]. Elle aurait en outre été cohérente avec la jurisprudence sur l'effet cumulatif. En effet, dans l'arrêt *Delimitis*[6], la Cour avait explicitement lié la question de la définition du marché à celle de l'effet anticoncurrentiel[7]. Cependant, dans l'arrêt *Verre plat*[8], le Tribunal a jugé que « la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à tout jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel »[9]. Une formule aussi générale ne laissait aucune place à une

---

[1] F. JENNY, Préface à la Thèse de L. BIDAUD, *op. cit.*, pp. I-II ; V. aussi M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, p. 277 : « [e]n cas d'ententes horizontales, (…) les autorités de concurrence ont, au niveau du découpage de l'activité économique, un rôle relativement passif. Elles prennent acte de l'existence de liaisons établies et sont donc fondées à considérer que les coalisés appartiennent au même marché. Ce sont, en fait, les entreprises qui ont pris l'initiative du regroupement et il est donc peu utile pour l'observateur extérieur de se poser la question de savoir si leurs produits sont bien substituables ». Le Conseil de la concurrence a très tôt adopté ce raisonnement. *Adde :* M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Droit communautaire et droit français de la concurrence : points de divergence », BICC n° 364, du 1er avril 1993.

[2] Sur le second temps, V. *infra* n° 524 et s.

[3] Cass. com., 25 avril 1989, préc.

[4] G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, préc., p. 260.

[5] Arrêt de la Cour du 14 mai 1975, Kali & Salz AG et Kali-Chemie AG/Commission, 19 et 20/74, Rec. p. 499, points 5-7. L'arrêt retient que la Commission, en distinguant sans tirer les conclusions de ses propres constatations le marché des engrais potassiques simples de celui des engrais potassiques composés n'a pas justifié sa décision au regard de l'article 81, paragraphe 3 (et non paragraphe 1) CE, dans la mesure où elle a retenu à tort que l'accord permettait aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

[6] Arrêt du 28 février 1991, Delimitis/Henninger Brau, Affaire C-234/89, Rec. p. I-935.

[7] *Delimitis*, préc., points 15-16 : « [d]ans la présente affaire, il convient (…) d'analyser les effets (…). Une telle analyse requiert, tout d'abord, une délimitation du marché en cause ».

[8] Préc. n. 186.

[9] Arrêt du Tribunal du 10 mars 1992, SIV e.a./Commission, T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. p. II-1403, point 159.

distinction entre les accords ayant pour objet et ceux ayant pour effet de restreindre la concurrence. L'arrêt *Matra Hachette* a encore renforcé cette exigence de principe. En effet, le Tribunal y a précisé que le marché devait être délimité afin de vérifier la condition de non-élimination de la concurrence posée par l'article 81, paragraphe 3, CE[1]. Or, comme les accords qui ont pour objet de restreindre la concurrence ne sont pas, par principe, exclus du bénéfice de l'article 81, paragraphe 3, CE, l'exigence de délimitation du marché s'applique aussi pour ces accords[2]. En outre, on peut remarquer que la jurisprudence se garde visiblement de distinguer entre objet et effet pour définir l'étendue de l'exigence de délimitation du marché. Dans une formule délibérément vague, les arrêts répètent que, « dans le cadre de l'application de l'article 81 CE, c'est pour déterminer si un accord est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun qu'il faut, le cas échéant, définir le marché en cause »[3]. La formule peut signifier que le marché doit être défini pour apprécier l'effet sur le commerce entre États membres et/ou pour apprécier l'objet anticoncurrentiel et/ou pour apprécier l'effet concurrentiel. En pratique, l'exigence d'effet sensible a joué un rôle déterminant dans l'ancrage d'une exigence générale de délimitation du marché, car cet effet sensible est généralement apprécié en termes de part de marché[4].

502. **Effet sensible sur le commerce.** L'exigence d'un effet sensible sur le commerce entre États membres a été formulée par la Cour de justice dans l'arrêt *Völk*[5]. Si l'on s'en tient à la réponse de la Cour à la question qui lui était posée, on pourrait penser que la délimitation du marché est exigée pour apprécier l'effet sensible en général[6]. En effet, la Cour de justice dit

---

[1] Arrêt du Tribunal du 15 juillet 1994, Matra Hachette/Commission, T-17/93, Rec. p. II-595, point 85. Sur ce point, V. R. WHISH, *Competition Law*, préc., p. 159.

[2] *Matra Hachette*, préc., *loc. cit.*

[3] Arrêts du Tribunal du 21 février 1995, SPO e.a./Commission, T-29/92, Rec. p. II-289, point 74 ; du 15 septembre 1998, European Night Services e.a./Commission, T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141, points 93 à 95 et 103 ; du 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a./Commission, T-25/95, T-26/95, T-30/95 à T-32/95, T-34/95 à T-39/95, T-42/95 à T-46/95, T-48/95, T-50/95 à T-65/95, T-68/95 à T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, Rec. p. II-491, point 1093 ; du 6 juillet 2000, Volkswagen/Commission, T-62/98, Rec. p. II-2707, point 230, et du 19 mars 2003, CMA CGM e.a./Commission, T-213/00, Rec. p. II-913, point 206.,

[4] En ce sens, A. VANDENCASTEELE, « La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence ? », *in Mélanges Waelbroek*, T. II, Bruxelles, Bruylant 1999, pp. 1561-1587, p. 1562. Également Cl. LUCAS de LEYSSAC, « Délimitation du marché pertinent et ententes », préc., qui souligne le « lien très fort entre effet sensible et délimitation du marché ».

[5] Arrêt de la Cour du 9 juillet 1969, Völk, 5/69, Rec. p. 295.

[6] Sur la question de savoir s'il convient et s'il est possible de distinguer l'effet sur le commerce entre États membres de l'effet sur la concurrence en droit communautaire, V. la discussion approfondie de R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Paris, Publisud, 2003, T. 1, p. 66 et s. Pour la question traitée ici, à

pour droit qu'un accord échappe à la prohibition de l'article 81, paragraphe 1, CE « lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante compte tenu de la faible position qu'occupent les parties *sur le marché en cause* »[1]. Faut-il alors délimiter le marché pour vérifier l'incidence insignifiante de l'accord ? Il convient de souligner qu'une telle solution serait extrêmement fâcheuse, car elle impliquerait l'obligation de se livrer à une analyse économique complexe pour résoudre une question relative au droit applicable[2]. Sans doute cet enjeu n'était-il pas présent à l'esprit des juges. À l'époque de cet arrêt, la complexité de la délimitation du marché n'était pas encore connue. Cependant, ils auraient pu, par inadvertance, consacrer une exigence de délimitation du marché pertinent pour apprécier l'effet sensible. En réalité, on ne peut inférer de cet arrêt une exigence de délimitation du marché. En effet, dans l'arrêt *Völk*, le lien entre l'exigence de délimitation du marché et la condition d'effet sensible sur le commerce n'est pas aussi direct que le suggère la formule précitée. Il faut avoir égard à la question posée à la Cour de justice à titre préjudiciel, ainsi qu'aux deux éléments de réponse que la Cour associe en une phrase unique. La juridiction nationale qui avait saisi la Cour posait la question de savoir dans quelle mesure il devait être tenu compte, pour appliquer l'article 81, paragraphe 1, CE, de « la fraction du marché que le demandeur a effectivement conquise ou qu'il a cherché à conquérir »[3]. C'est donc la question préjudicielle elle-même qui était posée en termes de parts de marché. Dès lors, il n'est pas surprenant que la Cour de justice ait cherché à y répondre dans des termes utiles à la juridiction qui l'avait saisie. En revanche, et c'est ce qui importe, l'arrêt ne dit pas que l'examen de la part de marché concernée par la pratique en cause est nécessaire pour vérifier la condition d'affectation du commerce entre États membres. En effet, la Cour dit seulement, et elle l'a redit à plusieurs reprises depuis, que la condition d'affectation du commerce entre États membre s'apprécie sur la base d'éléments objectifs et pertinents[4]. Aucune exigence de

---

savoir l'étendue de l'exigence de délimitation du marché, il est préférable d'appréhender les deux critères séparément.

[1] *Völk*, préc., point 7.

[2] La question de savoir si la condition d'affectation du commerce est une condition de compétence du droit communautaire ou une condition de fond a donné lieu à des débats. En ce sens qu'il s'agit d'une question de compétence, *Commentaire Mégret*, préc., n° 188, p. 194. *Contra :* R. BLASSELLE, *op. cit. loc. cit.* Même si les lignes directrices n'ont pas valeur obligatoire, il semble que la question soit désormais tranchée en faveur de l'interprétation comme une condition de compétence. Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JOUE C 101/81 du 27 avril 2004, point 12.

[3] *Völk*, préc., point 1.

[4] *Völk*, préc., point 5 : « pour être susceptible d'affecter le commerce entre États membres, l'accord doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échange entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre

délimitation du marché n'est donc formulée pour l'appréciation de l'effet sur le commerce. C'est uniquement pour combiner dans une réponse brève à la question posée, d'une part, la condition d'affectation du commerce et, d'autre part, la condition d'affectation de la concurrence que la Cour formule sa réponse en termes de parts de marché.

503. Ce n'est donc pas le juge mais l'habitude prise par la Commission de raisonner en termes de parts de marché qui a rattaché la définition du marché à l'appréciation de l'effet sensible sur le commerce entre États membres[1]. Les juridictions communautaires n'ont, elles, pas accepté une approche purement quantitative de l'effet sensible sur le commerce entre États membres[2]. C'est heureux, car l'analyse économique complexe que requiert la délimitation rigoureuse du marché n'est pas rationnellement nécessaire pour procéder à cette appréciation. Pour prouver un effet sensible sur le commerce entre États membres, il suffit en effet de démonter qu'il existe des échanges ou des possibilités d'échanges. Les lignes directrices relatives à l'affectation du commerce entre États membres codifient cette jurisprudence et précisent qu'il n'est pas nécessaire de délimiter le marché pour apprécier la condition d'effet sensible sur le commerce[3]. Ce point est important, car il signifie que, si le domaine de l'exigence de délimitation du marché venait à être restreint, comme nous pensons qu'il est souhaitable, la nécessité d'apprécier l'effet sensible sur le commerce entre États membres ne ferait pas obstacle à une telle évolution. Il convient à présent de se demander dans quelle mesure la délimitation du marché est exigée pour apprécier l'effet sensible sur la concurrence.

504. **Effet sensible sur la concurrence.** En droit communautaire, l'effet sensible sur la concurrence, comme l'effet sensible sur le commerce entre États membres, est une condition

---

États ». V. aussi les arrêts de la Cour du 30 juin 1966, Société Technique Minière, 56/65, Rec. p. 338, à la page 359, et du 11 juillet 1985, Remia/Commission, 42/84, Rec. p. 2566, point 22. Une formulation légèrement différente mais équivalente est utilisée dans l'arrêt de la Cour du 13 juillet 1966, Consten et Grundig, 56 et 58/64, Rec., p. 430, p. 495.

[1] Sur cette pratique, A. VANDENCASTEELE, « La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence ? », préc. La Commission a d'abord considéré que l'effet sensible pouvait être apprécié par référence au chiffre d'affaires (Communication sur les accords d'importance mineure du 27 mai 1970, révisée le 19 décembre 1977). Dans sa Communication du 3 septembre 1986, JOCE C 231, p. 2, la Commission a considéré que l'effet sensible sur le commerce entre États membres pouvait s'apprécier en termes de chiffre d'affaires ou bien de parts de marché. En revanche, dans sa Communication sur les accords d'importance mineure du 9 décembre 1997, elle a défini des seuils de sensibilité uniquement en termes de parts de marché.

[2] Arrêt du Tribunal du 15 septembre 1998, European Night Services Ltd (ENS) e.a./Commission, T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141, points 96-105, spéc. point 102.

[3] Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JOUE C 101/81 du 27 avril 2004, spéc. point 48. Un seuil de 5 % est défini, mais à titre de présomption négative (point 53), si bien qu'il reste possible d'invoquer l'absence d'effet sensible en s'appuyant sur d'autres éléments. Il n'est donc pas exigé de délimiter le marché pour démontrer que l'accord n'a pas d'effet sensible.

d'applicabilité des articles 81 et 82 CE[1]. Plusieurs auteurs considèrent que la question de l'effet sensible se pose en pratique pour les seules ententes, car, en matière d'abus de position dominante, l'existence d'une telle position permet de présumer l'effet sensible du comportement en cause[2]. Dans cette perspective, l'exigence de délimitation du marché pour apprécier l'effet sensible sur la concurrence n'aurait pas non plus de portée autonome en matière d'abus. Il convient cependant de préciser que cela n'est vrai qu'aussi longtemps que la délimitation du marché sera exigée pour établir la position dominante. En revanche, si le juge venait à admettre certains raisonnements économiques, aux termes desquels l'abus peut, dans certains cas, être apprécié sans passer par le constat d'une position dominante, cela ne serait plus vrai[3]. La question de savoir s'il est nécessaire de délimiter le marché pour apprécier l'effet sensible recouvre donc, en réalité, les mêmes enjeux en matière d'ententes et d'abus de position dominante. Dans les deux cas, il s'agit de savoir si l'appréciation de l'effet sensible obligerait à définir le marché même si cette délimitation n'était plus jugée nécessaire pour l'appréciation de l'existence d'une restriction de concurrence. Ceci étant précisé, il convient de se demander si, en droit positif, l'appréciation de l'effet sensible d'une pratique sur la concurrence exige la délimitation du marché.

505. La réponse semble hélas affirmative. Cette exigence paraissait résulter de l'arrêt *Völk*, précité, car les remarques faites à propos de cet arrêt ne valent que pour l'effet sensible sur le commerce[4]. L'exigence de délimitation du marché pour apprécier l'effet sensible sur la concurrence a été consolidée par les arrêts qui retiennent que le caractère sensible de l'effet doit tenir compte de l'éventuel effet cumulatif des accords en cause[5]. En outre, cette exigence a été cristallisée par la communication de la Commission sur les accords *de minimis*, laquelle définit des seuils en termes de parts de marché[6]. Au regard du raisonnement économique,

---

[1] Arrêt de la Cour du 30 juin 1966, Société Technique Minière, 56/65, Rec. p. 338. La communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), JOUE C 368 du 22 décembre 2001, p. 13, point 1.

[2] P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, n° 775, p. 609. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 196, p. 181.

[3] Sur ces raisonnements, spécialement en matière de prédation, V. F. JENNY cité *supra* n° 499.

[4] *Supra* n° 502.

[5] Arrêt du 1997, T-77/94, VGB/Commission, Rec. II-759 point 140.

[6] Actuellement, la Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), JOUE C 368 du 22 décembre 2001, p. 13, point 7 (remplaçant la Communication concernant les accords d'importance mineure, JOCE, C 372, du 9 décembre 1997).

cette exigence est ambiguë[1]. D'un côté, la prise en considération du pouvoir de marché, fût-ce à travers des seuils, témoigne d'une ouverture au raisonnement économique. D'un autre côté, en revanche, l'exigence de délimitation du marché au stade liminaire de l'analyse contredit une approche économique, et même le bon sens. En effet, la règle *de minimis* a pour fonction de déterminer si l'affaire mérite l'attention des autorités de concurrence et des juridictions[2]. C'est une application de l'adage *De minimis non curat praetor*[3]. Dès lors, il est paradoxal d'exiger une délimitation précise du marché – qui demande un travail d'analyse intense – à la seule fin de savoir si l'affaire mérite réellement l'attention. Comme l'a noté un auteur, « on tombe dans une espèce de raisonnement infernal »[4]. L'exigence de délimitation du marché revient à vider la règle *de minimis* d'une partie de son effet utile, qui consiste à permettre aux autorités de concurrence comme aux juridictions de réserver leurs ressources à l'examen des affaires qui le méritent[5]. Lorsque l'analyse au fond nécessite de toutes façons la délimitation du marché pertinent, cela n'a pas d'incidence. En revanche, dans les affaires pour lesquelles une délimitation du marché n'est pas rationnellement nécessaire, comme les affaires de cartels, l'exigence de délimitation du marché au stade de l'analyse préliminaire fonctionne comme une véritable anti-règle de raison. Au lieu de décharger les autorités de concurrence d'un examen inutile, la règle revient au contraire à exiger d'elles un déploiement d'énergie et d'expertise disproportionné au regard de son incidence au fond. Cet effet pervers aura d'autant plus d'incidence qu'il sera admis qu'une délimitation précise du marché n'est pas nécessaire pour l'examen au fond. L'interprétation de la condition d'effet sensible en termes de parts de marché constitue donc un obstacle juridique à la réception de raisonnements économiques qui conduiraient à réduire le domaine de l'exigence de délimitation du marché. La même remarque vaut aussi dorénavant pour le droit français.

---

[1] C'est l'exigence de délimitation et non la condition *de minimis* elle-même qui est ambiguë. Comme le relèvent P. DIDIER et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n° 774, p. 608, la règle *de minimis* « s'inscrit parfaitement dans la vision économiste du droit de la concurrence ». Certains auteurs rejettent cette vision économiste et défendent une exigence générale de délimitation du marché. P.e. Cl. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLÉANI, *Droit du marché*, préc., p. 192 et p. 171 (préc.).

[2] Comme le précisent J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, T. 1, PUF, coll. « Thémis », 5ème éd., 1999, p. 220, l'immunité dont bénéficient les accords d'importance mineure traduit une orientation générale des règles de concurrence vers la prise en considération des effets des comportements. Plus généralement, sur la fonction de la règle *de minimis*, J. CARBONNIER, *De minimis, Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, pp. 28-37.

[3] P. DIDIER et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n° 774, p. 608.

[4] F. JENNY, « Délimitation du marché pertinent et ententes », *in Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, préc., p. 1660.

[5] Une partie seulement, car le raisonnement infernal peut être évité lorsqu'il est possible d'exclure l'existence d'une restriction de concurrence. V. *infra* n° 540.

506. **Droit français.** En droit français, la question de l'effet sensible sur la concurrence a été l'objet d'une attention particulière et de désaccords persistants[1]. L'article L 420-1 du code de commerce faisait référence à l'effet sensible sans préciser la fonction exacte de ce seuil dans l'analyse des comportements anticoncurrentiels. La manière dont ce seuil devait être apprécié n'était pas davantage explicitée. Dans son arrêt *Rocamat*, la Cour de cassation avait fait application de la doctrine *de minimis* issue du droit communautaire et avait considéré que l'appréciation de l'effet sensible devait être faite au regard du marché de référence[2]. Tandis que la Cour de cassation avait fait du seuil de sensibilité un élément de la qualification des ententes et des abus de position dominante, le Conseil de la concurrence, adoptant les arguments pragmatiques qui viennent d'être évoqués, s'y refusait. La Cour d'appel de Paris avait pour sa part adopté une troisième position, consistant à considérer que le seuil de sensibilité devait être pris en compte au stade de la sanction[3]. La question a depuis été résolue par l'intervention du législateur qui a défini des seuils *de minimis* en termes de parts de marché[4]. En droit français aussi, il faut donc, paradoxalement, délimiter le marché à titre préliminaire pour savoir si un accord est soumis ou non aux règles de concurrence.

507. **Concentrations.** Il est à peine besoin de mentionner que l'exigence de délimitation du marché concerne aussi le contrôle des concentrations. Cela résulte en droit communautaire du règlement sur les concentrations[5]. Par ailleurs, la Cour a jugé dans son arrêt *Kali & Salz*[6] que « la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à toute

---

[1] M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 221, p. 200. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, Economica, coll. « Corpus », n° 777, p. 610.

[2] Cass. com. 4 mai 1993, Rocamat, Bull. Civ. IV, n° 172, p. 120 : « [m]ais attendu que c'est à bon droit que la Cour d'appel, faisant application des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui prohibe les ententes ayant un objet anticoncurrentiel et, en se référant à l'interprétation donnée en droit communautaire à l'article 85-1 du Traité, a, par une appréciation concrète, décidé qu'en l'espèce cette prohibition ne pouvait être relevée, l'accord dénoncé n'ayant qu'une portée limitée dans le marché pertinent considéré et ne pouvant porter atteinte de façon sensible au jeu de la concurrence ».

[3] Sur tous ces points, S. RETTERER, « Le rôle controversé de la théorie des seuils de sensibilité en droit national de la concurrence », *P.A.*., 2 août 1996, n° 93, p. 1 ; P. ARHEL, « Restrictions verticales, le marché pertinent », *P.A.*, 6 octobre 2000, p. 6.

[4] Les art. L 464-6-1 et L 464-6-2 C. com., introduits par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises, définissent des seuils de 10 % et 15 % de parts de marché en deçà desquels des accords respectivements horizontaux et verticaux entre concurrents ne sont pas soumis à l'article L 420-1 C. com.

[5] Règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE du 29 janvier 2004, L 24/1. Outre le critère d'entrave significative à la concurrence effective sur le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci (art 2, paragraphes 2 et 3), le règlement dispose que l'opération de concentration est appréciée notamment au vu de « la position des entreprises sur le marché » (art. 2, paragraphe 1, sous b).

[6] Arrêt de la Cour du 31 mars 1998, France/Commission dit Kali & Salz, C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375.

appréciation portée sur l'impact concurrentiel d'une opération de concentration »[1]. Il en va de même en droit français[2]. Ce point ne mérite pas d'examen particulier, car la nécessité de délimiter le marché dans le domaine du contrôle des concentrations n'est pas contestée par les économistes, spécialement en ce qui concerne les concentrations susceptibles de produire un effet horizontal. C'est même cette hypothèse qui a donné lieu à l'abondante littérature économique sur le marché pertinent[3]. Il n'y a donc sur ce point aucun décalage entre l'exigence juridique de délimitation du marché et l'approche économique.

508. **Conclusion du i).** Pour ce qui est de la définition des infractions au droit de la concurrence, l'exigence juridique de délimitation du marché dépasse en extension ce qui résulterait d'une approche économique. Elle concerne, en principe, toutes les infractions. Cependant, sa portée pouvait sembler souple. Ainsi, on a vu que les juges n'ont pas exigé de délimitation du marché pour l'appréciation de l'effet sensible sur le commerce entre États membres. À cet égard, la définition réglementaire ou légale de seuils de sensibilité en termes de parts de marché paraît fâcheuse. En effet, les seuils de sensibilité ainsi définis ouvrent une alternative dont les deux branches sont insatisfaisantes : il faut soit définir rigoureusement le marché pour apprécier l'effet sensible – et, dans ce cas, la règle *de minimis* est vidée d'une bonne partie de son effet utile ; soit procéder à une définition du marché sans rigueur – et, dans ce cas, parler de délimitation du marché n'apporte à notre sens que confusion[4]. En outre,

---

[1] *Kali & Salz*, point 143.

[2] En droit français, la nécessité de définir le marché pour apprécier une opération de concentration ne fait pas de doute. DGCCRF, *Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, Procédure et Analyse*, juillet 2005. J. PELLET et É. CUZIAT, « Lignes directrices sur les concentrations nationales : un guide pratique à l'usage des entreprises », *RLC*, 2006/6, n° 410 ; P. ARHEL, « Les lignes directrices de la DGCCRF sur les concentrations », *JCP(E)*, 2005, n° 35, pp. 1359-1360 ; C. MONTALCINO, « Les nouvelles lignes directrices du régime interne des concentrations », *Concurrences*, 3-2005, pp. 60-74 ; P. BUIGUES, « Les lignes directrices dans l'évaluation des concentrations horizontales », *Rev. Conc. Conso.*, 2005, n° 137, pp. 9-15.

[3] La quasi-totalité des références économiques citées dans la section I situent l'analyse du marché dans le cadre du contrôle des concentrations. C'est aussi dans ce cadre qu'a été élaborée la méthode du monopole hypothétique (*Horizontal Merger Guidelines*, préc).

[4] Cette seconde branche de l'alternative semble avoir la faveur du professeur Cl. LUCAS de LEYSSAC, « Délimitation du marché pertinent et ententes », préc., p. 5 (répondant à l'argument économique selon lequel il n'est pas toujours nécessaire de délimiter le marché) : « si la définition du marché coule de source, si elle va sans dire, pourquoi ne pas la préciser en quelques mots. Ce qui va sans dire va toujours mieux en le disant ». Il nous semble que cette position méconnaît la nature de l'argument économique. Lorsqu'ils disent qu'en matière de cartels, le marché n'a pas besoin d'être défini, les économistes ne disent pas qu'il serait facile de le faire rigoureusement. Leur argument (selon lequel, s'il y a une entente, c'est que la concurrence est nécessairement restreinte sur un marché) porte sur *l'existence* d'un marché affecté, non sur la facilité avec laquelle il pourrait être délimité. Les économistes pensent précisément que, puisque l'on peut être sûr qu'il existe un marché affecté, il n'est pas nécessaire de dire précisément lequel (d'autant qu'il est difficile de le faire rigoureusement). Par ailleurs, dire qu'il faut délimiter le marché, quitte à ne pas le faire rigoureusement, ne peut que miner la contribution substantielle à la sécurité juridique apportée par la jurisprudence à travers le contrôle de motivation sur la délimitation du marché.

la définition légale ou réglementaire de seuils de sensibilité contribue à figer l'exigence de délimitation du marché dans un domaine très large et fait ainsi obstacle à l'admission par le juge de raisonnements économiques qui conduiraient à restreindre la portée de l'exigence de délimitation du marché. Le décalage entre le domaine juridiquement obligatoire et le domaine économiquement utile de la délimitation du marché se trouve encore accru si l'on considère que l'exigence juridique s'étend au-delà de la définition des infractions.

ii. L'exigence de délimitation du marché au-delà des éléments constitutifs des infractions aux règles de concurrence

509. En dehors de la qualification des infractions aux règles de concurrence, la question de la nécessité de délimiter le marché s'est posée dans deux hypothèses distinctes : la fixation des sanctions (α) et les décisions de renvoi préjudiciel (β).

α) L'exigence de délimitation du marché en matière de sanctions

510. La question de savoir s'il est nécessaire de délimiter le marché pour l'appréciation de la sanction est complexe. En doctrine et en droit positif, elle appelle une réponse positive. Cette position peut en outre être confortée, sous certains aspects, par des arguments tirés de la théorie économique. Une telle extension de l'exigence de délimitation du marché nous paraît néanmoins devoir être nuancée.

511. **Doctrine et droit positif.** Il a été soutenu par plusieurs auteurs que la délimitation du marché était nécessaire pour fixer le montant des sanctions[1]. Plus précisément, ces auteurs estiment que la délimitation du marché est nécessaire pour apprécier l'importance de l'atteinte à l'économie et le respect du principe de proportionnalité[2]. Cette opinion trouve un soutien en droit positif français et en droit communautaire. En droit français, la Cour de cassation a en effet jugé que le marché était un élément nécessaire de la motivation de la proportionnalité de la sanction par rapport au dommage causé à l'économie[3]. En droit communautaire, les

---

[1] N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presses universitaires de Perpigan, coll. « Études », préf. Y. SERRA, Perpignan, 2000, p. 118. Cl. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLÉANI, *Droit du marché*, préc., p. 48 ; V. aussi en ce sens, les observations de C. FAVRE lors de la table ronde sur la « Délimitation du marché et entente », Colloque sur la *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, préc., p. 1663, et G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », *in Mélanges Pierre Bézard*, Petites Affiches et Montchrestien, 2002, pp. 257-272, p. 261. Un point de vue plus nuancé est exprimé par C. CHAMPALAUNE, « Le contrôle de la proportionnalité de la sanction par la Cour de cassation », *in* G. CANIVET, (dir), *La modernisation du droit de la concurrence,* LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp. 377-394, spéc. n° 33 et s., p. 389 et s.

[2] Tous les auteurs cités à la note précédente avancent cet argument.

[3] Cass. com. 10 mars 1992, Bull. civ. IV, n° 111, p. 81 (France Loisirs), note Fr. DREIFUSS-NETTER, *P.A.*, 22 janvier 1993, n° 10, p. 9, note Ch. GAVALDA, *D.*, 1992, n° 29, p. 355, V. aussi sur ce point, G. CANIVET et

nouvelles lignes directrices en matière de sanctions se réfèrent aux parts de marché pour le calcul du montant de la sanction[1]. Ces solutions sont cohérentes avec l'exigence de délimitation du marché pour qualifier toute atteinte à la concurrence. Dans cette perspective en effet, aucune charge d'allégation supplémentaire, qui serait propre à l'appréciation de la sanction, n'est imposée. Dès lors que le marché a été délimité pour la qualification, il n'y a effectivement aucune raison de ne pas en tenir compte au stade de la sanction. Le lien entre marché et sanction établi par le droit positif peut de surcroît s'autoriser d'un argument économique.

512. **Argument économique.** Dans l'approche économique, le dommage concurrentiel est défini à partir de deux composantes[2]. La première est la « perte sèche » (*dead weight loss*), perte d'efficience globale imputable au comportement anticoncurrentiel. Il s'agit d'un dommage anonyme, dont la victime n'est pas identifiable et qui correspond *a priori* à la notion de « dommage à l'économie ». La seconde composante est la « perte de surplus des consommateurs », notion déjà rencontrée, qui correspond à la perte éprouvée par ceux-ci du fait de prix supérieurs à ce qu'ils auraient dû être[3]. Dans cette perspective, le dommage à l'économie peut être identifié comme équivalant à la somme de la « perte sèche » et de la « perte de surplus des consommateurs » (ou à une autre combinaison de ces deux composantes, selon le poids que l'on souhaite accorder respectivement à l'efficience et au bien-être des consommateurs)[4]. Dans tous les cas, il semble nécessaire de définir le marché pour mettre en œuvre cette approche, car les deux composantes sont définies relativement à la fonction de demande[5]. Or, en toute rigueur, il ne peut s'agir que de la demande pour le ou les biens qui constituent le marché pertinent. Le lien entre marché et sanction apparaît donc fort, en droit positif comme dans une approche économique des sanctions. Il nous semble néanmoins que ce lien n'est pas automatique. Deux arguments nous semblent aller en ce sens. Le premier est relatif à la notion même de dommage concurrentiel. Quant au second, il est relatif à la fonction de la sanction : celle-ci est davantage liée à la dissuasion qu'à la

---

C. CHAMPALAUNE, *op. cit.*, pp. 257-272, p. 261. Plus récemment, Cass. com. 23 juin 2004, CNEP, Bull. Civ. IV, n° 132, p. 134, obs. D. LEGEAIS, *RTD com.*, 2004, pp. 796-797.

[1] Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, JOUE C 210/2 du 1er septembre 2006, point 22. Pour une présentation des nouvelles lignes directrices, É. BARBIER de LA SERRE, « Les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes », RLC 2006/9, n° 620.

[2] E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *RIDE*, 2006, pp. 9-44.

[3] E. COMBE, *op. cit.*, spéc. pp. 14-15, et *supra* n° 159.

[4] *Ibid*.

[5] *Ibid*.

réparation. C'est donc au regard d'une logique de dissuasion qu'il convient de se demander dans quelle mesure la délimitation du marché est nécessaire.

513. **Dommage concurrentiel.** Tant en droit que dans l'approche économique de la sanction, le lien entre marché et sanction passe par l'identification de deux notions : d'une part, le « dommage à l'économie » visé par les textes français[1] ou, pour utiliser une formule plus générale, le « dommage concurrentiel »[2] et, d'autre part, ce qui constituerait une « atteinte au marché »[3]. Assimiler le dommage concurrentiel à un « dommage au marché » revient cependant à assimiler concurrence et marché. L'amalgame est courant. Il est le produit d'une « mésalliance que les [économistes] néo-classiques [ont tenté] de sceller entre concurrence et forme de marché »[4]. Ce mariage infortuné a produit une vision statique de la concurrence, très éloignée de la notion intuitive du processus concurrentiel que l'école autrichienne a, au contraire, essayé de théoriser[5]. Du point de vue de la sanction, ce qui importe dans la distinction entre concurrence et marché n'est rien moins que l'identification de ce qui doit être protégé : est-ce le processus concurrentiel, la structure du marché ou bien l'intérêt des consommateurs ? C'est la question fondamentale des objectifs du droit de la concurrence[6]. Or, nous pensons que la protection du marché, à supposer que cette expression ait un sens, n'est pas un objectif du droit de la concurrence. En effet, si le marché est défini comme le lieu sur lequel un pouvoir de marché peut exister, protéger le marché reviendrait à protéger le pouvoir de marché. C'est manifestement l'inverse de ce que vise le droit de la concurrence. En second lieu, si le marché est défini comme le lieu de rencontre de l'offre et de la demande, le marché est une abstraction. Or, les abstractions ne méritent pas d'être juridiquement protégées.

---

[1] Art. L. 464-2, alinéa 3 C. com. : « [l]es sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre ». Cp. art. 23, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003, préc., disposant que « [p]our déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci ». Sur la difficulté d'interprétation de la notion de « dommage à l'économie », V. C. CHAMPALAUNE, « Le contrôle de proportionnalité de la sanction par la Cour de cassation », préc., spéc. n° 24, p. 385.

[2] Titre de la thèse de N. DORANDEU, préc.

[3] L'expression est utilisée par certains auteurs, p.e. M. MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, préc. n° 74, p. 51, qui précise qu'il s'agit selon elle d'une « fausse question », mais pour des raisons différentes des nôtres.

[4] M. GLAIS et Ph. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, préc., p. 6.

[5] *Ibid*. C'est dans la perspective néoclassique statique que se situe l'approche économique des sanctions présentée au paragraphe précédent.

[6] *Supra* titre I chapitre 1.

514. Pour dire les choses d'une autre manière encore, il est possible de recourir à une métaphore. Le marché est à la concurrence ce que le ring est à la boxe. Pas plus que le ring ne s'identifie à la boxe, le marché ne doit être confondu avec le processus concurrentiel[1]. Ce qui compte, ce sont le match, le respect des règles par les joueurs et la satisfaction du public. Le ring lui-même est très secondaire. En ce sens, ce n'est pas le « dommage au marché » qui doit retenir l'attention, mais l'existence d'un processus concurrentiel faussé et le dommage causé aux consommateurs. Dès lors, sur le plan conceptuel, le dommage à caractériser est uniquement lié à l'existence d'une restriction de concurrence et à son effet pour les consommateurs. Il en résulte que, lorsque la restriction de concurrence peut être caractérisée sans référence à un marché, par exemple par la suppression de la rivalité[2], la délimitation du marché ne devrait pas être exigée pour évaluer le dommage. En ce qui concerne le dommage aux consommateurs, le passage par la notion de marché ne paraît pas non plus nécessaire, du moins pour ce qui est du dommage direct. En effet, le lien entre les consommateurs et le comportement restrictif de concurrence est la relation de clientèle elle-même, laquelle peut s'apprécier de manière directe, sans passer par une analyse économique complexe[3]. À ces arguments relatifs à la notion de dommage concurrentiel s'ajoute un argument relatif à la fonction de la sanction.

515. **Fonction de la sanction.** Si l'on pense l'atteinte à la concurrence en termes d'atteinte au « marché », sa délimitation servirait à évaluer le dommage qui doit être réparé. Néanmoins, en droit de la concurrence, les sanctions n'ont pas principalement une fonction de réparation. Elles ont une fonction de dissuasion. Les lignes directrices en matière de sanction l'illustrent. Dans les anciennes lignes directrices sur le calcul des amendes[4], il était précisé que l'impact concret de la pratique sur le marché serait pris en considération, parmi d'autres facteurs,

---

[1] M. PASTUREL, *in Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, préc., p. 1658, compare pour sa part le marché à un « théâtre » (mais, curieusement pour dire que le marché doit toujours être défini).

[2] Sur la caractérisation de la restriction de concurrence par le critère de suppression de la rivalité, V. *supra* n° 374.

[3] Cela vaut en particulier pour le contentieux judiciaire des dommages et intérêts. En effet, les victimes directes sont caractérisées de manière univoque par le simple fait qu'elles sont les clients des auteurs de la pratique et les victimes indirectes par le fait qu'elles sont des clients des premières. Or, la relation « être client de » est beaucoup plus simple à apprécier que la délimitation du marché. Une étude économique approfondie semble dès lors superflue.

[4] Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 et de l'article 65, paragraphe 5, du traité CECA, JOCE C 9/3 du 14 janvier 1998.

« lorsqu'il est mesurable »[1]. Le doute sur la possibilité de calculer l'impact sur le marché était perceptible et la prise en considération du dommage était, de ce fait, subordonnée à la possibilité effective d'une telle évaluation. En outre, même lorsque l'impact sur le marché pouvait être calculé, il était difficile d'identifier l'incidence de ce calcul sur le montant final de la sanction, dans la mesure où l'approche retenue était largement forfaitaire[2]. L'incidence de la composante réparatrice dans le calcul de la sanction était donc difficile à identifier. C'est surtout la dissuasion qui était mise en avant[3]. Tel est aussi le cas dans les nouvelles lignes directrices, dans lesquelles toute tentative d'évaluer le dommage a même disparu[4]. Les juges ne semblent pas davantage tenir compte de l'impact réel du comportement dans le contrôle qu'ils exercent sur le montant de la sanction.

516. **Contrôle juridictionnel.** Le juge communautaire dispose d'un pouvoir de pleine juridiction en matière de sanctions[5]. Il peut donc être amené à recalculer le montant de la sanction. Or, lorsqu'il a été amené à le faire, il a relativisé l'importance de l'effet de l'infraction par rapport aux autres facteurs qui entrent dans l'appréciation de sa gravité[6]. Il a en effet été admis que la sanction puisse être motivée à suffisance de droit par rapport à des « facteurs économiques objectifs »[7]. Tout comme pour l'effet sensible sur le commerce entre États membres, l'exigence de motivation par rapport à des facteurs objectifs ne nous semble pas impliquer, en elle-même, une obligation de délimiter spécialement le marché aux fins de l'appréciation de la sanction. L'importance réelle de la délimitation du marché aux fins de

---

[1] Point 1.A (nous soulignons) : « l'évaluation du caractère de gravité de l'infraction doit prendre en considération la nature propre de l'infraction, son impact concret sur le marché lorsqu'il est mesurable et l'étendue du marché géographique concerné ».

[2] Les lignes directrices, préc., prévoyaient que la sanction était déterminée par référence à un « montant de base » (forfaitaire), tenant compte de la gravité et de la durée de l'infraction, modulé en fonction de circonstances atténuantes ou aggravantes propres à l'entreprise. La largeur des fourchettes définies pour le montant de base, par exemple 1 à 20 millions d'euros pour les infractions « graves », impliquait que, même si le marché était délimité et même si la perte sèche pouvait être calculée de manière parfaitement précise, la Commission disposait d'une telle discrétion dans le choix du montant de base que l'incidence du résultat de ce calcul sur le montant de l'amende finalement imposée était impossible à déterminer.

[3] Point 4.

[4] V. É. BARBIER de LA SERRE, « Les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes », *RLC*, 2006/9, n° 620, spéc. n° 20.

[5] Art 229 CE mis en œuvre par l'article 31 du règlement n° 1/2003, préc., et l'article 16 du règlement 139/2004, préc.

[6] Sur ce point, V. É. BARBIER de LA SERRE, *op. cit.*, spéc. n° 13, citant les arrêts de la Cour du 2 octobre 2003, Thyssen Stahl/Commission, C-194/99 P, Rec. p. I-10821, point 118, ainsi que les arrêts du Tribunal du 11 mars 1999, Thyssen Stahl/Commission, T-141/94, Rec. p. II-347, point 636, et du 13 décembre 2001, Krupp Thyssen Stainless et Acciai Speciali Terni/Commission, Rec. p. II-3757, point 199.

[7] Arrêt du Tribunal du 5 avril 2006, Degussa/Commission, T-279/02, non encore publié au Recueil, obs. É. BARBIER de LA SERRE, *RLC* 2006/8, n° 56.

détermination de l'amende n'est donc pas aussi claire que l'on pouvait le penser. En droit français, la délimitation du marché ne semble pas non plus avoir d'impact concret sur le contrôle exercé par le juge en matière d'amendes. Ainsi, la chambre commerciale a considéré que la Cour d'appel avait pu décider, comme elle l'avait fait, des sanctions à infliger à une entreprise participant à une entente, après avoir constaté la participation de l'entreprise, la gravité de la pratique, l'affectation de la concurrence sur un marché et le dommage à l'économie[1]. La Cour de cassation n'a pas fait droit au moyen selon lequel la Cour d'appel aurait dû apprécier « l'atteinte réellement portée à chaque marché considéré ». Le moyen ne manquait pourtant pas en fait. En effet, la Cour d'appel avait illustré l'existence d'un dommage à l'économie, mais elle n'avait pas cherché à apprécier, marché par marché, l'étendue exacte du dommage[2]. Si le moyen est rejeté par la Cour de cassation, c'est qu'il est inopérant. Cette solution emporte notre entière approbation. Elle démontre que, en dépit d'assertions contraires, le contrôle de la proportionnalité de la sanction est opéré par le juge sans qu'une évaluation du dommage concurrentiel sur chaque marché concerné soit utile. À l'évaluation impossible nul n'est tenu[3]. Un dommage à l'économie doit être prouvé, mais le marché ne joue pas, en tant que tel, un rôle précis dans le contrôle de la sanction au regard de ce dommage.

517. **Marché et dissuasion.** En réalité, si la définition du marché peut être amenée à jouer un rôle en matière de sanctions, c'est moins au titre de leur dimension réparatrice que de leur fonction dissuasive. Dans cette perspective, ce qui importe est que le montant de la sanction dépasse nettement les profits que les entreprises ont pu retirer de l'infraction[4]. Il est donc nécessaire de disposer d'une évaluation au moins approximative de ces profits. Pour cela, il n'est pas certain qu'une délimitation précise du marché soit toujours nécessaire. Cependant, elle pourrait l'être, dans la mesure où le profit qui est retiré d'un comportement infractionnel dépend du pouvoir de marché. Une entreprise peut en effet retirer d'un comportement prohibé d'autant plus de profits qu'elle dispose d'un fort pouvoir de marché. C'est peut-être ce qui

---

[1] Cass. com. 13 juillet 2004, DTP e. a., Bull. civ. IV, n° 163, p. 175.

[2] Paris, 1ère ch. H., 14 janvier 2003, BOCCRF n° 2, du 27 février 2003. Le passage de l'arrêt concernant l'effet de l'entente est le suivant : « le retentissement des concertations sur le coût pour la collectivité des travaux, ces concertations ayant *notamment* eu pour effet d'augmenter de plus de 40 % le prix du béton en ce qui concerne l'un des principaux chantiers en cause, celui du pont de Normandie (marché de 1,2 milliard de francs sur un total de marchés compris dans ce litige de 5,5 milliards) ou de majorer de 6 % le bénéfice de l'attributaire du marché du pont de Rochefort » (nous soulignons).

[3] En ce sens aussi que le contrôle de la Cour de cassation n'exige pas une quantification du dommage à l'économie, qui serait impossible, C. CHAMPALAUNE, *op. cit.*, spéc. n° 30, p. 388.

[4] De façon à tenir compte de la probabilité de détection. V. *supra* n° 301 et 302.

explique que la communication de la Commission sur les sanctions se réfère, pour la détermination du montant de base de la sanction, à la « valeur des ventes de biens ou services réalisées *en lien direct ou indirect* avec l'infraction »[1]. L'identification de ces biens ou services pourrait dans certains cas nécessiter un examen précis des possibilités de substitution. La délimitation du marché aurait alors pour fonction de permettre un calcul approximatif des gains illicites en vue de fixer la sanction à un montant dissuasif. Encore convient-il d'ajouter que, si l'identification des biens en relation avec l'infraction peut se faire simplement ou bien si un autre mode de calcul permet d'évaluer les gains illicites, la délimitation du marché ne serait pas nécessaire.

518. **Conclusion du α)** D'après certains auteurs, l'appréciation de la sanction suppose la délimitation du marché. Plusieurs éléments du droit positif vont dans ce sens et des arguments économiques théoriques soutiennent aussi cette position. Cependant, si l'on s'interroge sur les liens réels unissant sanction et marché, on est conduit à relativiser l'exigence de délimitation du marché en matière de sanction, car les liens entre marché et sanction ne sont pas si direct qu'on pourrait le croire. Le premier lien qui peut être fait en assimilant dommage concurrentiel et « dommage au marché » procède d'une confusion entre la concurrence, qui est un processus, et le marché. Or, nous l'avons vu, quelle que soit la définition retenue du marché, l'assimilation ne peut être acceptée. Le second lien qui peut être fait entre sanction et marché passe par l'évaluation du dommage concurrentiel, une évaluation si difficile que la Commission y a renoncé. Par ailleurs, les juges ont relativisé l'importance de l'impact concret des pratiques dans la sanction. Cette approche nous semble parfaitement cohérente avec la fonction essentiellement dissuasive des sanctions en droit de la concurrence. Néanmoins, il peut exister un troisième lien entre marché et sanction. Ce lien passe par la fonction dissuasive de la sanction et l'évaluation du pouvoir de marché peut alors servir à calculer approximativement les gains illicites liés à l'infraction. Lorsque le marché n'a pas cette fonction dans le raisonnement, sa délimitation ne semble pas indispensable en matière de sanction. Le juge ne devrait donc pas exiger systématiquement une délimitation précise du marché lorsqu'il exerce son contrôle sur le montant de la sanction, mais seulement lorsqu'elle s'avère nécessaire pour apprécier le caractère dissuasif d'une sanction. Dans un autre domaine, c'est pourtant vers une exigence systématique de délimitation du marché que semble

[1] Communication, préc., points 13 et s. (nous soulignons).

s'orienter la jurisprudence. C'est du moins ce que suggère un arrêt de la Cour de relatif à la recevabilité des questions préjudicielles.

β) L'exigence de délimitation du marché dans les décisions de renvoi préjudiciel

519. Le juge qui soumet à la Cour de justice une question d'interprétation relative au droit communautaire de la concurrence doit-il, dans sa décision de renvoi, délimiter le marché pertinent ? Comme en toute matière, la juridiction de renvoi doit exposer les faits de manière suffisamment claire et précise pour permettre au juge communautaire de répondre à la question posée[1]. Dans quelle mesure cette exigence générale signifie-t-elle que l'ordonnance de renvoi du juge national doit comporter une définition du marché pertinent ? Telle était l'une des questions soulevées dans une affaire récente.

520. **L'arrêt *Viacom.*** Dans son arrêt *Viacom*[2], la Cour de justice a jugé qu'une ordonnance de renvoi soulevant une question d'interprétation du droit de la concurrence devait, sous peine d'irrecevabilité de la question, contenir une délimitation du marché pertinent[3]. Il est vrai que la question posée en l'espèce n'avait de sens que si la Commune de Gênes était considérée comme occupant une position dominante sur le marché de l'affichage dans cette ville. Des indications factuelles sur l'existence d'une position dominante pouvaient donc paraître nécessaires pour convaincre la Cour de la pertinence de la question posée pour la solution au fond. Cependant, la formulation retenue par la Cour, conformément aux conclusions de l'avocat général, est beaucoup plus large : loin de se limiter à l'hypothèse d'une position dominante, elle semble devoir s'appliquer à toute question préjudicielle concernant le droit de la concurrence. Il y aurait donc une exigence de principe justifiant la délimitation du marché dans les décisions de renvoi posant une question préjudicielle en matière de concurrence.

---

[1] Ordonnance de la Cour du 8 octobre 2002, Viacom, Rec. p. I-8287, point 15, et jurisprudence citée (irrecevabilité de la question préjudicielle pour défaut d'explication du cadre factuel et du lien entre les questions posées et la solution du litige au principal).

[2] Arrêt de la Cour du 17 février 2005, Viacom/Giotto, C-143/03, Rec. p. I-1167, obs. É. BARBIER de LA SERRE, *RLC*, 2005/3, n° 230.

[3] *Viacom*, préc., points 27 et s. L'avocat général avait conclu en ce sens, considérant (point 44 des conclusions) que « pour permettre à la Cour de répondre utilement aux questions relatives au droit de la concurrence, l'ordonnance de renvoi [devait] comporter des éléments suffisants sur la délimitation des marchés pertinents en termes de produit et d'aire géographique, qui constituent le point de départ de toute appréciation en droit de la concurrence et, aussi précisément, du calcul des parts de marché ».

521. **Critique.** Cette solution nous paraît malheureuse en raison de l'autorité de la chose interprétée qui s'attache à la formulation extrêmement générale adoptée par la Cour[1]. Telle que formulée dans l'arrêt *Viacom*, l'exigence de définition du marché dans une décision de renvoi soulevant une question relative au droit de la concurrence risque donc de faire jurisprudence. Ce serait regrettable, d'une part, parce que, dans un certain nombre d'hypothèses, la définition du marché est un exercice parfois inutile au fond et l'est donc *a fortiori* dans le cadre d'une question préjudicielle[2]. D'autre part, et alors même que la définition du marché peut être utile au fond, il ne nous paraît pas en résulter qu'elle le soit nécessairement pour répondre à une question préjudicielle. Les questions préjudicielles portent en effet sur des points de droit et le juge communautaire peut en principe y répondre, même si les faits sont sommairement décrits, au besoin en distinguant plusieurs hypothèses, comme l'a fait du reste l'avocat général à titre subsidiaire dans ses conclusions sous l'arrêt *Viacom*[3]. Il est certain qu'un certain degré de détail dans l'exposé des faits peut s'avérer indispensable. En ce sens, il a été souligné que, tout spécialement pour l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE, « une connaissance approfondie du marché et de tous les faits de l'affaire »[4] pouvait être nécessaire. Il ne s'agit pas de contester cette affirmation, mais de souligner que la même exigence ne vaut pas pour toutes les questions relatives à l'article 81, paragraphe 1, CE ou à l'article 82 CE.

522. La délimitation rigoureuse du marché est un exercice difficile qui exige des parties et du juge un important travail. Par sa généralité, la solution retenue dans l'affaire *Viacom* nous paraît créer de fait une incitation à définir sommairement les marchés, le juge du fond n'étant pas toujours en mesure d'entreprendre une telle opération ou peu convaincu, éventuellement à juste titre, de la nécessité de l'exercice pour la solution du litige. En outre, on peut noter que la solution présente un certain risque que le juge ne préjuge du fond au stade de la formulation d'une question préjudicielle s'il doit définir le marché pour que sa question soit recevable. On

---

[1] Sur cette autorité, J. BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence : Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des communautés européennes », *in Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, pp. 149-162, p. 155 et s., qui considère (p. 157) que les arrêts de la Cour rendus à titre préjudiciel doivent être considérés comme revêtant une autorité absolue de la chose interprétée.

[2] Sur ces hypothèses, V. *infra* n° 537. Ces hypothèses sont : 1) la possibilité d'exclure l'existence d'une restriction de concurrence, 2) les ententes horizontales, 3) les données disponibles permettant d'évaluer directement le pouvoir de marché.

[3] Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 28 octobre 2004, C-134/03, Viacom/Giotto, Rec., p. I-1167, points 69 et s.

[4] B. VESTERDORF, « Être à même de donner une réponse utile au juge national peut demander une connaissance approfondie du marché », Entretien, *RLC*, 2006/7, n° 531, p. 76.

peut en effet penser qu'après avoir posé une question préjudicielle contenant des indications sur la délimitation du marché, le juge national hésitera à modifier cette délimitation de peur que cela ne rende inopérante la réponse de la Cour de justice. Une telle conséquence serait particulièrement gênante si de nouvelles analyses étaient apportées par les parties pendant que la Cour statue sur la question préjudicielle. Enfin, des exigences d'informations factuelles excessives risquent de dissuader les juridictions nationales de poser des questions préjudicielles, ce alors même que, comme l'a du reste souligné l'avocat général dans ses conclusions sous l'arrêt *Viacom*, l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003 renforce la nécessité de la coopération entre les juridictions nationales et la Cour[1]. Pour ces raisons, l'arrêt *Viacom* nous semble introduire plus de risques que d'améliorations du point de vue de la sécurité juridique : on ne saurait espérer une sécurité juridique satisfaisante de la généralisation d'une définition peu rigoureuse du marché à un stade précoce du litige.

523. **Conclusion du a.** L'ensemble des hypothèses envisagées conduit à un constat et à une critique. Le constat est celui de l'extension considérable donnée par les juges et par les textes à l'exigence de délimitation du marché pertinent. Cette exigence peut certes s'expliquer par la volonté de conférer de la sécurité juridique et un cadre conceptuel stable à l'application des règles de concurrence. Elle n'est cependant pas fondée en raison dans toute l'extension qui lui est donnée[2]. Elle alimente par ailleurs un contentieux abondant sur la délimitation du marché. C'est peut-être ce qui a conduit les juges à admettre certains tempéraments, accueillant ce faisant certains raisonnements économiques.

b) Les tempéraments admis par le juge à l'obligation de délimiter le marché

524. À la lecture de l'arrêt *Verre plat*[3], l'obligation de définir le marché pouvait sembler générale et absolue. La jurisprudence a pourtant admis certains tempéraments à ce principe, si bien que l'on peut désormais parler d'un « principe d'effet utile » en ce qui concerne la définition du marché en matière d'ententes. En effet, quelques années après l'arrêt *Verre plat*,

---

[1] Conclusions sous *Viacom*, préc., point 42.

[2] Nous ne revenons pas ici sur la question des difficultés de preuve auxquelles donne lieu l'exigence de délimitation du marché et qui limite le bénéfice qu'elle procure en termes de sécurité juridique pratique. Sur ce point, *supra* n° 295. Sur l'arbitrage entre différents types d'insécurité juridique selon que l'on adopte une démarche de qualification centrée ou non sur la délimitation du marché, V. aussi D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 271-285, p. 273.

[3] *Supra* n° 501.

le Tribunal de première instance a assoupli sa position dans son arrêt *SPO*[1]. Il a jugé, dans cet arrêt, que la délimitation du marché ne remplissait pas le même rôle en matière d'ententes que dans le domaine de l'abus de position dominante, tout en maintenant l'indétermination sur les raisons pour lesquelles le marché devait être défini en matière d'ententes[2]. On peut déceler, dans les motifs de l'arrêt, la volonté du Tribunal de limiter les recours systématiques portant sur la définition du marché lorsque celle-ci n'est pas véritablement déterminante. Ainsi, l'arrêt affirme que la délimitation du marché retenue par la Commission dans une décision relative à une entente ne peut être contestée pour elle-même, mais seulement dans le cadre d'un grief portant sur l'appréciation du commerce entre États membres ou bien sur l'effet restrictif de concurrence[3]. Sans réduire formellement le domaine de l'exigence de délimitation du marché, la solution marque la volonté de resserrer la discussion sur le marché pertinent à son domaine (juridiquement) utile. Cette volonté a, par la suite, été confirmée par d'autres arrêts[4]. Un pas de plus a été franchi par l'arrêt *Métropole*[5], qui cantonne la discussion sur le marché au domaine économiquement utile. Dans cette affaire, la question relative à la définition du marché consistait à déterminer si le marché en cause comprenait tous les droits de diffusion de compétitions sportives ou seulement les droits relatifs à celles d'entre elles qui généraient des revenus publicitaires particulièrement importants. La Commission a raisonné *a fortiori* et considéré qu'il n'était pas nécessaire de définir exactement les marchés de produits, dès lors que les accords en cause ne soulevaient aucun problème de concurrence, même dans l'hypothèse de marchés restreints aux droits sur des manifestations sportives particulières,

---

[1] Arrêt du Tribunal du 21 février 1995, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO) e. a./Commission, T-29/92, Rec. p. II-289, point 75.

[2] SPO, préc., point 74 : « [i]l y a lieu d'observer que la définition du marché en cause ne joue pas le même rôle selon qu'il s'agit d'appliquer l'article 85 ou 86 du traité. Dans le cadre de l'application de l'article 86, la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable au jugement porté sur un comportement anticoncurrentiel (…), puisque, avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, il faut établir l'existence d'une position dominante, ce qui suppose que le marché ait préalablement été délimité. Dans le cadre de l'application de l'article 85, c'est pour déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprise ou la pratique concertée en cause est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun qu'il faut définir le marché en cause ». Cette dernière phrase laisse ouverte la possibilité que la définition du marché soit nécessaire pour trois raisons différentes : l'appréciation de l'effet sur le commerce entre États membres et/ou l'objet et/ou l'effet anticoncurrentiel.

[3] *SPO*, point 75.

[4] En ce sens, arrêts du Tribunal du 6 juillet 1998, Volkswagen/Commission, T-62/98, Rec., p. II-2707, points 179 et 231, et du 19 mars 2003, CMA CGM e.a./Commission, T-213/00, Rec. p. II-913, points 219 et 220.

[5] Arrêt du Tribunal du 8 octobre 2002, Métropole télévision (M6) e.a./Commission, T-185/00, T-216/00, T-299/00 et T-300/00, Rec. p. II-3805.

telles que les Jeux olympiques d'été[1]. Le Tribunal a rejeté le moyen tiré de l'absence de définition précise du marché au motif que l'analyse concurrentielle de la Commission n'en dépendait pas[2]. C'était tirer les conséquences de la définition fonctionnelle du marché et rejeter une approche purement formelle.

525. En droit français, le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris ont également fait droit au raisonnement économique et considéré qu'il n'était pas nécessaire de délimiter le marché pour sanctionner les ententes dont l'objet est anticoncurrentiel[3]. Ces arrêts nous semblent devoir être entièrement approuvés. Ramener l'exigence de délimitation du marché à son domaine utile n'apporte pas seulement une satisfaction intellectuelle qui tiendrait à un progrès dans la cohérence du droit et du raisonnement économique. C'est aussi une condition pour que l'analyse économique soit utile d'un point de vue pratique. La méthode de délimitation du marché, si laborieusement élaborée par les économistes, est bien trop complexe pour qu'il soit raisonnable de l'appliquer lorsque l'exigence de délimitation du marché est purement formelle.

526. **Conclusion.** Les développements qui précèdent ont montré à quel point la délimitation du domaine de l'exigence de délimitation du marché a été mal assurée. Initialement, l'exigence de délimitation du marché a reçu un domaine très large. Elle concernait, en principe, toutes les infractions. Cependant, la justification de cette exigence est restée floue, ce qui a nourri de plusieurs manières une extension de l'exigence de délimitation du marché. Tout d'abord, la règle *de minimis* a été interprétée en termes de parts de marché, ce qui a fortement contribué à ancrer dans la pratique la délimitation systématique du marché. C'est là un résultat paradoxal, car cela revient à exiger un examen très complexe à titre purement préliminaire. Une telle exigence étant contraire au bon sens, elle ne peut qu'être contournée par la pratique d'une délimitation sans rigueur du marché pertinent. L'absence de clarté sur les raisons d'être de l'exigence de délimitation du marché a également nourri une conception

---

[1] Décision du 10 mai 2000 (Affaire no IV/32.150 — Eurovision), JOCE 24 juin 2000, L 151, p. 18, point 44. Sur ce raisonnement, *infra* n° 540.

[2] *Métropole*, préc., point 57 : « [l]'absence d'une telle définition exacte n'a pas, dans le cas d'espèce, affecté l'analyse de la Commission concernant la satisfaction par le système de l'Eurovision de la condition d'exemption prévue à l'article 81, paragraphe 3, sous b), CE et, par conséquent, il y a lieu de considérer inopérante cette partie de l'argumentation des requérantes ».

[3] M.-C. BOUTARD LABARDE et D. BUREAU, préc., p. 748. C. FAVRE, *in Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, préc., p. 1663. Les arrêts ne sont pas toujours très nets, car ils font néanmoins référence au marché. Cependant, le raisonnement en termes d'effet utile est perceptible lorsque la Cour rejette avec laconisme un moyen relatif à la définition du marché lorsqu'un comportement anticoncurrentiel est établi. V. p.e. Cass. com 21 juin 1994, Adira c/UGC et Gaumont, Bull. civ. IV, n° 233, p. 182.

expansionniste dans deux autres domaines : en matière de sanctions, d'une part, et en matière préjudicielle, d'autre part. Les juges ont néanmoins fait preuve de réalisme. Ils n'avaient pas exigé de délimitation du marché pour l'appréciation de l'effet sensible, ils ont relativisé l'importance de la délimitation du marché en matière de sanction et ont reconnu que la délimitation du marché n'était pas exigée lorsqu'elle n'était pas nécessaire pour établir l'existence d'une restriction de concurrence. Ce pragmatisme louable ne signifie toutefois pas que la fonction du marché dans le raisonnement d'ensemble menant à la qualification de restriction de concurrence ou d'abus de position dominante ait été clarifiée. À cet égard, on peut en effet constater certains flottements.

2. Les flottements dans la fonction du marché dans le raisonnement d'ensemble des juges

527. Les développements qui suivent ont pour but de montrer, par quelques exemples, que la fonction du marché dans le raisonnement d'ensemble suivi par les juges pour motiver la qualification de restriction de concurrence ou d'abus n'est pas toujours nettement définie[1]. Il convient de souligner une nouvelle fois que les textes ne donnaient aucune indication utile aux juges. En effet, une lecture des textes détachée de toute analyse économique laisse entrevoir une certaine confusion quant à la fonction de la notion de marché dans le droit de la concurrence. Elle apparaît en effet tantôt comme un critère d'applicabilité du droit communautaire[2], tantôt comme un élément d'une règle de fond[3]. La notion paraît renvoyer tantôt à un ensemble concret de produits et à un lieu géographique, lorsqu'il est question de répartition des marchés ou d'accès au marché[4], tantôt à un mécanisme général de formation

---

[1] En ce sens aussi, mais à partir d'arguments différents de ceux qui sont développés ci-dessous, Cl. LUCAS de LEYSSAC, « Délimitation du marché pertinent et ententes », préc., p. 1656.

[2] À travers la référence à la restriction de concurrence *à l'intérieur du marché commun*. En ce sens, M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *Commentaire J. Mégret, le droit de la CE,* Vol. 4*, Concurrence,* Éditions de l'Université de Bruxelles, 2ème éd. 1997, n° 117. Sur ce point, V. aussi J. J. A. ELLIS, « L'interprétation du mot "affecter" dans l'article 85, paragraphe 1 du traité de la Communauté économique européenne par rapport aux mots "empêcher", "restreindre" ou "fausser le jeu de la concurrence" », *D.*, 1963, Chron. p. 221-228, p. 225 ; C. BELLAMY et G. CHILD, *Common Market Law of Competition*, Sweet & Maxwell, 2001, 5ème éd., n° 2-128. De même, on peut voir dans la référence de l'article L 420-2 du Code de commerce à l'exploitation abusive d'une position dominante *sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci* une règle – du reste surabondante – relative à l'applicabilité du droit français.

[3] L'article L 420-1 C. com. vise les accords qui ont « pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence *sur un marché* » (nous soulignons).

[4] L'article 81, sous c), CE mentionne comme exemple d'accords prohibés ceux qui ont pour objet de « répartir les *marchés* ou les sources d'approvisionnement » (nous soulignons). De même, l'article L 420-1 1° vise les actions concertées lorsqu'elles tendent à « limiter l'accès au *marché* » et le 4° du même article [lorsqu'elles tendent à] « répartir les *marchés* ».

des prix, lorsqu'il est question de la fixation des prix « par le libre jeu du marché »[1]. Le flottement est donc excusable. Il n'en est pas moins réel. Ainsi, le marché est souvent présenté comme un *préalable* à l'analyse concurrentielle[2]. Cependant, plusieurs auteurs ont remarqué, et certains arrêts l'attestent, que le marché n'était pas réellement un préalable[3]. D'autres ont fait valoir qu'il ne pouvait pas l'être, du moins dans la perspective d'un raisonnement économique qui identifie marché et pouvoir de marché[4]. On se limitera à deux illustrations de raisonnements dans lesquels le marché est invoqué mais n'a aucune fonction réelle. Le premier exemple concerne l'appréciation d'une entente, le second un abus de position dominante. Dans les deux cas, les juges auraient pu formuler le raisonnement qu'ils ont suivi sans se référer au marché.

528. **Inutilité du marché en matière d'ententes.** L'inutilité substantielle de la délimitation du marché en matière d'ententes est attestée par le raisonnement suivi dans certains arrêts, lequel est plus proche du raisonnement économique qu'on pourrait le croire. Pour l'apercevoir, il convient de préciser les relations entre trois termes du raisonnement : le comportement, le marché et l'effet du comportement. Dans le raisonnement juridique, tel qu'il est habituellement présenté, le marché doit être défini pour apprécier l'effet causé par le comportement. Si le marché est défini à partir du comportement, le raisonnement devient circulaire. Or, un tel raisonnement est admis. Ainsi, la Cour de justice a jugé que le Tribunal de première instance n'avait pas commis d'erreur de droit en délimitant le marché géographique comme un marché national dès lors que la pratique en cause (échange d'informations sur les immatriculations de tracteurs au Royaume-Uni) était limitée au territoire national[5]. Cela revient à définir le marché géographique à partir du comportement en

---

[1] L'article L 420-1 2° fait référence à la fixation des prix « par le libre jeu du marché ».

[2] V. p.e. Arrêt du Tribunal du 6 juillet 2000, Volkswagen/Commission, T-62/98, Rec. p. II-2707, point 230 ; Rapport annuel de la Cour de cassation 2001, p. 415-6 (obs. sous Cass. com. 22 mai 2001, Bull. civ. IV, n° 97). Cette place liminaire dans le raisonnement était celle du droit allemand. En ce sens, M. WAELBROECK, « La notion d'entreprise(s) en position dominante et les méthodes de contrôle en droit comparé », *in* J. A. VAN DAMME (éd.), *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Semaine de Bruges 1977, De Tempel, Bruges, 1977, pp. 110-138, pp. 126-130, qui note que le marché avait aussi un rôle liminaire en droit américain.

[3] P. HOET, « Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire : sur la surestimation du "marché en cause" dans la détermination de la position dominante de l'article 86 CEE », *RMC*, 1989, n° 325, pp. 135-157, spéc. p. 148. C. FAVRE, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, préc., p. 1664. Pour une illustration d'analyse des facteurs de position dominante au stade de la délimitation du marché, V. l'arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359, points 40 à 44.

[4] Déjà en ce sens, R. JOLIET, « Monopolisation et abus de position dominante. Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome », *RTD Eur.* 1969, pp. 646-696, spéc. pp. 649-650.

[5] Arrêt de la Cour du 28 mai 1998, New Holland Ford/Commission, C-8/95 P, Rec p. I-3198, point 83.

cause. Une telle manière de procéder a pour effet de présumer l'effet de ce comportement. Pour l'apercevoir, imaginons que les agriculteurs britanniques aient acheté des tracteurs à l'étranger. Dans cette hypothèse, le fait que les vendeurs de tracteurs situés sur le territoire national s'échangent des informations sur leurs ventes respectives de manière à coordonner leur action n'aurait pas eu d'effet pour les acheteurs. Dès lors, restreindre l'examen au territoire où la pratique était observée aurait conduit à négliger un facteur important pour l'appréciation de l'effet réel du comportement. Sans doute cette hypothèse n'était-elle pas vérifiée en l'espèce, aussi la définition du marché à partir de la pratique elle-même ne prêtait pas à conséquence. Cependant, on voit que cette manière de raisonner revient à présumer qu'aucun facteur de concurrence extérieur à la zone géographique n'est pertinent[1]. Le raisonnement n'est donc pas généralisable. C'est un raccourci qui ne modifie pas la conclusion dans le cas où le marché est réellement isolé, mais on ne peut pas dire que la délimitation du marché sert à apprécier l'effet réel du comportement. C'est au contraire parce que l'effet du comportement est présumé que le marché est défini comme le lieu de cet effet.

529. En réalité, les juges paraissent avoir adopté un raisonnement économique sans le dire : constatant qu'il existait une entente entre concurrents, ils en ont inféré que la concurrence était restreinte. Dans un raisonnement économique, cette inférence est justifiée, comme on l'a vu, par un postulat de rationalité : si les vendeurs nationaux de tracteurs n'avaient pas pu restreindre la concurrence en échangeant leurs informations (par exemple, parce que les agriculteurs achetaient leurs tracteurs à l'étranger), ils n'auraient pas pris la peine de mettre en place un tel mécanisme d'échange. Les économistes en concluent qu'il n'est pas nécessaire de délimiter le marché. Le raisonnement des juges paraît très proche, car l'effet est aussi inféré à partir du comportement sans passer par le marché. Cependant, pour satisfaire à une exigence formelle, le marché est défini, mais il l'est, lui aussi, à partir du comportement. Autrement dit, l'effet et le marché sont tous les deux inférés du comportement. On ne peut donc dire que le marché serve réellement à apprécier l'effet du comportement. Le marché apparaît alors comme un préalable alors qu'il est une conséquence. Sa délimitation est exigée, mais elle est inutile. Il en va de même pour toute une catégorie d'abus de position dominante.

[1] C'est pour compenser un semblable défaut de raisonnement qu'il arrive aux juges d'admettre une délimitation du marché, puis, dans un second temps, de prendre en considération des facteurs de concurrence extérieurs au marché défini. V. p.e. l'arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/0 Rec. p. II-4381, point 150. Cela montre que la délimitation du marché ne suffit pas à définir le cadre pertinent pour apprécier l'effet de la pratique.

530. **Abus *per se.*** En ce qui concerne les abus de position dominante, la délimitation du marché sur lequel a lieu l'abus est inutile lorsque le comportement est interdit en lui-même indépendamment de ses effets, comme c'est le cas pour les rabais de fidélité ou les ventes liées[1]. Considérer ces pratiques comme des abus *per se* est certainement critiquable d'un point de vue économique mais, aussi longtemps que cette interprétation de l'article 82 CE prévaudra, il convient de souligner que la délimitation du marché n'apporte rien à l'analyse, puisque celle-ci ne dépend précisément pas de l'effet du comportement. Tel est également le cas dans certains arrêts sanctionnant une pratique discriminatoire au titre de l'abus de position dominante.

531. **Exemple d'inutilité du marché.** Pour apprécier le caractère discriminatoire d'une pratique, deux questions se posent. Le juge se demande, en premier lieu, s'il y a eu une différence de traitement puis, en second lieu, à supposer que la réponse à la première question soit affirmative, si les partenaires traités différemment se trouvaient dans une situation comparable. Or, aucune de ces deux questions n'est directement liée à l'appréciation d'un pouvoir de marché. Le schéma de raisonnement est en effet le même pour toute pratique discriminatoire, qu'il s'agisse d'un abus de position dominante ou, par exemple, en dehors du droit de la concurrence, de la discrimination entre clients à l'entrée d'une discothèque. Pourtant, s'agissant d'abus de position dominante, la notion de marché intervient dans l'appréciation de la discrimination. Un arrêt de la Cour de cassation illustre la superposition de la notion de marché et du schéma de raisonnement juridique à propos de la discrimination[2]. L'affaire concernait précisément des discothèques. En l'espèce, celles-ci n'étaient pas accusées de discrimination. Elles se plaignaient au contraire d'être victimes d'un traitement discriminatoire de la part de la SACEM. Cet organisme de gestion collective des droits d'auteurs leur imposait en effet une redevance proportionnelle à leur chiffre d'affaires, alors que les bars à ambiance musicale pouvaient s'acquitter d'une redevance forfaitaire. Il n'était pas contesté que la SACEM occupait une position dominante sur le marché de la gestion collective des droits de diffusion publique. La question consistait donc uniquement à déterminer si la pratique constituait un abus.

532. La Cour de cassation y répond en tenant le raisonnement suivant : pour qu'il y ait abus, il faut une restriction de concurrence sur *un* marché qui peut être soit le marché dominé,

---

[1] *Supra* n° 420.

[2] Cass. com. 10 décembre 2003, Bull. IV, n° 202, p. 224 ; Cass. com., 7 janvier 2004, 4D e.a c. SACEM e.a., Bull. IV n° 3, p. 2.

soit un autre marché. En conséquence, l'examen porte sur la possibilité que le comportement produise des effets sur un marché aval. En l'espèce, cette possibilité est écartée au motif qu'il n'y a pas *un* mais *deux* marchés avals, celui des discothèques, d'une part, et celui des bars à ambiance musicale, d'autre part. Dès lors, la pratique, qui consiste précisément en un traitement distinct des entreprises agissant sur chacun de ces deux marchés, ne pouvait fausser la concurrence. La logique est imparable. Si, réellement, les discothèques ne sont pas en concurrence avec les bars à ambiance musicale, mais seulement avec les autres discothèques, la concurrence entre discothèques n'est pas faussée du fait de la pratique, puisque toutes sont traitées de manière identique. Le raisonnement se tient, mais il porte sur l'égalité de traitement entre concurrents, pas sur le pouvoir de marché. C'est en réalité une question de loyauté dans la concurrence entre bars et discothèques, pas de restriction de concurrence au profit de l'entreprise en position dominante[1].

533. Dans cet arrêt, la référence à deux marchés sert à justifier l'appréciation de la Cour d'appel selon laquelle la situation des discothèques et celle des bars n'étaient pas comparables. La notion de marché n'est pas employée au sens propre, mais comme critère d'appréciation de la notion juridique de situation comparable. En réalité, le critère est formel. Il ne donne pas lieu à une appréciation autonome[2]. La référence au marché est rhétorique et pare la décision d'une apparence de raisonnement économique, alors que c'est bien un raisonnement juridique autonome qui est mené. Ce qui pose problème dans cet usage du terme de marché, c'est qu'il invite à des contestations sur sa délimitation alors même qu'elle est en réalité sans objet pour la solution. Au fond, les juges se compliquent la tâche en s'obligeant à connaître de contestations complexes et techniques alors qu'il serait plus simple de dire clairement que c'est la loyauté de la concurrence qui est en cause dans l'examen des pratiques discriminatoires. Un changement d'approche serait possible[3]. On pourrait considérer que les conditions discriminatoires ne sont abusives que lorsqu'elles visent à accroître ou à étendre le pouvoir de marché d'une entreprise en position dominante. Ce serait là un tout autre raisonnement, dans lequel l'appréciation du pouvoir de marché et, partant, la délimitation du

---

[1] En termes économiques, il s'agit de la distinction entre *primary line injury* (dommage aux concurrents de l'entreprise dominante) et *secondary line injury* (conséquences du comportement sur les relations entre concurrents sur un marché où l'entreprise dominante n'est pas active). Tel était le cas en l'espèce, puisque la SACEM n'exploite ni discothèques ni bars à ambiance musicale.

[2] La question de savoir si les clients de discothèques se reportent vers les bars à ambiance musicale en cas de hausse des tarifs des discothèques n'est pas soulevée.

[3] Il est envisagé dans le document de travail de la Commission sur l'article 82 CE. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuse*, préc., qui ne traite cependant pas des pratiques discriminatoires.

marché auraient un sens. Cependant, aussi longtemps qu'un tel schéma de raisonnement ne sera pas adopté, le marché ne jouera aucun rôle propre dans l'appréciation de la discrimination.

534. **Conclusion du 2.** Les exemples qui viennent d'être analysés illustrent les flottements relatifs au rôle du marché dans le raisonnement d'ensemble menant à la qualification de restriction de concurrence ou d'abus. Le marché est formellement délimité, comme s'il était un élément de la qualification, alors même que la notion de marché ne joue aucun rôle réel dans la qualification retenue. Il est évident qu'exiger une délimitation rigoureuse du marché pour un tel emploi de la notion heurte le sens commun.

535. **Conclusion du B.** La délimitation du marché continue d'être très largement exigée et pratiquée. Le juge a, certes, admis des tempéraments bienvenus à cette exigence générale. Ainsi, il a été reconnu que le marché n'avait pas à être délimité lorsque la restriction de concurrence peut être caractérisée indépendamment de cette délimitation. Pour autant, toutes les conséquences de cette solution n'ont pas été tirées. Ainsi, la délimitation du marché peut être exigée aux fins de l'appréciation de la sanction. Elle semble l'être aussi dans les décisions de renvoi préjudiciel en matière de concurrence. L'absence de conception claire de la délimitation du marché transparaît également à travers des exemples de raisonnements qui se réfèrent explicitement au marché alors que la notion ne joue aucun rôle véritable dans la qualification juridique des faits. Ces solutions ne sont pas satisfaisantes. En effet, la délimitation rigoureuse du marché est un exercice particulièrement complexe. Une exigence trop générale sur ce point n'est tolérable en pratique que si elle est contournée par une définition sans rigueur du marché. Or, s'agissant précisément de la méthode de délimitation du marché, les juges ont progressivement accueilli un raisonnement économique de plus en plus élaboré. C'est ce que les développements qui suivent illustrent. Leur enjeu est d'ores et déjà clair : il faudra mettre en cohérence le raisonnement économique dans la délimitation du marché et le rôle de ce dernier dans la qualification de restriction de concurrence ou d'abus.

C. Le raisonnement économique progressivement accueilli dans la méthode de délimitation du marché

536. On vient de voir à quel point la question de savoir *pourquoi* délimiter le marché n'avait pas été pleinement clarifiée en jurisprudence. En revanche, la question de savoir *comment* délimiter le marché a fait l'objet d'une évolution très importante. À l'analyse économique initialement incomplète du marché (2) a succédé l'adoption d'un authentique

raisonnement économique (3). Il faut toutefois commencer par préciser que, du point de vue du juge, il existe des hypothèses dans lesquelles l'analyse économique du marché est superflue (1).

1. Les hypothèses dans lesquelles l'analyse économique du marché est superflue

537. Pour délimiter le marché, une appréciation économique est en principe indispensable. Cela a été admis notamment par le juge communautaire[1]. Il est cependant possible d'identifier trois hypothèses dans lesquelles une analyse économique approfondie n'est pas nécessaire. La première correspond au cas où, quels que soient les doutes concevables sur les contours du marché, sa délimitation n'est pas contestée. La seconde hypothèse correspond au cas spécifique des marchés publics. La troisième correspond à la possibilité de constater l'existence d'une concurrence suffisante.

538. **Définition constante entre les parties.** Le juge tranche les litiges[2]. Il « doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé »[3]. Cette obligation de respecter le principe dispositif est ce qui distingue en propre le raisonnement du juge[4]. Ce principe s'applique évidemment à la délimitation du marché. Lorsque celle-ci n'est pas contestée, le juge n'a pas à entreprendre une analyse du marché. Or, l'absence de contestation sur la délimitation du marché est assez fréquente en matière de cartels, où l'essentiel du contentieux porte sur le montant de l'amende[5]. C'est là un facteur qui peut expliquer que nombre d'arrêts procèdent à une définition laconique du marché. Le marché y est évoqué au

---

[1] Arrêts du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak II, T-83/91, Rec. p. II-755, points 63 et 91. « La définition du marché géographique relève donc, tout comme celle du marché des produits, d'une appréciation économique » (point 91).

[2] J. NORMAND, *Le juge et le litige*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 65, Paris, 1965, préf. R. PERROT.

[3] Art. 5 NCPC. L'interdiction de statuer *ultra petita* ne concerne pas seulement le juge civil, mais tout juge. Sur l'applicabilité de ce principe au juge administratif, V. p.e. J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 21ème éd., 2006, n° 669, p. 582. Sur l'application du principe de *l'ultra petita* devant la Cour de justice, V. arrêt du 15 juin 2006, Commission/France, C-255/04, non encore publié au Recueil, point 24. Pour un exemple de contrôle de la Cour sur la question de savoir si le Tribunal a statué *ultra petita* dans une affaire de concurrence, V. l'arrêt de la Cour du 2 octobre 2003, Salzgitter/Commission, C-182/99 P, Rec. p. I-10761, points 96 et s. *Adde :* conclusions de l'avocat général Colomer sour l'arrêt de la Cour du 11 février 2003, Aalborg Portland/Commission, C-204/00 P, Rec. p. I-123, point 75. Il arrive cependant que le juge communautaire, lorsqu'il exerce une compétence de pleine juridiction, s'écarte de l'objet de la demande. V. sur ce point *Commentaire Mégret*, préc., n° 497. Ainsi a-t-il été jugé, en matière de fonction publique communautaire, que, lorsqu'il dispose d'une compétence de pleine juridiction, le juge communautaire peut allouer une indemnité qui n'était pas demandée. Arrêt de la Cour du 5 juin 1980, Oberthür/Commission, 24/79, Rec. p. 1743, point 14.

[4] F. RIGAUX, *La nature du contrôle de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966, n° 32, p. 47.

[5] En ce sens, C. FAVRE, *in Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, préc., p. 1663.

titre d'une description du contexte de la pratique, mais aucun raisonnement – économique ou autre – n'est mené, car tel n'est pas l'objet du litige. Dans l'hypothèse d'une contestation partielle sur la délimitation du marché, le raisonnement économique redevient pertinent pour le juge. Si, par exemple, la contestation ne porte que sur la possibilité pour une entreprise de discriminer entre différents groupes de consommateurs, seules les preuves relatives à cette prétention seront exigées, mais un raisonnement économique d'ensemble sera néanmoins nécessaire pour tirer les conséquences des éléments de preuve produits par les parties. En effet, seul un raisonnement d'ensemble permet de considérer que, si la preuve de la possibilité de discriminer n'est pas rapportée, il en résulte que le marché doit être défini largement[1]. Le raisonnement économique est donc superflu seulement dans l'hypothèse d'une absence totale de contestation sur la délimitation du marché.

539. **Marchés publics**. Le cas des marchés publics constitue une autre hypothèse dans laquelle le juge pourra se passer d'une analyse économique. Cette solution résulte de la jurisprudence. La Cour de cassation admet en effet qu'un marché public, tel que circonscrit par un appel d'offres, constitue un marché pertinent[2]. Cette solution doit être approuvée. Elle est parfaitement compatible avec la définition du marché comme ensemble de produits sur lequel il serait rentable de détenir un monopole. En effet, si une entreprise était la seule à offrir les biens ou services qui font l'objet du marché public, elle serait en mesure d'exploiter l'adjudicateur. La délimitation juridique des contours du marché par l'appel d'offres répond à la question économique pertinente dans le cas d'espèce et rend donc superflue une analyse plus complexe.

540. **Constat d'une concurrence suffisante.** La troisième hypothèse dans laquelle le juge n'a pas à envisager une analyse économique détaillée concerne les cas où il est possible d'exclure l'existence d'une restriction de concurrence sans qu'il soit nécessaire de délimiter précisément les contours du marché. Un exemple de ce raisonnement a été examiné dans la présentation de l'arrêt *Métropole*[3]. Dans cette affaire, la Commission avait estimé et le Tribunal avait admis que, même en considérant que le marché pertinent était le plus étroit de

---

[1] *Supra* n° 531.

[2] Par exemple, Cass. com. 13 juillet 2004, DTP Terrassement e.a. (marchés de grands travaux dans le génie civil), BOCCRF n° 9, du 8 novembre 2004. Cass. com. 21 juin 1994, Bull. civ. IV, n° 234. Pour une superposition de cette solution avec un syllogisme fondé sur la définition du marché comme lieu de rencontre de l'offre et de la demande, V. Cass. com. 8 décembre 1992, Bull. civ. IV, n° 404, p. 283.

[3] Arrêt du Tribunal du 8 octobre 2002, Métropole télévision (M6) e.a./Commission, T-185/00, T-216/00, T-299/00 et T-300/00, Rec., p. II-3805 mentionné *supra* n° 524.

tous les marchés *a priori* envisageables, l'accord en cause n'aurait pas eu pour effet d'y restreindre la concurrence[1]. Dès lors, il n'était pas nécessaire de délimiter précisément le marché pour apprécier la conformité de l'accord à l'article 81 CE. L'identification d'une concurrence suffisante sur un marché étroit suffisait à garantir que, même si le marché devait être plus largement défini, il engloberait, si l'on peut dire, un cœur concurrentiel.

541. Le même raisonnement semble admis par la Cour de cassation[2]. Il est aussi exposé dans les lignes directrices sur la définition du marché[3]. La Commission y précise que, lorsqu'elle cherche à définir le marché d'un produit A et qu'elle constate qu'il suffirait d'y inclure un produit B pour que tout problème de concurrence disparaisse, il suffit de se demander si le produit B appartient effectivement au marché de A. Si la réponse est affirmative, il n'est pas nécessaire de se demander si d'autres produits encore appartiennent à ce marché. On peut dire que la délimitation approximative du marché suffit[4]. Cependant, en toute rigueur, si l'on adopte la définition économique du marché (ensemble de biens sur lequel il est rentable de détenir un monopole), il convient de dire que l'on ne définit pas le marché. En effet, l'examen du marché débute selon la méthode du monopole hypothétique, mais s'arrête en cours de route avant que l'on ait identifié le lieu d'un pouvoir de marché. C'est précisément la possibilité d'exclure l'existence d'un pouvoir de marché dans le chef des entreprises en cause qui rend superflue la délimitation du marché.

542. On peut conclure de ces développements qu'il est des hypothèses dans lesquelles la délimitation du marché, si on la suppose indispensable à la qualification de restriction de concurrence, ne nécessite en tout état de cause pas une analyse économique détaillée. Il faut maintenant envisager l'hypothèse inverse, dans laquelle une analyse économique est nécessaire. Bien que la nécessité de principe d'une analyse économique ait été très tôt reconnue par la jurisprudence, l'analyse des juges est longtemps restée incomplète.

---

[1] *Métropole*, préc., point 57.

[2] Cass. com. 22 octobre 2002, Vidal, Bull. civ. IV, n° 148, p. 169 : « la disparition du salon "assure-expo" ne pouvait affecter de manière significative un marché de la distribution des produits d'assurance *à supposer établie l'existence d'un tel marché* » (nous soulignons).

[3] Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE, n° C 372, du 9 décembre 1997, pp. 5-13, point 27.

[4] M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 97, p. 93.

2. L'analyse initialement incomplète du marché

543. La définition du marché donnée par les juridictions se réfère à la substituabilité, mais leur appréciation de cette notion n'a pas toujours coïncidé avec une approche économique. D'un point de vue économique, un produit B représente une contrainte de concurrence pour un produit A, en raison de leur substituabilité du point de vue de la demande, si, lorsque le prix du bien A augmente, la demande du bien B augmente[1]. Comme on l'a vu, le critère de la substituabilité entre deux produits réside dans la réaction des acheteurs à une variation de prix. Initialement, ce n'est pourtant pas sur cette question que l'attention des juges s'est portée. Elle s'est focalisée sur les caractéristiques intrinsèques des produits. Cela a eu pour effet d'évincer le raisonnement économique de la délimitation du marché (a), alors même qu'un raisonnement économique était parallèlement ébauché (b).

a) Le raisonnement économique évincé par l'attention exclusive portée aux caractéristiques des produits

544. **La nature des bananes.** Dans l'arrêt *United Brands*, on l'a vu, la définition fonctionnelle de la notion de marché posée par la Cour pouvait faire penser qu'elle adopterait un raisonnement économique[2]. La référence à la substituabilité des produits paraissait aussi annoncer une approche économique[3]. Le raisonnement mené dans l'arrêt le dément pourtant. En l'espèce, la requérante reprochait à la Commission d'avoir limité le marché pertinent aux bananes au lieu de situer son analyse sur le marché plus large des fruits frais. Elle invoquait des données relatives aux variations de prix et de quantités achetées de différents fruits au cours de l'année, d'où elle déduisait que les oranges et les pommes étaient substituables aux bananes du point de vue de la demande[4]. L'existence d'une sensibilité saisonnière de la demande aux prix n'était pas contestée[5]. La Cour a néanmoins approuvé la Commission d'avoir considéré ces données comme non probantes. Pour justifier la solution, elle esquisse un motif économique en exposant que les données ne permettaient pas d'établir une élasticité

---

[1] *Supra* n° 447.

[2] *Supra* n° 488.

[3] *United Brands*, préc., point 28.

[4] *United Brands*, préc., points 12-18

[5] *United Brands*, préc., point 33 : « s'il n'est pas niable que pendant ces mois et durant quelques semaines en fin d'année, ce produit subit la concurrence des autres fruits, sa flexibilité d'adaptation en volume d'importation et de commercialisation sur le marché géographique en cause fait que les conditions de concurrence sont extrêmement réduites et que son prix se conforme sans difficultés majeures à cette situation d'abondance ».

croisée de la demande suffisamment importante *tout au long de l'année*[1]. C'était assurément adopter un critère économique de la délimitation du marché[2], mais pourquoi exiger que les fruits soient substituables tout au long de l'année ? C'est que, fondamentalement, le raisonnement qui sous-tend ce motif n'est pas économique. C'est sur la base des seules caractéristiques des bananes que la Cour retient leur caractère non-substituable aux autres fruits[3]. Les caractéristiques de la banane, décrites d'après l'expérience commune[4], sont censées être déterminantes pour les consommateurs[5]. Cette manière de raisonner évince doublement le raisonnement économique : d'une part, le juge ne mène pas un raisonnement à la marge et, d'autre part, la possibilité de discrimination n'est pas examinée.

545. **Absence de raisonnement à la marge**[6]. On se souvient que, d'un point de vue économique, les préférences différenciées de certains consommateurs n'ont d'importance pour l'analyse du marché que si ces consommateurs sont assez nombreux pour rendre une hausse de prix non rentable[7]. L'économiste ne se demande pas si *l'ensemble* des consommateurs réagirait à l'augmentation du prix d'un bien en choisissant un autre bien, mais

---

[1] *United Brands*, préc., point 27.

[2] Sur ce critère et sa faible utilité réelle, V. s*upra* n° 450.

[3] *United Brands*, préc., point 22 : « attendu que la banane pour être considérée comme constituant l'objet d'un marché suffisamment distinct doit pouvoir être individualisée par ses caractéristiques particulières la différenciant des autres fruits frais au point qu'elle soit peu interchangeable avec eux et ne subisse leur concurrence que d'une manière peu sensible ».

[4] Comme le notent P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 639, p. 530, « la Cour a *inventé* l'image que les consommateurs se faisaient de la banane plus qu'elle ne l'a *prouvée* ».

[5] Sur les origines allemandes de cette méthode abstraite d'appréciation de la substituabilité par référence à un consommateur-type, D. HILDEBRAND, *op. cit.,* p. 282.

[6] L'expression « raisonnement à la marge » est employée ici au sens où elle est utilisée par le Tribunal dans son arrêt du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585, point 32. Le sens n'est pas exactement identique à celui qui a été vu plus haut lors de l'analyse des caractéristiques du raisonnement économique (*supra* n° 216 et s.). Les deux sens sont néanmoins liés. Les économistes parlent de raisonnement à la marge pour désigner le fait d'envisager les effets de la variation très faible d'une variable sur d'autres variables. En ce qui concerne la délimitation du marché, le test du monopole hypothétique procède d'un raisonnement à la marge (à ceci près que la variation de prix envisagée n'est pas très faible, mais « faible mais significative »). Le raisonnement consiste à envisager l'effet d'une telle variation sur la demande. À son tour, cet effet dépend des préférences des consommateurs. Or, lorsque les préférences de tous les consommateurs ne sont pas identiques, la question de savoir combien d'entre eux vont se détourner du produit en cas de hausse des prix devient essentielle. Ce sont ces consommateurs que l'on appelle « marginaux ». Lorsque le juge communautaire parle de la « marge » (*Airtours*, préc., point cité), c'est à ces consommateurs qu'il se réfère. Le raisonnement est donc bien un raisonnement économique « à la marge ». Il y a seulement une variation sémantique : « la marge » ne désigne pas la hausse marginale de prix, mais le groupe de consommateurs qui la rend non rentable.

[7] *Supra* n° 466 et n° 483. Ainsi que l'explique L. C. MAISEL, « Submarket in Merger and Monopolization Cases », *Georgetown Law Journal*, 1983, pp. 39-71, p. 64, « [c]ela n'a aucune importance qu'un groupe particulier de consommateurs n'ait pas la possibilité de se tourner vers des produits substituables dès lors qu'un nombre substantiel d'autres consommateurs sont en mesure de le faire » (nous traduisons). Cp. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 630, p. 525, qui considèrent que « le marché pertinent suppose une homogénéité de la clientèle ».

si certains consommateurs, dits marginaux, le feraient. Ce n'est que si cette « marge » de consommateurs peu fidèles est suffisamment importante qu'elle est pertinente. Dans l'arrêt *United Brands*, ce raisonnement n'est pas exactement ignoré, mais il est évité. La Cour se réfère en effet à « *une grande masse* de consommateurs qui a un besoin constant de bananes »[1]. Cependant, la Cour elle-même soutient que cette « masse », composée des consommateurs, jeunes et vieux, ayant des difficultés à éplucher ou à mâcher, est « grande ». Rien dans les motifs de l'arrêt ne suggère que son importance réelle, qui n'a pas été discutée dans la décision de la Commission, l'ait été davantage devant le juge[2]. Le raisonnement à la marge fait donc défaut[3].

546. Ce trait n'est pas propre à l'arrêt *United Brands.* Le raisonnement à la marge a longtemps été dédaigné par les autorités de concurrence[4] comme par les juges. L'arrêt *Hoffmann-La Roche*[5] en fournit un autre exemple. Cette fois, le défaut de raisonnement ne concerne pas les consommateurs marginaux, mais la substituabilité à la marge. La Cour a jugé à propos de l'appréciation de la substituabilité entre produits que « la notion de marché (…) implique (…) qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie,

---

[1] Arrêt du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76. Rec. p. 207, points 31-35.

[2] B. HAWK, « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne ? », *RTD Eur*, vol. 25, n° 1, janvier-mars 1989, pp. 5-44, note 118, p. 39. L'auteur signale qu'aucune enquête n'a été faite quant au pourcentage de bananes achetées par ces groupes.

[3] V. KORAH, « Concept of Dominant Position within the meaning of Article 86 », *CMLR*, 1980, pp. 395-414, spéc. p. 398 et p. 404.

[4] Dans sa décision Volvo/Scania, COMP/M.1672, JOCE C 277 du 30 septembre 1999, p. 4, la Commission a considéré que les camions de plus de 18 tonnes et les camions de moins de 18 tonnes n'étaient pas substituables en raison de leurs usages différents, mais elle n'a pas examiné la question de savoir s'ils l'étaient pour certains consommateurs, ni si ces consommateurs étaient assez nombreux pour que la substituabilité représente une contrainte de concurrence. Obs. crit, S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.48. Le même raisonnement global se retrouve à propos de la substituabilité du côté de l'offre. Ainsi, dans sa décision Mercedes-Benz/Kässbohrer, IV/M.477 (1995) JOCE L211/1, point 22, la Commission analyse de manière détaillée la substituabilité de l'offre entre différentes catégories d'autobus. Celle-ci est jugée forte, mais elle n'a qu'un impact limité sur la définition du marché, au motif qu'il demeurerait des lacunes dans la substituabilité si un marché général des bus était défini. Ce raisonnement est critiqué par A. J. PADILLA, *op. cit.,* pp. 40-41. Cet auteur considère qu'en l'occurrence, la Commission avait établi une substituabilité « quasi universelle » de l'offre. Elle aurait dû agréger les marchés des différents types de bus en un marché général des bus. Le Conseil de la concurrence a admis de manière similaire que l'existence de différentes catégories de consommateurs pour lesquels les produits examinés étaient inégalement substituables imposait la distinction de plusieurs marchés sans toutefois analyser l'impact de la demande des consommateurs marginaux sur la demande totale qui s'adresse à l'entreprise. Par exemple, avis n° 94-A-17 du 17 mai 1994, BOCCRF n° 10, du 24 juin 1994, p. 231 (considérant que, la margarine n'étant pas substituable au beurre pour certains usages des professionnels de la restauration, elle appartient à un marché différent). La Commission a néanmoins évoqué dans sa Communication sur la définition du marché, préc., points 57-58, la possibilité de tenir compte des « chaînes de substituts », ouvrant ainsi la voie à la définition de marchés dans lesquels chaque produit n'est pas substituable avec tous, mais de proche en proche, avec quelques-uns d'entre eux. À cet égard, D. HILDEBRAND, *op. cit.,* p. 303, observe qu'il convient, pour éviter d'élargir à l'excès les marchés, d'exiger des preuves solides d'interdépendance des prix aux deux extrêmes de la chaîne.

[5] Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461.

ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité (…) entre *tous* les produits qui font partie d'un même marché »[1]. La Cour exige donc une substituabilité de chaque produit avec tous[2] et non une substituabilité de proche en proche des différents produits agrégés en un marché, comme dans le raisonnement itératif qui caractérise l'approche économique. Ce faisant, elle raisonne globalement et non à la marge. La conception jurisprudentielle de la substituabilité est donc plus exigeante que celle à laquelle conduit un raisonnement économique et aboutit à des marchés plus étroits[3]. Un second élément de raisonnement économique, complémentaire du raisonnement à la marge, a longtemps été négligé. Il s'agit de l'analyse des possibilités de discrimination.

547. **Absence d'analyse des possibilités de discrimination**. Le raisonnement examiné à propos des consommateurs « marginaux » doit être complété. Pour l'apercevoir, il suffit d'envisager l'hypothèse dans laquelle les consommateurs qui réagiraient à une hausse de prix en se tournant vers d'autres produits sont assez nombreux pour qu'une telle hausse ne soit pas rentable. L'effet de discipline qu'exerce ce groupe de consommateurs sur les prix serait en partie neutralisé si l'entreprise avait la possibilité de distinguer entre les différentes catégories de consommateurs : elle pourrait offrir des prix plus bas aux consommateurs les moins fidèles tout en pratiquant des prix élevés à l'égard des consommateurs fidèles. Dès lors, il ne suffit pas de se demander quelle est l'importance respective des différents groupes de consommateurs. Il faut aussi se demander si l'entreprise aurait la possibilité de pratiquer une discrimination entre ces différents groupes[4]. Dans l'arrêt *United Brands*, cette question est totalement ignorée. Pas davantage que sur l'importance de la « marge », la Cour ne s'est interrogée sur la possibilité, pour les vendeurs de bananes, d'appliquer des conditions de prix différentes aux consommateurs supposés moins sensibles au prix que les autres. Si une telle discrimination avait été possible, il aurait été justifié de prendre en considération les préférences particulières de certains consommateurs pour les bananes, car ils n'auraient pas été protégés contre une hausse des prix par la masse des consommateurs amateurs de fruits

---

[1] *Hoffmann-La Roche*, préc., point 28 (nous soulignons).

[2] La même exigence apparaît au point 28 de l'arrêt *United Brands :* « il résulte des études sur le marché de la banane versées au dossier que celui-ci ne comporte pas d'élasticité croisée significative à long terme, pas plus, comme il a été dit, de substituabilité saisonnière de façon généralisée entre la banane et *tous* les fruits saisonniers, mais seulement entre elle et deux fruits (pêche et raisin de table) et dans un pays (Allemagne) du marché géographique en cause » (nous soulignons).

[3] Dans cette affaire, ce raisonnement avait conduit la Cour à valider la définition du marché proposée par la Commission qui distinguait treize marchés correspondant aux différents groupes de vitamines.

[4] Sur ce raisonnement, V. *supra* n° 466. Sur la discrimination, V. *supra* n° 232 et s.

variés[1]. C'est donc un deuxième élément de raisonnement économique, l'analyse de la possibilité de discrimination, qui est omis.

548. **Droit français.** L'arrêt *United Brands* est emblématique de l'approche dogmatique des préférences des consommateurs, mais il est très loin d'en être le seul témoignage. Les exemples abondent dans les décisions des autorités de concurrence[2] comme dans les arrêts français. La Cour de cassation a très tôt jugé qu'il était nécessaire, aux fins de délimiter le marché, d'établir le caractère substituable des produits en cause[3]. Elle a énoncé avec force, dans l'arrêt *France Loisirs*, que toute autre considération était dépourvue de pertinence[4]. En revanche, elle s'est abstenue pendant longtemps de préciser *comment* il convenait d'évaluer la substituabilité. Certes, la Cour de cassation exigeait une référence à des « éléments objectifs »[5], mais l'objectivité ne garantit pas un raisonnement économique. Sans vouloir accabler les juges pour des erreurs de raisonnement aujourd'hui révolues, il faut illustrer cette affirmation par un exemple. Dans un arrêt concernant les producteurs de Cantal[6], la Cour de cassation avait admis qu'était suffisamment motivé l'arrêt de la Cour d'appel qui, pour définir le marché, retenait que « le goût du Cantal se distinguait nettement des autres fromages à pâte

---

[1] Comme le note le professeur KORAH à propos de l'arrêt *United Brands*, les personnes dépourvues de dents sont suffisamment protégées par l'impossibilité des vendeurs de bananes de pratiquer des prix discriminatoires à leur égard. V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law* (7ème éd., 2000), p. 84. Le juge Posner explique ce point de manière très pédagogique dans l'arrêt *United States v. Rockford Memorial Corp.*, à propos d'un exemple tout à fait analogue : « les boissons allégées vendues aux personnes diabétiques ne sont pas un marché de produits pertinent (…) parce que les fabricants ne peuvent pas séparer leurs clients diabétiques (…) et leur imposer un prix plus élevé », 898 F.2d 1278 (7th cir.), *cert. denied*, 498 U.S. 920 (1990), cité par J.A. Keyte (1995), préc. p. 740.

[2] La décision du Conseil de la concurrence 90-D-10, du 7 février 1990, Établissement André Barbol (essence de géranium « Bourbon »), B.O.C.C. 1er mars 1990, quoique plus récente, est un exemple topique. Pour la recension et la classification de nombreuses décisions de ce type, V. L BIDAUD, *op. cit.,* notamment n° 568 et s. En droit communautaire, les exemples sont nombreux aussi. V. la décision Volvo/Scania, préc. La décision Hoffmann – La Roche en est un exemple illustre dans laquelle treize marchés de vitamines avaient été distingués par la Commission. Décision de la commission du 9 juin 1976 (IV/29.020 – Vitamines), JOCE n° L 223 du 16 août 1976. J. FAULL et A. NIPKAY, *The EC Law of Competition*, OUP, 1999, n° 1.145 ; S. BISHOP et M. WALKER (2002), *op. cit.,* n° 4.49, parlent de processus arbitraire et citent à l'appui la décision Nestlé/Perrier, IV/M.190, JOCE n° L 356, du 5 décembre 1992, p. 1, dans laquelle la Commission a analysé le besoin satisfait par la consommation d'eau minérale comme celui consistant à étancher sa soif avec un liquide provenant d'une source saine (ce qui avait pour effet d'exclure les boissons sucrées), naturelle et procurant des minéraux (ce qui avait pour effet d'exclure l'eau du robinet purifiée). On notera que des éléments relatifs à l'offre sont également apportés au soutien de cette exclusion. Il demeure cependant exact que la réaction des consommateurs à une variation de prix relatifs n'est pas analysée. On ne saurait toutefois en faire grief à la Commission, puisque, l'eau purifiée n'étant pas commercialisée en France, aucune donnée ne pouvait être disponible quant au comportement de substitution en réponse à une telle variation de prix.

[3] Cass. com. 25 avril 1989, préc.

[4] Cass. com. 10 mars 1992, Bull. civ. IV, n° 111, note Ch. GAVALDA, *D.*, 1992.

[5] Cass. com. 4 mai 1993, Rocamat, BOCCRF du 10 septembre 1993, p. 259.

[6] Cass. com. 29 novembre 1999, Bull. Civ. IV, n° 358, cité par M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., note 1, p. 109.

pressée non cuite », sans qu'il soit nécessaire de « rechercher si la baisse de la consommation de ce produit s'expliquait par le report de la clientèle sur d'autres fromages ». On peut dire que le juge s'intéresse au marché « fonctionnel » et non au marché économique[1], mais, ce qui frappe surtout, c'est que la substituabilité est appréciée au regard des compétences gastronomiques du juge et non au vu du comportement des consommateurs[2]. Tant que ce mode de raisonnement a prévalu, l'attention se portait surtout sur les différents critères et combinaisons de critères de substituabilité qui avaient été admis[3]. Aucune véritable méthode pour l'analyse de la substituabilité ne se dégageait. Aucune analyse concrète de la demande n'était exigée[4]. Les différents critères admis l'ont été, qu'ils soient ou non utilisés, pour procéder à une analyse effective des comportements des consommateurs. Ainsi, la Cour de cassation a usé des mêmes formules pour considérer que la motivation était suffisante lorsque le comportement des demandeurs était analysé[5] ou lorsqu'il ne l'était pas[6].

549. Contrairement à la méthode économique dite de la révélation des préférences, qui consiste à induire les préférences des consommateurs à partir de leurs comportements, l'analyse est conduite *in abstracto* et *a priori*. Les juges semblent apprécier la substituabilité à l'aune de règles d'expérience plutôt que d'exiger des preuves[7]. L'analyse est parfois menée avec finesse dans la prise en compte des ressorts psychologiques ou pratiques qui déterminent les préférences, mais l'excès de finesse est précisément suspect, dans la mesure où la sélection des caractéristiques pertinentes des produits peut avoir un caractère *ad hoc*. Les caractéristiques jugées pertinentes pour définir le besoin dessinent en réalité les contours du marché sans que soit analysée l'incidence de données économiques. C'est pour cette raison que l'admission par le juge d'un raisonnement portant exclusivement sur les caractéristiques

---

[1] P. HOET, « Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire : sur la surestimation du "marché en cause" dans la détermination de la position dominante de l'article 86 CEE », préc., p. 143.

[2] Pour un raisonnement différent de la Cour de cassation à propos d'un autre fromage (le Roquefort), V. Cass. com. 5 décembre 2005, note S. REIFEGERSTE, *JCP (E)*, 2006, n° 1698. Sur le raisonnement retenu dans cet arrêt, V. *infra* n° 559.

[3] G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, *op. cit.*, p. 262 et s. et, pour une étude systématique, L. BIDAUD, *op. cit.*

[4] V. par exemple Cass. com. 27 mai 1997, préc., Cass. com. 12 jan 1999, Ofup, inédit titré.

[5] P.e. Cass. com. 15 juin 1999, Lilly France, Bull. civ. IV, n° 128, p. 106, jugeant suffisamment motivé l'arrêt qui expose qu'un médicament n'est pas équivalent à d'autres du point de vue des médecins prescripteurs.

[6] P.e. Cass. com. 21 octobre 1997, préc., Sablières de Guadeloupe, n° 95-20233, inédit titré, jugeant suffisamment motivé l'arrêt qui retient que le sable de mer, s'il peut servir à fabriquer du béton, n'offre pas, compte tenu de la présence de chlorure, les mêmes garanties [que le sable de carrrière] pour le matériel servant à la fabrication de parpaings, sans préciser en quoi les fabricants de parpaings sont sensibles à la présence de chlorure dans le sable.

[7] Sur la notion de règle d'expérience, V. *infra* n° 869 et s.

des produits pour fonder l'analyse de la substituabilité du côté de la demande n'est pas satisfaisante. Elle vide de sa substance la règle suivant laquelle c'est pour apprécier les contraintes de concurrence – et non pour elles-mêmes – que les caractéristiques des produits doivent être analysées. La délimitation du marché est alors instrumentalisée pour réprimer une pratique considérée *a priori* comme répréhensible[1].

550. Si l'analyse de la demande révèle l'absence de raisonnement économique, un tel raisonnement est en revanche perceptible, même dans les arrêts anciens, en ce qui concerne l'offre.

b) L'ébauche de raisonnement économique : la prise en considération de l'offre

551. **Principe.** Certains arrêts anciens témoignent d'un raisonnement économique des juges dans la délimitation du marché. Plus précisément, la Cour de justice a très tôt signalé que la substituabilité entre produits devait s'analyser aussi au regard de l'offre. C'est là une affirmation entièrement cohérente avec une approche économique du marché. La délimitation du marché doit avoir pour but de déterminer l'ensemble des contraintes qui empêchent une entreprise d'exercer un pouvoir de marché. Elle ne doit donc pas seulement prendre en considération les contraintes liées à la demande, mais aussi celles liées à l'offre[2]. En effet, une hausse des prix peut non seulement conduire la clientèle à se détourner vers d'autres produits, mais aussi inciter d'autres entreprises à proposer les biens en cause. La concurrence potentielle est un facteur de discipline, qui empêche toute augmentation durable des prix[3].

552. C'est le raisonnement mené par la Cour dans l'arrêt *Continental Can*. En effet, après avoir dit que la définition du marché servait à « apprécier les possibilités de concurrence »[4], la Cour a examiné la motivation de la décision de la Commission consacrée à la concurrence potentielle (des fabricants de boîtes métalliques rondes)[5]. Certains commentateurs ont noté

---

[1] M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., notes 1 et 2, p. 109.

[2] Cela est désormais admis : P. DIDIER et Ph DIDIER, *Droit commercial*, n° 641, p. 531. Pour leur part, M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 103, p. 100, qualifient le critère de substituabilité de l'offre de « subsidiaire » par rapport à celui de la demande. Cp. la présentation de Ch. GAVALDA, note sous Cass. com. 10 mars 1992, France Loisirs, *D.*, 1992, p. 357 : « le marché [est] caractérisé par trois facteurs : la nature même des produits ou des services offerts, la zone géographique et la clientèle desservie ».

[3] S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.*, n° 4.26.

[4] V. *supra* n° 488.

[5] *Continental Can*, préc., point 33: « la détention d'une position dominante sur le marché des emballages métalliques légers destinés aux conserves de viande et de poisson *ne saurait être décisive tant qu'il n'a pas été démontré que les concurrents dans d'autres secteurs du marché des emballages métalliques ne peuvent pas, par*

qu'elle aurait pu aller plus loin et s'attacher aussi à la motivation de l'absence de concurrence des emballages en verre et en plastique[1], comme le lui proposait l'avocat général[2]. Il demeure que l'arrêt témoigne de l'attention précoce des juges à la concurrence potentielle, manifestant à cette occasion une certaine avance sur la jurisprudence américaine[3]. L'accent mis sur la concurrence potentielle a été confirmé par l'arrêt *Michelin I*[4], dans lequel la Cour a dit pour droit que l'analyse du marché ne dépendait pas des seules caractéristiques objectives des produits, « mais devait également prendre en considération les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché »[5]. Outre l'exigence d'une mise en relation des caractéristiques des produits avec la demande, sur laquelle nous reviendrons[6], l'arrêt indique qu'il est nécessaire, pour délimiter le marché, d'analyser les caractéristiques de l'offre. Ces arrêts témoignent aussi de la rigueur du raisonnement économique des juges communautaires, dans la mesure où la prise en compte de l'offre est subordonnée à la condition de simplicité de l'adaptation de l'appareil productif[7], les coûts et les délais d'adaptation étant pris en considération[8]. Certains arrêts français attestent un raisonnement similaire. Dans l'affaire *France Loisirs*, la Cour d'appel de Paris, sur renvoi après cassation, a par exemple pris en considération, parmi d'autres éléments, la difficulté de créer de nouveaux

---

une simple adaptation, se présenter sur ce marché avec une force suffisante pour constituer un contrepoids sérieux » (nous soulignons).

[1] V. KORAH, « Concept of Dominant Position within the meaning of Article 86 », *CMLR*, 1980, pp. 395-414, spéc. p. 398, p. 401 (marché de produits) et p. 405 (marché géographique).

[2] V. KORAH, *op. cit.*, p. 402.

[3] B. HAWK, *op. cit.*, pp. 5-44, p. 38.

[4] Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461.

[5] *Michelin*, préc., point 37 **(**nous soulignons).

[6] *Infra* n° 556.

[7] *Continental Can*, préc., point 33, préc.

[8] *Michelin*, préc., point 41 : « il y a lieu de souligner (…) l'absence d'élasticité de l'offre entre les pneus pour poids lourds et les pneus de tourisme en raison des différences importantes dans les techniques de production et les installations et outillages nécessaires à cet effet. La circonstance que la modification des installations de production nécessaire pour produire des pneus légers au lieu de pneus lourds et inversement exige des *délais et des investissements considérables* a pour conséquence qu'il n'existe pas de rapports sensibles entre les deux groupes permettant de s'adapter à la situation de la demande sur le marché » (nous soulignons). Sur ce point, V. aussi arrêt de la Cour du 6 mars 1974, ICI/Commission, 6 et 7/73 points 14-15. Dans un *obiter dictum*, la Cour affirme implicitement que la concurrence d'autres procédés de fabrication ne doit être prise en compte (pour l'évaluation d'une position dominante) que s'ils sont techniquement viables et que l'adaptation de l'appareil de production est envisageable en pratique.

clubs de livres pour confirmer que les livres vendus par clubs constituaient un marché distinct[1].

553. **Le statut de l'offre dans le raisonnement.** Il convient d'observer que, si l'analyse économique ne conçoit pas l'évaluation du pouvoir de marché sans référence à la substituabilité du côté de l'offre, il n'en résulte pas pour autant, selon les économistes, qu'elle doive être prise en compte au stade de la délimitation du marché plutôt qu'au stade ultérieur de l'analyse concurrentielle[2]. Si certains auteurs recommandent de prendre en compte l'élasticité de l'offre au stade de la délimitation du marché[3], c'est surtout pour adapter le raisonnement économique à l'usage qui en est fait par les autorités de concurrence et les juridictions[4]. Les économistes partent du constat selon lequel les juges accordent une importance déterminante aux parts de marché pour apprécier la position dominante[5]. Comme ils estiment, par ailleurs, que les parts de marché sont un mauvais indicateur du pouvoir de marché si elles ne prennent pas en compte la contrainte de l'offre[6], ils en concluent qu'il est préférable de prendre en compte la production des entrants potentiels dans le calcul de la part de marché[7]. À lire certains économistes[8], les juristes apparaissent comme les habitants de la caverne de Platon. Ils regardent la part de marché, qui n'est que l'ombre déformée du pouvoir

---

[1] Paris, 11 mars 1993, *France Loisirs*, BOCCRF du 26 mars 1993, p. 104, obs. L. VOGEL, *Contrats. Conc. Conso.*, 1993, comm. n° 74. Sur ce point, V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., note 4, p. 101.

[2] J. PHILIPPE, « La mesure du marché pertinent », préc., p. 128.

[3] P.e. W. M. LANDES et R. A. POSNER, *op. cit.,* p. 944.

[4] Comme on l'a vu, la méthode du monopole hypothétique a été conçue dans cette perspective, c'est-à-dire de telle sorte que, par construction, les parts de marché soient un indicateur de pouvoir de marché. V. *supra* n° 466.

[5] B. HAWK, « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la communauté économique européenne ? », *RTD Eur*, 1989, pp. 5-44, p. 40. A. VANDENCASTEELE, « La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence ? », *in Mélanges Waelbroeck*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 1561-1587, spéc. p. 1572. Parmi de nombreux exemples, arrêt du Tribunal du 12 décembre 1999, Hilti/Commission, T-30/89, Rec. p. II-1439, point 92 ; Paris, 15 mai 2001, Institut national de la consommation, BOCCRF du 24 juin 2002, p. 382.

[6] Il y a plusieurs manières de justifier cette affirmation. V. W. M. LANDES et R. A. POSNER, préc., p. 947. Les auteurs mettent en avant le fait que la part de marché est en général un mauvais indicateur de pouvoir de marché, dans la mesure où il ne tient pas compte des deux autres variables qui déterminent ce pouvoir : l'élasticité de la demande et l'élasticité de l'offre des concurrents potentiels. En revanche, A. VANDENCASTEELE, *op. cit.*, *loc. cit.*, considère qu'« une part de marché élevée n'est pas nécessairement révélatrice d'une position dominante », parce que la détention d'une part de marché élevée peut être transitoire ou bien résulter d'un comportement concurrentiel. Ces justifications ne sont pas contradictoires.

[7] S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.29.

[8] W. M. LANDES et R. A. POSNER, *Market Power in Antitrust Cases*, *Harvard L. Rev.*, 1981, pp. 937-996, p. 944 ; S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.28.

de marché et non le concept de pouvoir de marché lui-même[1]. C'est pourquoi les juges considèreraient, à tort selon les économistes, qu'une très forte part de marché est difficilement compatible avec l'absence de pouvoir de marché. Faute de pouvoir les faire accéder à cette vérité économique, il conviendrait, pour redresser l'ombre, de « diluer » la part de marché par la prise en compte de la substituabilité de l'offre au stade de la définition du marché. Davantage que d'un raisonnement économique direct, il s'agit de compenser, dans un but de persuasion, une approximation de raisonnement économique par un artifice de présentation. Cet artifice explique la réticence initiale du Conseil de la concurrence à prendre en considération la substituabilité de l'offre au stade de la délimitation du marché[2] et le fait que la pratique n'ait pas toujours respecté cette présentation[3]. Parmi les juristes, la prise en considération de l'élasticité de l'offre au stade de la délimitation du marché a été approuvée par certains auteurs, au nom de la sécurité juridique[4], et critiquée par d'autres[5]. Il demeure que, une fois cristallisée par le juge communautaire en une exigence relative à la délimitation du marché, l'élasticité de l'offre devait être appréciée, ce qui n'était pas sans soulever d'importantes difficultés.

554. **Difficultés.** La prise en considération de l'élasticité de l'offre pose aux autorités de sérieuses difficultés de mise en œuvre. Plus précisément, trois questions de méthode se posent. La première est relative aux conditions auxquelles il est possible de considérer que des concurrents présents sur un marché voisin sont en mesure d'offrir des biens substituables aux biens en cause[6]. La deuxième est relative à l'effet qu'il convient de donner à la constatation

---

[1] Pour une illustration du fait que le juge ne se trouve pas dans la caverne, V. l'arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, point 150, jugeant que les contraintes de concurrence extérieures au marché pertinent doivent être prises en considération.

[2] Rapport pour 2001, préc. Néanmoins, le Conseil a par la suite pris en compte la substituabilité de l'offre au stade de la délimitation du marché. V., sur ce point, L. BIDAUD, *op. cit.,* n° 502 et s. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 103, p. 100.

[3] Tel était aussi le cas pour la Commission : lorsqu'elle a analysé la substituabilité du côté de l'offre, elle l'a plus souvent fait au stade de l'analyse concurrentielle qu'au stade de la définition du marché, par exemple dans la décision *British Plasterboard,* décisions 89/22 du 5 décembre 1988, JOCE 1989, L 10, p. 50 point 105, décision confirmée par le Tribunal, arrêt du 1er avril 1993, BPB Industries plc. et British Gypsum Ltd/Commission, T-65/89, Rec. p. II-389. La substituabilité de l'offre a aussi été prise en compte, à différents stades de l'analyse, dans plusieurs décisions en matière de contrôle des concentrations. Dans la décision *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, IV/M. 053 (1992), JOCE C334/42, la substituabilité de l'offre entre les différents types d'avions a été analysée, mais elle n'a pas été retenue en raison de la durée nécessaire à l'adaptation de la production (de trois à quatre ans).

[4] L. BIDAUD, *op. cit.,* n° 504 ; G. CANIVET et M.-C. BOUTARD-LABARDE, *op. cit.,* n° 6, p. 11.

[5] L.VOGEL, « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », *JCP (G)*, 1994, pp. 52-64.

[6] A. J. PADILLA, *op. cit.,* p. 22 et s., propose aux autorités de concurrence d'appliquer un test consistant dans les six questions suivantes : a) Quels sont les actifs matériels et immatériels nécessaires pour produire et distribuer le(s) bien(s) en cause (les biens qui forment le cœur du marché pertinent) ? b) Si certains de ces actifs

d'une telle substituabilité[1]. La troisième question est relative au lien entre la substituabilité de l'offre et celle de la demande dans l'appréciation d'ensemble : dans quelle mesure doit-on considérer que la substituabilité de l'offre peut compenser une substituabilité imparfaite de la demande[2] ? La difficulté de ces questions explique peut-être que les arrêts *Continental Can* et *Michelin* n'aient pas eu un retentissement direct sur la pratique[3]. Dans sa communication sur la définition du marché, la Commission reconnaît, de manière théorique, le rôle de la substituabilité de l'offre, mais elle précise qu'il en sera tenu compte au stade de la définition du marché seulement lorsque ses effets sont équivalents à ceux de la substituabilité de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité[4]. Les critères de cette équivalence ne sont pas abordés autrement que par des exemples. Cela tend à montrer que la doctrine de la Commission n'est pas fixée en la matière. La communication distingue explicitement entre substituabilité de l'offre, susceptible d'être prise en compte, et concurrence potentielle, non

---

manquent aux producteurs du bien candidat (le bien substituable du point de vue de la demande aux biens en cause), est-il possible de les acquérir sans coûts irrécupérables ou de les obtenir en passant des contrats avec des tiers ? c) Les producteurs des biens candidats ont-ils des incitations économiques à produire les biens en cause ? d) Ont-ils la possibilité de divertir une partie de leur production vers les biens en cause ou sont-ils contractuellement tenus de continuer leur production actuelle ? e) Possèdent-ils des capacités de production inutilisées qui peuvent être mises en service à un coût raisonnable ? f) Les consommateurs considèreront-ils le produit candidat comme un substitut raisonnable aux produits en cause ? Si les réponses aux questions b) à f) sont positives, il convient selon cet auteur d'agréger les marchés de produits substituables du côté de la demande. Ces conditions sont remplies dans les marchés de produits qui se déclinent en différentes tailles, couleurs ou matière comme, l'habillement ou les voitures, mais aussi dans les services, comme le conseil ou l'ingénierie ou encore l'édition, *Ibid*., p. 24. On notera que, dans ces exemples, les produits (par exemple un costume taille 42 et taille 44) ne seront pas considérés comme substituables par les acheteurs.

[1] Il existe au moins deux manières de tenir compte de la substituabilité du côté de l'offre au stade de la définition du marché, qui conduisent à des résultats différents en termes de parts de marché : soit on fusionne les marchés et la part de marché est calculée en référence à une production totale incluant les substituts du côté de la demande, soit on définit le marché étroitement et l'on prend seulement en compte les concurrents potentiels au stade de l'identification des participants au marché et leur production potentielle du bien en cause par les producteurs du bien candidat au stade du calcul des parts de marché. V. A. J. PADILLA, *op. cit.,* p. 25 et s. La deuxième option est celle des Lignes directrices américaines. Elle a été implicitement critiquée par le professeur Korah, pour qui « il semble peu pertinent de définir un marché si des produits qui en sont exclus sont pris en compte par la suite », V. KORAH (1994), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 5ème éd. Sweet and Maxwell, p. 71, 6ème édition, p. 81. L'observation disparaît dans l'édition suivante.

[2] Il semble qu'il faille distinguer selon le degré de substituabilité du point de vue de l'offre. Les caractéristiques particulières de la demande émanant des entreprises, des hôpitaux et des écoles n'ont pas été jugées susceptibles de justifier des marchés différents dans la mesure où *toutes les entreprises* satisfaisaient ces *différentes demandes*. P.e. Avis n° 94-A-16 du 10 mai 1994 relatif à un projet de concentration dans le secteur de la restauration collective, BOCCRF n° 15, du 23 août 1994, p. 373. À l'inverse, il a été jugé qu'une substituabilité *partielle* de l'offre ne suffisait pas à compenser l'absence de substituabilité du côté de la demande : arrêt du Tribunal du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585, point 45.

[3] Le constat est dressé par T. E. KAUPER, préc. p. 249. S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.31, notent de manière convergente que « la substituabilité du côté de l'offre, quant elle est prise en compte, ne l'est en général qu'après-coup (*tends to more of an afterthought*) » (nous traduisons).

[4] Communication sur la définition du marché en cause, préc. point 20.

prise en compte au stade de la délimitation du marché[1]. Ainsi la Commission opte-t-elle pour une version modérée de l'argument économique de la caverne. Les parts de marché qui résultent de cette approche ne sont pas diluées au point d'inclure la production de tout concurrent potentiel. L'accent est mis sur la possibilité d'une entrée simple, rapide et peu coûteuse[2], conformément aux exigences de la jurisprudence, sinon de l'approche économique la plus exigeante[3]. Après avoir ébauché un raisonnement économique difficile à manier, les juges ont véritablement adopté un raisonnement économique dans la délimitation du marché.

3. L'adoption d'un raisonnement économique

555. L'adoption d'un raisonnement économique dans la délimitation du marché résulte, d'une part, de l'exigence d'appréciation *in concreto* des préférences des consommateurs, qui contraste avec l'analyse dogmatique antérieure et se traduit par une exigence de motivation circonstanciée (a), et, d'autre part, par la réception du raisonnement à la marge autrefois ignoré (b).

a) L'exigence de motivation circonstanciée dans l'analyse de la demande

556. **Droit français.** L'arrêt *REP*[4] de la Cour de cassation est emblématique de cette nouvelle approche du marché par le juge. L'affaire concernait le traitement des ordures ménagères. La Cour d'appel avait raisonné à partir des caractéristiques des produits en cause

---

[1] *Ibid.* point 24. A. J. PADILLA, *op. cit.,* p. 19, distingue entre la substituabilité du côté de l'offre et la concurrence potentielle eu égard à trois critères : à l'égard du facteur temps, la substituabilité du côté de l'offre se caractérise par la rapidité de la réponse de l'offre à une augmentation de prix, tandis que les concurrents potentiels ne sont susceptibles d'entrer sur le marché que dans un délai d'un an au moins ; à l'égard du facteur coût, la substituabilité du côté de l'offre désigne une entrée à coût faible et sans investissement irrécupérable (entrée « non engageante », *uncommitted*), alors que la concurrence potentielle représente une entrée qui suppose un investissement irrécupérable substantiel (entrée « engageante », *committed*) ; enfin, à l'égard des prix, la substituabilité du point de vue de l'offre les contraint même avant l'entrée effective, alors que la concurrence potentielle ne contraint les prix que si l'entrée a effectivement lieu.

[2] Pour un exemple d'application, V. la décision de la Commission *DuPont/ICI*, IV/M.984 , JOCE C 275 du 11 septembre 1997, p. 4, considérant 41. Est admise l'argumentation de Du Pont selon laquelle l'adaptation de la production entre différentes catégories de dioxyde de titane était simple et très rapide et que tous les producteurs étaient susceptibles d'une telle adaptation en cas de hausse de prix dans la mesure où ils offraient déjà la gamme complète du produit.

[3] A. J. PADILLA, *op. cit.,* p. 22 et s., relève que seule la possibilité technique de substitution était prise en compte et que l'existence d'incitations économiques à l'adaptation de la production en cas de hausse des prix n'est pas analysée. Cet auteur pointe dans cette lacune une caractéristique persistante de l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre de la part de la Commission (*op. cit.,* p. 45).

[4] Cass. com. 22 mai 2001, REP, Bull. Civ. IV, n° 97, Rapport de la Cour de cassation 2001, pp. 415-416 ; obs. M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats, conc. conso.*, 2001, n° 10, comm. n° 135.

considérées en elles-mêmes, selon la manière assez abstraite qui a été décrite[1]. Elle avait retenu que le marché pertinent était celui du traitement des ordures ménagères en décharge, aux motifs que, premièrement, il existait un écart de prix important avec les autres modes de traitement des déchets et, deuxièmement, la technique de traitement et le résultat auquel elle aboutissait différaient des autres méthodes. Le pourvoi formé contre cet arrêt reprochait à la Cour d'appel l'insuffisance de son raisonnement. Il était soutenu que la spécificité technique du procédé de traitement des ordures ne pouvait être considérée comme pertinente pour caractériser un marché distinct, dès lors qu'il n'était pas établi que cette spécificité constituait effectivement un critère de choix pour les demandeurs (en l'espèce, les communes). Ce moyen a été retenu et la Chambre commerciale a jugé que, pour n'avoir pas précisé en quoi les caractéristiques retenues influençaient effectivement les choix des consommateurs, la Cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision. L'exigence d'appréciation *in concreto* signifie que le juge n'accorde désormais une pertinence juridique qu'aux seules considérations dont la pertinence économique est établie[2]. Les caractéristiques des biens ne sont pas intrinsèquement pertinentes, elles ne sont que des éléments d'appréciation de la demande. L'exigence de motivation marque la fin d'un contrôle formel sur la délimitation du marché. Il ne suffit plus de caractériser le marché par référence à des critères « concrets » ou objectifs[3], il faut démontrer en quoi la prise en considération de ces caractéristiques permet de connaître ou d'anticiper les réactions de la demande. C'est là un pas décisif vers le raisonnement hypothétique qui caractérise l'approche économique du marché[4]. L'arrêt *REP* n'est pas isolé et marque une avancée durable du raisonnement économique dans la délimitation du marché.

557. **Droit communautaire.** En droit communautaire, le même raisonnement a été tenu par le Tribunal de première instance en ce qui concerne le marché de produits[5]. Il faut ajouter

---

[1] Paris 13 avril 1999, Dectra e.a., BOCCRF du 12 mai 1999.

[2] Eu égard à la jurisprudence antérieure, cela mérite d'être souligné. Cp. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 100, p. 96.

[3] Cp. Cass. Com. 21 octobre 1997, préc.

[4] Cp. S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.,* n° 4.42, p. 103, qui exposent que toutes sortes d'indices peuvent être utilisés pour apprécier la substituabilité dès lors que l'on ne perd pas de vue leur pertinence pour les consommateurs.

[5] Arrêt du Tribunal du 8 juin 1995, Schöller Lebensmittel/Commission, T-9/93, Rec. p. II-1533, point 48 : « [l]e Tribunal estime que le fait qu'il puisse exister une différence entre les deux produits [les glaces en conditionnement individuel et les glaces "scooping"] quant à la technique de production ne suffit pas, en soi, pour distinguer deux marchés distincts lorsque cette différence n'est pas prise en considération, d'une marnière déterminante, par le consommateur ».

qu'il est aussi mené en ce qui concerne le marché géographique[1]. L'arrêt *Verre plat*[2], déjà mentionné, l'illustre. Cela semble quelque peu paradoxal dans la mesure où, comme on l'a vu, le raisonnement des juges dans ce même arrêt s'écartait du raisonnement économique quant à la *fonction* du marché dans l'appréciation d'une restriction de concurrence. Cela ne les a pas empêchés de se rapprocher du raisonnement économique quant à la *méthode* de définition du marché. Dans cette affaire, la requérante prétendait, conformément à l'approche économique, que l'élément déterminant pour l'appréciation du marché géographique tenait dans l'analyse des comportements de substitution qui seraient prévisibles dans l'hypothèse d'une hausse des prix faible mais significative. Appliqué à la dimension géographique du marché, l'argument revenait à dire que ce sont les potentialités d'importation en cas de hausse des prix qui comptent[3]. À l'inverse, la Commission soutenait qu'il convenait de prendre en compte les véritables mouvements du produit plutôt que les mouvements théoriquement possibles[4]. Le Tribunal a sur ce point donné tort à la Commission et considéré qu'il ne suffisait pas, pour établir que le marché géographique était limité à l'Italie, d'affirmer que « le coût de transport "est sûrement un facteur très important" »[5]. Selon le Tribunal, il fallait aussi prendre en considération de manière circonstanciée l'effet concurrentiel des produits provenant des pays voisins[6]. De même que, pour le marché de produits, les caractéristiques des biens ne sont pertinentes que dans la mesure où elles déterminent les choix des consommateurs, s'agissant du marché géographique, les conditions de concurrence ne sont pertinentes que dans la mesure où elles ont une incidence sur les possibilités d'échanges. La délimitation du marché géographique ne suppose donc pas seulement une appréciation abstraite de l'homogénéité des conditions de concurrence, mais aussi une appréciation concrète.

558. Après quelques décennies, le raisonnement économique virtuellement contenu dans l'arrêt *United Brands* à propos de la délimitation du marché a donc été déployé, tant par le juge communautaire que par le juge français. Il convient à présent d'ajouter une précision quant à la portée de l'exigence de motivation circonstanciée qui va de pair avec l'adoption d'un raisonnement économique concret. Une telle exigence n'empêche pas de recourir à des

---

[1] Il a été souligné que l'analyse du marché géographique faisait l'objet d'une analyse économique plus sommaire que le marché de produits. P.e., B. HAWK, *op. cit.*, pp. 5-44, p. 39.

[2] Arrêt du Tribunal du 10 mars 1992, Società Italiana Vetro (SIV) SpA e.a./Commission, T-68/89.

[3] *SIV*, préc., point 349.

[4] *SIV*, préc., point 353.

[5] *SIV*, préc., point 29.

[6] *SIV*, préc., point 364.

présomptions. À cet égard, il est significatif que les présomptions admises sont elles-mêmes fondées sur un raisonnement économique.

559. **Présomptions.** L'analyse concrète de la demande ne saurait empêcher de recourir à des présomptions. Le contraire serait du reste impraticable, car, le plus souvent, on ne peut procéder à la délimitation du marché qu'à partir d'indices et donc de présomptions[1]. C'est pourquoi il convient de préciser que l'exigence de motivation circonstanciée porte sur l'interprétation des indices. Autrement dit, les présomptions sont inévitables, mais les inférences doivent être motivées. Telle est la règle générale. On peut toutefois signaler des exceptions : il arrive en effet que l'inférence soit admise sans motivation. À ce sujet, il est frappant de constater que les inférences admises sont elles-mêmes conformes à un raisonnement économique, car elles sont fondées sur l'hypothèse de rationalité[2]. Un exemple de ce type de raisonnement se trouve dans un arrêt récent de la Cour de cassation[3]. L'un des indices retenus pour considérer que le Roquefort appartenait à un marché distinct des autres fromages à pâte persillée était la différence de prix du Roquefort par rapport à ces autres fromages. La différence de prix n'est pas considérée comme un indice de l'existence d'un marché distinct en elle-même, mais parce qu'elle révèle les préférences des consommateurs[4]. Les juges raisonnent donc exactement comme les économistes, en termes de « révélation des préférences »[5]. Le même raisonnement est à l'œuvre dans des arrêts rendus par les juridictions communautaires. Ainsi, dans l'arrêt *Kali & Salz*, la Cour de justice a admis qu'en l'absence d'éléments décisifs contraires la Commission puisse se fonder sur une comparaison des niveaux de prix pour déterminer le marché géographique[6]. La différence absolue de prix n'est pas considérée comme un critère autonome de définition du marché géographique[7], mais comme un indice des préférences des consommateurs[8]. Ce raisonnement n'a pas toujours été

---

[1] M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 109, p. 108.

[2] Sur cette hypothèse, son importance dans le raisonnement économique et le point de vue différent du juge, V. *supra* n° 201 et s.

[3] Cass. com. 5 décembre 2005, Caves et producteurs de Roquefort c/ Ministre de l'économie des finances et de l'industrie, préc.

[4] « [C]ette différence de prix substantielle et durable n'a pas conduit les consommateurs à se détourner du roquefort au profit des bleus ».

[5] *Supra* n° 204.

[6] *Kali & Salz*, préc., point 151.

[7] Une telle utilisation correspondrait à la définition de Cournot du marché comme « zone dans laquelle les prix tendent à s'égaliser ». Ce critère est cependant critiqué. S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.*, n° 4.51.

[8] Dans sa décision *Kali & Salz*, du 14 décembre 1993, Aff. IV/M. 308, JOCE, L 186, p. 38, la Commission avait considéré qu'un prix élevé dans un pays (l'Allemagne) était le signe d'un marché national distinct du reste du marché commun. T. E. KAUPER, *op. cit.*, p. 298, observe que les différences de prix entre zones géographiques

admis en droit[1], mais les arrêts cités démontrent que le juge accepte de valider sans motivation particulière une inférence fondée sur le principe de rationalité[2]. Il convient de souligner que l'inférence ainsi admise à partir de l'écart de prix n'est admissible et ne devrait être admise par les juges qu'à la condition que la comparaison des prix tienne compte des différences de qualité[3]. Les autorités de concurrence semblent le faire[4], ce qui n'empêche pas que le juge doive, le cas échéant, s'assurer que tel est bien le cas. Le contrôle du juge sur ce point paraît d'autant plus décisif que les comparaisons de prix sont souvent invoquées en pratique en tant qu'indices dans l'analyse de la substituabilité, pour définir le marché de produits[5] comme pour délimiter le marché géographique[6].

---

n'indiquent pas nécessairement l'existence de marchés séparés. Par ailleurs, l'argument tiré du niveau de prix n'est pas symétrique : les vendeurs situés dans les zones de prix bas sont isolés de la concurrence des vendeurs situés dans les zones de prix élevés, en ce sens que c'est la zone de prix bas qui est un marché isolé, non la zone de prix élevés. Les acheteurs situés dans la zone de prix élevés peuvent se fournir dans la zone de prix bas, dès lors que des barrières ne l'empêchent pas et que les coûts de transport ne sont pas prohibitifs. On remarquera que la critique n'a aucune portée pratique dans l'espèce concernée, dans la mesure où les marchés géographiques distingués étaient l'Allemagne et le reste de l'Europe : que l'un soit isolé de l'autre ou l'autre de l'un revient au même. La différence entre les deux raisonnements est en réalité une différence de point de vue : la Commission se place du point de vue des acheteurs et les économistes lui reprochent de ne pas prendre en compte le point de vue des vendeurs, en l'occurrence des entrants potentiels des zones de prix bas.

[1] F. JENNY note que « [c]e raisonnement économique (au demeurant implicite car il constitue une évidence pour l'économiste) est insuffisamment convaincant pour le juriste en ce qu'il présuppose une rationalité économique des consommateurs qui n'est elle-même pas (juridiquement) démontrée », Préface à L. BIDAUD, *op. cit.*, p. IV. Pour une illustration du propos de M. Jenny, V. B. OPPETIT, « Droit et économie », *APD*, T. 37, 1992, pp. 17-26, p. 24 : « l'assujetti à la règle de droit peut avoir un comportement irrationnel ».

[2] Sur ce point plus généralement*, infra* n° 1028 et s.

[3] S. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.*, n° 4.52, qui soulignent que les comparaisons des *variations* de prix sont plus pertinentes que les comparaisons de *niveaux* de prix. Le critère des variations de prix est utilisé par les autorités de concurrence lorsqu'elles sont disponibles. P.e. décision de la Commission Nestlé/Perrier préc., point. 16 ; avis du Conseil de la concurrence n° 98-A-09 du 29 juillet 1998 relatif à la fusion Coca-Cola/Orangina, BOCCRF n° 19, du 7 octobre 199, p. 559.

[4] M. BISHOP et M. WALKER, *op. cit.*, *loc. cit*, mentionnent une décision de la Commission Kimberly-Clark/Scott Paper (non publiée), dans laquelle elle a considéré la différence de niveau de prix entre les papiers toilette de marque et les papiers toilette vendus sous marque de distributeur. Une différence de qualité (perçue) explique en partie la différence de prix, qui n'a pas été considérée comme indiquant des marchés séparés.

[5] Par exemple, décision du Conseil de la concurrence 92-D-62, du 18 novembre 1992, Biwater, BOCCRF du 16 janvier 1993 : « Considérant qu'il n'est pas contesté que les prix des tuyaux en fonte ductile de diamètre compris entre 60 mm et 151 mm sont très supérieurs à ceux des tuyaux de diamètres similaires en P.V.C. ; que pour un même linéaire le prix des tuyaux en P.V.C. est compris entre la moitié et les deux tiers du prix des tuyaux en fonte ductile ; que de telles différences de prix révèlent que les maîtres d'ouvrage qui acceptent de payer des surprix de 50 p. 100 à 100 p. 100 pour avoir des tuyaux en fonte ductile leur attribuent des qualités spécifiques et ne les considèrent donc pas comme substituables aux tuyaux en P.V.C ; que ces tuyaux constituent donc un marché particulier ». Dans l'affaire Nestlé/Perrier, préc, point 13, la Commission retient, en suivant un raisonnement analogue, qu'« [u]n rapport de prix se situant entre 2 et 3 [entre les boissons rafraîchissantes et les eaux de source] est tellement élevé qu'on ne saurait raisonnablement s'attendre à ce qu'une augmentation importante et non provisoire du prix des eaux de source entraîne un glissement significatif de la demande des eaux de source vers les boissons rafraîchissantes pour cette seule raison. » V. aussi décision de la Commission du 15 septembre 1993 (Affaire N IV/M.362 - NESTLE/ITAGEL) JOCE, C 270, du 6 novembre 1993, p. 5.

[6] V. décisions citées par T. E. KAUPER, « The Problem of Market Definition under EC Competition Law », *Fordham Corp. L. Inst*., 1997, p. 298.

560. **Conclusion du a).** Les arrêts cités dans les développements qui précèdent sont l'indice d'un changement du raisonnement du juge à propos du marché. Ce qui importe dorénavant, aux yeux du juge, ce ne sont plus les caractéristiques intrinsèques des biens[1]. Les allégations relatives à la délimitation du marché pertinent sont désormais appréhendées à travers la question que les économistes mettent en avant, celle consistant à se demander dans quelle mesure les consommateurs sont sensibles aux caractéristiques et au prix des biens en cause. L'adoption du raisonnement économique se traduit par une exigence de motivation circonstanciée[2]. En outre, les présomptions admises sans motivation particulière traduisent également l'adoption d'un raisonnement économique, car ce sont des présomptions fondées sur l'hypothèse de rationalité des consommateurs. D'autres manifestations de la réception d'un raisonnement économique dans la délimitation du marché tiennent à l'adoption du raisonnement à la marge et à l'analyse des possibilités de discrimination.

b) L'adoption du raisonnement à la marge et l'analyse des possibilités de discrimination.

561. On a vu plus haut que le raisonnement à la marge et l'analyse des possibilités de discrimination n'avaient pas toujours été pratiqués par le juge[3]. Désormais, ces deux éléments du raisonnement économique sont adoptés.

562. **Raisonnement à la marge.** L'arrêt *Airtours*[4] marque un tournant du point de vue de la prise en compte du raisonnement à la marge dans l'appréciation de la substituabilité. Dans cette affaire, la requérante reprochait en substance à la Commission de n'avoir pas raisonné à la marge. Plus précisément, il lui était reproché d'avoir, pour distinguer le marché des vacances à forfaits vers des destinations lointaines et le marché des vacances à forfaits vers des destinations proches, eu égard à la différence entre les prix *moyens* de ces deux types de

---

[1] En ce sens, le juge rejoint les autorités de concurrence. Conseil de la Concurrence, Rapport d'activité pour 1987, p. XX : « [l]e critère de similarité des produits ou services considérés n'est pas suffisant, en général, pour délimiter les contours du marché. (…) L'observation du comportement effectif des consommateurs ou des utilisateurs peut en effet révéler que, dans les faits, les consommateurs ne considèrent pas comme substituables, soit pour des raisons techniques, soit pour des raisons économiques, les biens ou les services qui, à première vue, sont de même nature ». Communication de la Commission sur la délimitation du marché, préc., point 36 : « les caractéristiques du produit et l'usage auquel il est destiné ne suffisent pas, toutefois, pour conclure que deux produits sont ou non substituables au niveau de la demande. (…) [L]'existence de caractéristiques différentes ne permet pas d'affirmer qu'il n'existe aucune substituabilité du côté de la demande, puisque celle-ci dépend, dans une large mesure, de l'importance que les clients accordent à ces différences ».

[2] On ne peut donc plus dire que le contrôle de la Cour de cassation est « léger ». V. M. PASTUREL, *Conquête de la clientièle et concurrence*, préc., p. 1658.

[3] *Supra* n° 545.

[4] Arrêt du Tribunal du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585.

séjour[1]. Le raisonnement de la Commission était donc identique à celui qui vient d'être examiné. Le raisonnement se faisait en termes de « révélation des préférences », puisque les préférences des consommateurs étaient induites de la différence de prix. Cependant, s'agissant de vacances, les biens en cause étaient différenciés. C'est ce qui faisait dire à la requérante que les prix moyens ne constituaient pas la référence pertinente pour analyser la réaction de la demande à une hausse des prix faible mais significative. Le Tribunal a suivi la requérante dans son raisonnement et considéré qu'il lui appartenait de vérifier si un raisonnement à la marge ne permettait pas d'invalider les conclusions de la Commission[2]. Un tel raisonnement est donc pratiqué par le juge lui-même pour vérifier la validité du raisonnement économique de la Commission (en termes de révélation des préférences). Ainsi, le Tribunal analyse de manière détaillée les éléments de fait du dossier qui permettent de dire que les consommateurs marginaux – ceux pour qui les vacances proches et lointaines sont substituables – ne représentent « qu'une petite partie des clients des principaux voyagistes britanniques »[3]. Dans cet arrêt, le Tribunal adopte aussi un raisonnement à la marge à propos de la substituabilité : celle-ci n'est plus analysée globalement, mais de proche en proche, en termes de « chaîne de substituts »[4].

563. **Portée.** Il résulte de cet arrêt que la Commission doit, pour mettre le juge en mesure d'exercer son contrôle, motiver sa décision par référence aux éléments permettant d'évaluer l'importance des consommateurs marginaux[5]. Une telle admission par le juge du raisonnement à la marge revêt potentiellement une grande portée pratique. En effet, la question de savoir comment traiter les préférences hétérogènes des consommateurs est

---

[1] *Airtours*, préc., point 31 : « [l]a requérante conteste la pertinence des prix moyens comme éléments de comparaison des incidences du prix sur les décisions des consommateurs concernant des produits clairement différenciés. Elle soutient que ce qui est significatif pour déterminer le marché du produit en cause est le comportement des "clients à la marge" et le fait de savoir si ceux-ci seraient disposés à substituer des vacances vers des destinations lointaines à des vacances vers des destinations proches si le prix de ces dernières devait augmenter. »

[2] *Airtours*, préc., point 32 : « [i]l convient donc d'examiner si la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation sur l'importance de la marge, c'est-à-dire sur le nombre de clients prêts à réagir en cas d'augmentation des prix des vacances vers des destinations proches en achetant des vacances vers des destinations lointaines, par rapport à la totalité des clients des voyagistes achetant habituellement des vacances vers des destinations proches ».

[3] *Airtours*, préc., point 42.

[4] *Airtours*, préc., point 238. Cp. *supra* n° 546.

[5] Cette exigence nous semble résulter du point 47 : « [l]a Commission a consacré une partie importante de la Décision (considérants 5 à 28) à expliquer les raisons pour lesquelles elle a considéré que le marché en cause est limité à celui des vacances vers des destinations proches. La Décision fait ainsi apparaître, d'une façon claire et non équivoque, le raisonnement de la Commission quant à la définition du marché en cause, de façon à permettre au juge communautaire d'exercer son contrôle et aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de défendre leurs droits » (citation omise).

récurrente[1]. Elle se pose chaque fois que les biens sont différenciés ou susceptibles d'usages multiples. À cet égard, certains arrêts ont pu témoigner de la perplexité des juges[2] et l'on a pu se demander dans quelle mesure l'existence de différents groupes de consommateurs devait conduire à définir des sous-marchés[3]. Le raisonnement à la marge est un premier élément de réponse à cette question. Le second élément de réponse tient à l'analyse des possibilités de discrimination.

564. **Analyse des possibilités de discrimination.** L'analyse des possibilités de discrimination par les prix entre différents groupes de consommateurs est, on l'a dit, le complément du raisonnement à la marge[4]. Les contestations dont le Tribunal de première instance était saisi à l'occasion de l'affaire *Tetra Laval*[5] lui ont donné l'occasion de montrer qu'il pratiquait non seulement le raisonnement à la marge, mais qu'il analysait aussi les possibilités de discrimination[6]. En réalité, cette analyse n'est pas nouvelle. On en trouve trace dans des arrêts français relativement anciens[7]. Combinée au raisonnement à la marge, l'analyse des possibilités de discrimination permet de donner un contenu concret à l'exigence formulée dans l'arrêt *Michelin*[8] et de prendre en considération « la structure de la demande » dans la délimitation du marché. Un autre progrès décisif dans l'application concrète des exigences posées par l'arrêt *Michelin* concerne l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre.

---

[1] T. B. LEARY, « The Significance of Variety in Antitrust Analysis », *Antitrust L. J.*, 2001, p. 1007. L'auteur distingue six niveaux de différenciation et souligne qu'en dépit de l'ancienneté de la question, on ne dispose toujours pas d'un cadre théorique approprié pour rendre compte de l'incidence de la différenciation sur la concurrence.

[2] *Hoffmann-La Roche*, préc., point 29 : « on peut hésiter quant à la question de savoir si, pour délimiter les marchés respectifs des vitamines du groupe C et des vitamines du groupe E, il y a lieu d'englober l'ensemble des vitamines de chacun de ces groupes dans un marché correspondant à ce groupe, quelle que soit leur utilisation ultérieure ou si, au contraire, il faut séparer chacun de ces groupes en deux marchés distincts, l'un comprenant les vitamines destinées à une utilisation bio-nutritive, l'autre celles utilisées à des fins technologiques ».

[3] P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, préc., n° 630, p. 525, qui répondent par l'affirmative à cette question. V. aussi L. VOGEL, « À quelles conditions peut-on distinguer des sous-marchés au sein d'un marché de produits ? », *Contrats Conc. Conso.*, juin 1992, p. 1.

[4] *Supra* n° 547.

[5] P.e. arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, points 47 et s.

[6] *Tetra*, préc., point 182 et s.

[7] P.e. Paris, 17 mai 1994, Sifco et Stanely c/ Ministre de l'économie, BOCCRF du 7 juin 1994, p. 200, obs. L. VOGEL, *Contrats Conc. Conso.*, comm. 137.

[8] *Michelin*, préc., point 37 : « [o]n ne saurait [afin de délimiter le marché] se limiter à l'examen des seules caractéristiques objectives des produits en cause, mais il faut également prendre en considération les conditions de concurrence et la *structure de la demande* et de l'offre sur le marché » (nous soulignons).

c) L'analyse plus fine de la substituabilité du côté de l'offre

565. Sans se livrer à un examen exhaustif de la jurisprudence sur la prise en considération de la substituabilité de l'offre, il est possible de constater que les juges communautaires et français procèdent désormais à une analyse plus fine de cet aspect. La profondeur des analyses dépend certes des contestations. On peut néanmoins déceler une tendance à l'approfondissement de l'analyse. Quelques exemples l'illustrent.

566. Dans l'arrêt *Kish Glass*[1], le Tribunal de première instance était explicitement invité par les parties à préciser comment les exigences posées dans l'arrêt *Michelin* devaient s'appliquer[2]. L'arrêt confirme que, lorsque des produits ne sont pas substituables du point de vue de la demande (en l'espèce, du verre de différentes épaisseurs), la Commission peut néanmoins retenir qu'ils forment un seul marché s'ils sont substituables du point de vue de l'offre[3]. Dès lors, il était nécessaire pour le Tribunal d'examiner de manière précise les preuves sur lesquelles les parties appuyaient leurs prétentions respectives. En l'espèce, l'entreprise qui contestait la décision faisait valoir que la plupart des producteurs de verre n'offraient pas certains produits (des plaques de verre découpées au format standard britannique). Elle en déduisait que ces producteurs ne représentaient pas une source de concurrence pour l'entreprise en position dominante[4]. Aucune analyse concrète n'était cependant avancée pour expliquer pourquoi ces entreprises n'auraient pas été en mesure de fournir des plaques au format britannique si elles l'avaient décidé (par exemple, en cas de hausse des prix)[5]. La Commission exposait, sans être contredite par des arguments probants, que l'adaptation de la production de plaques de verre à différents formats ne posait pas de difficultés particulières[6]. Le Tribunal conclut donc, après une analyse concrète, à la substituabilité suffisante de l'offre[7]. Il résulte de cet arrêt une exigence d'analyse concrète de la substituabilité de l'offre et notamment des coûts d'adaptation de la production. Le même

---

[1] Arrêt du Tribunal du 30 mars 2000, Kish Glas/Commission, T-65/96, Rec. p. II-1885, point 68, obs. L. IDOT, *Europe*, 2000, n° 142.

[2] *Kish Glas*s, préc., point 54.

[3] *Kish Glas*s, préc., points 63-69.

[4] *Kish Glas*s, préc., point 65.

[5] *Ibid*.

[6] *Kish Glas*s, préc., point 68.

[7] *Kish Glas*s, préc., point 67. Si l'analyse n'est pas très poussée en l'espèce, c'est uniquement en raison de la faiblesse des preuves apportées par la partie demanderesse.

raisonnement se retrouve dans l'arrêt *Royal Philips* du Conseil d'État[1]. De même que pour la demande, l'exigence de motivation s'étend à l'analyse de l'offre. Cependant, l'analyse fine des possibilités de substitution du côté de l'offre suppose non seulement d'avoir égard à la possibilité technique pour des entreprises de se mettre à offrir rapidement un produit en cas de hausse des prix, mais aussi d'analyser leur intérêt économique à le faire. Autrement dit, il ne suffit pas d'analyser les coûts, il faut aussi se poser la question des incitations.

567. **L'analyse des incitations.** Les incitations d'un concurrent potentiel à devenir un concurrent réel en cas de hausse des prix n'ont pas toujours été prises en considération par la Commission[2]. Elles ne l'avaient pas non plus été dans la décision *Schneider/Legrand*[3]. Dans cette affaire, la question ne portait pas sur la possibilité pour des producteurs non présents sur le marché d'y entrer en cas de hausse des prix, mais sur la possibilité pour des producteurs déjà présents de mettre sur le marché une partie de leur production jusque-là auto-consommée. En effet, certains producteurs de composants pour tableaux terminaux de distribution électrique étaient aussi des installateurs et utilisaient dans cette activité une partie de leur propre production. Dans son calcul des parts de marché, la Commission n'avait pas pris en compte cette production auto-consommée, au motif que celle-ci n'était pas effectivement mise sur le marché. Ce faisant, l'argument économique selon lequel elle pourrait l'être en cas de hausse des prix était omis[4]. La requérante n'a pas manqué de pointer cette lacune dans le raisonnement économique[5]. Le Tribunal de première instance a fait droit à cet argument et retenu que c'était à tort que la Commission s'était refusée à comptabiliser dans les parts de marché des producteurs intégrés la partie auto-consommée de leur

---

[1] CE 6 février 2004, *Société Royal Philips e.a.*, n° 249262, obs. G. ORSONI, *RTD Civ.*, 2004, pp. 260-262 ; note A. MASSON, « La place du droit de la concurrence dans les procédures collectives à la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 6 février 2004 », *Contrats Conc. Conso.* 2004, n° 10, pp. 11-13. Dans cet arrêt, le Conseil d'État juge que « compte tenu d'une part, des caractéristiques technologiques des produits en cause, et, d'autre part, de l'existence de capacités de production immédiatement ou rapidement mobilisables par ces concurrents, directement ou en recourant à la sous-traitance, comme c'est déjà largement le cas dans ce secteur, il n'est pas établi que ces concurrents n'auraient pas été en mesure de fournir rapidement les quantités nécessaires pour pallier la disparition des produits Moulinex ».

[2] *Supra* n° 546 et notes.

[3] Décision de la Commission du 10 octobre 2001, COMP/M.2283, Schneider/Legrand, JOCE, L 257, du 25 septembre 2002, p. 1. V. arrêt du Tribunal, préc., point 288.

[4] Sur cet argument, V. supra n° 459.

[5] Arrêt du Tribunal du 22 octobre 2002, Schneider Electric/Commission, T-310/01, Rec. p. II- 4071, point 275 (argument de la Commission en réponse) : « [p]our que des ventes internes soient disponibles dans un court laps de temps et à un coût minimal, il faudrait que les fabricants concernés aient un intérêt économique à rendre disponibles sur le marché libre les composants qu'ils utilisent dans leurs activités intégrées » et point 277 : « [m]ême en supposant que ces deux sociétés [ABB et Siemens, les deux producteurs intégrés] y trouvent un intérêt, encore faudrait-il qu'elles disposent d'un moyen d'écouler leurs « ex-ventes internes », ce qui nécessite, notamment, un accès accru à la distribution et une marque reconnue ».

production[1]. Cette solution traduit une évolution parallèle à celle décrite à propos de la prise en considération de la demande. Le juge ne se contente pas d'indications « objectives » (relatives aux coûts) sur la possibilité théorique qu'une production nouvelle soit mise sur le marché en cas de hausse des prix. Il exige une analyse concrète de la probabilité que cette possibilité se réalise[2].

568. **Conclusion du C.** Les développements qui précèdent ont montré que, pour ce qui concerne la méthode de délimitation du marché pertinent, les juges ont progressivement adopté un raisonnement économique élaboré, qui se traduit par des exigences de motivation beaucoup plus fortes que par le passé et portant sur tous les éléments économiquement pertinents pour apprécier la substituabilité de la demande et de l'offre.

569. **Conclusion du chapitre.** Le marché illustre une situation paradoxale dans la réception du raisonnement économique par le juge, car ce dernier a progressivement fait sien le raisonnement économique *dans* la délimitation du marché, mais pas *autour* du marché. Le raisonnement économique est pleinement adopté lorsqu'il s'agit de savoir *comment* délimiter le marché. En revanche, le juge ne raisonne pas comme les économistes lorsqu'il s'agit de savoir *pourquoi* il faudrait le définir.

570. Cette situation paradoxale résulte d'une évolution sinueuse, retracée dans le présent chapitre. Schématiquement, elle se résume de la manière suivante. La délimitation du marché a été conçue comme une exigence juridique de principe. Ceci posé, les juridictions avaient besoin d'une méthode de délimitation du marché. Les économistes en ont élaboré une spécialement pour eux, la méthode du monopole hypothétique. Cette méthode donne un schéma de raisonnement cohérent qui permet de structurer l'appréciation des données de fait. En cela, c'est un apport utile pour le juge. Cependant, la mise en œuvre rigoureuse de cette méthode dans des cas concrets est très complexe et se prête à de nombreuses contestations difficiles à trancher. C'est pourquoi nous pensons que cette méthode doit être utilisée avec modération. Or, le juge a au contraire défini de manière très large l'exigence de délimitation du marché. Certains des développements de ce chapitre ont montré que les juges sont sensibles à la nécessité de limiter les analyses économiques complexes du marché à leur

---

[1] *Schneider Electric*, préc., point 292. V. sur ce point L. BIDAUD, « La question des ventes intégrées et la délimitation du marché pertinent dans la concentration Schneider/Legrand », *Contrats Conc. Conso.*, 2004, n° 4, p. 12.

[22] Il n'est donc plus vrai de dire qu'en droit communautaire comme en droit français, il est admis que l'entreprise qui auto-produit n'est pas en situation d'offreur. M. MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, préc., n° 38, p. 34.

domaine utile. Cependant, cette tendance n'est pas univoque. La délimitation du marché reste exigée dans des cas où elle n'a pas, dans le raisonnement d'ensemble du juge menant à la qualification juridique des faits, une fonction qui justifie un tel déploiement d'efforts. La situation est donc, encore une fois, paradoxale : le juge s'oblige à connaître de contestations complexes alors même qu'elles pourraient être considérées comme sans objet pour la solution. Dans cette situation, une ouverture supplémentaire au raisonnement économique quant à la fonction du marché conduirait à réduire un contentieux inutile et compliqué. Si l'on peut en tirer une conclusion pratique quant à la formation économique des juges, c'est peut-être celle-ci : le raisonnement économique précis et technique, tel que celui qui sert à la délimitation du marché, ne doit pas être appréhendé en lui-même comme un outil prêt à l'emploi, mais dans son contexte argumentatif plus général. Seule une vue d'ensemble paraît de nature à éviter que l'adoption de raisonnements économiques par les juges ne produise des effets pervers liés à une inutile technicité.

571. **Conclusion du titre II.** Les analyses menées dans les deux chapitres de ce titre, à propos de la notion de restriction de concurrence et à propos de la notion de marché pertinent, ont révélé à la fois une grande ouverture des juges aux raisonnements économiques et des situations contrastées. En ce qui concerne la notion de restriction de concurrence, l'ouverture aux analyses économiques est de principe, mais elle est beaucoup plus nette dans l'analyse des ententes que dans celle des abus de position dominante. Dans ce domaine, des obstacles forts, qui tiennent à l'histoire du droit de la concurrence, continuent de marquer la jurisprudence. Il en résulte une incohérence dans la manière de raisonner à propos des restrictions de concurrence. En ce qui concerne la notion de marché pertinent, la situation est, là aussi, contrastée. Alors même qu'il n'y était pas contraint par les textes, le juge a fait du marché un élément obligatoire de la qualification de restriction de concurrence. Progressivement, le raisonnement économique a pénétré la jurisprudence en ce qui concerne la méthode de délimitation du marché. En revanche, en ce qui concerne la fonction du marché dans le raisonnement d'ensemble, des divergences perdurent entre le raisonnement des juges et le raisonnement économique.

572. **Conclusion de la première partie.** Dans le premier titre de cette première partie, ont été examinés les obstacles à la réception du raisonnement économique. Cet examen a permis de conclure que de tels obstacles existaient, mais qu'il ne s'agissait pas toujours d'obstacles de principe. En effet, ni les prémisses normatives du raisonnement économique, ni les principales caractéristiques du raisonnement économique ne sont inacceptables du point de

vue du juge. En revanche, le devoir du juge de veiller au respect de certains principes généraux du droit peut justifier le rejet de certains raisonnements économiques. Par ailleurs, ce que l'on peut appeler des difficultés de traduction du raisonnement économique peut expliquer la non-admission de certains raisonnements. Les développements du second titre de cette partie ont confirmé sur deux points les conclusions du premier titre.

573. En premier lieu, l'absence d'obstacles dirimants à la réception du raisonnement économique est prouvée, s'il en était besoin, par l'ouverture bien réelle dont témoigne le juge. La réception d'approches économiques de la notion de restriction de concurrence et de la méthode de délimitation du marché l'illustre assez.

574. En second lieu, l'existence d'obstacles à la réception du raisonnement économique a également été confirmée. Certains raisonnements économiques ne sont pas admis : on l'a constaté tant à propos de la qualification d'abus de position dominante qu'à propos de la fonction du marché dans le raisonnement d'ensemble. Sur un troisième point, cependant, une interrogation subsiste. En effet, les obstacles à la réception du raisonnement économique qui ont été identifiés comme légitimes – le souci de la sécurité juridique et la prévention des difficultés de preuve disproportionnées – ne sont pas toujours ceux qui paraissent expliquer le rejet de certains raisonnements économiques. Ce sont plutôt l'influence durable de conceptions anciennes (dans le cas de l'abus de position dominante) et/ou une lecture littérale des textes (dans le cas de l'abus de position dominante et dans le cas du marché) qui ont conduit à évincer le raisonnement économique. En outre, cette éviction n'apparaît pas toujours conforme à l'exigence de cohérence du droit ou au simple bon sens, qui commande une certaine proportionnalité entre la difficulté de traitement d'une contestation et son intérêt pour la solution du litige. Dès lors, la question du bon usage du raisonnement économique par le juge se pose. À cet égard, les développements qui précèdent suggèrent une piste. En effet, les vicissitudes du raisonnement économique à propos du marché indiquent que le raisonnement économique ne peut pas toujours être traité comme une brique qui viendrait s'insérer exactement dans une ouverture du raisonnement judiciaire. Le raisonnement économique n'est pas un élément détachable du raisonnement d'ensemble menant à la qualification juridique des faits. C'est pourquoi il faut se demander comment le raisonnement économique s'insère dans la méthode du juge. Tel est l'objet de la seconde partie.

SECONDE PARTIE. LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE INSÉRÉ DANS LA MÉTHODE DU JUGE

575. La première partie de cette étude a montré qu'il existait, du point de vue du juge, des obstacles à la réception du raisonnement économique, mais aussi que les conceptions économiques exerçaient une certaine attraction sur lui. Ces conceptions inspirent, dans une certaine mesure, l'interprétation du droit (comme on l'a vu à propos de la notion de restriction de concurrence). Cependant, les emprunts du juge à la théorie économique ne sont pas toujours mis en œuvre selon une logique économique. En effet, il arrive qu'une notion économique se trouve, dans le raisonnement du juge, détachée du raisonnement qui lui est associé en économie (comme on l'a vu à propos de certains usages de la notion de marché). Dès lors, la difficulté principale consiste à déterminer comment le raisonnement économique, en tant que tel, c'est-à-dire en tant qu'il doit être distingué des notions économiques, peut être intégré à l'élaboration du jugement. Pour cela, il faut revenir à la question fondamentale de la méthode selon laquelle le juge parvient à la solution d'un litige.

576. **Annonce.** L'objet de cette seconde partie est d'examiner de manière plus précise et plus technique comment le raisonnement économique prend place dans la méthode du juge, entendue comme la manière dont il conduit son examen des contestations pour parvenir à la solution d'un litige. Les formules classiques selon lesquelles l'office du juge consiste à « dire le droit et trancher les litiges »[1] ou, plus simplement encore, à « dire le droit dans un cas particulier »[2] décrivent la fonction du juge, mais pas la manière dont il l'exerce[3]. Or, pour comprendre comment le raisonnement économique peut constituer un outil pour le juge, il est nécessaire de partir d'une description de sa méthode et des caractéristiques spécifiques de son raisonnement. C'est en effet seulement à cette condition qu'il sera possible de préciser les

---

[1] D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. « bibliothèque de droit privé », T. 410, 1994, préf. G. WIEDERKEHR.

[2] J. DABIN, *Doctrine générale de l'État. Éléments de philosophie politique,* Bruxelles et Paris, 1939, n° 158, p. 249, cité par F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, n° 23, p. 33. On trouve de nombreuses variantes de ces formules, p.e. « résoudre le litige en constatant le droit du cas concret litigieux » (Vizioz cité par J. NORMAND, *Le juge et le litige*, LGDJ, Pichon et Durand-Auzias, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 65, 1965, p. 2). V. aussi J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, PUF, coll. « Quadrige », 2004, n° 7, p. 19.

[3] En ce sens, J. NORMAND, *op. cit.*, p. 15.

contraintes à l'intérieur desquelles le raisonnement économique doit se couler pour franchir la barre du prétoire, pénétrer dans l'imagination du juge[1] et contribuer à l'élaboration du droit[2]. Il faut donc commencer par s'interroger sur ce qui distingue le raisonnement judiciaire.

577. **Raisonnement judiciaire.** Les traits propres du raisonnement judiciaire ne peuvent être dérivés que de l'office premier du juge, à savoir, comme cela vient d'être rappelé, trancher les litiges en appliquant le droit à un cas particulier. En ce sens, on a pu dire que le raisonnement judiciaire se distinguait du raisonnement juridique en général, celui par exemple de l'avocat, par trois caractéristiques relatives, respectivement, à l'objet, à la méthode et à la forme du raisonnement[3]. Tout d'abord, l'objet sur lequel porte le raisonnement du juge serait déterminé par les parties, en vertu du principe dispositif. Ensuite, la méthode propre du juge pour parvenir à la solution du litige résiderait dans l'organisation de la contradiction, les parties devant être mises à même de discuter chacun des éléments de la solution à intervenir. Enfin, la forme du raisonnement judiciaire serait un syllogisme, dont la majeure est la règle de droit, la mineure les faits qualifiés et la conclusion la solution. Il est nécessaire de s'arrêter sur ces trois aspects et de préciser le sens des principes auxquels ils renvoient afin d'avoir une première vue sur la manière dont la méthode du juge peut entrer en relation avec le raisonnement économique.

578. **Principe dispositif.** Le raisonnement du juge part du litige pour aboutir à sa solution. Cette orientation de son raisonnement a une incidence sur les possibilités de réception du raisonnement économique. Encore faut-il préciser en quoi le litige contraint réellement le raisonnement du juge. Dans une conception traditionnelle, on dit que le litige est la chose des parties[4]. Le principe dispositif est alors conçu comme la source d'une double contrainte pour le juge. La première règle qui s'imposerait au juge en vertu de ce principe serait l'interdiction de statuer sur autre chose que ce qui a été demandé. Il s'agit du principe de l'interdiction de statuer *ultra petita*, exprimé par l'article 5 NCPC[5]. La seconde règle issue ce principe ferait interdiction au juge de s'appuyer sur d'autres faits que ceux qui ont été mis dans le débat par

---

[1] G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « L'imagination du juge », *in La procédure en tous ses états, Mélanges Jean Buffet*, Petites Affiches, Paris, 2004, pp. 131-147.

[2] N. MOLFESSIS, *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2005, coll. « Études juridiques », n° 20. Sur la contribution du raisonnement économique à l'élaboration du droit, V. *infra* chap. 1 (n° 665 et s.).

[3] F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, n° 46 et s., p. 71 et s.

[4] J. NORMAND, *Le juge et le litige*, préc., n° 33, p. 29.

[5] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2e éd, 2001, entrée « Dispositif », sens 2, sous a), p. 298.

les parties[1]. Dans sa thèse sur *le juge et le litige*, Jacques Normand a contesté le rattachement de cette seconde règle au principe dispositif[2]. S'il est nécessaire de rappeler la critique de cet auteur, c'est parce que la portée plus ou moins étendue que l'on reconnaît au principe dispositif emporte des conséquences très différentes sur la possibilité pour le juge d'accueillir le raisonnement économique dans l'élaboration du jugement.

579. **Premier aspect : l'objet du litige.** En un premier sens, qui ne pose pas de difficulté particulière, le principe dispositif signifie qu'il revient aux parties de délimiter par leurs contestations l'objet du litige[3]. De là découlent notamment les règles selon lesquelles le juge ne peut ni s'auto-saisir ni modifier l'objet des demandes[4]. On peut remarquer que ces règles ne concernent pas uniquement le juge judiciaire, mais aussi le juge administratif ou communautaire, qui sont également compétents pour appliquer le droit de la concurrence. En effet, eux aussi sont saisis de contestations (à propos d'une décision administrative) et eux aussi sont soumis à l'obligation de statuer sur les demandes des parties et sur ces demandes seulement[5]. Du point de vue de la méthode selon laquelle le juge conduit sa pensée, ce premier aspect du principe dispositif a pour conséquence que les parties fixent le point de départ du raisonnement du juge. Or, ce corollaire du principe dispositif trouve une application directe en ce qui concerne le raisonnement économique. Ce dernier inspire en effet aux justiciables des contestations, qu'il s'agisse de contrer les allégations d'une partie adverse ou, comme c'est encore plus fréquent en droit de la concurrence, de critiquer une décision administrative. Dès lors, le juge peut être saisi d'arguments économiques formulés par les parties à l'appui de leurs contestations. En ce premier sens, le principe dispositif peut donc obliger le juge à connaître de raisonnements économiques allégués par les parties.

580. **Second aspect : les faits dans le débat.** En un second sens, il est parfois dit que le principe dispositif se rapporte à l'interdiction faite au juge de statuer sur des faits qui ne sont pas dans le débat[6]. Ce second aspect du principe dispositif est plus délicat. Comme l'a montré Jacques Normand, le sens que l'on peut donner à ce principe est directement lié à une

---

[1] G. CORNU, préc., sens 2, sous b).

[2] J. NORMAND, *Le juge et le litige*, préc., *passim*.

[3] J. NORMAND, *op. cit.*, n° 102 et s., p. 99 et s.

[4] J. NORMAND, *op. cit.*, n° 430, p. 466.

[5] V. *supra* n° 538. Le principe connaît des tempéraments, mais, là encore, la remarque vaut autant pour le juge judiciaire que pour le juge administratif et communautaire.

[6] G. CORNU, « Dispositif », préc., sens 2), sous b).

conception du procès et de l'office du juge[1]. Dans une conception du procès que l'auteur appelle « libérale »[2], le juge n'est qu'un arbitre[3] et le principe dispositif a un sens très fort[4]. Il signifie que les parties maîtrisent non seulement leurs contestations, mais aussi les faits qui entrent dans le débat. Les auteurs qui adoptent cette perspective sont amenés à considérer que les règles d'ordre public représentent, du point de vue de l'office du juge, un cas particulier et problématique. La difficulté propre à ces règles tiendrait au fait que, lorsqu'elles sont en cause, le juge se trouverait dans une situation de conflit de devoirs[5]. Le dilemme du juge serait le suivant : d'un côté, il doit s'en tenir aux faits allégués par les parties, mais, d'un autre, la règle d'ordre public, qu'il doit incontestablement appliquer d'office, peut prescrire l'examen de certains faits qui n'ont pas été allégués.

581. On peut remarquer que cette difficulté, si elle ne pouvait être surmontée, concernerait le droit de la concurrence. En effet les règles de concurrence sont, au moins pour certaines d'entre elles, d'ordre public[6]. Il en résulte que, si l'on devait retenir une conception extensive du principe dispositif, il serait difficile de rendre compte de certaines situations d'application judiciaire du droit de la concurrence. Par exemple, lorsqu'un juge judiciaire est, saisi d'un litige relatif à un contrat de distribution, une difficulté sérieuse paraît se présenter dans l'hypothèse où une partie invoque la contrariété du contrat avec l'article 81 CE, sans pour autant alléguer tous les faits nécessaires à l'examen de compatibilité du contrat avec ce texte[7]. En pareil cas, le juge peut-il en effet se contenter de débouter la partie qui invoque l'article 81 CE à raison de l'insuffisance de ses allégations, et ce alors même que le contrat en cause, s'il viole réellement ce texte, est nul de plein droit ? On voit à travers cet exemple que, si le juge devait réellement s'en tenir aux seuls faits allégués, un problème d'effectivité du droit de

---

[1] J. NORMAND, *op. cit.*, n° 36 et s., p. 31 et s., et n° 430 et s., p. 465 et s.

[2] J. NORMAND, *op. cit.*, notamment n° 39, p. 35, et n° 431, p. 466.

[3] J. NORMAND, *op. cit.*, n° 27, p. 23.

[4] J. NORMAND, *op. cit.*, n° 39, p. 35

[5] J. NORMAND, *op. cit.*, n° 39, p. 34.

[6] Sur le caractère d'ordre public de l'article 81 CE au sens de l'article 1502-5° NCPC (ordre public international), Paris, 1ère ch. C, 18 novembre 2004, n° 2002/19606, Thalès c/Euromissile, obs. É. BARBIER de LA SERRE et C. NOURISSAT, *RLC*, 2005/2, n° 150. Sur les difficultés de la conciliation du principe dispositif et de l'ordre public : F. RIGAUX, *op. cit.*, n° 38, p. 57 et s. J. NORMAND, *op. cit.*, n° 226 et s., p. 223 qui conclut (n° 270 et s, p. 274 et s.) à la grande proximité du moyen d'ordre public et du moyen de pur droit du point de vue du juge. En ce sens également, L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 3ème éd., 2000, n° 1133, p. 489. *Adde :* L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* Litec, 4ème éd., 2004, n° 700 (plus bref sur ce point).

[7] La question se pose de manière identique pour l'article L 420-1 C. com. On songe à l'hypothèse d'un distributeur qui se prévaudrait de l'un de ces textes pour soulever une exception tirée de l'illégalité du contrat qui le lie à son fournisseur. Pour peu que la question de l'effet cumulatif d'accords similaires doive être tranchée, des faits extérieurs à la relation contractuelle seront pertinents, sans que le demandeur soit nécessairement en mesure de les alléguer.

la concurrence se poserait immédiatement. Par ailleurs, si le principe dispositif avait réellement pour conséquence d'interdire au juge de s'intéresser aux faits qui n'ont pas été allégués, il pourrait aussi s'opposer à la réception d'un raisonnement économique. En effet, on verra que le raisonnement économique invite le juge à s'intéresser non seulement aux faits qui ne sont pas « spécialement allégués par les parties »[1], mais encore à des faits qui peuvent n'être pas du tout allégués par les parties. L'examen de l'insertion du raisonnement économique dans la méthode du juge risquerait de tourner court.

582. Il ne faut cependant pas en rester à cette conception extensive du principe dispositif. Comme l'a montré Jacques Normand, elle n'est ni la seule possible ni la plus réaliste[2]. Il faut au contraire dissocier, d'une part, la maîtrise indéniable qu'ont les parties de leurs contestations et, d'autre part, le pouvoir, qui ne leur revient pas exclusivement, de déterminer les éléments nécessaires à l'appréciation par le juge des mérites de leurs prétentions respectives[3]. Comme l'écrit cet auteur, « [t]out en admettant que les parties doivent demeurer maîtresses de leurs droits et pouvoir n'en demander reconnaissance et protection que si bon leur semble, il peut être acquis que la vérité des faits ne leur appartient pas et qu'il doit revenir au juge le soin de vérifier l'exactitude de leurs allégations »[4]. Cette conception plus restrictive du principe dispositif et plus extensive du rôle du juge à l'égard des faits est liée à une conception du procès qui le situe « au carrefour des chemins du Droit public et du Droit privé »[5]. Comme l'écrit encore Jacques Normand, « [p]our les parties, le procès est un instrument de satisfaction des droits privés. Mais pour l'État, c'est une forme de réalisation du droit »[6]. Du point de vue de notre étude, une telle conception paraît à la fois réaliste et fructueuse, car le droit de la concurrence est lui-même à la croisée du droit public et du droit privé[7]. En outre, cette conception permet, comme le remarquait lui-même cet auteur, de rapprocher l'office du juge civil et celui du juge administratif[8], lesquels interviennent tous

---

[1] Parfois appelés « faits adventices ». Sur ce point, G. BOLARD, « Les faits tirés du dossier », *Mélanges* J. NORMAND, pp. 45-50.

[2] J. NORMAND, *Le juge et le litige*, n° 430, p. 466. Du point de vue du réalisme, on peut ajouter que, lorsque le juge judiciaire, mais aussi administratif, a besoin de connaître des faits que les parties n'ont pas mis dans le débat, il n'hésite pas à recourir à une mesure d'instruction, en particulier à une expertise. C'est alors l'expert qui met dans le débat les faits manquants.

[3] J. NORMAND, *op. cit.*, n° 37, p. 33. Dans les termes de cet auteur, il faut dissocier le régime du fond du droit litigieux et celui des éléments matériels sur lesquels il repose ».

[4] *Ibid*.

[5] COUTURE, cité par J. NORMAND, *op. cit.*, n° 31, p. 27.

[6] *Ibid*.

[7] *Infra* n° 623.

[8] J. NORMAND, *op. cit.*, n° 37, p. 33.

deux dans l'application du droit de la concurrence. La conception qu'il propose du principe dispositif et du rôle du juge par rapport à l'objet du litige apparaît donc féconde pour notre analyse. Par ailleurs, aborder le procès et l'office du juge dans une telle perspective permet d'envisager une ouverture bien plus grande de la méthode du juge au raisonnement économique. En effet, si les parties n'ont plus l'entière maîtrise les faits qui entrent dans le débat, ce ne sont plus elles qui fixent seules le « *thema probandum* »[1]. Or, si le juge contribue à déterminer les objets de preuve, il s'ensuit que le raisonnement économique – dont on verra qu'il suggère précisément des objets de preuve – trouve un point d'accroche dans l'office du juge.

583. **Du principe dispositif au contradictoire.** Dans cette conception prometteuse pour notre recherche, qui est indissolublement liée à la fois au principe dispositif et à l'office du juge, les faits sur lesquels peut s'appuyer le juge ne sont plus ceux qui ont été mis dans le débat par les parties, mais ceux qui ont été contradictoirement débattus[2]. Cette nouvelle définition de l'objet sur lequel porte l'examen du juge permet de résoudre le problème qui paraissait spécifique aux règles d'ordre public. En réalité, c'est chaque fois que le juge relève un argument de droit qu'il doit soumettre au débat, s'ils n'ont déjà été discutés, l'ensemble des éléments de fait relatifs à l'application de la règle qu'il soulève[3]. La règle d'ordre public ne présente à cet égard aucune spécificité, car c'est de manière beaucoup plus générale, en vertu du principe du contradictoire, que le juge peut être amené à introduire des faits pertinents dans le débat.

584. **Le contradictoire.** Le principe du contradictoire permet de redéfinir les faits que le juge peut prendre en considération non comme ceux que les parties ont choisi d'alléguer, mais comme tous ceux qui ont été contradictoirement débattus. En ce sens, ce principe permet de cerner l'objet sur lequel va porter le raisonnement du juge. Tel n'est cependant pas sa seule fonction. En effet, ce principe irrigue plus généralement tout le raisonnement du juge. Il constitue la marque distinctive de sa méthode, ainsi que la technique judiciaire de production de la vérité[4]. Il sera donc essentiel de se demander comment le raisonnement économique s'articule avec le principe du contradictoire. On verra que l'organisation de la contradiction sur tous les aspects du raisonnement économique, celui des parties mais aussi celui du juge

[1] *Ibid*.

[2] J. NORMAND, *op. cit.*, notamment n° 223, p. 217.

[3] J. NORMAND, *op. cit.*, n° 270-271, et n° 424, p. 462.

[4] M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse Paris II, 1988.

lui-même, est une exigence fondamentale, quoique parfois négligée. Ce principe ne doit jamais être perdu de vue par le juge. À notre avis, et nous aurons l'occasion d'expliquer pourquoi dans les développements qui suivent, le devoir du juge d'organiser le contradictoire sur tous les éléments du raisonnement économique nécessaires à la solution ne s'arrête pas aux éléments de fait, mais concerne aussi les éléments d'appréciation des faits et les éléments de droit. À défaut de veiller scrupuleusement à cette exigence, le juge risquerait de se transformer en agent d'exécution de la théorie économique. C'est pourquoi la contradiction se trouve au cœur du bon usage juridictionnel du raisonnement économique.

585. Si le raisonnement économique doit entrer dans l'élaboration du jugement, par le biais des contestations et de la discussion contradictoire sur tous les éléments de la solution, il faut aussi s'interroger sur son insertion dans le syllogisme judiciaire.

586. **Syllogisme.** Comme on l'a vu en introduction, de nombreux auteurs ont critiqué la figure du syllogisme et montré qu'elle ne décrivait pas la réalité plus complexe du raisonnement qui conduit le juge à la solution[1]. En ce sens, « l'inanité » du syllogisme n'est plus à démontrer[2]. Cependant, dire que le syllogisme ne rend pas compte de la manière dont le juge progresse concrètement vers la solution d'un litige ne signifie pas qu'il soit dépourvu de toute pertinence pour aborder la méthode du juge. Il convient en effet de ne pas se tromper sur son statut. Considéré comme description de la recherche de la solution par le juge, le

---

[1] *Supra* n° 20.

[2] Sur « l'inanité du modèle syllogistique (…) à rendre compte des déterminations qui ont réellement cours dans le raisonnement juridique », O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit » *in La qualification*, *Droits*, vol. 18, 1993, pp. 3-18, p. 9. Dans le même sens, un ancien président de la Cour de cassation écrivait : « on sait que le syllogisme du juge n'est qu'un montage plaqué *a posteriori* par lui, après la découverte de la solution ». P. BELLET, « Servitudes et liberté du juge : Les articles 4 et 5 du Code civil français » *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Études publiées par P. VASSART sous la direction de G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST, Nemesis, Bruxelles, 1988, pp. 145-158, p. 149. J. NORMAND, *op. cit.*, n° 17, p. 16, considère lui aussi que « [l]e syllogisme judiciaire par quoi l'on est accoutumé à caractériser la démarche intellectuelle du juge dans l'accomplissement de sa mission ne peut avoir que valeur d'image. Encore est-ce une image dangereusement déformante de la réalité ». Pour une critique du syllogisme formel et la proposition d'analyse du raisonnement judiciaire comme un « syllogisme dialectique », qui part de l'analyse des contestations et des faits et opère le choix de la règle applicable en fonction des demandes et de l'appréciation des vraisemblances, M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse Paris II, 1988, p. 247 et s. Pour une discussion de différentes conceptions du syllogisme judiciaire, F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, n° 27 et s., p. 36 et s. La critique du syllogisme en tant que méthode déductive de formation du jugement constitue aussi un tournant dans la théorie américaine. La défense du syllogisme est attribuée à Langdell et critiquée au nom du *legal realism*. Sur ce point, S. BREWER, « Exemplary Reasoning : Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy », *Harvard L. Rev.*, 1996, pp. 923-1028, spéc. p. 930 et note 13. Sur la critique de Langdell et des auteurs qui lui sont associés par les réalistes, Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. « méthodes du droit », Paris, 2004, pp. 269 et s. *Adde :* W. T. BLACKSTONE, « Criteria of Adequacy for Judicial Reasoning », *in* H. HUBIEN (éd.), *Le raisonnement juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1971, pp. 233-242, spéc. p. 233.

syllogisme est une caricature du raisonnement judiciaire. En revanche, considéré comme une exigence relative à l'exposition du jugement[1], le syllogisme offre un point de départ très utile à l'analyse de la place du raisonnement économique dans le raisonnement propre du juge. Pour notre analyse, le syllogisme sera un point de départ précisément parce qu'il constitue pour le juge un point d'arrivée, une ligne de mire. Former un syllogisme correct et convaincant est l'objectif de celui qui doit rendre un jugement. Or, ce but représente une triple contrainte argumentative. En effet, il faut formuler la règle de droit (majeure), il faut exposer les faits (mineure) et il faut, surtout, le faire de telle sorte que le rapprochement des faits et du droit apparaisse justifié.

587. **Objet de la seconde partie et plan.** Considérer ainsi le syllogisme comme une source de contraintes argumentatives pour le juge conduit à se demander en quoi le raisonnement économique peut être utile au juge dans la recherche des prémisses – majeure et mineure – et en quoi il permet de rendre convaincant le rapprochement des faits et du droit. Ces interrogations constituent l'objet de la seconde partie de la présente étude. On tentera d'y répondre en gardant constamment à l'esprit les deux principes qui encadrent le raisonnement judiciaire, à savoir, d'une part, le principe dispositif et, d'autre part, le principe du contradictoire. Du premier principe, on retiendra, conformément à ce qui a été exposé, une interprétation à la fois étroite et générale. L'interprétation retenue est étroite en ce que, à la suite de Jacques Normand, nous rattachons à ce principe la prérogative des parties de disposer des contestations mais non de tous les faits qui entrent dans le débat. L'interprétation retenue est en revanche générale en ce qu'elle désigne une réalité du jugement commune à tous les juges : juge judiciaire, juge administratif et juge communautaire. Du second principe, également commun à tous les procès[2], on retiendra, comme on l'a dit, l'impérieuse obligation pour le juge d'organiser la contradiction sur tous les éléments déterminants de la solution, quels qu'ils soient.

588. Dès lors que la recherche par le juge des prémisses du syllogisme se trouve au point de départ de l'analyse à laquelle cette seconde partie est consacrée, la thèse d'Henri Motulsky représente une référence toujours actuelle. Nous verrons que le système proposé par cet auteur ne permet pas, à lui seul, de rendre compte de la place du raisonnement économique dans la démarche du juge de la concurrence. Il constitue cependant une référence opératoire. Il faut

[1] En ce sens, T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LDGJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 270, n° 313, p. 230.

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, préc.

donc, à titre préalable, en rappeler les traits essentiels (Titre préliminaire). Une fois exposé le schéma selon lequel les apports extérieurs au droit doivent s'ordonner pour être utiles au juge, il apparaîtra clairement que c'est au stade de la qualification juridique des faits que se situe l'apport de l'économie à l'élaboration du jugement. Le raisonnement économique doit donc être considéré par le juge comme un outil de qualification juridique des faits (titre I). Cela place le raisonnement économique au cœur de l'activité commune à tous les juges – judiciaires, administratifs et communautaires – mais cela soulève aussi une question difficile. En effet, dans tous les contentieux, la qualification juridique des faits est l'objet d'un contrôle par les juridictions supérieures. En revanche, ce contrôle est théorisé de manière différente dans les différents ordres juridictionnels. Dans l'ordre judiciaire, le contrôle est pensé selon la distinction du fait et du droit. Dans les ordres administratif et communautaire, la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation s'ajoute à cette distinction. Pour comprendre comment le raisonnement économique est saisi par le contrôle juridictionnel, il sera donc nécessaire de croiser les catégories privatistes du contrôle de cassation avec les catégories publicistes du contentieux administratif. Cette démarche révélera des points communs. Au-delà des différences de vocabulaire, les schémas théoriques du droit privé et du droit public se rencontrent en effet à propos du contrôle de motivation et du contrôle des preuves. Ces recoupements permettent de proposer une conception unitaire de la place du raisonnement économique dans le contrôle juridictionnel (titre II).

TITRE PRÉLIMINAIRE

LA MÉTHODE DU JUGE

589. Il convient de rappeler brièvement les termes de l'analyse de Motulsky (I), avant de montrer en quoi cette analyse est, moyennant quelques adaptations, applicable au droit de la concurrence (II) et permet de poser des jalons pour comprendre la place du raisonnement économique dans le jugement (III).

SECTION I. RETOUR SUR L'ANALYSE DE MOTULSKY

590. Dans sa thèse intitulée *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*[1], Motulsky cherche à analyser méthodiquement le mécanisme d'application du droit par le juge. Il part des caractères de la règle de droit (1) et de la notion de droit subjectif (2) pour s'interroger sur le mécanisme de réalisation du droit. Celui-ci passe par le syllogisme judiciaire (3), étant entendu que la tâche principale du juge consiste dans la recherche des prémisses du syllogisme (4). Cette présentation l'amène à définir deux notions : la charge de l'allégation et la charge de la preuve. La première de ces notions présente un intérêt majeur pour l'analyse de la place du raisonnement économique dans la recherche de la solution, à condition toutefois de la redéfinir pour lui donner un sens plus général (5). Le pendant de la charge de l'allégation, dans la théorie de Motulsky, est la notion de dispense (6), qui n'appelle, quant à elle, pas de modification. De même, la notion de charge de la preuve est directement opératoire (7). La définition de ces différentes notions permet à Motulsky d'aboutir à une théorie du contrôle de cassation (8), qui se révèlera fort utile pour la suite de notre analyse.

1. Les caractères de la règle de droit

591. Motulsky part de la règle de droit et de son caractère fondamentalement normatif. Il constate que la règle de droit a deux catégories de destinataires, à savoir, d'une part, les individus, à qui une conduite est prescrite, et, d'autre part, les institutions chargées d'appliquer le droit, dont le juge. Une règle de droit a toujours la même structure binaire (même lorsque cette structure n'est pas apparente dans la formulation habituelle de la règle).

[1] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002 (réimpr.), ci-après « *Principes* ».

En effet, toute règle est formée d'une présupposition (*Voraussetzung*) ou hypothèse légale, à laquelle est associée un effet juridique (*Rechtsfolge*). Par exemple : « les accords entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence (hypothèse) sont nuls de plein droit (effet juridique) »[1]. Motulsky complète cette description de la règle de droit en y introduisant une notion fondamentale pour son propos, celle de « droit subjectif ».

2. La notion de droit subjectif

592. Pour Motulsky, la notion de droit subjectif est une notion « purement technique »[2]. Cette notion ne fait que traduire « la faculté pour l'individu de déclencher l'impératif contenu dans la règle de droit »[3]. Autrement dit, être titulaire d'un droit subjectif, c'est simplement être habilité, dans l'ordre juridique, à faire jouer l'effet d'une règle de droit. En ce sens, la notion de droit subjectif n'est pas propre au droit privé, mais constitue le corollaire de toute règle de droit, car une règle qui ne pourrait être invoquée par personne serait lettre morte. Dans notre exemple, une entreprise partie à un accord restrictif de concurrence peut invoquer la règle qui interdit de tels accords et obtenir du juge qu'il déclare nul le contrat dont elle veut se dégager[4]. La notion de droit subjectif est essentielle dans le système de Motulsky, en ce que toute application d'une règle de droit par le juge est pensée par cet auteur comme un mécanisme de réalisation d'un droit subjectif[5]. C'est dans cette perspective qu'est abordé le syllogisme judiciaire.

3. Le syllogisme judiciaire

593. Comme nous l'avons dit, le syllogisme doit être considéré comme une *forme* du jugement. À cet égard, Motulsky explique de manière convaincante que c'est une bonne forme pour le jugement, car elle convient à la structure de la règle de droit et à l'office du juge[6]. En effet, la règle est de la forme suivante : « si telle présupposition se rencontre, alors tel effet juridique doit s'ensuivre ». Elle constitue naturellement la majeure du syllogisme. Pour appliquer la règle, le juge doit constater que, parmi les circonstances du cas particulier

---

[1] Tel est, en substance, la règle posée par l'article 81 CE. Nous simplifions sa formulation pour ne pas alourdir inutilement la présentation.

[2] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 24 et s., p. 27 et s.

[3] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 26, p. 29

[4] La nullité étant de plein droit, elle peut être invoquée même par une partie à l'accord. Sur les droits subjectifs conférés par les règles de concurrence, V. *infra* n° 625.

[5] D'où le titre complet de l'ouvrage : *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : Théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*.

[6] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 49, pp. 49-50.

qui lui est soumis, se retrouvent celles que désigne sa présupposition. Ce constat forme, tout aussi naturellement, la mineure du syllogisme. L'effet juridique attaché par la règle doit alors être ordonné, ce qui constitue la conclusion. Le syllogisme judiciaire est donc la forme logique qui convient au jugement[1]. Il faut souligner qu'il n'est que cela. La pensée de Motulsky est légèrement ambiguë à cet égard, car, dans un autre passage, il écrit que « *la démonstration* de l'existence d'un droit subjectif ne peut se faire, *dans l'esprit*, que dans la forme, si injustement décriée, du syllogisme déductif »[2]. Pour notre part, nous pensons que c'est en tant que forme rhétorique destinée à convaincre l'auditoire de la justesse de la décision que le syllogisme peut être justifié, c'est-à-dire en tant que forme donnée à la motivation plutôt qu'en tant que forme « dans l'esprit »[3].

594. En effet, le syllogisme n'est pas une méthode de recherche de la solution[4]. Le fait que le jugement, une fois élaboré, prenne la forme d'un « syllogisme final » ne saurait occulter la nécessité de nombreux syllogismes « auxiliaires » ou « subordonnés » au cours de cette élaboration[5]. Cette forme ne doit pas davantage masquer le fait que les raisonnements intermédiaires du juge ne sont pas nécessairement eux mêmes des syllogismes et peuvent, par exemple, relever d'une méthode téléologique[6]. Plus généralement, la forme finale du jugement n'enlève rien à la nécessité, pour son élaboration, de discussions contradictoires non réductibles à l'application de la logique formelle[7]. Comme l'a montré Perelman, ces discussions, qui ont trait notamment aux valeurs, aux objectifs prêtés à la règle de droit et aux conséquences de différentes interprétations concevables, sont conduites selon une logique de l'argumentation[8] et la logique formelle du syllogisme y a peu de place[9].

---

[1] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 48, p. 47, et n° 50, p. 49.

[2] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 48, p. 47 (nous soulignons). V. aussi n° 49, p. 48, où Motulsky parle du syllogisme comme « façon de conduire sa pensée ».

[3] En ce sens aussi T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, préc., n° 313, p. 229.

[4] V. *supra* n° 20.

[5] F. RIGAUX, *op. cit.*, n° 28, p. 41. *Adde* : Y. AGUILA, « L'officieux et le non-dit dans le jugement », Conférence du 31 mars 2005, Cour de cassation, texte disponible à partir de la page http://www.courdecassation.fr/manifestations/tableau, II, 2°. L'auteur compare le syllogisme final à un bâtiment achevé, seul visible une fois que l'échafaudage qui a servi à sa construction a été retiré.

[6] T. LE BARS, *op. cit.*, *loc. cit.*

[7] Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, réimpr. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2ème éd., 1999, *passim*, notamment n° 83, p. 157, et n° 98, p. 176.

[8] Ch. PERELMAN, *op. cit.*, n° 71 et s., p. 135 et s.

[9] Ch. PERELMAN, *op. cit.*, n° 98, p. 176.

595. À cet égard, nous nous distancions de certaines formulations ambiguës de Motulsky lorsqu'il parle du syllogisme comme « façon de conduire sa pensée »[1]. Cette ambiguïté nous paraît attribuable à la distinction que fait l'auteur entre, d'une part, la détermination du contenu des règles de droit par l'interprétation et, d'autre part, la méthode de réalisation, à laquelle il entend s'intéresser exclusivement[2]. Toute la difficulté de cette distinction se reflète dans ses présentations successives du syllogisme comme forme puis comme méthode de pensée[3]. Pour autant que la distinction entre interprétation du droit et réalisation du droit a permis à Motulsky d'élaborer sa théorie, il ne faut pas la condamner, car elle a été utile. Cependant, nous ne la retiendrons pas, car, comme le montreront des développements ultérieurs, le raisonnement économique s'insère précisément dans le raisonnement non syllogistique du juge au stade de la recherche des termes du syllogisme. Le raisonnement économique relève de la discussion où naissent les motifs du jugement.

596. En réalité, et quoique Motulsky lui-même en dise[4], son schéma d'analyse est utile pour éclairer la recherche par le juge des prémisses du syllogisme judiciaire. Il permet en tout cas de préciser la place du raisonnement économique dans le processus d'élaboration du jugement, ce qui est notre objectif.

4. La recherche des prémisses du syllogisme

597. Le travail du juge commence avec la recherche des termes du syllogisme[5]. Cette recherche débute par un moment qui relève de l'intuition[6]. Cette appréhension immédiate du litige fait entrevoir au juge la règle applicable aux faits de l'espèce et ce qui pourrait être la

---

[1] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 49, p. 48, préc.

[2] Comme l'indique le titre de l'ouvrage, et comme l'auteur le rappelle à plusieurs reprises, celui-ci ne traite que du second thème : la méthode. V. notamment n° 4, p. 5, où l'auteur expose de manière imagée qu'il sera question de l'art de se servir des « moules dans lesquels est coulée la matière [juridique] » et non de « la fabrication des moules », ainsi que le n° 49, p. 48. Pour claire que soit la présentation de cette distinction, force est de constater que l'auteur ne s'y tient pas, probablement parce qu'il est impossible de s'y tenir. La recherche des prémisses du syllogisme dont il traite (p. 50 et s.) participe en effet de la sculpture des moules à l'aide desquels le juge procède à la qualification. Sur l'insuffisance du syllogisme pour garantir l'acceptabilité de prémisses : Ch. PERELMAN, *Logique juridique Nouvelle Rhétorique*, notamment n° 78 et s., p. 149 et s., et n° 98, p. 176.

[3] Ce double sens est aussi celui du mot « raisonnement » qui désigne tantôt la faculté de raisonner, tantôt le résultat issu de l'exercice de cette faculté. « Raisonnement », *in Trésor de la langue française informatisé*, préc., resp. sens I. A et II. A.

[4] V. note préc. Cependant, il traite de la recherche des termes du syllogisme, comme il est exposé ci-après.

[5] Comme le souligne F. Rigaux, c'est là non seulement le commencement, mais aussi l'essentiel du travail du juge. F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 44. Motulsky ne dit du reste pas autre chose : H. MOTULSKY, *Principes*, n° 51 et s., p. 50 et s.

[6] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 52 et 53, pp. 51-3.

solution du litige. Il ne s'agit là que du point de départ de la recherche de la règle applicable, qui aura pour objet de confirmer ou d'infirmer la première intuition. Dans cette recherche, les classifications jouent un rôle essentiel (a). Ensuite, le juge doit procéder au rapprochement des faits et de la règle (b).

a) La recherche de la règle applicable

598. **Rôle des classifications.** Dans sa recherche de la règle applicable, le juge part de la conclusion du syllogisme, c'est-à-dire de l'effet juridique qui est invoqué par la partie qui entend déclencher l'application d'une règle de droit à son profit, par exemple la nullité d'un contrat[1]. Il procède alors à un inventaire des règles à la fois potentiellement applicables aux faits et de nature à produire un effet juridique correspondant aux demandes dont il est saisi. Les classifications, qui distinguent et organisent tant les différentes matières du droit (comme le droit civil et le droit commercial) que, à l'intérieur d'une matière, les différentes questions (comme la validité et l'exécution du contrat), jouent à cet égard un rôle déterminant. C'est la connaissance de ces classifications qui permet à chaque fois d'identifier la règle applicable sans envisager toutes les règles que contient le droit. Vient ensuite une phase de vérification que l'une des règles ainsi sélectionnées s'applique bien aux faits de l'espèce[2].

b) Le rapprochement des faits et de la règle

599. **Décomposition de l'hypothèse légale en éléments générateurs.** L'étape suivante du raisonnement du juge consiste à comparer la présupposition de la règle sélectionnée et les faits de la cause. Cette comparaison, expose Motulsky, nécessite une analyse préalable tant des termes de la présupposition (hypothèse légale)[3] que des faits particuliers. Chacune de ces analyses peut nécessiter plusieurs étapes successives. Tel est notamment le cas lorsque l'hypothèse légale est formulée au moyen de notions complexes (par exemple « les accords restrictifs de concurrence »). Motulsky considère que l'analyse de telles notions fait généralement elle-même apparaître d'autres notions complexes. Il faut alors autant de décompositions (ou syllogismes intermédiaires) que nécessaire pour qu'apparaissent des

[1] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 57, p. 54.

[2] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 60 et s., p. 58 et s.

[3] *Supra* n° 591.

points de contact non douteux entre la règle et le fait[1]. L'auteur appelle « éléments générateurs du droit subjectif » le produit ultime des décompositions successives de l'hypothèse légale[2].

600. **Décomposition possible et faits nécessaires.** Motulsky admet que ce processus analytique puisse être interrompu lorsqu'il n'est pas nécessaire, dans un cas donné, de le mener à son terme. Il rend par ailleurs compte de cette incomplétude (par la théorie des dispenses)[3]. En revanche, l'auteur n'envisage pas l'imperfection de la décomposition[4]. Pour lui, la décomposition d'une notion légale en éléments générateurs correspondant à des faits tous cumulativement nécessaires à l'application d'une hypothèse légale semble toujours théoriquement possible. L'éventualité que certaines règles puissent être impossibles à décomposer ou « indéterminables »[5] n'est pas évoquée[6]. Or, force est de constater que les règles de concurrence font partie de celles qui se prêtent mal à une décomposition exhaustive. À tout le moins faut-il admettre que la jurisprudence est encore loin d'être parvenue à analyser certaines des notions qu'elle a elle-même consacrées pour analyser les hypothèses légales. Ainsi, la notion de « concurrence par les mérites », qui entre dans la décomposition jurisprudentielle de la prohibition de l'abus de position dominante[7], fait toujours l'objet de maintes interrogations, déjà évoquées[8]. Il paraît donc nécessaire d'envisager l'hypothèse dans

---

[1] Pour Motulsky, ces points de contact ont la nature de faits. La règle, initialement élaborée à partir d'une analyse critique des faits observés est, par l'analyse de l'interprète, ramenée au fait. *Principes*, n° 62, p. 61. La décomposition ultime des notions complexes est donc censée aboutir, bien que Motulsky n'emploie pas l'expression, à des « faits simples » qui doivent pouvoir se retrouver parmi les faits allégués, au besoin après analyse des faits complexes que contient l'allégation, et qui, s'ils s'y retrouvent, sont immédiatement reconnaissables comme faits concluants. Lorsque l'analyse de la présupposition et celles des faits allégués sont complètes, le rapprochement relève de l'évidence. Sur ce point, V. *Principes*, p. 158.

[2] MOTULSKY, *Principes*, p. 73 et s.

[3] V. *infra* n° 608.

[4] Motulsky semble envisager la décomposition des notions juridiques comme la décomposition d'un nombre en facteurs premiers. Il admet que les nombres premiers ne sont pas simples à manier. Il admet peut-être qu'il peut y avoir un résidu de la décomposition. En revanche, il ne doute pas de la possibilité de l'opération de division elle-même. Or, la décomposition d'une notion légale n'est pas analogue à une opération arithmétique. La qualification n'est pas le « produit » des éléments générateurs (au sens de multiplication entre eux). Comme on le verra, le raisonnement économique prend, dans l'application des règles de la concurrence, la place que Motulsky réserve à une incertaine arithmétique juridique.

[5] « L'indéterminabilité » de la règle est l'une des raisons d'être du pouvoir discrétionnaire, qui constitue la limite du contrôle du juge de la légalité. D. LABETOULLE, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits*, 1993, pp. 31-43, p. 37 et *infra***,** n° 1170.

[6] Au contraire, Motulsky prend soin de préciser à propos des « standards » que, « si la réduction au concret nécessite ici un effort plus délicat et plus long que d'ordinaire, puisque les notions dont il s'agit sont puisées dans des domaines extérieurs au Droit (Morale, Politique, Économie. Etc.…), [elles] se plient, en raison tant de leur origine que de leur imprécision, plus difficilement à la technique juridique, le mécanisme même de l'opération mentale à accomplir reste inchangé ». *Principes*, n° 141, p. 160.

[7] Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 91.

[8] *Supra* n° 97 et s. et n° 420.

laquelle le juge ne parviendrait pas à décomposer une notion légale en « éléments générateurs ».

601. **Décomposition impossible et faits pertinents.** Lorsque le juge n'est pas en mesure de décomposer une notion complexe en éléments tous nécessaires, on peut penser qu'il la décompose en éléments logiquement hétérogènes, à savoir, d'une part, les « faits nécessaires »[1] et, d'autre part, les faits seulement pertinents. L'analyse de l'hypothèse légale débouche alors sur un ensemble (éventuellement non exhaustif) de faits pertinents, mais non tous simultanément nécessaires. Par exemple, dans le cas de l'abus de position dominante, il peut être suffisant d'alléguer que les prix pratiqués par l'entreprise dominante sont inférieurs à ses coûts variables moyens, mais ce n'est pas nécessaire. Il peut être pertinent d'alléguer que son comportement inflige des pertes aux concurrents, ou qu'il impose des coûts aux consommateurs s'ils décident de changer de fournisseur, ou encore d'alléguer que l'entreprise dominante avait l'intention d'exclure une autre entreprise du marché. Il peut par ailleurs être suffisant de démontrer que les rabais qu'elle accorde fidélisent ses distributeurs. Tous ces faits peuvent être pertinents et/ou suffisants mais il est bien difficile de dire lesquels sont à la fois nécessaires et suffisants[2]. Ce constat n'est pas nouveau. Dans sa thèse, le professeur Vogel avait déjà mis en lumière le fait que, en droit de la concurrence, les circonstances de fait, notamment celles qui sont désignées par des notions économiques, peuvent être pertinentes aux fins d'une qualification juridique sans pour autant être suffisantes[3]. Ainsi avait-il identifié la concentration économique comme un « facteur de qualification juridique »[4].

602. Ce constat peut être généralisé et a pour conséquence que la notion de charge de l'allégation, telle que la définit Motulsky, ne peut pas rendre compte de la démarche de qualification juridique en droit de la concurrence. En effet, c'est uniquement dans une hypothèse particulière – souvent non réalisée dans cette matière – que le schéma proposé par Motulsky fonctionne[5]. Cette hypothèse correspond au cas où la décomposition d'une règle ne

---

[1] L'expression paraît plus simple que celle d'« éléments générateurs des droits subjectifs » et sera utilisée dans la suite.

[2] Comme cela a déjà été évoqué, de très nombreux auteurs, ainsi que la Commission, tentent de mettre de l'ordre dans l'interprétation de l'article 82 CE. Sur ces discussions, V. *supra* n° 71.

[3] L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Economica, 1988, préf. B. GOLDMAN.

[4] Les intitulés choisis par l'auteur témoignent de l'importancce de ce constat. Le titre de la première partie de l'ouvrage est « Le besoin de contrôle : le degré de concentration, *facteur de la qualification juridique* ». Le chapitre 1 de cette partie s'intitule « La concentration économique *facteur de qualification* des effets anticoncurrentiels » et le chapitre 2 « La concentration économique *facteur de qualification* des comportements anticoncurrentiels ».

[5] Le constat pourrait ne pas être limité au droit de la concurrence.

comporte que des éléments nécessaires. C'est alors seulement que la réalisation de la règle passe par la démarche purement analytique qu'envisage Motulsky : une fois l'analyse faite, le juge vérifie si tous les faits nécessaires sont établis ; s'ils le sont, il déclenche l'application de la règle et, dans le cas contraire, il la refuse. En revanche, le rapprochement de la règle et des faits est nécessairement plus complexe lorsque la décomposition d'une règle comporte à la fois des faits nécessaires et des faits seulement pertinents, voire seulement des faits pertinents. Donc, si l'on admet que des faits puissent être alternativement pertinents ou cumulativement pertinents sans que leur réunion au complet soit exigée (comme dans la méthode du faisceau d'indices), il est nécessaire de redéfinir la notion de charge de l'allégation.

5. Redéfinition de la notion de charge de l'allégation

603. **Insuffisance de la définition.** La notion de « charge de l'allégation », telle que la définit Motulsky, procède directement de son analyse du processus de décomposition de la règle en éléments générateurs. La charge de l'allégation est définie comme « la nécessité pour toute partie faisant valoir un droit subjectif en justice d'alléguer, sous peine d'être déboutée de sa prétention, *toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit* »[1]. Cette définition implique que la partie qui omet d'alléguer un seul des faits nécessaires succombe dans ses prétentions. Elle suppose donc que l'identification des éléments générateurs, tous cumulativement nécessaires, soit possible. En revanche, en présence d'une indétermination dans les circonstances de fait qui sont nécessaires à l'application de la règle, cette définition est inapplicable. Si, par exemple, le juge n'est pas en mesure de dire quelles circonstances de fait sont toujours nécessaires pour qu'un accord restreigne la concurrence, la notion de « charge de l'allégation », telle que la définit Motulsky, ne peut rendre compte de la charge qui pèse sur celui qui invoque l'article 81 CE. On pourrait s'arrêter à cette critique et considérer que la notion de charge de l'allégation perd son intérêt au contact des notions que l'on ne sait pas décomposer en éléments générateurs. Ce serait toutefois renoncer pour de mauvaises raisons à une notion utile.

604. **Intérêt de la notion.** L'intérêt de la notion de charge de l'allégation mise en avant par Motulsky ne réside pas tant dans la définition qu'il en donne, mais dans le fait qu'elle traduit un caractère distinctif du raisonnement judiciaire, lié au principe dispositif[2]. Comme on l'a dit, le raisonnement du juge – à la différence du raisonnement juridique mené dans d'autres

[1] *Principes*, n° 85, pp. 87-88 (nous soulignons).

[2] Sur ce point, V. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de cassation*, préc. n° 32, p. 47.

situations que celle d'un litige déjà constitué – est contraint tant dans l'élaboration de la mineure que de la majeure du syllogisme final. Le juge doit raisonner à partir des faits que les parties ont choisi de mettre dans le débat et à propos des demandes qu'elles ont formulées[1]. En retour, cette situation implique une contrainte pour les parties : celles-ci ne pourront obtenir l'effet qu'elles réclament devant le juge que si elles ont allégué (et prouvé) les faits nécessaires au déclenchement de l'une des règles qui prévoient ces effets, tels que ces faits auront, au besoin, été précisés par la jurisprudence. La notion de charge de l'allégation restitue donc l'une des caractéristiques fondamentales du procès. Plutôt que de la récuser au motif que la description que fait Motulsky de son fonctionnement ne coïncide pas avec ce qu'on peut observer dans le contentieux de la concurrence, mieux vaut tenter de la redéfinir.

605. **Définition proposée[2].** Pour faire droit au cas où le juge n'est pas en mesure de définir le contenu de la charge de l'allégation de manière purement analytique, on dira que la charge de l'allégation désigne plus généralement une « distribution des pertinences », dont la liste de faits nécessaires et suffisants n'est qu'une modalité particulière. Par cette expression, nous voulons signifier que l'explicitation de la règle, par laquelle le juge indique ce qui doit être établi par la partie qui en réclame l'application, peut prendre plusieurs formes. Une liste de faits tous nécessaires n'est, à cet égard, qu'une forme possible parmi d'autres. C'est sans doute la forme la plus simple, mais ce n'est pas la seule. La charge de l'allégation peut aussi être définie par des faits alternativement nécessaires ou bien par des faits pertinents, mais seulement à certaines conditions. Ce que les différentes formes possibles de la charge de l'allégation ont en commun nous semble être le fait *d'attribuer pertinence à des circonstances de fait, éventuellement en précisant les modalités de cette pertinence*. Par exemple la pertinence d'un fait A peut être subordonnée à la condition qu'un fait B soit également établi ou qu'un temps T se soit écoulé depuis un événement C. On peut donc généraliser la notion de charge de l'allégation envisagée par Motulsky et la redéfinir comme *un schéma de raisonnement qui structure la qualification au moyen d'une distribution de pertinence*. Un tel schéma peut soit désigner les faits nécessaires à l'application d'une qualification, soit identifier les faits pertinents et préciser (dans une mesure variable) les modalités auxquelles

[1] L'interprétation du principe dispositif que nous avons présentée dans l'introduction de cette partie a pour conséquence que les faits allégués par les parties ne constituent pas une limite absolue pour le juge. Cependant, cela ne signifie pas que tout juge pourrait, à tout stade du procès, ajouter de nouveaux faits dans la cause. Si le juge du fond peut le faire jusqu'à la clôture des débats, notamment en ordonnant des mesures d'instruction, cela n'est en revanche pas possible pour le juge de cassation. Pour lui, les faits ont été mis dans le débat et sont figés.

[2] La définition de la charge de l'allégation que nous proposons est nécessaire pour notre recherche, mais sa portée ne nous semble pas limitée au droit de la concurrence.

leur pertinence est, le cas échéant, subordonnée, ainsi que les relations logiques qui lient entre elles les différentes attributions de pertinence[1].

606. **Raisonnements dans la qualification.** Cet élargissement de la notion révèle deux facettes du raisonnement dans la qualification. Il y a, d'une part, le raisonnement du juge, dont la conclusion est la détermination de la charge de l'allégation et, d'autre part, le raisonnement qui peut être mis à la charge des parties, comme une composante de l'allégation, laquelle ne consiste alors plus dans de simples affirmations de fait, mais dans des affirmations de fait *liées par un raisonnement*.

607. La redéfinition proposée de la notion de charge de l'allégation ne supprime pas l'intérêt de la notion de dispense, par laquelle Motulsky réconcilie son schéma analytique avec la réalité du procès.

6. Les dispenses de décomposition

608. **Fonction de la notion.** Motulsky est parfaitement conscient du fait que la manière dont il envisage la charge de l'allégation (comme l'ensemble des faits correspondant aux éléments générateurs) ne correspond pas directement à une réalité du procès. En effet, lorsque la charge de l'allégation est ainsi comprise, les faits nécessaires, dégagés par l'analyse ultime de la présupposition, à force de décompositions successives et exhaustives, peuvent être très nombreux. La charge théorique de l'allégation est alors très lourde. Or, en pratique, il est manifeste que le juge n'exige pas l'allégation de tant de faits. Ainsi n'est-il habituellement pas exigé de celui qui réclame l'exécution d'un contrat qu'il allègue spécialement sa capacité à agir, et ce alors même qu'il s'agit pourtant d'un élément nécessaire à l'existence du droit subjectif qu'il invoque. Il existe donc, en pratique, certaines tolérances en vertu desquelles les parties sont dispensées d'alléguer certains faits correspondant à des éléments générateurs. C'est ce que Motulsky appelle des « dispenses d'allégation »[2]. En présence d'une telle dispense, l'allégation peut être valablement formulée à partir de « notion complexes », la décomposition en éléments générateurs n'intervenant qu'en cas de contestation[3]. La fonction

---

[1] La notion de test de qualification, que nous proposons ci-après est directement issue de cette généralisation de la notion de charge de l'allégation. *Infra* n° 721 et s.

[2] *Principes*, n° 89, p. 91.

[3] L'analogie proposée entre la conception de Motulsky et la décomposition d'un nombre en facteurs premiers fonctionne aussi pour les dispenses. Dans cette perspective, une dispense est comparable à la situation où serait admise la décomposition d'un nombre en facteurs non premiers, mais dont la décomposition en facteurs premiers est connue. Par exemple, 770 est le produit de 7, 11 et 10. 10 n'est pas premier, mais on sait que 10 se décompose en produit de deux nombres premiers, 2 et 5.

commune des dispenses est donc d'alléger la charge de l'allégation. Cependant Motulsky distingue plusieurs types de dispense, dont l'un est plus particulièrement intéressant pour notre analyse.

609. **Double distinction.** Motulsky formule deux distinctions à propos des dispenses d'allégation, à savoir, d'une part, une distinction selon leur source, qui peut être légale ou rationnelle, et, d'autre part, une distinction selon leur nature, qui peut être totale ou partielle. La première distinction n'appelle pas d'explication particulière, sinon que les dispenses légales explicites sont rares et que la plupart des dispenses d'allégation sont l'œuvre du juge. En revanche, la seconde distinction mérite de retenir l'attention, car, bien que Motulsky ne se préoccupe pas d'économie, elle offre une piste de réflexion sur la place de cette matière dans le raisonnement du juge.

610. **Dispenses totales et dispenses partielles.** Les dispenses totales d'allégation autorisent une partie à ne pas alléguer un fait qui constitue pourtant un fait nécessaire au déclenchement de la règle de droit, par exemple la capacité juridique du contractant dans l'exemple d'un litige sur l'exécution d'un contrat. Ces dispenses interviennent lorsque le sentiment d'évidence du juge rend superflu une explicitation détaillée. Pour leur part, les dispenses partielles d'allégation, ou dispenses de décomposition, autorisent une partie à ne pas détailler dans ses allégations l'ensemble des faits simples qui, pris ensemble, forment la circonstance de fait désignée par une notion complexe. Par exemple, il ne sera pas demandé à la partie qui allègue l'existence d'une vente d'alléguer spécialement l'ensemble des éléments de la vente, sauf si une contestation s'élève sur ce point[1]. Motulsky avance l'idée que ces dispenses de décomposition sont admissibles lorsque l'emploi de la notion complexe puise sa raison d'être dans une liaison étroite entre le juridique et le réel. Une telle liaison existe selon lui dans deux hypothèses. La première hypothèse, qui ne nous intéresse pas spécialement, est celle des notions complexes qui représentent une institution juridique, comme le mariage. La seconde hypothèse, qui nous intéresse davantage, est celle des notions juridiques complexes empruntées soit à la vie courante soit à une discipline sociale autre que le Droit, ce qui pourrait *a priori* concerner l'économie[2].

611. Une fois déterminée la charge de l'allégation, dispenses comprises, se pose la question de la preuve.

---

[1] Exemple donné par Motulsky, *Principes*, *op. cit.*, n° 94, p. 95.

[2] H. MOTULSKY, *Principes,* n° 94, p. 95. Nous verrons cependant que cette idée s'applique mal à l'économie, sur ce point, V. infra n° 651 puis n° 731.

7. La charge de la preuve

612. **Définition.** La charge de la preuve procède de la charge de l'allégation, tout en étant distincte[1]. Elle consiste dans l'ensemble des faits qu'une partie doit prouver pour obtenir gain de cause[2]. Or, tous les faits qui sont allégués n'ont pas à être prouvés. Motulsky précise que sont exclus de la charge de la preuve, d'une part, les faits allégués mais non pertinents et, d'autre part, les faits constants. La charge de la preuve porte donc exclusivement sur les faits à la fois nécessaires au déclenchement de la règle et contestés[3]. Pour mettre cette définition en conformité avec notre définition élargie de la charge de l'allégation, nous dirons que la charge de la preuve porte sur les faits *pertinents* et contestés.

613. **Dispenses de preuve.** En matière de preuve, les seules dispenses sont légales[4]. En effet, l'hypothèse d'une dispense rationnelle, qui, lorsqu'il s'agit de la charge de l'allégation, trouve sa raison d'être dans l'absence de contestation, n'est pas envisageable dans le domaine de la preuve, puisque celle-ci suppose toujours une contestation[5]. À cet égard, les présomptions, qui peuvent être créées par le juge, ne doivent pas, selon Motulsky, être confondues avec des dispenses de preuves, car elles ne se situent pas au stade de la charge de la preuve mais à celui de l'administration de la preuve[6].

614. Le schéma d'ensemble qui vient d'être restitué permet à Motulsky de proposer une théorie du contrôle de cassation qui sera utile à notre analyse.

---

[1] La distinction entre charge de la preuve et charge de l'allégation fait écho à celle que font les auteurs de *common law* entre, d'une part le *legal burden of proof*, défini comme le risque de perdre le procès si une proposition de fait ou une prétention en droit n'est pas formulée, et, d'autre part, le *evidential burden of proof*, défini comme la charge de rapporter la preuve d'un fait. K.P.E. LASOK, *European Court of Justice Practice and Procedure*, 2nd ed., Butterworth, Londres, 1994, Chap. 13 « Rules of Evidence », p. 427 et , « Judicial Review of Issues of Fact in Competition Cases », *ECLR*, 1983, pp. 85-96, spéc. p. 90 et note 22. La seule différence entre les deux distinctions réside dans le fait que, pour Motulsky, seuls des faits forment la charge de l'allégation, tandis que le *legal burden of proof* contient aussi des prétentions en droit. La distinction entre la charge de l'allégation et la charge de la preuve est faite par le juge communautaire. V. par exemple l'arrêt de la Cour du 16 juin 1971, Durafour/Conseil, 18/70, Rec. p. 515.

[2] Plus précisément, Motulsky définit la charge de la preuve comme « la nécessité pour chacune des parties de fonder, sous peine de perdre le procès, par des moyens légalement admis la conviction du juge quant à la vérité de celles parmi les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs du droit par elle réclamé qui ont valablement été contestées par son adversaire ». *Principes*, n° 117, p. 131

[3] H. MOTUSLKY, *Principes*, n° 115, p. 128.

[4] H. MOTUSLKY, *Principes*, n° 118 et s., pp. 131-133.

[5] *Ibid.*

[6] H. MOTUSLKY, *Principes*, n° 120, p. 133.

8. Le contrôle de cassation

615. **Deux types de contrôle.** L'analyse qui vient d'être rappelée conduit Motulsky à distinguer deux types de contrôle exercés par la Cour de cassation, à savoir, d'une part, le contrôle de l'exactitude de la décision judiciaire[1] – ou contrôle de qualification – et, d'autre part, le contrôle de la suffisance de la décision[2] – ou contrôle de motivation.

616. **Contrôle de qualification.** En ce qui concerne le contrôle de qualification, l'auteur ne cherche pas à départager les qualifications contrôlées de celles qui ne le seraient pas. Il part du principe selon lequel toute qualification peut être contrôlée et cherche à préciser sur quelles énonciations du juge du fond porte le contrôle du juge de cassation[3]. Classiquement, c'est la distinction du fait et du droit qui fournit le critère du contrôle de cassation[4]. Dans la théorie proposée, l'analyse de la règle de droit, y compris l'identification des faits nécessaires, relève clairement du droit et donc du contrôle de la Cour de cassation. En revanche, l'analyse des faits allégués en vue de la comparaison avec les faits nécessaires relève du fait et n'est pas contrôlée. Quant à la comparaison elle-même entre les faits allégués (une fois analysés) et les faits nécessaires (dégagés de l'analyse de la règle), elle est, selon Motulsky, d'ordre juridique et doit être contrôlée[5]. L'auteur précise à cet égard qu'il n'y a réellement matière à contrôle que dans l'hypothèse où la comparaison ne relève pas de l'évidence, c'est-à-dire lorsque l'analyse de la présupposition en est restée au stade des notions complexes et que celles-ci doivent être mises en relation avec les éléments de fait[6]. Il faut souligner que ce contrôle suppose aussi que les faits nécessaires soient identifiés, fut-ce sous forme de notions complexes. Lorsqu'ils ne le sont pas, le contrôle de qualification n'est pas possible[7].

617. **Contrôle de motivation.** Outre le contrôle de l'exactitude de la décision, qui porte sur la qualification juridique des faits, la Cour de cassation exerce un contrôle de complétude de la décision, qui porte sur sa motivation. C'est à ce titre qu'elle censure le « défaut de base légale »[8]. Dans le schéma proposé par Motulsky, ce défaut se trouve dans deux hypothèses : celle d'une explication insuffisante de l'analyse de la règle et celle d'une explication

---

[1] *Principes*, n° 135 et s., p. 152 et s.

[2] *Principes*, n° 142 et s., p. 162 et s.

[3] *Principes*, n° 137, pp. 154-5.

[4] *Principes*, n° 138, p. 156.

[5] *Ibid.*

[6] *Principes*, n° 139, p. 158.

[7] *Infra* n° 1068.

[8] *Principes*, n° 142, p. 152.

insuffisante des faits[1]. La première hypothèse de défaut de base légale correspond à la situation dans laquelle la décision soumise au contrôle du juge de cassation n'expose pas la façon dont le juge du fond est parvenu à dégager, par une analyse de l'hypothèse légale, les faits nécessaires pour déclencher l'application de la règle. Dans ce cas, la censure est encourue parce que le juge de cassation n'est pas mis en mesure de reconstituer le raisonnement pour le contrôler. Nous verrons que cette hypothèse est très importante pour notre analyse lorsque c'est un raisonnement économique qui permet de dégager de l'hypothèse légale les faits nécessaires ou pertinents. La seconde hypothèse de défaut de base légale correspond à la situation dans laquelle c'est l'analyse des faits qui est incomplètement exposée par la décision du juge du fond. Dans ce cas, le juge de cassation n'est pas en mesure de vérifier si les constats de fait permettent d'affirmer que les faits nécessaires se trouvaient réunis, et cela même si l'analyse de la règle est correcte et complète. Dans tous les cas, c'est la notion d'éléments générateurs qui est au cœur de l'analyse, puisque le défaut de base légale censure un défaut dans l'identification ou dans la constatation de ces éléments[2]. L'analyse du contrôle de cassation est complexifiée lorsque les éléments générateurs ne sont pas nettement identifiés.

618. **Transition.** Si cet exposé de l'analyse de Motulsky a paru nécessaire, c'est que cette analyse est non seulement applicable au droit de la concurrence, mais aussi et surtout qu'elle est féconde pour appréhender la juste place que peut prendre l'analyse économique dans le raisonnement du juge et préciser l'étendue et la profondeur du contrôle de cassation en présence d'appréciations économiques. C'est ce qu'il convient à présent de démontrer. Avant d'en venir aux pistes qu'ouvre l'analyse de Motulsky sur le fond, les éventuelles objections qui pourraient être formulées contre l'application de cette analyse au droit de la concurrence doivent être écartées. Tel est l'objet de la section suivante.

SECTION II. L'APPLICABILITÉ DE L'ANALYSE DE MOTULSKY AU DROIT DE LA CONCURRENCE

619. Il convient d'écarter les objections qui pourraient être tirées du fait que l'analyse de Motulsky est formulée à propos de l'application de règles de droit (1) privé (2) et en termes de droits subjectifs (3), trois termes qui appellent quelques précisions au regard du droit de la concurrence.

---

[1] *Principes*, n° 145, pp. 168-9.

[2] *Principes*, n° 146, p. 169.

1. Règles de concurrence et règles de droit

620. Les règles de concurrence sont bien des règles de droit[1]. Si l'on a pu croire, jusqu'au XIX^e^ siècle, sous l'influence du scientisme allemand, que l'imprécision conceptuelle associée à la notion de concurrence était un obstacle à l'avènement d'un droit de la concurrence[2], force est de constater que, l'admission de l'imprécision dans le droit aidant, l'obstacle a été franchi. En droit positif, les règles de concurrence font partie de la légalité nationale et communautaire et les juges sont compétents pour les appliquer, du reste dans leur entièreté depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003[3].

621. **« Politique » de concurrence.** Une ambiguïté résulte néanmoins de l'usage fréquent de l'expression « *politique* de concurrence »[4]. L'expression n'a pas seulement la faveur des auteurs économistes[5], elle est également employée pour désigner l'action des autorités de concurrence[6], voire celle des juges, y compris par certains juges eux-mêmes[7]. Dans le système communautaire, l'appellation « politique de concurrence » rappelle que les règles de concurrence sont vues comme un moyen d'atteindre les objectifs généraux fixés par l'article 2 du traité CE[8]. Elle souligne aussi la vocation de ces règles à être interprétées de manière téléologique[9]. Plus généralement, parler de « politique » renvoie aux différences qui existent dans les objectifs prioritaires du droit de la concurrence dans différents contextes

---

[1] M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, Précis, 2006, n° 7, p. 9.

[2] D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus*, préc., p. 40 expose que, dans la conception scientiste, non seulement la précision conceptuelle était requise des concepts juridiques mais encore ceux-ci devaient être dans une relation logique et systématique avec les autres concepts juridiques.

[3] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE L 1, du 4 janvier 2003, p. 1.

[4] Par exemple J.-F. BELLIS (éd.), *La politique communautaire de la concurrence face à la mondialisation et à l'élargissement de l'Union européenne*, Session d'études 1999 de l'Institut Universitaire International Luxembourg, vol. 32, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, Introduction par J.-F. BELLIS. D. BRAULT, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, coll. Droit des affaires, Paris, 2004. P. CHAMPSAUR, « Politiques de la concurrence et politique industrielle », Atelier de la concurrence, *Les champions nationaux, DGCCRF*, 20 avril 2005.

[5] P. e. D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence*, La Documentation française, 2006. P. REY, et J. TIROLE, « Analyse économique de la notion de prédation », *Revue française d'économie*, 1997, pp. 3-32, p. 16. Cet usage insiste sur le rôle du maintien de la concurrence d'un point de vue macro-économique et n'est pas condamnable dans cette acception. *Adde* A. PERROT, « Les frontières entre régulation et politique de concurrence », *Revue française d'économie*, 2002, pp. 81-112. D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence*, Rapport du Conseil d'Analyse économique, La documentation française, 2006.

[6] La Commission elle-même emploi occasionnellement l'expression « politique de concurrence. P.e. *La politique de concurrence de l'UE et le consommateur*, Office des publications officielles de l'UE, 2005.

[7] G. CANIVET, « De l'efficacité de la politique de la concurrence », *Gaz. Pal.*, Rec. 2003, pp. 83-89, « Le juge joue un rôle majeur dans l'élaboration d'une politique de concurrence », *Gaz. Pal.*, 20-21 janvier 2006, pp. 3-6.

[8] *Supra* n° 87.

[9] Ch. GAVALDA et PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, coll. « Manuels », 4^ème^ éd., Paris, 2002, n° 388, pp. 266-267.

économiques[1]. Ces remarques n'enlèvent toutefois rien à la juridicité reconnue aux « règles communes sur la concurrence », ainsi désignées dans le traité CE lui-même. On peut tout à la fois reconnaître que ces dispositions ne peuvent être mises en œuvre sans certains jugements de valeur et ne pas nier leur caractère juridique[2]. Il s'agit bien de règles impératives qui prescrivent certaines conduites aux entreprises à peine de sanction[3]. Ces règles ont pour destinataires, d'une part, les entreprises elles-mêmes et, d'autre part, les autorités de concurrence et le juge. Le caractère juridique des règles de concurrence ne fait aujourd'hui aucun doute et leur invocabilité devant le juge est désormais reconnue sans aucune restriction[4]. Il s'agit bien de règles de droit et, en ce qui concerne cette condition préalable essentielle, il faut conclure à l'applicabilité de l'analyse de Motulsky.

622. De la même manière, l'objection qui pourrait éventuellement être tirée de ce que Motulsky présente son analyse comme relative au droit privé peut être rapidement écartée.

2. Règles de concurrence et droit privé

623. **Indifférence de la distinction droit public/droit privé.** Motulsky propose une thèse sur la réalisation du droit privé. Aussi pourrait-on se demander si elle s'applique au droit de la concurrence. L'objection est concevable dans la mesure où la question de savoir comment il convient de classer le droit de la concurrence au regard de la distinction entre droit public et droit privé est débattue parmi les auteurs français. Ainsi, certains auteurs rattachent, implicitement ou explicitement, le droit de la concurrence au droit privé, dans la mesure où c'est, pour l'essentiel, un droit applicable aux entreprises et qui figure dans le code de

---

[1] G. CANIVET, *op. cit.*, p. 5. Pour une étude développée sur ce point, V. E. FOX, « Monopolization and Dominance in the United States and in the European Community : Efficiency, Opportunity and Fairness », *Notre Dame L. Rev.*, 1986, p. 981 et, plus récemment, « "We Protect Competition, You Protect Competitors" », *World Competition*, 2003, pp. 149-165.

[2] Sur ce point, V. N. FORWOOD, « The Content and Meaning of Article 81(3) EC », *ERA-Forum*, 1/2004, pp. 27-38, spéc. pp. 37-38. Le juge Forwood souligne que, dans la mise en œuvre de l'article 81, paragraphe 3, CE, la Commission a établi certaines options politiques, comme le refus presque systématique d'exemption des accords organisant une exclusivité territoriale absolue sur une base nationale. L'auteur relève qu'il est difficile de savoir dans quelle mesure les options de la Commission concernant les aspects de l'article 81(3) CE qui supposent un jugement de valeur plus que l'application d'un concept légal s'imposeront aux juges nationaux.

[3] Sur l'effet direct et le caractère créateur de droit des règles communautaires de concurrence dans les relations entre particuliers et l'obligation des juridictions nationales de sauvegarder ces droits, V. arrêts de la Cour du 30 janvier 1974, BRT/SABAM,127/73, Rec. p. 51, point 16, et du 10 juillet 1980, Marty/Lauder, 37/79, Rec. p. 2481, points 13-14.

[4] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE L 1, du 4 janvier 2003, p. 1 dispose : « [l]es juridictions nationales sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité » (article 7).

commerce[1]. D'autres auteurs, en général publicistes, plaident en faveur d'un rattachement au droit public, soit de tout le droit de la concurrence[2] soit du droit de la concurrence en tant qu'il est appliqué par le juge administratif[3]. La controverse est artificielle, comme le reconnaissent du reste les auteurs[4]. Il est plus convaincant de présenter le droit de la concurrence comme unitaire en dépit du fait qu'il est appliqué par une pluralité de juridictions et d'admettre que la distinction droit public/droit privé n'est tout simplement pas très féconde pour appréhender le droit de la concurrence[5], puisque celui-ci « s'articul[e] autour de notions inconnues en tant que telles des autres branches du droit »[6].

624. L'objection tirée du caractère privatiste de la théorie de Motulsky peut être écartée, car la distinction entre droit public et droit privé a en réalité aussi peu d'incidence sur l'analyse de Motulsky que sur le droit de la concurrence. L'analyse de Motulsky porte pour l'essentiel sur l'opération de qualification juridique des faits. Or, si la qualification juridique a suscité davantage d'études en droit privé qu'en droit public[7], l'opération de qualification est la

---

[1] P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial t. I*, Economica, coll. Droit privé, p. 254 et s. D. MAINGUY, « Première approche : la place du droit de la concurrence dans le droit privé », *JPC (E), Cah. dr. ent.*, 200, n° 3, p. 1. L. VOGEL, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Rev. Conc. Conso.,* 2000, n° 115, p. 6.

[2] V. par ex. H. LEGAL, « Standard of Proof and Standard of Judicial Review in EU Competition Law, *Fordham Corp. L. Inst. 2005* (B. Hawk. éd. 2006), pp. 107-116, p. 111.

[3] V. p.e. M. BAZEX, « Le juge administratif et l'application du droit national et communautaire de la concurrence : contenu et spécificités », *Rev. Conc. Conso*., 2000, n°116, pp. 11-13, qui parle d'un « droit public de la concurrence » distinct du droit privé de la concurrence.

[4] V. D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, PUAM, 2004, préf. L. GRARD, qui, dans sa thèse de contentieux administratif, récuse l'idée d'un droit public spécifique de la concurrence et souligne l'unité du droit de la concurrence en dépit du fait qu'il est appliqué par une pluralité de juridictions. L'auteur met par ailleurs en doute la pertinence de la distinction droit public/droit privé à cet égard, spéc. pp. 30-36 et p. 69. M.-A. FRISON-ROCHE va plus loin et considère que « [l]e droit de la concurrence contribue fortement, par le double effet d'une source infra-nationale et par l'indifférence à la nature des personnes juridiques en cause, à ébranler la structure fondamentale du droit français ». M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET*, Droit de la concurrence*, 2006, n° 20, p. 19. Déjà F.-Ch. JANTET, « Aspects du droit économique », *Dix ans de conférences d'agrégation. Études de droit commercial offertes à J. Hamel*, Paris, 1961, pp. 33-46, écrivait que, en dépit de la « dominante du droit public (…) quant à l'initiative des textes, on est bien forcé de reconnaître qu'en voulant agir sur l'économie, les pouvoirs publics s'engagent profondément sur le terrain du droit privé et de sa technique » et concluait qu'« [il] en résulte, dans la règle de droit économique, à la fois un conflit et un mariage des techniques du droit privé et des procédés du droit public ».

[5] En ce sens : D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, PUAM, 2004, préf. L. GRARD, spéc. pp. 30-36 et p. 69. V. aussi G. CANIVET, « De l'efficacité du droit de la concurrence », *Gaz. Pal.*, Rec. 2003, pp. 83-89. L'auteur note p. 84 que « le droit de la concurrence irradie désormais tous les secteurs du droit, du droit public et du droit privé ». Cl. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLÉANI présentent leur ouvrage *Droit du marché*, comme une « œuvre de privatistes » dans laquelle « il n'a pas été possible de s'abstraire (…) du droit public », PUF, Thémis, 2002, p. 1.

[6] J.-J. MENURET, *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, n° 586, p. 451. L'auteur en conclut que le droit de la concurrence mérite la qualification de droit économique.

[7] V. notamment la thèse du Professeur F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957 et, plus récemment, celle de T. JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, PUAM, 2004, préf.

marque de toute application du droit au fait. Elle concerne donc tout juge, judiciaire ou administratif, statuant en première instance, sur recours contre une décision d'une autorité de concurrence ou en cassation.

3. Règles de concurrence et droits subjectifs

625. **Droits subjectifs et contentieux objectif.** Motulsky considère que toute règle de droit se réalise dans la reconnaissance de « droits subjectifs ». Ces droits sont ainsi un pivot de son analyse du jugement. Or, force est de constater que l'expression « droit subjectif » n'appartient pas au vocabulaire le plus courant du droit de la concurrence. Il paraît donc nécessaire de s'assurer que ce décalage dans le vocabulaire est sans conséquence quand au fond de l'analyse. La raison pour laquelle l'expression « droit subjectif » peut paraître incongrue dans le contexte du droit de la concurrence tient au fait que le contentieux de la concurrence est souvent appréhendé à travers les catégories du droit administratif, sans doute parce que le contentieux judiciaire de la concurrence est encore peu développé[1]. Or, en droit administratif, il est traditionnellement enseigné que le contentieux de la légalité est un contentieux objectif[2], en principe exclusif de droits subjectifs[3]. Le recours pour excès de pouvoir, qui constitue, en droit interne, la principale modalité du contentieux de la légalité, serait un « recours d'utilité publique »[4], un « procès fait à un acte »[5] à propos d'un litige sans « parties »[6]. De même, le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence « n'introdui[rait] pas un litige entre parties, (…), mais un procès fait à un acte intéressant

---

S. GUINCHARD. V. cependant, en droit public, D. LABETOULLE, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits*, 1993, pp. 31-43, d'où il résulte que la démarche de qualification n'est pas différente d'un juge à l'autre.

[1] Par contentieux judiciaire, on entend le contentieux directement porté devant le juge judiciaire, à l'exclusion du contentieux de type administratif qu'est le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.

[2] Sur le caractère en principe objectif du recours pour excès de pouvoir, V. notamment M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4ème éd., Sirey, 1946, p. 184. R. CHAPUS, *Contentieux administratif*, Montchrestien, 2001, n° 1436, p. 229. J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 21ème éd., 2006, n° 612, p. 539. A. de LAUBADÈRE, J.-Cl. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, 17ème éd., LDGJ, coll. Manuel, Paris, 2002, p. 125.

[3] M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4ème éd., Sirey, 1946, p. 103. Le propos est cependant déjà nuancé. L'auteur écrit à propos du recours pour excès de pouvoir que, « s'il est vrai que le requérant n'invoque pas de droits subjectifs à l'appui de son recours, on a vu que les droits subjectifs n'étaient pas les seuls, et que notamment les administrés avaient un véritable *droit à au respect de la loi* par les autorités administratives » (nous soulignons). V. aussi J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, n° 617, p. 542. L'idée d'un droit à la suppression de l'illégalité est également présente chez H. MOTULSKY, *Principes*, n° 35, p. 37.

[4] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Précis Domat, 5ème éd., n° 164.

[5] É. LAFFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2ème éd, T.2, p. 560, cité par R. CHAPUS, *op. cit.*, n° 999, p. 751.

[6] CE, Ass. 21 avril 1944, *Dockès Frères*, Rec. p. 120 : « Le litige soulevé par le recours pour excès de pouvoir (…) n'est pas un litige entre parties ».

plusieurs parties et dont l'auteur n'est pas impliqué »[1]. La « nature » du recours devant la Cour d'appel de Paris serait administrative et, donc, objective[2].

626. Cela n'empêche cependant pas que des droits subjectifs soient en jeu dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, y compris dans le contentieux objectif. Tout d'abord, la conception traditionnelle du contentieux de la légalité comme procès fait un acte, si elle peut s'expliquer par des raisons historiques[3], a depuis longtemps été combattue en droit administratif même[4]. La conception objective du contentieux de la légalité perdure en droit administratif français, mais la plupart des auteurs admettent qu'elle mérite à tout le moins d'être nuancée[5]. L'absence de « parties », qui est le signe du caractère objectif du procès administratif, doit aussi être relativisée. S'il est exact que le Conseil n'est « toujours pas partie à l'instance »[6] devant la Cour d'appel de Paris, il y est néanmoins représenté[7] et peut soumettre des observations. Le fait que la qualité de partie lui est déniée n'a, en ce sens, qu'une signification limitée. Par ailleurs, devant le juge communautaire, la Commission est partie à l'instance[8]. Elle est désignée comme « défenderesse » lorsque ses décisions sont attaquées par le biais d'un recours en annulation.

---

[1] J.-J. MENURET, *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, n° 770, p. 587, qui souligne que « l'autorité de concurrence ne saurait être partie à l'instance ».

[2] J.-J. MENURET, *op. cit.*, spéc. n° 852 et s., p. 649 et s., et conclusion générale, spéc. n° 893, p. 674.

[3] J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, n° 628, p. 248 exposent que, historiquement, le contenu de l'acte ne pouvait être contesté par la voie du recours pour excès de pouvoir. Il ne pouvait l'être que par la voie du recours en annulation fondé sur la violation de la loi et des droits acquis, ouvert seulement à ceux qui pouvaient justifier avoir été lésés dans leurs droits subjectifs. Après 1864, une fois la violation de la loi devenue un cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, cette condition disparut et le régime du nouveau recours pour illégalité externe et interne fut aligné sur celui qui avait toujours été celui du recours pour excès de pouvoir.

[4] B. KORNPROBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1959, spéc. le titre préliminaire : « [l]e recours pour excès de pouvoir a la même nature que l'action en justice de droit privé », p. 19 et s. Pour une critique de la théorie classique de la distinction des contentieux, V. en particulier pp. 209 et s. *Adde :* M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse Paris II, 1988, n° 31 et s., pp. 61 et s.

[5] Notamment par l'introduction de la tierce opposition et celle de l'appel. J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.* n° 648, p. 564. V. aussi R. CHAPUS, *Contentieux administratif*, Montchrestien, 2001, n° 229, p. 185. Cet auteur considère que la distinction contentieux subjectif/objectif est « éclairante », mais il ne la retient pas pour présenter la structure du contentieux administratif. Pour leur part, A. de LAUBADÈRE, J.-Cl. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, préc., p. 125, notent aussi le rapprochement entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction.

[6] L. IDOT, « Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement 1/2003 : convergence confirmée, mais surtout centralisation surprenante », *Europe*, 2006, n° 2, n° 5, p. 2.

[7] Art 19, paragraphe 3 nouveau du décret n° 87-849 modifié par le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005, JORF n° 302, du 29 décembre 2005.

[8] Il suffit de consulter les tables des matières des arrêts pour s'apercevoir qu'ils font systématiquement apparaître les « faits à l'origine du *litige* » ou bien les « antécédents du *litige* » et les « conclusions des *parties* » (nous soulignons).

627. **Existence de droits subjectifs.** Plus fondamentalement, c'est l'idée que la poursuite de l'intérêt général serait exclusive des droit subjectifs substantiels qui est erronée. L'instrumentalisation des contestations individuelles au service de l'intérêt général n'est ni propre au contentieux de type administratif ni exclusive de droits subjectifs[1]. Ainsi, le contentieux de la réparation des dommages concurrentiels – contentieux judiciaire qui met assurément en jeu des droits subjectifs – participe aussi de cette mise en œuvre de l'ordre public concurrentiel par le biais des intérêts privés[2], ainsi que la Cour de justice l'a souligné dans son arrêt *Courage*[3].

628. De manière générale et au-delà de la pluralité des ordres juridictionnels concernés, il est indéniable que le droit de la concurrence confère des droits subjectifs substantiels aux entreprises et aux particuliers[4]. Il y a bien un droit subjectif à ne pas être victime d'une entente, d'un abus de position dominante ou d'une concentration ayant pour conséquence que la concurrence est substantiellement restreinte. L'existence de ce droit substantiel affleure dans la procédure communautaire, ainsi que dans certains droits nationaux, à travers l'attribution de droits procéduraux[5]. C'est alors l'existence d'un droit substantiel à ne pas être affecté dans sa position concurrentielle ou dans son intérêt de consommateur par des pratiques illicites qui fonde l'attribution d'un droit procédural[6].

---

[1] C'est cette idée qu'exprime l'expression de *private enforcement* en anglais.

[2] Cl. LUCAS de LEYSSAC, « Rapport de synthèse », *La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles*, *P.A.*, 20 janvier 2005, p. 65 relève que « l'ordre public concurrentiel a fini par créer des droits subjectifs dont les opérateurs peuvent demander la sanction au juge judiciaire. La sanction qui s'attache au respect des règles de concurrence n'est donc plus étrangère à la protection des intérêts individuels des opérateurs ». V. aussi E. CLAUDEL, « La processualisation du droit de la concurrence » *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ coll. Droit et économie, 2006, pp. 285-313, spéc. n° 24, p. 297. L'auteur écrit : « Soyons (…) réalistes : l'intérêt des plaignants n'est pas le seul visé. C'est en fait l'efficacité de la politique de concurrence qui est poursuivie ».

[3] Arrêt de la Cour du 20 septembre 2001, Crehan/Courage, C-453/99, Rec. p. I-6297, point 27. Pour un panorama des solutions récentes en matière de réparation : J. RIFFAULT-SILK, « Les actions privées en droit de la concurrence, obstacles de procédure et de fond », *RLC*, 2006/6, n° 473.

[4] La Cour a jugé que les articles 81, paragraphe 1, et 82 du traité CE produisaient des effets directs dans les relations entre les particuliers et engendraient des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder. V. arrêts du 30 janvier 1974, BRT et SABAM, dit « BRT I », 127/73, Rec. p. 51, point 16, et du 18 mars 1997, Guérin automobiles/Commission, C-282/95 P, Rec. p. I-1503, point 39.

[5] Sur les liens entre les droits subjectifs substantiels et les droits procéduraux, V. M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », *in* D. d'AMBRA, F. BENOÎT-ROHMER et C. GREWE (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Nemesis et Bruylant, coll. « Droit et justice », T. 49, 2003, pp. 1-23.

[6] Le *locus standi* d'une entreprise tierce à la procédure administrative est reconnu à condition qu'elle soit affectée par une décision de la Commission, V. arrêts du Tribunal du 24 mars 1994, Air France/Commission, T-3/93, Rec. p. II-121 et du 11 juillet 1996, Métropole Télévision/Commission, T-528/93, T-442/93, T-443/93 et T-546/93, Rec. p. II-649. De manière plus claire encore, le juge administratif italien s'est aligné sur cette solution en en faisant ressortir le fondement en termes de droits subjectifs substantiels : le *locus standi* des entreprises tierces à une procédure administrative est admis dès lors que les droits subjectifs qu'elles tirent des dispositions sur la concurrence sont affectés. Sur cette jurisprudence, L. MALFERRARI, « Annulment actions

629. L'existence de droits subjectifs substantiels conférés par les règles de concurrence se manifeste par ailleurs dans le contentieux de la réparation. Dans ce domaine, il faut même parle de promotion des droits subjectifs.

630. **Promotion des droits subjectifs.** Plusieurs initiatives récentes tendent à renforcer l'effectivité des droits des victimes de pratiques anticoncurrentielles[1]. Une impulsion en ce sens a été donnée par le règlement n° 1/2003[2], lequel, en généralisant le système de l'exception légale, poursuivait notamment l'objectif de supprimer les freins à l'application judiciaire du droit de la concurrence[3]. Un livre vert publié par la Commission[4] témoigne également de cette volonté de favoriser les actions en dommages et intérêts fondées sur des violations des règles de concurrence devant les juges de droit commun du droit communautaire que sont les juges nationaux[5]. En droit français, la possibilité ouverte au

---

by Third Parties Against Decisions of the Italian Competition Authority Held Admissible. Change in the Italian Case Law : Only a Positive Development or the Opening of a Pandora's Box ? », *ECLR*, 2006, n° 2, pp. 74-81. Dans son arrêt du 7 juin 2006, Österreichische Postsparkasse AG e.a./Commission, T-213/01 et T-214/01, non encore publié au Recueil, note G. MUGUET-POULLENNEC, *RLC*, 2006/8, n° 587, le Tribunal a par ailleurs reconnu certains droits procéduraux aux consommateurs affectés par des pratiques anticoncurrentielles, ce qui peut être interprété comme une poursuite de la reconnaissance, dans le cadre d'un contentieux de type administratif, de droits subjectifs substantiels.

[1] En droit français, V. Conseil de la concurrence, *Rapport 2004*, pp. 71-74. M. CHAGNY, *RLC*, 2005/4, n° 340, *RLC* 2005/5, n° 390. E. CLAUDEL, « La processualisation du droit de la concurrence », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ coll. Droit et économie, 2006, pp. 285-313, spéc. p. 295 et s.

[2] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE L 1, du 4 janvier 2003, p. 1.

[3] Règlement n° 1/2003, préc., exposé des motifs, spéc. considérants 3 et 7. Le Conseil souligne que « [l]es juridictions nationales remplissent une fonction essentielle dans l'application des règles communautaires de concurrence. Elles préservent les droits subjectifs prévus par le droit communautaire lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages et intérêts aux victimes des infractions. »

[4] Commission européenne, *Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Livre vert, 9 décembre 2005, COM(2005) 672 final. D. FASQUELLE et R. MÉSA, « Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominantes », *Concurrences*, n° 1-2006, pp. 33-38. M. LAFFINEUR, Rapport d'information n° 3200 sur le livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominantes, Assemblée nationale, 28 juin 2006.

[5] Cette orientation a été soulignée dans plusieurs discours des commissaires successifs chargés de la concurrence. En dernier lieu : N. KROES, « More private antitrust enforcement through better access to damages : an invitation for an open debate », discours d'ouverture de la conférence de l'académie de droit européen de Trèves, *La place des actions en dommages et intérêts dans le droit de la concurrence*, Bruxelles, 9 mars 2006, contributions disponibles sur http://www.era.int. V. également N. KROES, « La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives », Cour de Cassation, Paris, 17 octobre 2005, « Enhancing Action for Damages for Breach of Competition Rules in Europe », New-York, 22 septembre 2005. Dans le même sens, M. MONTI, « Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation », IBA – 8th Annual Competition Conference, Fiesole, 17 septembre 2004. Textes disponibles à partir de la page http://europa.eu.int/comm/competition/speeches. Pour un point de vue américain sur la volonté de promouvoir les actions privées devant les juges de droit commun, V. J. MAJORAS, « You Want to Do What ? », conférence prononcée à IBA – 8th Annual Competition Conference, Fiesole, 17 septembre

ministre chargé de l'économie, ainsi qu'au président du Conseil de la concurrence et au ministère public, d'exercer l'action des victimes de pratiques « restrictives de concurrence »[1] s'inscrit dans une logique comparable. Il ne s'agit certes pas de droit de la concurrence *stricto sensu*, mais le souci d'éviter que les victimes renoncent à faire valoir leurs droits en justice par peur de représailles serait, au moins pour certaines infractions, transposable aux pratiques anticoncurrentielles[2]. En droit de la concurrence proprement dit, le législateur a également jugé nécessaire de prévoir un palliatif au faible exercice direct de leurs droits subjectifs par les consommateurs individuels. Tel est en effet le sens du droit d'action conféré aux associations de consommateurs[3]. Ce dispositif est cependant peu utilisé[4] et d'autres mécanismes de promotion des droits subjectifs sont envisagés, notamment l'introduction en droit français d'une procédure d'action collective[5]. Le mouvement des réformes destinées à favoriser la

---

2004. L'auteur souligne les inconvénients du système américain et suggère qu'il serait préférable de coupler les procédures d'indemnisation aux procédures administratives de sanction des pratiques anticoncurrentielles. Un point de vue critique sur l'approche de la Commission est également exprimé par le rapport LAFFINEUR, cité note préc.

[1] Les pratiques dites restrictives de concurrence, contrairement à ce que cette appellation suggère, sont sanctionnées *per se* et non à raison de leur effet restrictif de concurrence. Les pratiques concernées par le droit d'action élargi de l'article L 442-6 C. com. sont : la pratique de conditions commerciales discriminatoires, l'obtention d'avantages disproportionnés d'un partenaire commercial, l'abus de dépendance économique, l'abus de puissance d'achat, la recherche de conditions commerciales dérogatoires aux usages sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, le non-respect de l'exclusivité d'un réseau de distribution lorsque celle-ci est compatible avec le droit de la concurrence et la pratique de conditions de règlement manifestement abusives.

[2] Sur cette action : M. BANDRAC, *in* S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, Précis, 3ème éd., 2005, n° 721, p. 1169, qui qualifie les termes de l'article L 442-6 C. com. d'« étonnants » et doute que cette disposition permette au ministre de demander la condamnation de l'auteur des pratiques à payer des dommages et intérêts à la victime sans que celle-ci soit partie à l'instance.

[3] Art. L 422-1 du Code de la consommation dispose : « [l]orsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs. Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur ».

[4] J.-M. GOLDNADEL, « L'introduction des class actions en France », *Gaz. Pal.*, 25-27 septembre 2005, pp. 3-6, p. 3

[5] Actuellement, seul l'article L 422-1 du Code de la consommation consacre une « action en représentation conjointe » exercée par les associations de consommateurs. L'introduction d'une action collective en droit français est envisagée, mais ses éventuelles modalités ne font pas l'objet d'un consensus. G. CERUTTI et M. GUILLAUME, *Rapport sur l'action de groupe* remis au ministre de l'économie et au ministre de la justice le 16 décembre 2005, http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rappactiondegroupe.pdf. V. aussi le rapport d'information n° 249 (2005-2006) de M. Jean-Jacques HYEST, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 14 mars 2006. G. CANIVET, « Des obstacles juridiques à l'action de groupe », Colloque UFC – Que choisir du 10 novembre 2005, *Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice*, texte disponible sur le site de la Cour de cassation http://www.courdecassation.fr/ rubrique « publications ». S. GUINCHARD, « Une class action à la française », *D.*, 2005, p. 2180, M. BANDRAC, *op. cit.*, n° 710, p. 1164. J.-M. GOLDNADEL, cité note préc.. Colloque *Les « class actions » devant le juge français : rêve ou cauchemar ?*, Maison du barreau, Paris, 18 novembre 2004, *Petites Affiches* n° 115, du 10 juin

mise en œuvre judiciaire des droits que tirent les justiciables des règles de concurrence n'est du reste pas limité à la France, comme en témoignent certaines réformes législatives[1] ou affaires[2] dans d'autres pays européens.

631. **Conclusion de la section II.** Les développements qui précèdent ont montré que les objections concevables à l'application de la théorie de Motulsky au droit de la concurrence pouvaient être écartées. Une première objection, assez superficielle, semblait pouvoir être tirée du fait que la concurrence serait protégée par une « politique » et non par un « droit ». Concevable à l'origine, cette objection a été démentie par l'évolution des règles de concurrence. Il est désormais clair que le rattachement des règles de concurrence à une politique n'exclut pas leur juridicité. La seconde objection examinée était tirée du caractère privatiste de la théorie de Motulsky. Elle n'est pas recevable, car la distinction du droit public et du droit privé a en réalité aussi peu de prise sur le droit de la concurrence que sur le schéma proposé par Motulsky. La troisième objection était relative au doute que l'on pouvait avoir sur la pertinence de la notion de droit subjectif en droit de la concurrence. Là encore, cette

---

2005. L. BORÉ, *in Pour mieux réparer les préjudices collectifs : une « class action » à la française ?*, *Gaz. Pal*., 29 septembre 2001, p. 5 et s. *Adde* : L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, Paris, 1997, p. 245. S. GUINCHARD, « L'action de groupe à la Française », *RIDC*, 1990, n° 2, p. 599. F. CABALLERO, *« Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », RTD civ*., 1985. *Adde : JCP G* 2006, act. 108. En droit fédéral des États-Unis, les actions collectives en matière de concurrence sont actuellement l'objet d'une réflexion de la Antitrust Modernization Commission. Sur ce thème, V. notamment *Comments of the American Antitrust Institute Working Group on Civil Remedies*, 10 juillet 2006, http://www.antitrustinstitute.org. *Adde* : Avis du Conseil de la concurrence du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, disponible sur le site du Conseil de la concurrence.

[1] Sur l'importante réforme du droit allemand et la reconnaissance d'un droit d'action aux victimes de pratiques anticoncurrentielles, P. LE MORE, « Droit allemand de la concurrence : les révolutions silencieuses de l'été 2005 », *RDAI*, 2005, n° 5, pp. 651-660. Au Royaume-Uni, l'article 20 de l'*Entreprise Act 2002* insère dans le *Competition Act 1998* un article 58 A, qui prévoit la possibilité pour les victimes d'une violation soit de l'article 81 ou 82 CE soit des dispositions comparables du droit interne de saisir les juridictions ordinaires d'une action en réparation lorsque la violation a été constatée par l'*Office of Fair Trading* ou par le *Competition Appeal Tribunal*. La juridiction est alors liée par les constatations de ces autorités, le juge devant seulement se prononcer sur, d'une part, le lien de causalité entre la violation établie et le dommage allégué et, d'autre part, le montant de la réparation. Les juridictions sont également liées par les constatations de la Commission, en vertu du devoir de coopération (art 10 CE) et du règlement n° 1/2003. E. COMBE cite encore d'autres réformes en ce sens : E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *RIDE*, 2006, pp. 9-44, p. 25.

[2] On songe en particulier à l'affaire *Crehan/Courage* devant les juridictions britanniques et à l'affaire *Boliden Mineral/Fortum* devant les juridictions suédoises. Dans l'affaire *Crehan/Courage*, qui a aussi donné lieu à l'arrêt de la Cour du 20 septembre 2001, Courage, C-453/99, Rec. p. 6297, la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a, pour la première fois, admis qu'une action fondée sur la violation des droits tirés de l'article 81 CE existait en droit anglais. Jusqu'à cet arrêt, il était admis que l'interdiction de se prévaloir d'un contrat illégal faisait obstacle à ce type de demande. *Bernard Crehan vs Inntrepreneur Pub Company*, [2004] EWCA 637, obs. G. CUMMING, « Procedural Consequences of the Crehan judgement in Enforcement of EC Competition Law by the English Courts », *RLC*, 2005/5, n° 404. Dans l'affaire, *Mineral/Fortum*, c'est la possibilité d'invoquer la nullité d'un contrat passé entre un cartelliste et un tiers qui était en cause. V. M. GUSTAVSON et F. HOSEINIAN, « Private Enforcement of EC Law : Swedish Supreme Court Judgment on the Validity of Follow-on Contracts*, ECLR*, 2006, pp. 5-9.

objection doit être écartée. En effet, on a vu que les règles de concurrence confèrent bien aux entreprises et aux particuliers des droits dont ils peuvent réclamer le bénéfice devant un juge. Le caractère administratif d'une partie du contentieux de la concurrence ne modifie pas ce constat. Par ailleurs, la réflexion actuelle sur les meilleures procédures à mettre en place pour rendre plus effectifs les droits subjectifs confirme, s'il en était besoin, que le droit de la concurrence est source de tels doits.

632. Les objections concevables étant écartées, on peut en conclure que l'analyse de Motulsky est applicable au travail du juge de la concurrence. Dès lors, il est permis de prendre appui sur cette analyse pour envisager la place du raisonnement économique dans l'élaboration du jugement.

SECTION III. LA PLACE DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE DANS L'ÉLABORATION DU JUGEMENT ENVISAGÉE À PARTIR DE L'ANALYSE DE MOTULSKY

633. Pour déterminer la place du raisonnement économique dans la démarche du juge à partir de l'analyse de Motulsky, une méthode s'impose : il convient de parcourir méthodiquement chacune des étapes de l'analyse présentée plus haut. Compte tenu des observations qui ont été faites, on envisagera donc successivement le rôle du raisonnement économique dans la recherche de la règle applicable (1), son rôle dans l'identification des faits nécessaires ou pertinents (2) et son rôle dans l'analyse des faits de la cause (3). Il faudra ensuite aborder la question de la place que peut avoir le raisonnement économique dans la reconnaissance de dispenses de décomposition (4) et dans la détermination de la charge de la preuve (5). Enfin, une première approche du raisonnement économique dans le contrôle de cassation sera proposée (6)[1].

1. La recherche de la règle applicable et le rôle des classifications

634. **Identification de la règle légale.** Motulsky souligne le rôle des classifications dans la recherche de la règle de droit applicable[2]. Pour le juge de la concurrence, la recherche de la règle légale applicable est généralement assez simple. Si une première classification, qui distingue le droit de la concurrence des autres branches du droit, doit bien être mise en œuvre, cela se fait de manière quasi spontanée. En effet, les litiges qui relèvent du droit de la

[1] Cette question est plus amplement développée dans le Titre II consacré au raisonnement économique dans le contrôle juridictionnel.

[2] *Supra* n° 597.

concurrence ont une particularité assez marquée. En ce qui concerne le second niveau de recherche de la règle applicable, c'est-à-dire au sein de la branche de droit compétente, une classification est là encore mise en œuvre. Cette classification est réduite à trois éléments : l'entente, l'abus de position dominante et l'opération de concentration. Dès lors, le choix de la règle applicable n'apparaît pas comme le problème le plus difficile en droit de la concurrence. En effet, les opérations de concentration sont, en général, nettement identifiables et la seule question qui se pose en pratique est celle de l'interférence entre la prohibition des ententes et celle des abus de position dominante. Comme on l'a déjà évoqué, il existe des interférences entre les deux règles, spécialement en matière de restrictions verticales[1]. Cependant, le problème principal n'est pas celui de choisir la règle légale applicable, puisque les deux peuvent précisément être appliquées de manière concurrente[2]. Une fois la règle (ou les) règle(s) légale(s) applicable(s) formellement identifiée(s), la « recherche du droit »[3] est loin d'être terminée. Il faut encore découvrir la règle substantielle qui permettra de trancher le litige.

635. **Recherche de la règle substantielle.** C'est au stade de la recherche de la règle substantielle, telle qu'elle doit être précisée par le juge, que les classifications de l'économie prennent le relais des classifications juridiques. Si l'on considère, par exemple, la prohibition des abus de position dominante, la jurisprudence dans ce domaine s'est construite à partir d'une classification des abus selon les pratiques contractuelles (exclusivité, refus de contracter, rabais et vente liée). Comme on l'a évoqué, cette classification juridique est aujourd'hui critiquée, tant du point de vue de la sécurité juridique que de la cohérence économique du droit[4]. C'est du côté de l'économie que de nombreux auteurs recherchent

---

[1] *Supra* n° 321. Sur l'articulation des articles 81 et 82 CE, V. *Lamy doit économique*, éd. 2007, n° 1052, p. 369. V. aussi en droit français : L. VOGEL, *Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2006, n° 363, p. 371. Pour un exemple d'application concurrente par la Cour de cassation. V. Cass. com. 21 juin 1994, Bull. civ. IV, n° 233. Les interférences entre l'article 81 et 82 CE ont été réduites par la nouvelle approche de l'article 81 CE. Sur ce point, E. ROUSSEVA, « Modernising by Eradicating : How the Commission's New Approach to Article 81 EC Dispenses with the Need to Apply Article 82 to Vertical Restraints », *CML Rev.*, 2005, pp. 587-638. Dans un article récent, le même auteur souligne que la proposition (reprise par la Commission) d'adopter pour l'application de l'article 82 CE une doctrine des exceptions qui rependrait en substance l'analyse prévue à l'article 81(3) CE aurait pour effet de recréer des interférences entre les deux dispositions. E. ROUSSEVA, « The Concept of 'Objective Justification' of an Abuse of a Dominant Position : Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC ? », *Competition L. Rev.*, 2006, vol. 2, n° 2, pp. 27-72, spéc. p. 32 et s.

[2] Comme on l'a vu, le problème principal est alors celui de la cohérence de l'analyse des faits au regard des articles 81 et 82 CE. *V. supra* Titre I, section II, chapitre 1.

[3] Y. AGUILA, « L'officieux et le non-dit dans le jugement », Conférence du 31 mars 2005, Cour de cassation, préc., II, 2°.

[4] *Supra* n° 421 et s.

actuellement des classifications alternatives pour appréhender les différents types d'abus[1]. À cet égard, un premier exemple de classification économique pour appréhender les abus de position dominante est la distinction entre l'abus-exploitation et l'abus-exclusion[2].

636. **Exemple : la distinction abus-exploitation/abus-exclusion**. La catégorie d'abus-exploitation désigne les abus qui consistent pour une entreprise à utiliser son pouvoir de marché afin d'obtenir de ses clients des conditions telles que l'échange fonctionne à leur détriment direct. Les prix élevés ou l'exclusivité sont les exemples les plus typiques de pratiques d'exploitation. La catégorie d'abus-exclusion désigne quant à elle les abus qui consistent pour une entreprise à mettre en œuvre des stratégies d'exclusion de nature à exclure du marché un concurrent au moins aussi efficient qu'elle (l'exclusion de concurrents moins efficients étant la marque d'un fonctionnement normal de la concurrence et non d'un abus)[3]. Diverses pratiques peuvent être mises en œuvre, seules ou combinées avec d'autres, au service d'une stratégie d'exclusion : prix prédateurs, prix excessifs, exclusivité et vente liée. La distinction entre abus-exploitation et abus-exclusion ne se superpose pas à une classification selon le type de pratique. Elle conduit au contraire à distinguer là où la classification juridique formelle ne distingue pas[4]. Ainsi, la pratique de prix excessifs peut

---

[1] C'est un trait commun de nombreuses contributions au volume C-D EHLERMANN et I. ATANASIU (éds), *European Competition Law Annual 2003 What Is an Abuse of a Dominant Position?*, préc. V. aussi R O'DONOGHUE et J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006 ; B. SHER, « The Last of the Steamed Powered Trains: Modernizing Article 82 EC », *ECLR*, 2004, pp. 243-246 ; D. GERADIN, « The Limiting Scope of Article 82 EC : What Can the EC Learn from the U.S. Supreme Court Judgement in *Trinko* in the Wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom ? », *CML Rev.*, 2004, 1519; T. EILMANSBERGER, « How to Distinguish Good from Bad Competition Under Article 82 EC : In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses », *CML Rev.*, 2005, pp. 129-177; B. HAWK, « À propos de la 'concurrence par les mérites' : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 33 ; J. VENIT, « Article 82 : The Last Frontier – Fighting Fire with Fire ?, *Fordham Int'l L. J.*, 2005, pp. 1157-1178 ; *Adde :* A. PERROT, « Les pratiques de prix bas sont-elles anticoncurrentielles ? », *RLC*, 2006/8, n° 613, p. 153 ; P. REY *et alii*, *An Economic Approach of Article 82*, juillet 2005, http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, spéc. pp. 3 et 5-7, aussi publié dans *Competition Policy International*, 2006, n° 1, www.esapience.org. Lorsque, dans la suite du texte, nous nous référons à ce rapport, les indications de page correspondent au document publié sur le site de la Commission. B. HAWK (éd.) *International Antitrust Law and Policy 2003*, chap. 8 à 15, ainsi que les articles publiés par le Global Competition Law Centre (Collège d'Europe) : *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLC %20Research %20Papers %20on %20Article %2082 %20EC.pdf ; OCDE, *Competition on the Merits*, janvier 2006, http://www.oecd.org/dataoecd/7/13/35911017.pdf.

[2] Sur cette distinction, V. notamment J. VICKERS, préc. Cette distinction n'est pas nouvelle : V. déjà J. TEMPLE-LANG, « Monopolisation and the Definition of 'abuse' on a Dominant Position under Article 86 EEC Treaty », *CML Rev*, 1979, pp. 345-364, qui l'attribue à C. BELLAMY et G. CHILD, *Common Market Competition Law,* 2ème éd., 1978, pp. 186-7 et 196.

[3] Sur ce point et sur le critère du concurrent aussi efficient, V. *supra* n° 260.

[4] Sur les tentatives de jonctions entre classifications juridiques et économiques de l'abus, V. *supra* n° 243.

constituer tantôt un abus-exploitation, tantôt un abus-exclusion[1]. L'application d'une classification économique jette donc une lumière différente sur les qualifications[2].

637. **Succession de classifications.** Les classifications économiques ne se limitent pas à des classifications qu'on pourrait appeler de premier niveau, comme la distinction entre abus-exclusion et abus-exploitation. À cette classification économique s'en ajoutent d'autres, plus fines, qui interviennent dans les étapes ultérieures du raisonnement de qualification. Ainsi, pour les abus-exclusion, certains auteurs économistes proposent une démarche en deux étapes, qui consiste à caractériser successivement le dommage concurrentiel, puis la stratégie d'exclusion[3]. Le dommage concurrentiel est lui-même l'objet d'une classification tripartite, selon que l'exclusion concerne une entreprise sur le même marché, sur un autre marché (connexe) ou sur un marché verticalement lié (marché amont ou aval) à celui qui est dominé par l'entreprise soupçonnée d'abus[4]. De même, l'identification de la stratégie repose sur une classification des stratégies typiques comme pro-concurrentielles ou anti-concurrentielles[5].

---

[1] Des prix excessifs pratiqués au détriment des clients peuvent constituer un abus-exploitation. Des prix excessifs pratiqués par une entreprise verticalement intégrée à l'égard d'un concurrent sur un marché aval constituent un abus-exclusion (comme dans l'affaire *Commercial Solvents* : arrêt de la Cour du 6 mars 1974, ICI et Commercial Solvents/Commission, Rec. p. 223). Sur ce point, V. M. MOTTA et A. STREEL, « Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law », *in* C.-D. EHLERMANN and I. ATANASIU (éd.) *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of a Dominant Position ?,* préc., pp. 91-125.

[2] L'application d'une classification économique est également susceptible d'éclairer la pratique judiciaire sous un jour particulier. Ainsi, la distinction entre abus-exploitation et abus-exclusion fait apparaître un déséquilibre, les abus-exploitation ayant jusqu'ici suscité une jurisprudence beaucoup moins abondante que les abus-exclusion. Le principe de la prohibition des prix excessifs (abus-exploitation) ne fait aucun doute. En effet, dans plusieurs arrêts rendus à titre préjudiciel, la Cour a clairement rappelé la prohibition des prix « inéquitables » : arrêts de la Cour du 4 mai 1988, Bodson/Pompes funèbres des régions libérées, Rec. p. 2479, points 30 à 34, du 13 juillet 1989, Ministère public/Tournier, 395/87, Rec., p. 2521, Lucazeau e.a./SACEM e. a., 110/88, 241/88 et 242/88, Rec. p. 2811. Cependant, les cas d'application de ce principe par le juge communautaire sont rares. La question des prix excessifs était posée dans l'affaire *United Brands*, mais la Cour annule sur ce point la décision de la Commission pour défaut de preuve d'une marge bénéficiaire importante : arrêt de la Cour du 14 février 1978, *United Brands/Commission*, Rec. p. 207, points 235 et s. Sur la rareté de la condamnation des abus-exploitation : F. JACOBS, « Court of Justice Review of Competition Cases », *in Fordham Corp. L. Inst*, 1987 (B. Hawk, éd., 1988), pp. 541-577, spéc. p. 564. J. VICKERS, « Abuse of Market Power », préc., p. 4. V. aussi sur ce point, P.-J. LOEWENTHAL, « The Defence of "Objective justification" in the Application of Article 82 EC », *World Competition*, 2005, pp. 455-477, p. 457 ; D. GÉRADIN, « Prêt pour une révolution ? » *in Quelle réforme pour l'article 82 CE ?*, *Concurrences*, n° 4-2005, pp. 16-17, p. 16. En ce sens également et pour un panorama de la jurisprudence communautaire en matière de prix excessifs en tant qu'abus-exploitation V. P. LOUIS et H. ALLAM, *Excessive Pricing*, GCLC Research Paper on the Modernisation of Article 82 EC, juin 2005, disponible sur http://www.coleurop.be. L'auteur observe que la Cour n'a réellement sanctionné une pratique de prix excessifs que pour des pratiques ayant par ailleurs un fort aspect de prévention du commerce parallèle, susceptible à lui seul d'expliquer la condamnation. V. l'arrêt de la Cour du 11 novembre 1986, British Leyland/Commission, 226/84, Rec. p. 3263, points 27-28 (où la Cour distingue cependant les deux atteintes).

[3] P. REY (coord.) *et alii*, *An Economic Approach of Article 82*, préc. ; A. PERROT, « La baisse des prix : pratique concurrentielle ou anti-concurrentielle ? », préc.

[4] *An Economic Approach of Article 82*, préc., pp. 17-29.

[5] A. PERROT, *op. cit.*, pp.154-155.

638. Des classifications plus fines encore sont proposées pour l'analyse de certains comportements, tels que les ventes liées[1]. Ainsi, face à la question de savoir à quelles conditions une pratique de ventes liées constitue un abus de position dominante, le juge pourra trouver dans l'analyse économique des classifications qui guident l'analyse[2]. Une première classification porte sur les effets de la pratique et distingue, d'une part, les effets sur la structure du marché du produit lié (effets sur les concurrents) et, d'autre part, les effets sur le bien-être des consommateurs[3]. Une autre classification porte sur l'objet du comportement : les stratégies de préservation d'un pouvoir de marché et les stratégies d'acquisition d'un tel pouvoir sont distinguées. Une autre classification encore porte sur les modalités du comportement : le lien établi entre deux produits peut être contractuel, il peut résulter de la conception d'un produit qui intègre des fonctionnalités distinctes ou encore des prix pratiqués pour l'un et l'autre produits. Il ne s'agit pas ici de rendre compte de la richesse de ces analyses, mais seulement de souligner la continuité entre les classifications juridiques et les classifications économiques au regard de leur rôle dans l'application de la règle de droit.

639. **Rôle des classifications.** Les classifications économiques ont, dans la recherche de la règle substantielle que doit mener le juge, *mutatis mutandis*, le même rôle que celui que Motulsky assigne aux classifications juridiques pour rechercher la règle légale applicable. Dans l'analyse de Motulsky, les classifications juridiques permettent à l'analyse des faits de progresser vers l'identification de la règle qui les gouverne[4]. Elles interviennent donc dans le rapprochement des faits et du droit. Quant à elles, les classifications économiques ne désignent pas directement une règle substantielle préexistante (une règle qui dirait par exemple à quelles conditions les ventes liées sont susceptibles d'être anticoncurrentielles).

---

[1] L'identification des comportements se faisant sur la base de la classification juridique initiale. Le retour de l'analyse économique vers les catégories juridiques s'explique par le fait que ce sont généralement des affaires très médiatisées qui attirent l'attention des économistes sur une question de droit. La question de savoir à quelles conditions des ventes liées constituent un abus de position dominante a notamment été portée à l'attention des économistes par les affaires Microsoft, ainsi que le reconnaissent les auteurs cités à la note suivante.

[2] Sur cette question, V. notamment C. AHLBORN, D. S. EVANS et A. J. PADILLA, *The Antitrust Economics of Tying : A Farewell to Per Se Illegality*, AEI-Brookings joint center for regulatory studies, Février 2003. J. TIROLE, « The Analysis of Tying : A Primer », *Competition Policy International*, 2005, n° 1, pp. 1-25, p. 1. Dans le même volume : B. NALEBUFF, « Tied and True Exclusion : Comment on Jean Tirole's "The Analysis of Tying Cases : A Primer" », pp. 41-53 et D. CARLTON et M. WALDMAN, « How Economics Can Improve Antitrust Doctrine Towards Tie-In Sales : Comment on Jean Tirole's "The Analysis of Tying Cases : A Primer" », pp. 27-40.

[3] P.e. J. TIROLE, préc. propose une analyse des ventes liées en trois étapes, dont la première consiste à rechercher si la pratique a un effet sur les concurrents (discipline ou exclusion). Dans l'affirmative, la seconde étape consiste à se demander s'il en résulte un dommage pour les consommateurs. Dans l'affirmative, la troisième étape consiste à se demander quel remède est approprié.

[4] *Supra* n° 598.

Cela tient au stade du raisonnement où interviennent ces classifications : il ne s'agit plus du stade initial de la recherche de la règle légale applicable (laquelle est nécessairement préexistante), mais du stade suivant, qui concerne la règle substantielle à découvrir par le juge (qui peut ne pas préexister au procès). En revanche, tout comme les classifications juridiques, les classifications économiques permettent de structurer l'analyse des faits[1].

640. Le rôle des classifications juridiques, mis en lumière par Motulsky à propos de la recherche de la règle légale, est en réalité plus général. Il concerne toutes les classifications, qu'elles soient à l'origine juridiques ou économiques, et consiste à permette la recherche des points de contact entre la règle de droit et les faits de la cause. Une classification qui peut être mise en relation à la fois avec les notions légales et avec les faits permet la qualification juridique. En ce sens, la réception de classifications économiques au stade de l'analyse de la règle légale débouche sur l'identification de faits économiquement pertinents, dont il appartient au juge de décider s'ils constituent également en droit des faits pertinents.

641. Si les classifications qui ont été évoquées à titre d'exemples venaient à être consacrées dans la pratique, par d'éventuelles lignes directrices de la Commission ou par les juges, le raisonnement économique accéderait à une place essentielle dans la qualification d'abus de position dominante. Ce que l'on peut appeler *l'aiguillage initial* du raisonnement, qui oriente la démarche de qualification vers la voie à suivre, serait en effet emprunté à l'analyse économique. Il pourrait aussi revenir à l'analyse économique de construire la voie elle-même et les aiguillages secondaires, c'est-à-dire le *schéma de raisonnement* devant être suivi pour la qualification juridique des faits. Ces aiguillages du raisonnement sont essentiels à la qualification, puisqu'ils distinguent entre différentes hypothèses pour lesquelles les faits nécessaires ou pertinents ne sont pas les mêmes.

2. L'identification des « faits nécessaires » et des « faits pertinents »

642. **Identification des faits nécessaires.** Dans la perspective de Motulsky et idéalement, le juge détermine les faits nécessaires[2]. C'est là une « décomposition de l'hypothèse légale en éléments générateurs »[3]. Cette décomposition est faite, selon Motulsky, à partir d'une analyse abstraite des notions qualifiantes. Il convient de souligner que le raisonnement économique peut intervenir à ce stade exact de l'analyse. Un arrêt récent du Tribunal l'atteste avec

[1] J. TIROLE, préc., p. 2.

[2] H. MOTULSKY, *Principes*, préc., p. 87-88.

[3] *Supra* n° 603.

éloquence. Dans l'arrêt, *Impala*[1], était en cause la notion de positon dominante collective. Le Tribunal se réfère à l'interprétation qui en a été donnée dans l'arrêt *Airtours*[2]. En effet, dans cet arrêt antérieur, le Tribunal avait identifié trois conditions de la position dominante collective. Nous reviendrons sur ces conditions de fond[3]. Qu'il suffise ici de souligner qu'il s'agit de trois conditions *nécessaires*, donc qui correspondent, autant qu'il est possible, à la notion de « faits générateurs » mise en avant par Motulsky[4]. Le Tribunal, dans son arrêt *Impala*, dit que ces conditions sont « *déduites* d'une analyse théorique de la position dominante collective »[5]. À quelques adaptations près, on retrouve le schéma de Motulsky : le juge explique qu'il a lui-même déduit (dans un arrêt antérieur) de l'analyse d'une notion qualifiante (ici d'origine jurisprudentielle et non légale) les faits nécessaires à son application. Il est frappant de constater que l'analyse économique s'insère parfaitement dans ce schéma. En effet, l'analyse théorique de la notion de position dominante collective, à laquelle se réfère le Tribunal, est issue de la théorie économique. Cet exemple suggère que l'analyse économique sert au juge à identifier les faits nécessaires à la qualification. Toutefois, on ne saurait dire que c'est toujours le cas.

643. **Difficultés de l'identification des faits nécessaires.** Comme on l'a dit, il est excessivement difficile en droit de la concurrence de déterminer un ensemble complet de faits tous nécessaires à une qualification. Même les économistes de la concurrence, qui sont pourtant bien conscients de l'avantage que présenterait des propositions de cette nature, avouent l'impuissance de leur science[6]. La complexité de la causalité économique ne permet tout simplement pas de valider des schémas simples ou de dégager des faits invariablement nécessaires[7]. Le juge doit-il alors renoncer à définir la charge de l'allégation ? Certains arrêts donnent l'impression que tel est le parti pris, surtout dans les matières où une autorité de concurrence est compétente pour décider. Tel est par exemple le cas en matière de contrôle

---

[1] Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2006, Impala/Commission, T-464/04, non encore publié au Recueil.

[2] Arrêt du Tribunal du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585.

[3] *Infra* n° 748.

[4] Nous emploierons plutôt l'expression « faits nécessaires », qui est plus immédiatement compréhensible et permet de ne pas renvoyer constamment à Motulsky.

[5] *Impala*, préc., point 251 (nous soulignons).

[6] P.e. TIROLE, *op. cit.*, p. 2. V. aussi D. S. EVANS, « How Economists Can Help Courts Design Competition Rules : An EU and US Perspective », *World Competition*, 2005, pp. 93-99. En règle générale, les économistes présentent l'impossibilité d'arrêter une liste complète de faits nécessaires comme une raison de rejeter une approche *per se* et de lui préférer une *rule of reason*. Sur ce point (mais en termes de motivation), V. *infra* n° 1109 et s.

[7] D. EVANS, préc.

des concentrations, où le juge communautaire reconnaît explicitement à la Commission un certain pouvoir discrétionnaire non seulement dans l'appréciation des faits de la cause au regard des critères qui auraient été fixés par le juge, mais aussi dans la détermination de ces critères eux-mêmes et, partant, des faits nécessaires ou pertinents au regard de ces critères[1].

644. Cette délégation donnée par le juge à l'autorité de concurrence pour la détermination des faits nécessaires peut s'expliquer par l'importance accordée par le juge à l'exactitude du raisonnement économique, jointe à la circonstance que l'autorité de concurrence est mieux placée que le juge pour prendre connaissance de la théorie économique et tirer parti de ses enseignements pour conduire l'analyse prospective d'une situation. En ce sens, la prise en considération par le juge de l'importance du raisonnement économique conduirait à une certaine indétermination de la charge de l'allégation. On ne peut cependant se satisfaire d'une telle hypothèse, car elle est incompatible avec l'exigence de sécurité juridique[2]. Qui plus est, c'est l'office même du juge qui est en cause, car ce dernier n'a pas seulement le pouvoir de dire quels faits doivent être allégués, il a aussi le devoir de dire le droit, ce qui suppose de préciser, autant que possible, la charge de l'allégation pour chaque qualification.

645. **Identification des faits pertinents.** Nous avons émis l'hypothèse selon laquelle, faute de pouvoir identifier des faits nécessaires, le juge cherche à identifier des faits pertinents[3]. Tel est aussi le cas de l'analyse économique, qui se présente comme une doctrine des faits pertinents. Il faudra donc se demander comment le juge peut s'en saisir pour mieux remplir son office. La complexité de l'analyse économique peut être invoquée pour maintenir un certain flou dans la charge de l'allégation, mais on verra que l'inverse est également vrai et beaucoup plus encourageant pour la recherche de la sécurité juridique : l'analyse économique permet aussi au juge de préciser, dans une certaine mesure, la charge de l'allégation, au sens où nous avons redéfini cette notion. Selon la définition que nous avons proposée, la charge de l'allégation n'est plus une liste de faits nécessaires, mais *un schéma de raisonnement qui structure la qualification au moyen d'une distribution de pertinence*. Dans cette perspective,

---

[1] Arrêt de la Cour du 31 mars 1998, France et Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique/Commission (Kali & Salz), C-68/94, Rec. p. I-1375, point 222 ; arrêts du Tribunal du 25 mars 1999, Gencor Ltd/Commission, T-102/96, Rec. p. II-753, points 164 et 165 ; du 15 décembre 1999, Kesko Oy/Commission, T-22/97, Rec. p. II-3775, point 142 ; du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585, point 64, du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02**,** Rec. p. II-04381, point 119, **et** du 23 février 2006**,** Cementbouw Handel & Industrie BV/Commission, T-282/02, point 196.

[2] Par exemple J. VENIT, « One Step forward and No Step back : Economics in European Merger Control after Kali & Salz », *CML Rev*., 1998, p. 1112.

[3] *Supra* n° 603.

ce sera donc le raisonnement économique lui-même, et non simplement des notions économiques, qui constituera pour le juge un outil de la qualification juridique des faits.

646. Pour revenir au schéma de Motulsky, que nous parcourons pour mettre chacune de ses étapes en en regard avec le raisonnement économique, il faut aborder l'étape suivante. Après avoir identifié les faits nécessaires ou pertinents pour l'application de la règle de droit, le juge doit revenir aux faits de la cause.

3. L'analyse des faits de la cause

647. L'expression « magma de faits », employée par Motulsky pour décrire la manière dont se présentent au juriste les faits d'un cas particulier, n'est peut-être nulle part aussi juste qu'en droit de la concurrence[1]. Le contentieux de la concurrence est en effet caractérisé par des faits particulièrement complexes, tant par l'abondance que par la technicité des données économiques qui sont produites, ce qui rend leur analyse spécialement difficile. On peut penser que l'économie peut aider à surmonter cette difficulté, en proposant un prisme à travers lequel le magma des faits peut être ordonné. Ce prisme consiste dans les classifications et les schémas de raisonnement, qui orientent la démarche de qualification[2]. Ce qui a été dit à propos des classifications et des raisonnements économiques au sujet de l'analyse des règles paraît transposable à l'analyse des faits. En ce sens, les classifications et les raisonnements économiques n'interviennent pas seulement dans l'analyse de la règle, mais aussi dans l'analyse des faits. C'est ce double rôle qui leur confère une position centrale dans la qualification.

648. Il faut à présent se demander si un rapprochement est possible entre le raisonnement économique et ce que dit Motulsky des dispenses. On se souvient que, dans son analyse, les notions juridiques empruntées à d'autres sciences sociales que le droit constituaient des hypothèses de dispense de décomposition.

4. Les dispenses de décomposition

649. La théorie des dispenses de décomposition s'applique aux notions économiques tout en ouvrant des questions spécifiques. L'analyse s'applique, car, lorsqu'une même notion économique est à la fois utilisée par les parties pour décrire les faits et par le juge pour désigner les faits nécessaires à l'application de la règle, la comparaison peut s'effectuer sans

---

[1] H. MOTULSKY, *Principes, op. cit*., n° 51, p. 50.

[2] Notamment des enchaînements causals-type. Sur ce point, V. *infra* n° 1147.

qu'il soit nécessaire de pousser plus avant l'analyse de cette notion. La notion de barrières à l'entrée, déjà évoquée à plusieurs reprises, est susceptible d'un tel usage. Un exemple tiré de la « saga des crèmes glacées »[1] l'illustrera.

650. **Exemple.** Supposons que plusieurs fabricants de crèmes glacées destinées à la consommation d'impulsion aient chacun mis en place, à l'échelle d'une zone assez vaste, un système de distribution exclusif particulièrement dense. Dans ces systèmes, chaque fabricant met à disposition des détaillants des réfrigérateurs, sous condition que celui-ci soit utilisé uniquement pour stocker des crèmes glacées de sa propre marque. Les détaillants n'ont par ailleurs pas, dans leur grande majorité, la place d'avoir dans leur magasin plus d'un réfrigérateur dédié aux crèmes glacées. Dans cette situation, l'entrée sur le marché d'autres producteurs de crèmes glacées est difficile. Or, imaginons que ces faits viennent à être invoqués devant un juge[2]. En l'absence de contestations sur l'existence de barrières à l'entrée, la constatation des faits rapportés permettrait peut-être au juge de conclure à l'existence de telles barrières. La notion économique serait alors, comme l'envisage Motulsky, une notion empruntée à une science sociale, traitée comme un terme de l'art sur lequel il ne serait pas nécessaire de s'expliquer. Cette hypothèse n'est cependant pas la plus probable. Il est au contraire vraisemblable que, si ces faits sont rapportés au soutien d'une demande d'application de l'article 81 ou 82 CE, la querelle se cristallisera sur l'existence de barrières à l'entrée. C'est alors le contraire d'une dispense qui se produira.

651. **Contre-exemple.** En effet, en présence d'une contestation, la notion économique complexe de barrière à l'entrée devra être décomposée. S'il est par exemple allégué par un fabricant que son système de distribution rend certes coûteuse l'entrée sur le marché de la vente au détail de crèmes glacées mais que, néanmoins, ce système n'impose pas aux candidats à l'entrée des coûts qu'il n'a pas lui-même encourus pour mettre en place son réseau, le juge devra procéder à une analyse plus poussée de la notion de barrière à l'entrée. En particulier, il lui faudra déterminer si la comparaison des coûts d'entrée pour l'entreprise établie et pour le nouvel entrant est pertinente pour l'appréciation des barrières à l'entrée. Le juge devra alors se livrer à un exercice d'analyse d'une notion économique, qui devient une

---

[1] L'expression est empruntée à M. ROWE, « Ice Cream: The Saga Continues », *ECLR*, 1998, p. 479. Encore la saga a-t-elle connu plusieurs épisodes après cet article. Sur l'arrêt *Van den Bergh Foods*, V. *supra* n° 367.

[2] Par exemple à l'occasion d'un litige survenu entre un producteur de glace et un détaillant à propos de l'exécution du contrat qui les lie. On peut imaginer que le détaillant souhaite se dégager de ses obligations contractuelles et invoque l'article 81 CE en plaidant que l'accord fait partie d'un réseau d'accords similaires qui, ensemble, cloisonnent le marché et restreignent la concurrence.

sorte de qualification dans la qualification[1]. Il en résulte que le juge ne pourra trancher la contestation qu'en prenant un parti sur les notions économiques qu'il reçoit. Ceci appelle deux remarques.

652. En premier lieu, il faut envisager que le juge, pour accomplir cette tâche de « mise en droit » des notions économiques, puisse ressentir le besoin de s'entourer d'avis d'experts, et ce même si ce type de question ne relève pas du domaine habituel de l'expertise, puisqu'il s'agit d'une question de droit. C'est là un argument important en faveur de la possibilité pour le juge d'entendre l'opinion d'un *amicus curiae* ou encore de bénéficier de l'avis d'un économiste attaché à la juridiction[2]. En second lieu, il convient de souligner qu'il n'est pas certain que le juge puisse à la fois élaborer, comme il le doit, des règles pour l'application des notions économiques et conserver une entière neutralité vis à vis des théories économiques ou courants de doctrine. En effet, pour reprendre l'exemple des barrières à l'entrée, au sujet desquelles les économistes de différents courants sont en désaccord[3], si le juge précise la notion en disant que ne constituent de telles barrières que les coûts irrécupérables auxquels un nouvel entrant doit faire face et qui n'ont pas été supportés par les entreprises en place, il adopte une conception restrictive de la notion qui, en l'occurrence, correspond à l'idée des économistes de Chicago. Si, en revanche, le juge admet que constituent des barrières à l'entrée tous les coûts d'entrée irrécupérables, que des coûts identiques aient ou non été supportés par les entreprises en place, il adopte une vision large de la notion et prend donc nécessairement position par rapport à un conflit doctrinal interne à l'économie. Si le juge cherche à ne pas prendre position, il n'a d'autre choix que de décider au cas par cas si les coûts d'entrée sur un marché constituent ou non des barrières à l'entrée. Soit il s'en explique et la doctrine sera alors en mesure, lorsqu'une jurisprudence suffisamment importante sera accumulée, de tenter de systématiser les arrêts et de dégager la notion jurisprudentielle de barrières à l'entrée ; soit le juge s'en tient à des affirmations dénuées d'explications, ce qui est toujours possible dès lors que le juge de cassation n'a pas consacré une analyse de la notion

[1] Sur la notion de qualification intermédiaire, V. *infra* n° 690 et s.

[2] *Infra* n° 943 et s.

[3] B. VAN BESIEN, *Les barrières à l'entrée et la concurrence potentielle dans le droit communautaire de la concurrence*, Thèse Paris I, 1998, Presses universitaires du Septentrion, 2002. Les développements sur les différentes conceptions des barrières à l'entrée ne sont pas regroupés, mais présentés pour chaque type de barrière à l'entrée envisagé. V. p.e. p. 165 à propos des surcapacités de production. *Adde :* F. JENNY, « Les barrières à l'entrée : un concept qui se lézarde ? », *RLC*, 2005/5, p. 3.

qui lui permet d'exercer un contrôle raisonné de qualification, et l'insécurité juridique perdure de façon regrettable[1].

653. S'il n'est pas exclu que la théorie des dispenses de décomposition puisse s'appliquer aux notions économiques, il apparaît que c'est lorsque les contestations ne permettront pas au juge d'accorder une dispense que se posent les questions les plus délicates. La charge de la preuve, ultime étape du raisonnement du juge, soulève également des questions délicates au regard du raisonnement économique.

5. La charge de la preuve

654. Pour mettre en accord la notion de charge de la preuve avec la définition que nous avons proposée de la charge de l'allégation, nous avons dit que la charge de la preuve portait sur les faits *pertinents* et *contestés*[2]. Or, les développements qui précèdent ont suggéré que le raisonnement économique intervenait, d'une part, dans la détermination par le juge des faits pertinents et, d'autre part, dans les contestations des parties[3]. Dès lors, il intervient doublement dans la définition de la charge de la preuve. Par ailleurs, on verra que le raisonnement économique peut, du point de vue des parties, intervenir dans l'administration de la preuve, par exemple lorsqu'un raisonnement économique probatoire permet d'établir une pratique concertée[4]. Du point de vue du juge, il faudra se demander dans quelle mesure un raisonnement économique peut également contribuer à l'appréciation des preuves, notamment en suggérant des exigences de preuves ou des présomptions.

655. Sur chacun des points examinés, on voit que l'analyse de Motulsky éclaire la place du raisonnement économique dans le jugement et que, en retour, l'application de sa théorie au raisonnement économique rouvre certaines questions que Motulsky avait cru résoudre. Pour terminer cette confrontation, il convient de revenir à la question du contrôle de cassation. C'est en effet à une théorie du contrôle de cassation qu'aboutit l'analyse de Motulsky.

---

[1] V. à ce sujet O. AROWOLO, « Application of the Concept of Barriers to Entry Under Article 82 of the EC Treaty : is there a Case for Review ? », *ECLR*, 2005, n° 5, pp. 247-257.

[2] *Supra* n° 612.

[3] En ce qui concerne les contestations, l'exemple qui vient d'être donné l'illustre. En ce qui concerne la détermination des faits pertinents, V. *supra* n° 643.

[4] *Infra* n° 1035.

6. Premières vues sur le contrôle de cassation et le raisonnement économique

656. **Raisonnement économique et objet du contrôle de cassation.** Le raisonnement économique, on l'a vu, est susceptible d'intervenir à chacun des trois moments de la qualification : l'analyse de la règle, l'analyse des faits et le rapprochement de l'une et des autres. Dans la perspective de Motulsky, ce constat a pour conséquence de faire entrer le raisonnement économique dans deux types d'énonciations contrôlées par le juge de cassation (l'analyse de la règle et le rapprochement entre la règle et les constats de fait). Il faudra donc se demander dans quelle mesure le raisonnement économique est saisi par le contrôle de qualification et/ou par le contrôle de motivation. Sans entrer ici dans l'analyse précise qui sera menée plus loin, on peut déjà esquisser les conséquences de ce qui vient d'être dit pour l'analyse de l'un et l'autre contrôles.

657. **Contrôle de qualification.** Il découle de ce qui vient d'être dit que le raisonnement économique entre *a priori* dans l'objet du contrôle de qualification, tel qu'il a été analysé par Motulsky. En effet, ce contrôle porte, d'une part, sur l'analyse de la règle de droit effectuée par le juge du fond et, d'autre part, sur le rapprochement opéré, dans la décision contrôlée, entre les faits et le droit. Comme le raisonnement économique est susceptible d'intervenir tant dans les deux opérations, il pénètre à deux titres dans le champ du contrôle de qualification. Au titre du contrôle de l'interprétation de la règle de droit tout d'abord : pour contrôler l'analyse de la règle effectuée par le juge du fond, le juge de cassation ne peut que porter son attention sur le raisonnement qui sous-tend cette analyse. Lorsque ce raisonnement est inspiré par l'analyse économique, le juge de cassation devra se faire juge de l'exactitude d'un raisonnement économique sur le droit, ce qui suppose qu'il mène lui-même un tel raisonnement.

658. Le raisonnement économique du juge du fond peut aussi être appréhendé par le juge de cassation au titre du contrôle sur le rapprochement des constatations de fait avec la règle de droit. À propos de cette partie du contrôle de qualification, Motulsky précise qu'il n'y a réellement matière à contrôle que lorsque la comparaison des faits et du droit ne s'effectue pas sous le signe de l'évidence. Cette idée correspond tout à fait à ce que l'on peut observer : lorsqu'un juge du fond applique, par exemple, la qualification de véhicule terrestre à moteur à une automobile, cette qualification semblera presque toujours évidente. Dans un tel cas, même si un pourvoi est formé contre la décision qui aura retenu cette qualification, il n'y aura pas matière à revenir sur elle, tout simplement parce qu'il n'y aura pas matière à discussion. L'hypothèse de la qualification évidente, excluant de fait le contrôle de qualification, peut se

rencontrer en droit de la concurrence – on songe par exemple à la qualification d'entreprise appliquée à une société commerciale en activité. En revanche, elle semble assez rare lorsqu'il s'agit des qualifications qui donnent lieu à un raisonnement économique[1]. Ce type de raisonnement intervient au contraire généralement lorsque le concept qualificateur est très éloigné des faits. Dès lors, le raisonnement économique se trouverait le plus souvent dans les cas où, pour reprendre l'expression de Motulsky, il y a matière à un contrôle de qualification.

659. L'auteur identifie ces situations non évidentes comme celles où l'analyse de la règle et l'analyse des faits n'ont pas été effectuées au même niveau de précision, par exemple lorsque la règle n'a été décomposée qu'en notions complexes sans aller jusqu'aux éléments générateurs. En effet, dans ce type de situation, la mise en relation des notions complexes avec les constats de faits suppose un raisonnement et une analyse des notions complexes. Des erreurs sont donc possibles à ce stade. À cet égard, la réception de notions économiques complexes au stade de l'interprétation de la règle, par exemple la notion de barrière à l'entrée pour interpréter la notion de restriction de concurrence, ouvre un champ fort vaste de contestations de ce type[2]. Il y a donc amplement matière à un contrôle d'exactitude sur le rapprochement des faits et de la règle[3]. Partant, le juge de cassation est amené à entrer de manière détaillée dans le raisonnement économique. Restera à savoir à quelles conditions ce contrôle théoriquement concevable est en pratique possible et opportun[4]. Il faut aussi s'interroger sur la rencontre du raisonnement économique et du contrôle de motivation.

---

[1] Contrairement à ce que l'on pourrait imaginer, la qualification d'entreprise ne donne pas lieu à un raisonnement économique. Cela tient à la fois au sentiment du juge de n'avoir pas besoin d'une théorie pour savoir ce qu'est une entreprise et à l'absence de théorie économique pertinente pour aborder cette qualification. Certes, l'économie n'ignore pas l'entreprise, mais les questions envisagées par la théorie économique à propos de ces notions sont très éloignées des questions concrètes que le juge doit résoudre. Ainsi, dans la théorie néoclassique, l'entreprise n'intervient que de manière très abstraite comme support de la fonction d'offre dans le modèle d'équilibre général. Même dans les théories plus spécifiques de l'entreprise, les questions que les économistes essaient de résoudre n'ont rien à voir avec celles que le juge doit trancher. Les théories économiques de l'entreprise visent notamment à expliquer ce qui détermine le périmètre des entreprises (dans quelles circonstances une entreprise décide-t-elle d'externaliser certaines fonctions plutôt que de les réaliser elle-même ?). De son côté, le juge qui doit appliquer l'article 81 ou 82 CE se pose la question : « ceci est-il une entreprise ? ». Une théorie des contours de l'entreprise ne pourra à cet égard lui être d'aucun secours. En ce sens que l'entreprise serait, avec la monnaie, l'une des deux insuffisances notoires de la théorie économique contemporaine. R. CLOWER et P. HOWITT, « La monnaie, les marchés et Coase », *in* A. d'AUTUME et J. CARTELIER (éd.), *L'économie devient-elle une science dure ?*, Economica 1995, Coll. Grands Débats, pp. 199-215.

[2] *Supra* n° 651.

[3] Le juge peut par exemple être amené à trancher la question de savoir si les coûts d'entrée infligés aux nouveaux entrants doivent être comparés aux coûts encourus par les entreprises en place avant de conclure à la formation de barrières à l'entrée.

[4] *Infra* titre II.

660. **Contrôle de motivation.** Le raisonnement économique entre *a priori* dans le champ du contrôle de motivation. En effet, le contrôle de motivation consiste, pour le juge de cassation, à se demander s'il est possible, à partir des énonciations du jugement, de refaire le raisonnement et de justifier la solution. Une erreur de raisonnement qui peut être censurée au titre du manque de base légale est celle qui consiste à omettre, soit dans l'analyse de la règle, soit dans l'analyse des faits, *un élément pertinent* pour l'application de la règle de droit. Dans la mesure où le raisonnement économique identifie avant tout des *faits pertinents*, on aperçoit tout le parti que le juge de cassation peut tirer de l'analyse économique dans l'exercice du contrôle de motivation.

661. **Conclusion de la section III et du titre préliminaire.** Dans la première section du présent titre, l'analyse proposée par Motulsky quant à la méthode de réalisation du droit a été présentée. Dans la seconde section, il a été démontré qu'il n'y avait pas d'objection sérieuse à retenir à l'encontre de l'application de la théorie de Motulsky au droit de la concurrence. Les développements de la troisième section ont permis d'aller plus loin. Ils ont en effet révélé qu'il y avait de bonnes raisons de s'appuyer sur le schéma théorique proposé par Motulsky. En parcourant ce schéma, il est apparu que chacun de ses éléments pouvait être mis en relation avec le raisonnement économique de manière fructueuse. L'analyse proposée a révélé un rapprochement essentiel entre le raisonnement économique et les opérations nécessaires à la qualification des faits. Ainsi, il est apparu que le raisonnement économique avait vocation à prendre place à la fois dans l'analyse des règles de droit et dans l'analyse des faits, de telle sorte que le rapprochement entre les faits et le droit peut passer par des classifications empruntées à la science économique et/ou au raisonnement économique. Ce raisonnement se trouve donc, en droit de la concurrence, au cœur de l'opération de qualification juridique des faits, ce qui soulève la question de savoir comment le raisonnement économique s'articule avec le contrôle de qualification, mais aussi avec le contrôle de motivation.

662. **Annonce.** L'identification de la place du raisonnement économique à l'intérieur de l'opération de qualification est importante, car elle indique dans quelle direction il faut porter son regard pour comprendre plus précisément *comment* ce raisonnement s'insère dans celui du juge : la question relève de la théorie de la qualification juridique des faits. C'est pourquoi les développements qui suivent sont consacrés à l'insertion du raisonnement économique dans la qualification juridique des faits (Titre I). On verra qu'il existe différentes manières pour le juge d'intégrer le raisonnement économique à la définition de la charge de l'allégation, ce qui suppose de véritables choix de sa part. On verra aussi que ces choix gagnent à être éclairés par

un savoir économique, qui devra être apporté au procès par des procédures adaptées à la nature des questions économiques que le juge est amené à trancher.

663. Dans un second temps, il conviendra de s'interroger sur la place du raisonnement économique dans le contrôle juridictionnel. Pour Motulsky, l'identification du mécanisme de réalisation du droit n'était qu'un préalable à une théorie du contrôle de cassation. En ce qui concerne le droit de la concurrence, s'en tenir à ce contrôle particulier serait réducteur, car les juridictions qui statuent en fait et en droit, comme la Cour d'appel de Paris et le Tribunal de première instance, jouent aussi un rôle essentiel dans la mise en œuvre des règles de concurrence. En outre, comme nous l'avons indiqué dans l'introduction à cette seconde partie, le contrôle juridictionnel en droit de la concurrence doit nécessairement être abordé également selon les catégories du contrôle de légalité de type administratif. Les pistes qui ont été ouvertes à propos du contrôle de cassation sur le raisonnement économique devront donc être intégrées dans une interrogation plus générale sur l'articulation du raisonnement économique avec le contrôle juridictionnel (Titre II). On verra que le raisonnement économique est à la fois un objet du contrôle et un outil de ce contrôle. Il sera aussi démontré que la technique du contrôle de motivation présente une affinité particulière avec le raisonnement économique, tant comme technique de contrôle sur le raisonnement économique que comme méthode adaptée pour recevoir les enseignements de l'analyse économique. Enfin, la question de l'intensité du contrôle sera abordée. Là encore, il apparaîtra que le raisonnement économique est à la fois l'objet d'un contrôle d'intensité variable et un élément d'explication de ces variations.

Titre I. L'insertion du raisonnement économique dans la qualification juridique des faits.

Titre II. Le raisonnement économique dans le contrôle juridictionnel.

TITRE I

L'INSERTION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE DANS LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES FAITS

664. **Qualification et raisonnement.** La qualification juridique des faits est parfois présentée approximativement comme une subsomption[1], le fait étant appréhendé immédiatement, « sans raisonnement »[2]. Cependant, l'opération est beaucoup plus complexe. S'il en allait autrement, il n'aurait été nécessaire ni de lui consacrer des thèses[3] ni d'y revenir[4]. Ce point est essentiel pour notre propos : la qualification n'est pas réductible à une opération logique simple. Elle nécessite un raisonnement[5]. Plus précisément, comme l'ont suggéré les développements qui précèdent, un raisonnement est nécessaire à la fois pour identifier les éléments de la qualification et pour les unir selon une certaine structure[6]. Or, pour ce qui est des qualifications propres au droit de la concurrence, le raisonnement économique peut intervenir dans ces deux aspects. Si l'on ajoute le jeu possible des dispenses, il apparaît qu'il existe différentes modalités d'intégration du raisonnement économique dans la définition de la charge de l'allégation (chapitre 1). La variété des raisonnements économiques se combine à ces différentes modalités, si bien que le juge doit faire des choix. L'intégration du raisonnement économique dans la démarche de qualification relève donc d'une décision du juge (chapitre 2).

---

[1] P. WACHSMANN, « Qualification », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy et PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1277. B. ANCEL, « Qualification », *Répertoire Dalloz International*, 1998, n° 3, expose que la subsomption ne constitue que la première des deux phases de la qualification, consistant à « penser un objet particulier dans le concept d'ensemble dont il reprend les traits constitutifs », tandis que la seconde phase (selon l'auteur la qualification au sens strict) consiste à « reconnaître dans cet objet particulier la qualité qui permet de ne l'attribuer qu'à un seul concept, à l'exclusion de tous les autres ».

[2] Ph. BLONDEL, « Le fait source du droit », *in Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, pp. 203-221, p. 204 (l'auteur critique cette présentation).

[3] F. TERRÉ, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, LGDJ, 1957, T. JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, PUAM, 2004.

[4] F. TERRÉ, « Retour sur la qualification », *in La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Petites affiches, 2004, pp. 419-432.

[5] B. ANCEL, préc., n° 1 : « le mot qualification désigne *le raisonnement* par suite duquel on décide que tel fait ou telle série de fait relève du champ d'application d'une règle de droit déterminée et d'une seule » (nous soulignons).

[6] Cette distinction est introduite par F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956, n° 8, pp. 7-8.

Chapitre 1. Les modalités d'intégration du raisonnement économique à la définition de la charge de l'allégation.

Chapitre 2. La décision du juge d'intégrer un raisonnement économique dans la démarche de qualification.

CHAPITRE 1. LES MODALITÉS D'INTÉGRATION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE DANS LA DÉFINITION PAR LE JUGE DE LA CHARGE DE L'ALLÉGATION

665. **Enjeu.** Il revient au juge de déterminer quels faits doivent être allégués pour qu'une règle de droit trouve à s'appliquer[1]. Ce travail de précision de la règle par l'identification des faits nécessaires ou pertinents constitue le cœur de la *jurisdictio*. Il n'y a là rien de spécifique au droit de la concurrence. De même, c'est dans tous les domaines juridiques que l'enjeu de l'élaboration de la règle dépasse le litige. Il s'agit en effet du mécanisme même par lequel le juge façonne des règles jurisprudentielles et contribue à améliorer la sécurité juridique[2]. En droit de la concurrence comme dans d'autres domaines, il appartient au juge de préciser l'interprétation du droit, conformément à l'adage *jura novit curia*. Cependant, nous avons déjà vu que la substance de cette précision doit parfois beaucoup à l'analyse économique. Savoir s'il existe là une véritable spécificité dépasse le domaine de cette étude[3]. Mais, qu'il y ait ou non une spécificité du droit de la concurrence à cet égard, l'enjeu de l'intégration du raisonnement économique dans la *juridictio* consiste à savoir dans quelle mesure le juge peut contribuer à l'élaboration du droit et à la sécurité juridique en insérant, dans son raisonnement, un savoir extérieur au droit. À cet égard, les développements qui suivent prolongent une interrogation déjà rencontrée[4]. L'enjeu étant précisé, l'objet du présent chapitre est de montrer par quels mécanismes le raisonnement économique peut être intégré par le juge à la définition de la charge de l'allégation.

666. **Annonce.** Il est possible de distinguer deux stades d'intégration du raisonnement économique dans la détermination des faits nécessaires. Le premier correspond au cas où le

---

[1] Cet élément de l'office du juge apparaît dans les dispositions du NCPC sur l'enquête. L'article 222 NCPC dispose en effet que, si « [l]a partie qui demande une enquête doit préciser les faits dont elle entend rapporter la preuve », « il appartient au juge qui ordonne l'enquête de déterminer les faits pertinents à prouver ».

[2] V., en ce sens, les conclusions de l'avocat général Darmon présentées le 7 juillet 1992, sous l'arrêt de la Cour du 31 mars 1993, A. Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec. p. I-1307, point 166 (à propos de la notion de pratique concertée).

[3] Il faudrait, par exemple comparer la manière dont le droit de la concurrence intègre l'économie à la manière dont le droit pénal ou le droit de la famille intègrent les apports de la psychologie. Les développements qui suivent ne sont à cet égard qu'un jalon dans l'étude plus générale de l'intégration de savoirs non juridiques à la *juridictio*.

[4] *Supra* n° 267 et s.

juge admet comme élément de la qualification un fait dont la pertinence est soulignée par l'analyse économique. Dans ce cas, le raisonnement économique est intégré à la définition des éléments de la qualification (Section 1). Dans une telle hypothèse, la démarche de qualification dans son ensemble peut ne pas refléter un raisonnement économique : tout dépend de la manière dont les différents éléments de la qualification sont mis en relation. Un stade supérieur d'intégration du raisonnement économique est donc atteint lorsque le juge s'inspire non seulement des conclusions, mais aussi de la logique-même de l'analyse économique. En effet, c'est alors un raisonnement économique qui fournit le lien discursif devant unir les faits pertinents pour qu'une qualification donnée puisse leur être appliquée. Dans cette hypothèse, le raisonnement économique se trouve cristallisé dans la structure de la qualification (Section II).

SECTION 1. L'INTÉGRATION DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE DANS LA DÉTERMINATION PAR LE JUGE DES ÉLÉMENTS DE LA QUALIFICATION

667. **Éléments de la qualification.** Les éléments de la qualification peuvent être définis suivant les remarques qui ont été faites plus haut à propos de la notion d'« éléments générateurs »[1]. Le terme « éléments de la qualification » est volontairement plus large que celui choisi par Motulsky. Il inclut non seulement les faits nécessaires, mais aussi les faits pertinents pour une qualification. Selon la définition donnée par le professeur Terré dans sa thèse, les éléments de la qualification sont « les critères de la qualification, indépendamment de la manière dont ils sont ordonnés »[2]. Cet auteur avait montré que les éléments de la qualification peuvent être déterminés soit par la loi, soit par le juge, soit par la volonté[3]. En droit de la concurrence, les définitions légales des qualifications sont, on l'a assez dit, peu précises[4]. Par ailleurs, l'influence de la volonté individuelle est en grande partie neutralisée par ce qu'un autre auteur a appelé l'analyse « substantielle »[5]. En effet, en droit de la concurrence, les formes (contractuelles, sociétaires) importent moins que l'effet des comportements. Cela ne signifie certes pas que la volonté ne puisse être *elle-même* un élément

[1] *Supra* n° 603 et s.

[2] F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 8, p. 9, illustre la notion d'éléments de la qualification à travers l'exemple de la vente : « [l]es éléments de la qualification de vente sont au nombre de trois : une chose, un prix, un transfert de propriété ».

[3] F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 9, p. 9.

[4] *Supra* n° 317.

[5] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, coll. « Voies du droit », p. 107.

de qualification[1]. Elle l'est évidemment en ce qui concerne les accords anticoncurrentiels[2], elle l'est aussi en ce qui concerne les pratiques concertées[3] et nous avons vu que l'intention était également pertinente pour la qualification d'abus de position dominante[4]. Cependant, la volonté n'a que peu de prise sur la *détermination* des éléments de la qualification, car la démarche de qualification est toute entière orientée vers les effets économiques des comportements, lesquels dépendent en grande partie d'éléments extérieurs à la volonté des entreprises. Puisque les éléments de la qualification sont aussi peu déterminés par les volontés individuelles que par le législateur, c'est donc principalement au juge qu'il revient de les préciser. Le raisonnement économique lui est-il utile à cet égard ? On verra que le raisonnement économique est effectivement intégré par le juge à la détermination des éléments de la qualification (§ 1) avant de se demander comment le raisonnement économique s'articule avec le jeu des dispenses (§ 2).

§ 1. LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE INTÉGRÉ À LA DÉFINITION DES ÉLÉMENTS DE QUALIFICATION

668. **Objet de recherche.** Pour chaque qualification légale, la détermination des éléments de la qualification est pour le juge l'objet d'une recherche constante. En effet, c'est au fil des espèces que sont progressivement précisés les faits qu'il est nécessaire d'alléguer pour obtenir l'application d'une qualification donnée[5]. La construction jurisprudentielle du droit de la concurrence étant loin d'être achevée, cette recherche n'est donc pas propre au stade initial de la jurisprudence et elle est encore pleinement d'actualité[6]. En témoignent les arrêts nombreux

---

[1] Elle constitue alors ce que le professeur Terré appelle un « élément *subjectif* de la qualification ». F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 10, p. 9.

[2] V., sur ce point, M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 1ère éd., 2006, n° 157 et s., p. 148 et s. et les références citées.

[3] Dans ce cas, une *rencontre* de volontés explicite n'est pas nécessaire, mais la volonté n'est pas pour autant indifférente (volonté de coordination). V. sur ce point M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 165, p. 156.

[4] Renvoi *supra* n° 103.

[5] La remarque n'est pas propre au droit de la concurrence. P.e. B. OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », pp. 184-211, p. 195, note que « [c]'est au juge qu'il incombe de définir les facteurs locaux de commercialité ».

[6] V. par exemple Cass. com. 10 mai 2006, *Etna France/France Télécom* et *Ministre de l'économie/Etna France*, pourvois n° 05-14.501 et 05-15.187. Cassation de Paris, 1ère chambre, section H, 12 avril, France Télécom SA et SFR, BOCCRF n° 6, du 23 juin 2005. C'est une définition erronée de la charge de l'allégation qui justifie la cassation. Bien que la rédaction très factuelle de l'arrêt ne le fasse pas apparaître explicitement, la Cour d'appel avait exigé du Conseil qu'il prouve que les concurrents ne pouvaient échapper aux conséquences des comportements en cause. La Cour de cassation énonce que le Conseil doit seulement établir que le comportement avait pour objet ou pouvait avoir pour effet de restreindre la concurrence. V. aussi références citées *supra* n° 103.

dans lesquels le juge déclare qu'une partie « n'avait pas besoin de démontrer » un fait pour obtenir l'application d'une qualification[1]. Par cette formule, un fait est exclu des faits nécessaires. À l'inverse, lorsque le juge constate qu'il n'a pas été établi « à suffisance de droit » que telle ou telle qualification était applicable, c'est généralement qu'un fait nécessaire n'a pas été établi[2].

669. Le juge n'est cependant pas le seul à se livrer à cette recherche des éléments de la qualification. Les économistes qui s'intéressent de plus en plus à l'application du droit de la concurrence s'assignent également pour tâche de les révéler. Les recherches du juge et des économistes sont donc parallèles (A). L'une et l'autre mettent à jour des éléments correspondant à une décomposition plus ou moins poussée des notions. À cet égard, l'analyse révèle que les éléments intermédiaires comptent autant que les éléments ultimes de la décomposition (ceux que Motulsky appelait les « éléments générateurs »). Une fois que ces recherches ont porté leurs fruits, la question de la réception par le juge des éléments dégagés par l'analyse doit être envisagée d'un point de vue technique. Pour rendre compte du fait que les éléments de la qualification sont regroupés selon des catégories économiques, on peut parler d'admission par le juge de *qualifications économiques intermédiaires* (B).

---

[1] La Commission n'a, par exemple, pas besoin de démontrer qu'une entreprise est en mesure d'exclure ses concurrents pour qualifier sa position de dominante. En ce sens : arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, point 243.

[2] Il convient toutefois de préciser que, si l'expression « à suffisance de droit » se rapporte souvent à la suffisance ou à l'insuffisance de l'allégation, elle se rapporte parfois aussi à la qualité de la preuve. On trouvera dans les arrêts suivants des exemples d'emploi de cette expression à propos de la charge de l'allégation : arrêts du Tribunal du 25 mars 1999, Gencor Ltd/Commission, T-102/96, Rec. p. II-753, point 299 ; du 15 décembre 1999, Kesko Oy/Commission T-22/97, Rec. p. II-3775, point 85 et du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585, point 62.

En revanche, l'expression se rapporte à la qualité de la preuve dans les arrêts suivants : arrêt de la Cour du 17 novembre 1998, Kruidvat BVBA/Commission, C-70/97 P, Rec. p. I-07183, point 16 ; arrêts du Tribunal du 8 juillet 2004, JFE Engineering e.a./Commission, T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, Rec., p. II-2501, points 173 et 177 (particulièrement explicite) ; du 21 avril 2005, Holcim/Commission, T-28/03, Rec., p. II-1357, point 113, du 15 juin 2005, Tokai Carbon e.a ./Commission, T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, non publié au Recueil ; conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 15 janvier 1998, Carlo Bagnasco e.a./BPN et Carige, C-215/96 et C-216/96, Rec., p. I-135, point 40.

Enfin, l'expression se rapporte parfois à la pertinence des faits allégués et à la suffisance des preuves, prises ensemble. V. par exemple : arrêt de la Cour du 31 mars 1998, France et Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique/Commission (Kali & Salz), C-68/94, Rec., p. I-137, point 151, arrêts du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, T-83/91, Rec. p. II-755, point 78 ; du 9 juillet 2003, T-224/00, Archer Daniels Midland/Commission, Rec. p. II-2597 point 169, et du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, préc., point 42.

Il serait souhaitable que le juge réserve l'expression « à suffisance de droit » à l'allégation, quitte à parler de « suffisance de preuve » ou « suffisance de fait », comme dans l'arrêt du Tribunal du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 162. L'intérêt de la distinction n'est pas seulement doctrinal. Dans le cadre d'un pourvoi, limité aux questions de droit, la définition de la charge de l'allégation est contrôlée, tandis que l'appréciation des preuves ne l'est pas.

A. Les recherches parallèles du juge et des économistes

670. Les notions légales fournissent le point de départ de la recherche du juge. S'il arrive que l'économie le rejoigne sur son terrain et propose une décomposition des notions légales (1), il est également fréquent que la recherche des économistes parte, pour identifier des éléments de qualification, de notions économiques qui ne correspondent pas à des notions juridiques (2). Cette démarche peut conduire à un bouleversement des notions juridiques intermédiaires (3).

1. La décomposition des qualifications juridiques à l'aide de notions économiques

671. **Points de départ.** Le juge part de l'analyse des notions légales. Pour autant, il ne peut, sauf à ce que la qualification juridique soit perçue comme arbitraire, ignorer les manières non juridiques de décrire la réalité[1]. S'agissant des qualifications propres au droit de la concurrence, le juge ne peut donc ignorer les catégories créées par la science économique pour décrire certains faits. Du point de vue du juge, l'analyse économique apporterait une contribution décisive à l'opération de qualification si elle permettait une décomposition des notions légales. Cependant, cette hypothèse ne se rencontre pas à propos des qualifications légales principales (ententes, abus de position dominante et risque de restriction de concurrence). En effet, l'analyse économique ne fournit pas d'outil clé-en-main pour la décomposition des notions légales, car elle ne dégage pas de grille d'analyse commune à toutes les ententes, ou à tous les abus de position dominante ou bien encore à tous les risques concurrentiels associés à une opération de concentration. En un sens, c'est précisément l'inverse qui est vrai : l'analyse économique n'envisage pas la possibilité de critères de qualification invariables à propos de ces notions. C'est une sorte de théorème d'impossibilité qu'oppose l'analyse économique à la démarche naturelle du juge[2].

672. Cela tient au point de départ de l'analyse économique : dans la perspective économique, ces qualifications juridiques renvoient chacune à plusieurs situations irréductibles à un schéma commun. Ainsi, ententes verticales et horizontales n'appellent pas les mêmes analyses et, par ailleurs, les concentrations verticales ou de conglomérat doivent

[1] O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *in La qualification*, *Droits*, 1993, vol. 18, pp. 3-18, pp. 3-4.

[2] V. *Supra* nos observations sur le problème de la « traduction impossible », spéc. n° 243.

être distinguées[1], tout comme les effets unilatéraux et coordonnés[2]. Le prisme de l'économie conduit donc à des grilles de lecture qui ne correspondent pas aux distinctions retenues par le législateur. Corrélativement, l'analyse économique propose au juge d'autres catégories pour appréhender les faits. Le juge doit donc commencer par accepter de partir de qualifications économiques distinctes des qualifications légales, vers lesquelles il devra ensuite revenir.

673. **Problème de correspondance.** Il faut alors distinguer deux situations selon la qualité de la correspondance entre les qualifications juridiques et économiques. La première et la plus simple concerne les hypothèses où la grille de lecture économique recouvre tout le champ d'une notion juridique et peut servir à la décomposer. La seconde hypothèse correspond à la situation où l'analyse économique met en effet en avant des notions qui sont « à cheval » sur plusieurs qualifications juridiques. Tel est par exemple le cas de la notion de collusion qui recouvre aussi bien la pratique concertée prohibée par l'article 81 CE que la position dominante collective appréhendée par l'article 82 CE. La première hypothèse mérite tout d'abord l'attention, car elle correspond à la démarche naturelle du juge.

674. **Décomposition d'une notion juridique.** Le problème de correspondance entre classification juridique et les classification économique reçoit une solution simple lorsqu'une classification économique peut être rapportée à une notion juridique unique. Dans ce cas, la classification économique permet de décomposer cette notion juridique. Ainsi, la distinction entre l'abus-exploitation et l'abus-exclusion permet une première décomposition de la notion d'abus de positon dominante. Comme on l'a vu, les classifications peuvent s'enchaîner dans des décompositions successives[3]. Ainsi, l'analyse économique distingue trois types d'abus-exclusion[4]. Cette hypothèse de classifications emboîtées comme des poupées russes ne se rencontre du reste pas seulement à propos des qualifications principales, comme l'abus de position dominante. Elle peut aussi se rencontrer à propos des éléments de qualification dégagés par le juge au moyen de notions complexes, comme la position dominante. Ainsi, le juge communautaire avait esquissé une décomposition de cette notion en considérant que l'appréciation de la position dominante suppose l'examen des parts de marché et d'autres

---

[1] RBB, « Turning the Tables : Why Vertical and Conglomerate Mergers are Different », *Brief* n° 18, Mars 2006, http://www.rbbecon.com/publications/index.html.

[2] P. REY et TIROLE, « A Primer on Foreclosure » *in* M. ARMSTRONG et R. PORTER (éds), *Industrial Organization III*, http://idei.fr/doc/wp/2003/primer.pdf

[3] *Supra* n° 637.

[4] A. PERROT, *op. cit.*, *loc. cit.* Il s'agit de l'exclusion du marché principal, d'un marché verticalement lié ou d'un marché connexe.

paramètres de la concurrence[1]. L'analyse économique permet de préciser et de compléter cette décomposition. Les économistes exposent en effet que l'appréciation de la position dominante suppose l'examen des parts de marché, des barrières à l'entrée et de la puissance d'achat[2]. Le raisonnement sous-jacent à cette proposition est le suivant : une part de marché élevée n'indique pas de puissance économique si l'entrée sur le marché est facile, car, dans ce cas, l'entreprise apparemment dominante peut subir de plein fouet la concurrence de nouveaux entrants sur son marché. Par ailleurs, si l'entreprise fait face à des acheteurs puissants, elle ne pourra pas leur imposer ses prix, ce qui signifie qu'elle n'a pas de pouvoir de marché. Le raisonnement économique permet donc de dégager, plus précisément que ne l'avait initialement fait le juge, des éléments de qualification de la position dominante.

675. **Rapprochement des points de vue.** Ce résultat encourageant, ainsi que le souhait des économistes de rendre leurs analyses utiles à la pratique du droit de la concurrence, conduisent ces derniers à définir le champ de leur étude à partir d'une pratique particulière, qui ne correspond pas *a priori* à une notion économique, mais qu'ils trouvent incorrectement traitée par la jurisprudence. Le traitement jurisprudentiel des rabais fidélisants est un exemple qui a suscité ce type d'études[3]. Dans un tel cas, la plus haute contribution envisageable de l'analyse économique consisterait, du point de vue de l'économiste lui-même, à identifier des conditions nécessaires et suffisantes – et de surcroît vérifiables au moyen d'éléments d'information accessibles – pour que la pratique analysée soit anticoncurrentielle[4]. En somme, les économistes s'attèlent, à leur manière, à la tâche du juge, consistant à rechercher les

---

[1] V. p.e. arrêt de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, points 41 et s. Sur l'indétermination des critères de la position dominante, V. A. VANDENCASTEELE et D. WAELBROECK, « Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation ? Quelques commentaires à propos du document de travail de la Commission européenne relatif à l'application de l'article 82 aux abus de monopolisation », *RIDE*, 2006, pp. 87-121, p. 89.

[2] D. RIDYARD, « Article 82 Price Abuses – Towards a More Economic Approach », *in* C. E. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds), *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of Dominant Position ?*, préc.,

[3] Entre autres : J. KALLAUGHER et B. SHER, « Rebates revisited : Anticompetitive Effects and Exclusionary Abuses under Article 82 », *ECLR*, 2004, p. 263. J. KALLAUGHER, « Rebates Revisited (Again) – The Continuing Article 82 Debate », *Global Competition Law centre*, 2ème Conférence annuelle, 16-17 juin 2005, Bruxelles. Sur ce thème, V. aussi, « Remises et primes de fidélité », *Revue de l'OCDE* sur le droit et la politique de concurrence, 2003, vol. 5, n° 2, pp. 151-231 ; D. SPECTOR, « Loyalty Rebates : An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Rule of Reason, *Competition Policy Int'l*, 2005, n° 2, pp. 89-114 ; A. HEIMLER, « Below-Cost Pricing and Loyalty-Inducing Discounts : Are They Restrictive and, If So, When ? », *Competition Policy Int'l*, 2005, n° 2, pp. 149-172. *Adde :* RBB Economics, « The special responsibility of dominant firms : don't compete on price », Brief 13, février 2004, http://www.rbbecon.com/, LEXECON, « When are Rebates Exclusionary ? », *Competition Memo*, Avril 2005.

[4] D. S. EVANS, « How Economists Can Help Courts Design competition Rules : An EU and US Perspective », *World Competition*, 2005, pp. 93-99, p. 97.

éléments de la qualification et même très précisément ce que Motulsky appelle les éléments générateurs.

676. Comme on l'a vu à plusieurs reprises, ce but est largement hors d'atteinte, car il ne suffit pas de puiser dans la théorie économique pour identifier à propos de différentes pratiques des conditions nécessaires et suffisantes pour qu'elles soient anticoncurrentielles[1]. Par conséquent, un objectif plus réaliste pour la recherche en économie de la concurrence consiste à proposer des éléments de qualification[2], c'est-à-dire des critères qui traduisent des conditions nécessaires *ou* suffisantes[3]. À cet égard, il convient de souligner que, du point de vue du juge, les conditions nécessaires et les conditions suffisantes mises à jour par l'analyse économique ne se prêtent pas au même usage. Les conditions nécessaires peuvent facilement se traduire comme des faits nécessaires à la qualification[4]. Dans ce cas, elles fourniront des points d'accroche au contrôle de qualification. En revanche, les conditions suffisantes ne peuvent, sauf à déformer le raisonnement économique, donner lieu à des exigences d'allégation. Une condition suffisante mais non nécessaire renvoie donc naturellement au contrôle de motivation plutôt qu'au contrôle de qualification[5].

677. La tentative des économistes de rapprocher leur point de vue de celui du juge les conduit à observer la pratique jurisprudentielle et à la critiquer. C'est en effet une figure typique de la doctrine économique que de remettre en cause l'analyse jurisprudentielle des notions légales. Ainsi la jurisprudence sur l'abus de position dominante est-elle critiquée pour omettre de l'analyse de cette qualification un élément essentiel aux yeux des économistes : l'intérêt des consommateurs.

2. Le regard économique sur la décomposition des qualifications juridiques : l'exemple de l'intérêt du consommateur dans l'abus de position dominante

678. Les critiques économiques sur l'approche de l'intérêt du consommateur dans la jurisprudence sur l'abus de position dominante ont déjà été évoquées[6]. Il s'agit ici de montrer

---

[1] EVANS, p. 97. L'auteur compare cette situation idéale à celle d'un chef qui trouverait à brûle pourpoint dans son garde-manger précisément tous les ingrédients nécessaires pour faire le cassoulet qu'on lui a demandé. L'économiste est le cuisinier, le juge le convive et le test de qualification le cassoulet.

[2] D. EVANS, *op. cit.*, *loc. cit.*, parle de « building blocks ».

[3] *Ibid*.

[4] À cet égard, il faut cependant se garder des automatismes, comme nous le verrons à propos d'un exemple (*infra* n° 781 et s.).

[5] Ce point est développé *infra* n° 1083 et s.

[6] Sur la confrontation des points du point de vue du juge et du point de vue économique à propos de l'intérêt des consommateurs, V. *supra* n° 170 et s.

qu'elles portent très précisément sur la définition de la charge de l'allégation. Dans le droit positif de l'abus de position dominante, l'intérêt du consommateur n'est pas indifférent. En effet, il a de longue date été jugé que l'article 82 CE « ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat au consommateur, mais également celles qui leur portent un préjudice en portant atteinte à la structure d'une concurrence effective »[1]. Tant le préjudice direct que le préjudice indirect sont donc pris en considération par le juge communautaire. Les économistes n'ignorent cependant pas cette jurisprudence. Ce qu'ils critiquent est précisément le statut de l'intérêt du consommateur dans le raisonnement du juge. L'intérêt du consommateur est en effet traité par le juge comme un élément de la motivation en droit de son interprétation de l'article 82 CE, et non comme un élément de la qualification. Les arrêts énoncent ainsi que « l'interdiction édictée à l'article [82 CE] du traité *se justifie* (…) par le souci de ne pas causer de préjudice aux consommateurs »[2]. Pour autant, le juge n'en tire pas la conséquence qu'un préjudice aux consommateurs doive être spécialement allégué. Ce que déplorent les économistes, c'est que le préjudice aux consommateurs ne soit pas examiné concrètement en tant que fait. Selon eux, l'intérêt des consommateurs ne doit pas être considéré seulement comme une justification abstraite d'une décomposition de la qualification dans laquelle cet intérêt n'entrerait pas. L'intérêt des consommateurs doit, selon eux, être considéré comme un *fait nécessaire*. Les économistes et les auteurs qui suivent leurs analyses préconisent donc que le préjudice aux consommateurs devienne un objet d'allégation[3].

679. Si certains auteurs juristes se rallient à cette position[4], d'autres en revanche font valoir qu'il ne faut pas confondre la raison d'être de l'interdiction et ses conditions d'application[5].

---

[1] Arrêt de la Cour du 21 septembre 1973, Europemballage et Contitnental Can/Commission, Rec. p. I-215, point 26.

[2] Arrêts de la Cour du 21 février 1973, Europemballage et Continental Can/Commission, 6/72, Rec. p. 215, point 26, et du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission, Rec., p. 1663, points 526 et 527 ; arrêt du Tribunal du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 111.

[3] En faveur de la reconnaissance du préjudice des consommateurs comme fait nécessaire, tout en mentionnant plusieurs questions ouvertes, J. VICKERS, « Abuse of Market Power », préc., p. 21 et s.

[4] J. TEMPLE-LANG, « Anticompetitive Abuses Involving Property rights », *in* C.-D. EHLERMAN et I. ATANASIU, *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of A Dominant position ?*, préc., pp. 589-658, p. 590.

[5] T. EILMANSBERGER, préc., p. 135. L'auteur souligne que ce n'est pas parce qu'une disposition vise un effet (prévenir les dommages aux consommateurs) que cet effet doit être érigé en fait nécessaire aux fins de la qualification au regard de cette disposition. L'argument avancé par cet auteur est du même type que celui développé précédemment à propos de la condition de récupération en matière de prix prédateurs. En ce sens aussi, E. FOX, « How to Protect Competition without Protecting Competitors ? », *in* C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU, *op. cit.*, pp. 69-77. L'auteur souligne que le droit de la concurrence n'a pas vocation à réparer des

Par ailleurs, parmi les auteurs qui proposent de traiter le préjudice des consommateurs comme un fait nécessaire, tous ne sont pas d'accord sur ce qui devrait précisément être l'objet de l'allégation. Certains auteurs considèrent que la démonstration d'un préjudice actuel devrait être exigée[1]. D'autres soulignent au contraire que le droit de la concurrence n'a pas vocation à réparer les dommages causés aux consommateurs, mais à les prévenir en garantissant que le processus concurrentiel n'est pas faussé[2]. Dans cette perspective, le préjudice des consommateurs, au sens des règles de concurrence, pourrait donc être moins un objet de preuve, comme peut l'être un préjudice actuel et certain, que l'objet d'une exigence de motivation circonstanciée démontrant *en quoi* le comportement est de nature à créer une diminution des quantités produites, une hausse de prix ou une restriction des possibilités de choix[3]. Resterait à articuler cette manière de voir avec le contentieux de la réparation.

680. On voit que le regard des économistes sur les éléments de la qualification soulève des questions difficiles du point de vue du juge[4]. La recherche économique des éléments de la qualification ne réagit cependant pas seulement à la jurisprudence. Elle se construit également à partir d'analyses autonomes de certains phénomènes, appréhendés à travers des catégories économiques. C'est alors le rapprochement entre des études économiques et les questions de qualification juridique qui renouvelle l'analyse des faits pertinents. Tel est le cas des analyses stratégiques de la prédation.

3. Les éléments de qualification dégagés à partir des catégories économiques : l'exemple des analyses stratégiques de la prédation

681. **Typologie des comportements de prédation.** Les pratiques de prédation ont fait récemment l'objet d'analyses nouvelles qui plaident en faveur d'une évolution de la jurisprudence[5]. Ces analyses conduisent à distinguer différentes hypothèses de prédation et, pour chacune d'entre elles, à dégager des éléments de qualification différents. Plus précisément, trois hypothèses sont distinguées selon la stratégie du prédateur. La première concerne le cas d'une entreprise qui se construit une réputation de prédateur. La seconde a

---

préjudices. *Adde* : D. SINCLAIR, « Article 82 at a Crossroads : Potential Effect, Object and Appreciability under Article 82 EC », *ECLR*, 2004, pp. 491.

[1] *Supra* n° 175.

[2] E. FOX, « How to Protect Competition without Protecting Competitors ? », in C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU, *op. cit.*, pp. 69-77.

[3] OCDE, *op. cit.*, p. 72.

[4] La question des choix du juge à partir des propositions de l'analyse économique est traitée *infra* n° 810 et s.

[5] E. P. MANOLIS, « Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform », *ECLR*, 1998, pp. 191-221.

trait à celle qui cherche à « brouiller les pistes » des éventuels concurrents en les trompant sur la réalité du marché. Enfin, la troisième est relative à la stratégie de prédation financière[1].

682. **Première hypothèse : la stratégie de réputation.** La première de ces approches part d'une analyse des réactions en présence d'une asymétrie d'information. Elle s'appuie sur le raisonnement suivant : lorsque des entreprises ignorent la réalité d'un marché sur lequel elles envisagent d'entrer et, en particulier, la manière dont l'entreprise en place réagirait à leur entrée, elles ne peuvent que se fier à leurs croyances pour mettre au point leur stratégie. Dès lors, la réputation de l'entreprise en place peut influencer ces croyances et, partant, leur stratégie. Cette approche conduit à accorder le statut d'élément de qualification à la réputation du prédateur. Pour apprécier cette réputation, les épisodes passés de prédation ou de tentative de prédation sont considérés comme pertinents, y compris lorsqu'ils ont été observés sur d'autres marchés, dans la mesure où la réputation s'attache à l'entreprise et non à ses activités sur un marché particulier. Comme nous l'avons vu, ériger la réputation d'une entreprise en objet d'allégation suscite des réserves au regard de la présomption d'innocence[2].

683. **Seconde hypothèse : la stratégie du leurre.** Une seconde analyse examine un motif particulier de prédation, qui consiste pour le prédateur à vouloir leurrer un concurrent en « brouillant les signaux » du marché. Par une telle stratégie, il s'agit d'induire en erreur des concurrents potentiels quant à la profitabilité d'une activité. Ainsi, le prédateur pourra par exemple lancer une opération promotionnelle sur les produits et dans les lieux choisis par un nouvel entrant pour tester le marché, empêchant celui-ci de découvrir la profitabilité réelle de l'entrée. Cette approche conduit à traiter comme un élément de qualification l'asymétrie d'information entre les entreprises concernées, ainsi que l'intention de l'entreprise.

684. **Troisième hypothèse : prédation financière**. La troisième réflexion récente relative à la prédation s'intéresse à son aspect financier. Cette approche cherche à dépasser tant l'argument des « poches profondes »[3], selon lequel le prédateur doit disposer de plus de liquidités que sa proie, que le contre-argument qui lui a été historiquement opposé par les

---

[1] P. REY *et alii*, *An Economic Approach of Article 82*, juillet 2005, préc., p. 20 et s. Pour une présentation plus détaillée de ces approches : C. S. HEMPHILL, « The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses », *Stanford L. Rev.*, 2001, vol. 53, pp. 1581-1612, p. 1603 et s., et références citées. OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc., n° 4.3, p. 98 et s., et références citées.

[2] *Supra* n° 260.

[3] En anglais « *deep pockets* ». P. REY, et J. TIROLE, « Analyse économique de la notion de prédation », *Revue française d'économie*, 1997, pp. 3-32, p. 12, attribuent la paternité de l'idée et de l'expression à C. EDWARDS, « Conglomerate Bigness as a Source of Power », *in Business concentration and Pricing Policy*, Princeton University Press, 1955, pp. 331-359.

auteurs de l'École de Chicago, selon lequel, si la proie est aussi efficiente, elle peut recourir au crédit pour résister. Ce dernier argument pêche manifestement par l'angélisme ou l'ignorance dont il témoigne quant à la réalité des relations entre les entreprises et leurs apporteurs de capitaux[1]. L'approche financière de la prédation propose précisément de prendre en considération, de manière spécifique, ces relations[2]. Il apparaît alors que l'asymétrie pertinente entre le prédateur et sa proie, ce n'est pas celle qui peut exister au regard de la quantité absolue de liquidités dont ils disposent ou de l'accès au crédit dont ils jouissent. C'est, plus précisément, l'inégale dépendance de leur financement vis-à-vis de leurs résultats commerciaux respectifs qui est cruciale[3].

685. **Conséquence pratique.** Ce dernier exemple montre comment l'analyse économique plus fine d'un phénomène (ici de la prédation financière) peut conduire à préciser la définition des faits pertinents. La controverse doctrinale entre économistes sur ce point aboutit à la conclusion que le point pertinent, pour l'analyse d'un certain type de prédation, n'est pas de savoir si le prédateur présumé a des ressources financières beaucoup plus importantes que sa proie. C'est de savoir si la prétendue proie a un banquier compréhensif et prêt à maintenir son concours pendant un épisode de guerre des prix. Du point de vue du juge, cela conduit à s'intéresser à des faits qui ne sont pas considérés comme pertinents dans l'analyse habituelle de la prédation. En pratique, l'adoption d'une telle analyse conduirait le juge saisi d'une allégation d'abus de position dominante à se demander si le demandeur prétend être victime d'une stratégie de prédation financière. Dans l'affirmative, le juge mettrait à la charge des parties des allégations relatives à la manière dont leurs financements respectifs dépendent de leurs performances commerciales à court terme. De nouveaux faits seraient donc pertinents. En revanche, des faits pertinents dans d'autres hypothèses de prédation, par exemple l'efficience relative des concurrents, ne seraient pas pertinents dans celle-ci.

---

[1] Il suppose en effet que les banquiers ou les actionnaires ne sont pas dissuadés de poursuivre leurs concours en cas de pertes.

[2] C'est en effet la critique de cette critique qui débouche sur une compréhension plus fine des conditions financières de la prédation. Sur ce point, C. S. HEMPHILL, « The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses », *Stanford L. Rev.*, 2001, vol. 53, pp. 1581-1612, spéc. p. 1602. Les économistes de Chicago soutenaient entre autres que, si la proie est plus efficiente que le prédateur, elle pourrait trouver à se financer. C'était supposer que la proie comprend qu'une stratégie de prédation était à l'œuvre et que les financiers ne sont pas dissuadés de prêter par la perspective de prix très peu attractifs à court terme.

[3] P. REY *et alii*, *An Economic Approach of Article 82*, préc., p. 21 et s. D. SPECTOR, « Definition and Criteria of Predatory Pricing », MIT Working Paper n° 01-10, janvier 2001, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262027.

686. **Conclusion du 3.** Les nouvelles analyses économiques de la prédation illustrent le fait que, en partant d'une approche économique, il est possible d'attirer l'attention du juge sur de nombreux faits pertinents qui ne sont pas, en droit positif, des éléments de qualification. Plus précisément, ces approches convergent vers une conclusion commune : une asymétrie est toujours nécessaire pour qu'il y ait prédation, qu'il s'agisse d'une asymétrie d'information ou de financement. L'asymétrie devrait-elle alors devenir un élément de qualification ? Telle est la question que soulèvent ces analyses du point de vue du juge. L'analyse économique ne conduit en effet pas seulement à proposer des éléments supplémentaires de qualification. Elle peut aussi suggérer un bouleversement de la décomposition admise d'une notion juridique.

4. Le bouleversement de l'analyse juridique de la qualification

687. S'il est un point clair sur la qualification d'abus de position dominante, c'est qu'elle s'analyse comme nécessitant, d'une part, une position dominante et, d'autre part, un abus[1]. Or, c'est précisément cette décomposition que l'analyse économique vient remettre en cause. Certains auteurs recommandent en effet une approche qui se décompose également en deux temps, mais très différents. Il s'agirait de s'attacher, en premier lieu, à l'existence d'une restriction de concurrence puis, en second lieu, à l'absence d'explication du comportement par des considérations licites[2]. Les auteurs de cette proposition reconnaissent que cette reformulation des objets d'allégation s'inscrit mal dans la jurisprudence actuelle, ce qui est certain. Ils font néanmoins valoir que leur recommandation n'est pas *contra legem*, le traité CE ne prescrivant pas un examen séparé de la position dominante[3], ce qui est également vrai[4].

---

[1] *Supra* n° 239.

[2] P. REY *et alii*, *An Economic Approach of Article 82*, juillet 2005, spéc. pp. 3 et 5-7, http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf. aussi publié dans *Competition Policy International*, 2006, n° 1, www.esapience.org. Les indications de page correspondent au document publié sur le site de la Commission. Chapitre II du rapport. L'analyse de la restriction de concurrence se fait selon la typologie suivante : exclusion d'un même marché, exclusion d'un marché adjacent, exclusion d'un marché verticalement lié. Dans chaque cas, un schéma d'analyse de l'exclusion est proposé. En revanche, la vérification de l'absence d'explication du comportement par des motifs légitimes ne fait pas l'objet d'une analyse détaillée.

[3] *Ibid*., p. 14.

[4] Comme on l'a dit (*supra* n° 239), l'interprétation littérale de la notion d'abus *de* position dominante attache peut-être une importance excessive au génitif. Par ailleurs, la notion d'abus en elle même n'implique pas nécessairement qu'on abuse *de* quelque chose. Cette approche caractérise la conception subjective de l'abus de droit, qui y voit l'usage d'un droit en dehors de la finalité pour laquelle il a été conféré. Dans une conception objective de l'abus, qui correspond mieux à la notion d'abus de position dominance (en ce sens E. SCHAEFFER, « L'abus dans le droit de la concurrence (contribution à la théorie de l'abus de droit) », *Gaz. Pal.*, 1981.2, doctr. pp. 401-408), ce qui compte est de savoir si le comportement empiète sur un droit ou une liberté conféré à une ou plusieurs autres personnes. Dès lors, il n'est pas juridiquement absurde de concevoir l'abus de position dominante comme une atteinte aux droits subjectifs des consommateurs.

688. Du point de vue de la définition de la charge de l'allégation[1], cette approche doit être distinguée de celle qui consiste à proposer l'intégration des apports de l'analyse économique à l'intérieur même de l'appréciation de la position dominante[2]. En effet, il ne s'agit pas de modifier les critères d'appréciation de la position dominante, mais, plus radicalement, de supprimer l'obligation d'alléguer l'existence d'une telle position. En ce sens, la proposition vise moins à une redéfinition des éléments de la qualification, qui restent partiellement identiques à ceux de la position dominante (l'existence de barrières à l'entrée ou la possibilité d'augmenter ses prix sont des éléments d'allégation dans l'une et l'autre approches[3]), qu'à une réorganisation de la démarche de qualification selon ce qu'on peut appeler des *qualifications intermédiaires* différentes.

689. **Conclusion du A.** Pour appliquer à des faits une qualification juridique donnée, le juge doit rechercher les éléments de cette qualification. Or, depuis que les économistes s'intéressent à la pratique du droit de la concurrence, ils mènent des recherches parallèles à celles du juge. Partant parfois des qualifications légales, mais plus souvent des catégories de la science économique, ils proposent des analyses de certains phénomènes appréhendés par les règles de concurrence, comme par exemple la prédation. Leurs analyses mettent en lumière des faits pertinents pour comprendre ces phénomènes, mais qui ne sont pas toujours des faits juridiquement pertinents. En ce sens, les économistes suggèrent aux juges de nouveaux éléments de qualification. Leurs recherches peuvent aussi conduire à contester, au moins dans certaines hypothèses, la pertinence de certains éléments de qualification consacrés par la jurisprudence. Mais la contribution de l'économie à la définition de la charge de l'allégation ne s'arrête pas là. Les analyses économiques ne se traduisent pas seulement par des ajouts et retranchements de faits pertinents, mais aussi par des bouleversements. Sont alors en cause moins les éléments de la qualification en eux mêmes que la manière de les regrouper. Nous proposons d'appeler « qualifications économiques intermédiaires » les

---

[1] Les auteurs parlent à tort de « procédure » (*procedure* en anglais dans le texte, p. 12 et s.), alors que la recommandation qu'ils formulent a trait à la définition des éléments nécessaires de motivation (pour l'autorité de concurrence) et, corrélativement, du point de vue du juge, à la définition de la charge de l'allégation. Peut-être les auteurs avaient-ils à l'esprit la manière de *procéder* à la qualification d'abus de position dominante.

[2] Cette approche est défendue par exemple par A. WACHSMANN et É. SARRAZIN, « Limites de l'approche actuelle en matière d'abus de position dominante : Quelques réflexions », *Concurrences*, n° 4-2005, pp. 10-13. Les auteurs proposent d'accorder, lors de l'appréciation de la position dominante, moins d'importance à la part de marché et davantage d'importance au pouvoir de marché. Ils proposent en outre de systématiser un faisceau d'indices permettant de conclure à l'existence d'un tel pouvoir.

[3] P. REY *et alii*, *An Economic Approach of Article 82*, préc., p. 14.

notions économiques qui servent à effectuer ces regroupements et marquent les étapes du raisonnement menant à la qualification juridique finale.

B. Les qualifications économiques intermédiaires

690. Les exemples qui précèdent démontrent que le juge est confronté à une pléthore de catégories économiques. Celles-ci désignent, on l'a vu, non seulement des éléments de la qualification, mais aussi des étapes intermédiaires du raisonnement menant à la qualification. De tels apports sont utilisables par le juge de la concurrence, qui peut consacrer ce que nous proposons d'appeler des qualifications intermédiaires (1). Il faut cependant s'interroger sur les incidences procédurales d'une telle réception (2).

1. Définition de la notion de qualifications intermédiaires

691. **Nécessité des étapes intermédiaires.** Les notions légales au regard desquelles le juge de la concurrence doit qualifier les faits qui lui sont présentés (principalement les notions de restriction de concurrence et d'abus de position dominante) sont ce que Motulsky appelle des notions complexes. Pour pouvoir être appliquées, ces notions doivent faire l'objet d'une décomposition, ou plutôt de décompositions successives[1]. En effet, il ne suffit pas de décomposer la notion d'« abus de position dominante » en abus et position dominante, ou de distinguer plusieurs types d'abus, pour pouvoir qualifier des faits concrets. Il faut aller beaucoup plus loin dans l'analyse, qui comporte alors nécessairement plusieurs étapes. Ces étapes intermédiaires dans la qualification sont spécialement nécessaires en droit de la concurrence, où les textes sont très abstraits et les faits fourmillants[2]. Cependant, l'existence d'étapes intermédiaires dans la qualification ne nous semble pas spécifique au droit de la concurrence. Ce qui est spécifique, en revanche c'est l'emploi de notions économiques (comme « marché » ou « prédation »), pour désigner ces étapes intermédiaires.

692. **Une qualification dans la qualification.** Ces notions économiques employées pour décomposer une notion juridique complexe peuvent être appelés des *qualifications intermédiaires*, car c'est une véritable démarche de qualification dans la qualification qui est entreprise pour chacune d'elles. On l'a vu à propos du marché pertinent : la délimitation du marché n'est qu'une étape intermédiaire de la qualification d'accord anticoncurrentiel ou d'abus de position dominante, mais c'est une étape qui nécessite, à elle seule, tout une

[1] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 76, p. 74.

[2] D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 423.

démarche de qualification. Cette appellation de « qualification intermédiaire » est nouvelle pour désigner les notions qui marquent les étapes du raisonnement du juge. Il nous semble qu'une telle nouveauté se justifie, car la notion proposée se distingue des notions voisines. En effet, une qualification intermédiaire peut correspondre, dans l'analyse de Motulsky, tantôt à un élément générateur, lorsque le juge exige une décomposition complète, tantôt à une notion complexe, lorsque le juge accorde une dispense de décomposition. On ne peut par ailleurs identifier la notion proposée ni à celle d'éléments générateurs ni à celle d'« énonciations nécessaires du jugement »[1], car ces notions désignent toutes deux des éléments *nécessaires.* Or, tel n'est pas toujours le cas des qualifications intermédiaires, au sens où nous entendons ce terme. Par exemple, les qualifications intermédiaires de la prédation ne seront pas les mêmes selon les différents types de prédation. *A fortiori*, il n'y aura pas une liste de qualifications intermédiaires obligatoires pour tout type d'abus. À l'instar des éléments de la qualification, qui ne sont pas tous cumulativement nécessaires, les qualifications intermédiaires, qui servent à regrouper l'analyse de plusieurs faits pertinents, ne sont pas toutes des passages obligés du raisonnement qui mène à une qualification finale donnée. Tout comme les éléments de la qualification, les qualifications intermédiaires peuvent être alternativement nécessaires ou nécessaires à condition qu'une autre soit (ou ne soit pas) présente. On peut donc définir les qualifications intermédiaires comme *des notions qui désignent des étapes intermédiaires du raisonnement menant à la qualification juridique des faits*, étant entendu qu'il peut y avoir plusieurs raisonnements distincts qui mènent à une qualification juridique donnée et donc plusieurs « jeux » de qualifications intermédiaires correspondants[2] .

693. **Antécédents de la notion et absence de spécificité.** L'appellation de qualification intermédiaire n'est pas complètement inédite. François Rigaux, notamment, l'avait esquissée, sans omettre de mentionner des tentatives antérieures[3]. Ainsi avait-on tenté de distinguer, selon une expression peu convaincante, la « qualification matérielle » de la qualification juridique[4] ou d'identifier, selon une formule plus heureuse, « une qualification préalable des faits par rapport à une norme non juridique », par laquelle les faits seraient « préparés à la

[1] P. MIMIN, « Les énonciations nécessaires, base légale du jugement », *JCP (G)*, 1946, I-541.

[2] Nous employons cette expression au sens où l'on parle d'un « jeu » de clés.

[3] F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966, n° 55, p. 86.

[4] H. DESCHENAUX, « La distinction du fait et du droit dans la procédure de recours au tribunal fédéral » (Suisse), Fribourg, 1948, cité par F. RIGAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*

norme », notamment en matière médicale[1]. Le professeur Rigaux remarquait que « le problème [était] beaucoup plus général ». Il se présente, écrivait-il, « non seulement dès que le juge doit recourir à des experts pour apprécier les faits, mais encore chaque fois que la disposition légale contient un renvoi implicite à une technique ou à une science non juridique »[2]. Il faut aussi citer la notion de « préqualifications » proposée par Théodore Ivainer[3]. Pour cet auteur, la notion désigne la mise en évidence par le juge des classifications dans lesquelles les faits à qualifier seront rangés[4]. Ces typologies mettent en relation des « microqualifications » avec le concept juridique « macroqualificateur » et permettent de rapprocher le droit des faits[5]. Elles forment, souligne l'auteur, un « rouage essentiel du parcours opératoire » qui conduit au jugement[6]. La notion de préqualification est également mise en avant par Olivier Leclerc à propos de l'expertise. L'auteur souligne l'incidence de la normativité propre à la science, à laquelle l'expert est formé, sur les préqualifications qu'il met en œuvre afin d'établir, à l'intérieur des catégories prescrites par le juge, les faits sur lesquels il est interrogé[7]. Les qualifications économiques intermédiaires retenues pour appliquer les règles de concurrence ne sont donc qu'une application particulière d'un phénomène beaucoup plus général et déjà maintes fois observé.

694. **Qualifications *juridiques* intermédiaires.** Il convient de souligner que l'origine non juridique des classifications mises en œuvre pour préqualifier les faits n'empêche pas que ces qualifications intermédiaires deviennent des qualifications *juridiques* intermédiaires dès lors qu'il en est fait usage aux fins de la qualification juridique des faits[8]. Divers exemples, tous empruntés à la matière économique, dans lesquels des notions proches ont été employées en

---

[1] J.-J. DUPEYROUX, « Sécurité sociale et médecine expéditive », *D.*, 1960, Chron. p. 43, cité par F. RIGAUX, *op. cit.*, *loc. cit.* L'auteur parle de « qualification médicale ».

[2] F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 87.

[3] Th. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », T. 30, 1988, préf. J. CARBONNIER, p. 157 et s.

[4] Th. IVAINER, *op. cit.*, n° 174, p. 161.

[5] Th. IVAINER, *op. cit.*, n° 175, p. 161.

[6] Th. IVAINER, *op. cit.*, p. 157.

[7] O. LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 443, 2005, n° 226 et s., p. 182 et s.

[8] *Contra* : conclusions de l'avocat général Fennelly sous l'arrêt de la Cour du 16 mars 2000, Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commission, C-395/96 P, Rec., p. I-1365, point 123. « L'expression usuelle "prix prédatoires" n'a, évidemment, pas de portée juridique spécifique. Le seul critère justifié par l'article 86 consiste à voir s'il existe un abus ». Au soutien de notre affirmation. A. SAVY, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, pp. 3-25, p. 21 : « la condition légale mise à l'action de l'exécutif est exprimée par référence à des notions économiques, dont il est nécessaire de faire des *concepts juridiques* lorsque se pose la légalité des mesures prises » (nous soulignons).

témoignent. Ainsi, le Conseil d'État a utilisé une expression très voisine de celle de qualification intermédiaire en évoquant un « dispositif intermédiaire » pour désigner une conclusion partielle du raisonnement qui aboutit à la qualification juridique finale[1]. De même, certains avocats généraux devant la Cour de justice utilisent l'expression « conclusion intermédiaire » pour désigner une conclusion partielle relative à une étape du processus de qualification[2]. De façon plus nette encore, l'avocat général Jacobs, dans ses conclusions sous l'arrêt *Hilti*, a distingué les « conclusions juridiques » des « pures constatations de fait », précisant que la détermination du marché pertinent aux fins de la qualification de position dominante devait être considérée comme une telle « conclusion juridique » (intermédiaire)[3]. Toujours en droit de la concurrence, on peut également citer les conclusions du commissaire du gouvernement Stahl sous l'arrêt *Coca-Cola* du Conseil d'État, dans lesquelles il relevait, que la notion d'« effet de portefeuille » ou « de gamme », « si elle ne constitue pas une notion juridique consacrée par la loi ou par le règlement, (…) semble pouvoir être regardée comme un outil d'analyse adéquat »[4].

695. Les qualifications intermédiaires qui sont économiques par leur origine deviennent donc, du fait même qu'elles sont reçues par un juge, des qualifications juridiques intermédiaires. S'il en est ainsi, il faut s'interroger sur les incidences procédurales de la réception de ces qualifications économiques intermédiaires.

2. Incidences procédurales de la réception de qualifications économiques intermédiaires

696. D'un point de vue procédural, la relative autonomie des qualifications intermédiaires soulève deux questions. Tout d'abord, s'agissant d'un élément identifiable et déterminant de la solution, se pose la question de l'organisation du contradictoire sur les qualifications

---

[1] CE, 14 janvier 1916, *Camino*, Rec. p. 15, concl. Corneille, note G. JÈZE, *RDP*, 1917, p. 463, cité en ce sens par J.-Y. VINCENT, « L'erreur manifeste d'appréciation », *Revue administrative*, 1971, pp. 407-421, p. 417.

[2] Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 23 février 2006 dans l'affaire British Airways/Commission, C-95/04 P, points 62 et 133.

[3] Conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 2 mars 1994, Hilti/Commission, C-53/92 P, Rec. p. I-667, point 28.

[4] C. E. 9 avril 1999, *AJDA*. 1999, p. 611, note M. BAZEX et B. THIRY ; R.F.D.A. 1999, p. 777, concl. J.-H. STAHL.

Dès l'arrêt du Conseil d'État qui la consacrait, l'utilité véritable de la notion d'effet de gamme fut mise en doute. V. p.e. P. STORRER, « Le Conseil d'État, juge de la concurrence (à propos des arrêts *EDA*, *Interbrew* et *Coca-Cola*), *Revue Lamy droit économique*, 1999, n° 117, pp. 1-5, spéc. p. 5. La critique qui peut être formulée sur le caractère réellement adéquat de cette notion en tant que qualification économique intermédiaire tient à ce que, contrairement à ce que dit le commissaire du gouvernement, elle ne permet pas véritablement de « conceptualiser » une intuition. Cependant, indépendamment de cette objection, le passage cité ne décrit pas moins adéquatement l'intérêt que peut avoir une notion économique comme qualification intermédiaire.

intermédiaires (a). En second lieu, la reconnaissance des qualifications intermédiaires pourrait avoir une incidence en termes de recevabilité des moyens dans le contentieux de l'annulation des décisions des autorités de concurrence (b).

a) L'incidence des qualifications intermédiaires sur la mise en œuvre du principe du contradictoire

697. **Points d'accroche du contradictoire.** La notion de qualification est importante pour cerner les contours du principe du contradictoire. Le contradictoire doit en effet porter sur tout ce qui forme la conviction du juge, aussi bien sur les faits eux-mêmes que sur le raisonnement établissant un lien logique entre les faits[1]. Or, les qualifications intermédiaires marquent les étapes du raisonnement à propos des faits. Ce sont donc des points d'accroche du débat contradictoire. La conclusion du juge relativement à une qualification intermédiaire peut avoir autant d'importance, du point de vue de l'intérêt des parties, qu'une requalification. Au regard du principe de la contradiction, il faut donc traiter les qualifications intermédiaires comme des qualifications principales et provoquer le débat sur une qualification intermédiaire lorsqu'elle n'a pas été discutée[2]. Seule une discussion systématique des qualifications intermédiaires protège les parties contre l'incertitude juridique associée à un changement de raisonnement économique du juge ou de l'autorité de concurrence. Une modification du raisonnement peut en effet entraîner une modification de la distribution des pertinences et, partant, de la liste des qualifications intermédiaires et/ou des liens logiques qui unissent ces constats intermédiaires en vue de conclure à l'applicabilité de la qualification juridique finale.

698. **Exemple d'application.** Cette contradiction sur le raisonnement économique, à travers la discussion des qualifications intermédiaires, est du reste organisée au cours de la procédure administrative communautaire. La Commission peut certes faire évoluer son raisonnement économique à propos des faits entre la notification des griefs et la décision finale, c'est là une conséquence nécessaire de la nature préparatoire de la notification des

---

[1] M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988, spéc. p. 265 et p. 284.

[2] On sait que, lorsque le juge envisage de donner aux faits une qualification qui n'a pas été discutée, il doit solliciter les observations des parties sur ce point. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* Litec, 4ème éd., 2004, n° 670, p. 381 et références citées. *Adde :* J. du JARDIN, « Le droit de défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation (1990-2003) », *Pasicrisie belge*, 2003/12, pp. 1-87, p. 53. Cet auteur observe cependant (p. 51) que la Cour de cassation de Belgique a jugé, en matière pénale, que le respect des droits de la défense n'oblige pas le juge à soumettre à la contradiction des parties le raisonnement par lequel il s'est convaincu (citant des arrêts du 10 novembre 1999, Bull. et Pas. I, n° 599, et du 5 janvier 2000, Bull. et Pas. 2000, I, n° 7).

griefs[1]. Cependant, elle ne peut le faire sans mettre les entreprises concernées en mesure de formuler leurs observations si ce changement d'analyse emporte une modification des qualifications intermédiaires données aux faits. Ainsi, dans l'affaire *Schneider/Legrand*[2], le Tribunal a annulé la décision de la Commission au motif que la qualification économique intermédiaire donnée aux faits avait été substantiellement modifiée sans que Schneider n'ait été en mesure de contester utilement les appréciations de la Commission[3]. En l'espèce, il ressortait de la notification des griefs que la Commission craignait un renforcement de la position dominante de Schneider du fait d'une addition de ses parts de marché avec celles de Legrand sur certains marchés, car la puissance des deux entreprises, présentes sur ces mêmes marchés, se serait additionnée[4]. Dans la décision, cependant, un autre effet anticoncurrentiel de la fusion était avancé pour justifier l'interdiction. Il s'agissait du risque que la nouvelle entité ne « s'adosse » sur la position prépondérante de Legrand sur un marché pour renforcer sa position sur d'autres marchés, moyennant un effet de levier[5]. L'allégation d'un effet de levier était distincte de celle d'un chevauchement de parts de marché et les entreprises concernées n'avaient pas été mises en mesure de s'expliquer sur ce point, ce qui entraîne l'annulation de la décision attaquée pour violation des droits de la défense.

699. **Généralisation.** L'exemple qui vient d'être donné montre que les qualifications économiques intermédiaires (ici chevauchement et effet de levier) permettent de structurer la discussion et de délimiter les points qui doivent être soumis au contradictoire. Il est naturel que ces questions se soient d'abord posées dans le cadre des procédures administratives d'application du droit de la concurrence. Pour autant, il n'y a aucune raison de penser que l'analyse ne s'applique pas aussi au procès. Il ne s'agira pas alors d'une variation entre une notification des griefs puis une décision finale, mais la même analyse s'applique lorsqu'il s'agit d'organiser la contradiction entre les parties. Le juge doit organiser la contradiction sur les qualifications intermédiaires avancées par les parties comme sur celles qu'il envisage de donner lui-même aux faits.

---

[1] Arrêts du Tribunal du 28 février 2002, Compagnie générale maritime e.a./Commission, T-86/95, Rec. p. II-1011, point 448 ; et du 22 octobre 2002, Schneider Electric/Commission, T-310/01, Rec. p. II-4071, points 438 et 439.

[2] Cité note préc.

[3] *Schneider*, préc. points 440-463. S'agissant d'une décision rendue en matière de concentrations, l'absence de contradiction avait également empêché la requérante de proposer des engagements pertinents pour obtenir l'autorisation de l'opération. V. points 441 et 442.

[4] *Schneider*, préc., point 445.

[5] *Ibid*.

La notion de qualification intermédiaire a par ailleurs une autre incidence procédurale, qui concerne des questions de recevabilité.

b) L'incidence des qualifications intermédiaires sur la recevabilité

700. La précision par le juge des faits nécessaires au moyen de qualifications intermédiaires peut aussi avoir des incidences sur la recevabilité, en particulier dans le contentieux communautaire de l'annulation, ainsi qu'en matière préjudicielle.

701. **Recevabilité d'un recours en annulation.** Dans le contentieux de l'annulation devant les juridictions communautaires, la requête introductive d'instance doit, à peine d'irrecevabilité, contenir un exposé sommaire des moyens invoqués[1]. Cette exigence est loin d'être purement formelle. En effet, il ne suffit pas d'invoquer le texte prétendument violé. Comme l'a jugé le Tribunal de première instance, la seule énonciation abstraite du moyen d'annulation ne répond pas à cette exigence[2]. Ainsi, dans l'affaire *Viho*, il a été constaté par le Tribunal que la requérante se contentait de soutenir qu'il convenait de rechercher si l'article 82 CE ne devrait pas s'appliquer en raison de la position dominante collective qu'occuperaient les gros fabricants sur le marché en cause. Or, juge le Tribunal, « la seule référence, dans la requête, à l'article [82 CE], en l'absence d'allégations précises concernant la position sur le marché des entreprises concernées, leur comportement uniforme éventuel ou leurs liens économiques, ne saurait être considérée comme suffisante au regard du statut et du règlement de procédure »[3]. Les qualifications économiques intermédiaires visées par le Tribunal dans les motifs cités peuvent donc être des objets d'allégation obligatoires, non seulement pour le succès au fond, mais encore pour apprécier la précision suffisante des allégations au stade de l'examen de recevabilité[4].

702. **Généralisation.** La conséquence qui vient d'être exposée a été tirée par le juge communautaire d'une disposition très générale prescrivant le contenu de la requête introductive d'instance. Or, des dispositions similaires existent en droit français, tant en matière civile[5] qu'en matière administrative[1]. La portée des observations qui viennent d'être

---

[1] Les articles 38, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure de la Cour et 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure du Tribunal prévoient que la requête contient « l'objet du litige et l'exposé sommaire des moyens invoqués ».

[2] Arrêt du Tribunal du 18 novembre 1992, Rendo e.a./Commission, T-16/91, Rec. p. II-2417, point 130.

[3] Arrêt du Tribunal du 12 janvier 1995, Viho/Commission, T-102/92, Rec. p. II-17, points 65 à 72.

[4] Il ne s'agit pas pour autant d'objets d'allégation tous cumulativement obligatoires.

[5] L'article 56 NCPC dispose : « L'assignation contient à peine de nullité, (…)

faites peut donc probablement être généralisée. Les qualifications intermédiaires, éventuellement issues de l'analyse économique, ne gouvernent pas seulement l'appréciation des contestations au fond, mais peuvent aussi, lorsqu'elles sont reçues par le juge, avoir une influence sur les allégations nécessaires pour qu'une demande en justice soit recevable.

703. **Précision sur l'appréciation de recevabilité.** Sans doute l'examen de recevabilité est-il beaucoup plus rapide et superficiel que l'examen au fond. En particulier, lorsque la charge de l'allégation est définie par une série de faits pertinents sans être tous nécessaires, il n'appartient pas au juge de décider au stade de l'examen de recevabilité si le faisceau de faits pertinents est suffisant. Un tel examen relève en effet du fond. En revanche, si la charge d'allégation est définie par rapport à des faits nécessaires, on peut penser que l'absence d'un seul de ces faits dans les allégations du demandeur devrait suffire à déclarer son recours (ou l'un de ces moyens) irrecevable. Sans doute convient-il que le juge ne soit pas trop exigeant dans cet examen, car un fait allégué peut en cacher un autre, qui pourra en être inféré[2]. En outre, l'examen de recevabilité ne doit pas préjuger le fond, notamment en empêchant la jurisprudence d'évoluer sur la définition de la charge de l'allégation. Il serait par exemple particulièrement inopportun de rejeter comme irrecevable une demande portant sur l'application de l'article 81 CE à un accord entre concurrents au seul motif que le requérant ne s'attacherait pas à définir précisément le marché pertinent. À tout le moins, l'examen de recevabilité ne devrait pas être plus sévère que l'examen au fond.

704. **Recevabilité d'une question préjudicielle.** En matière préjudicielle aussi, la recevabilité d'une question adressée par une juridiction nationale à la Cour de justice est subordonnée à un certain degré de précision[3], qui s'apprécie par rapport aux qualifications intermédiaires. Il en a déjà été question à propos de la délimitation du marché pertinent[4] et cela vaut plus généralement pour toute qualification intermédiaire. Selon une jurisprudence bien établie, « la nécessité de parvenir à une interprétation du droit communautaire qui soit utile pour le juge national exige que celui-ci définisse le cadre factuel et réglementaire dans

---

2° L'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit ». En ce qui concerne le pourvoi en cassation, la précision du moyen est aussi une condition de recevabilité. V. art 978 et 989 NCPC et J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 3ème éd., 2003, Chap. 81, « Un moyen précis », spéc. n° 81-31 et s.

[1] L'article R 411-1 du code de justice administrative dispose : « [l]a requête (…) contient l'exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge ».

[2] Par exemple, l'absence d'allégation d'une possibilité de récupération des pertes ne devrait pas conduire à déclarer irrecevable un moyen pris de l'existence d'une pratique de prédation. Sur ce point *infra* n° 799.

[3] Articles 92 et 103, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour.

[4] *Supra* n° 519 et s.

lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou qu'à tout le moins il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées »[1]. La Cour de justice a souligné à plusieurs reprises que ces exigences valent tout particulièrement dans le domaine de la concurrence qui est caractérisé par des situations de fait et de droit complexes[2].

705. Est ainsi jugée irrecevable une question qui « ne fournit pas les éléments qui expliquent *comment* [le comportement en cause] favorise des ententes ou des pratiques concertées, ne fournit pas non plus les données nécessaires susceptibles de délimiter le marché en cause ni n'explique l'incidence [du comportement en cause] sur le fonctionnement de ce marché »[3]. La juridiction de renvoi ne peut donc se contenter de mentionner les articles 81 et 82 CE sans indiquer les raisons précises qui l'ont conduite à s'interroger sur leur applicabilité[4]. La motivation d'une décision de renvoi sera par conséquent examinée par la Cour au regard d'une analyse des notions complexes des articles 81 ou 82 CE. Or, c'est précisément là qu'interviennent les qualifications intermédiaires. Là où une qualification intermédiaire est considérée comme un passage obligé, par exemple pour l'analyse de la restriction de concurrence, l'omission de toute indication à cet égard dans l'ordonnance de renvoi conduit à l'irrecevabilité. À l'avenir, il n'est pas exclu que la notion de dommage aux consommateurs, mise en avant par l'analyse économique, devienne l'une de ces qualifications intermédiaires au regard desquelles une requête mais aussi une décision de renvoi devraient être motivées.

706. **Conclusion du B.** Il nous a paru nécessaire de définir la notion de qualification intermédiaire pour désigner les notions qui marquent les étapes intermédiaires du raisonnement menant à une qualification juridique. Cette notion n'est nouvelle que dans son appellation et elle ne nous paraît pas spécifique au droit de la concurrence. Dans cette matière, son intérêt est de permettre la description d'un aspect important de l'insertion du raisonnement économique dans la méthode du juge. En effet, les qualifications intermédiaires marquent les étapes du raisonnement qui mène à une qualification juridique. Comme, en droit

---

[1] Arrêts de la Cour du 26 janvier 1993, Telemarsicabruzzo e.a./Circostel e.a., C-320/90, C-321/90 et C-322/90, Rec. p. I-393, points 6 et 7 ; du 14 juillet 1998, Safety Hi-Tech/S. & T., C-284/95, Rec. p. I-4301, points 69 et 70 ; du 14 juillet 1998, Bettati/Safety Hi-Tech, C-341/95, Rec. p. I-4355, points 67 et 68 ; du 21 septembre 1999, Albany, C-67/96, Rec. p. I-5751, point 39, et du 21 septembre 1999, Brentjens, C-115/97, C-117/97, Rec. p. I-6025, point 38.

[2] V. en particulier les arrêts du 14 juillet 1998, Safety Hi-Tech/S. & T., C-284/95, cité note préc., points 71 à 74 et Bettati/Safety Hi-Tech C-341/95, cité note préc., points 69 à 72.

[3] Safety Hi-Tech/S. & T., C-284/95, préc., point 71 (nous soulignons).

[4] Safety Hi-Tech/S. & T., C-284/95, préc., point 72.

de la concurrence, le raisonnement est souvent complexe et comporte de multiples étapes, il est utile de pouvoir décrire cette réalité. Par ailleurs, ces qualifications intermédiaires sont souvent empruntées à l'analyse économique, comme la notion de marché ou de prédation. Du point de vue de l'insertion du raisonnement économique, les qualifications économiques sont déterminantes. En effet, c'est la structure du raisonnement d'ensemble mené pour mettre en rapport les faits et la qualification juridique qui se reflète dans les qualifications intermédiaires et dans les liens logiques qui les unissent. Une configuration des qualifications intermédiaires associées à une qualification juridique principale peut refléter ou non un raisonnement économique. Corrélativement, la réception d'un raisonnement économique peut nécessiter une redéfinition des qualifications intermédiaires. Une telle redéfinition a des conséquences juridiques très concrètes, non seulement sur l'appréciation des contestations au fond, mais aussi sur le plan procédural. Les qualifications intermédiaires sont ainsi des points d'accroche du débat contradictoire et elles sont par ailleurs susceptibles d'incidences sur les questions de recevabilité.

707. **Conclusion du § 1.** La recherche des éléments de la qualification est une activité commune au juge et aux économistes. L'analyse d'exemples a montré à quel point le raisonnement économique, qu'il parte des catégories juridiques ou économiques, est une riche source d'inspiration pour le juge, dont la tâche est de définir les éléments de la qualification. Le raisonnement économique, lorsqu'il s'appuie sur des notions juridiques, peut conduire à plaider en faveur de la reconnaissance par le juge de nouveaux éléments de qualification. Lorsqu'il part de notions économiques, il peut conduire à préconiser un bouleversement plus grand encore, qui ne porte pas seulement sur les éléments de la qualification, mais aussi sur la manière de les regrouper en vue de la qualification juridique. Nous avons appelé qualifications intermédiaires les notions économiques qui servent à marquer les étapes du raisonnement menant à une qualification juridique. Cette notion permet de décrire une modalité importante de la réception du raisonnement économique par le juge : les conclusions du raisonnement quant à la pertinence de certains faits sont cristallisées dans l'interprétation de la règle de droit et deviennent des éléments de la qualification sur lesquels un débat contradictoire doit être organisé. Toutefois, pour que les éléments de la qualification soient débattus, encore faut-il qu'ils ne donnent pas lieu à des dispenses d'allégation. Il convient donc de s'interroger sur la place du raisonnement économique dans jeu de ces dispenses.

§ 2. LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE INTÉGRÉ DANS LE JEU DES DISPENSES D'ALLÉGATION

708. **Dispense et langage commun.** Dans son analyse de la charge de l'allégation, Motulsky n'a pas considéré la question du raisonnement économique. La seule remarque susceptible de se rattacher à l'économie dans ses *Principes* concerne les dispenses d'allégation[1]. Pour l'auteur, les « notions juridiques complexes (…) puisées dans les disciplines sociales autres que le droit » (ce qui inclut *a priori* l'économie) sont susceptibles de donner lieu à des dispenses d'allégation (dispenses de décomposition). À cet égard, les notions empruntées à d'autres sciences sociales sont traitées comme les notions juridiques complexes qui désignent une institution juridique ou celles qui sont empruntées au langage courant dans une profession[2]. Ces dispenses, explique Motulsky, se justifient par une étroite « affinité entre le juridique et le réel »[3]. Cette affinité relève d'un phénomène de langage : c'est lorsque les parties et le juge partagent un sentiment d'évidence sur le sens du mot et sur l'identification de la chose désignée qu'aucun n'éprouve le besoin d'une décomposition de la notion[4].

709. Cette idée s'applique assez mal aux notions empruntées au langage de l'économie, lesquelles diffèrent à cet égard des termes de l'art empruntés à des domaines spécifiques mais devenus familiers dans le langage du droit[5]. En effet, elles ne donnent pas l'impression de se trouver dans un rapport de proximité particulier avec le réel qu'elles désignent. Au contraire, les « asymétries d'information » ou les « infrastructures essentielles » ne se reconnaissent pas immédiatement. Cet effet de distanciation ne tient pas seulement au fait que le juge, les parties et leurs avocats n'appartiennent pas à la communauté d'interprétation au sein de laquelle le sens de ces notions est clair, car, même pour un économiste, rapprocher ces notions

---

[1] *Supra* n° 610.

[2] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 94, p. 95.

[3] *Ibid.*

[4] Sur ce point, l'approche de Motulsky est convergente avec celle des auteurs qui s'intéressent au langage. Pour reprendre les termes de Wittgenstein, c'est lorsqu'il existe une « communauté d'interprétation » que l'application du droit se passe d'une analyse détaillée des notions. Pour une application de cette idée au contrôle judiciaire des autorités de régulation, V. p.e. J. BLACK, « Reviewing Regulatory Rules : Responding to Hybridisation », *in Commercial Regulation and Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 123-157, et, du même auteur : *Rules and Regulators*, OUP, Oxford, 1997, spéc. p. 30 (sur les communautés d'interprétation).

[5] Les exemples de Motulsky sont des termes techniques empruntés au vocabulaire propre à une profession, comme un « marché à forfait », et non des termes savants empruntés à une autre discipline. H. MOTULSKY, *op. cit.*, *loc. cit.*. Le besoin d'analyser les notions empruntées pourrait bien n'être pas propre à l'économie, mais au caractère savant des termes. Il serait intéressant à cet égard de procéder à une comparaison avec les notions empruntées à d'autres disciplines, notamment à la psychologie par le droit de la famille. Cette recherche dépasse le cadre de la présente étude.

générales de faits concrets suppose un raisonnement. C'est pourquoi les notions économiques sont généralement l'objet d'exigences de décomposition de plus en plus poussées de la part du juge. L'insertion du raisonnement économique dans la démarche de qualification, loin de donner lieu à des dispenses de décomposition, tend au contraire à alourdir la charge de l'allégation et, partant, de la motivation. Cela explique que le raisonnement économique se présente généralement comme un facteur de remise en cause des dispenses (A). Il semble particulièrement rare au contraire qu'il en justifie une (B).

A. Le raisonnement économique facteur de remise en cause des dispenses

710. Il n'est jamais simple de repérer les dispenses d'allégations accordées par le juge. En effet, lorsqu'un juge n'exige pas qu'un fait soit spécialement allégué, cela peut aussi s'expliquer par la circonstance que ce fait ne correspond tout simplement pas à un élément de la qualification qu'il applique. Il est néanmoins possible de penser que certains arrêts traduisent l'existence de dispenses d'allégation. Deux exemples l'illustreront : la dispense d'allégation relative à la stabilité de la part de marché dans la qualification de position dominante (1) et la dispense relative aux justifications objectives dans l'abus de position dominante (2). Dans chacun de ces exemples, un raisonnement économique a été avancé pour critiquer la décision du juge d'accorder une dispense.

1. La dispense d'allégation relative la stabilité de la part de marché dans la qualification de position dominante

711. Dans l'affaire *United Brands*, la Commission s'était appuyée sur la part de marché détenue par cette entreprise pour étayer son allégation relative à l'existence d'une position dominante. La Cour avait estimé que cette allégation était suffisante. Aucune contestation ne s'était, semble-t-il, élevée à propos de l'aspect temporel des parts de marché. La Cour de justice n'avait pas, en effet, reproché à la Commission l'absence d'indication sur l'évolution de la part de marché dans le temps. Elle avait donc accordé sur ce point une dispense d'allégation. Tel fut précisément l'objet de la critique de cet arrêt par les commentateurs économistes[1]. La critique semble avoir eu finalement pour effet d'amener le juge à préciser que la durée de détention des parts de marché et leur stabilité dans le temps sont bien des éléments de la qualification de position dominante. Dans l'arrêt *Hoffmann-La-Roche*, en effet, la Cour de justice reconnaît très explicitement que « la possession d'une part de marché

[1] C. W. BADEN-FULLER, « Article 86 EEC : Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position », *ECLR*, 1979, pp. 422-441.

extrêmement importante met l'entreprise qui la détient *pendant une période d'une certaine durée* (…) dans une situation de force qui (…) lui assure, *tout au moins pendant des périodes relativement longues*, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante »[1]. Depuis, cette dimension temporelle est régulièrement prise en considération tant par le juge communautaire[2] que par le juge français[3]. En toute rigueur, on ne peut pas en conclure que la dispense d'allégation a complètement disparu. Il faudrait pour cela disposer d'arrêts qui rejettent la qualification de position dominante au motif que la dimension temporelle a été omise des constatations. Or, nous n'avons pas connaissance de tels arrêts. Cependant, l'exemple montre qu'une dispense d'allégation peut être remise en cause par un raisonnement économique et qu'un tel raisonnement économique critique est pris en considération par le juge. Un second exemple d'opposition entre raisonnement économique et dispense peut être donné.

2. La dispense relative aux justifications objectives dans l'abus de position dominante

712. **Élément de la qualification.** L'absence de justification objective est un élément de la qualification d'abus de position dominante[4]. Comme on l'a vu, cela résulte de longue date de la jurisprudence. Par exemple dans l'arrêt *Sirena*, la Cour de justice a dit pour droit que des prix élevés pouvaient, « *en l'absence de justifications objectives* », constituer un indice déterminant d'abus[5]. Depuis l'arrêt *Magill*, l'absence de justification objective au refus d'accorder une licence sur un droit de propriété intellectuelle est l'une des conditions de l'abus[6]. Cette condition se justifie notamment par l'idée selon laquelle il ne saurait être reproché à une entreprise, même dominante, de défendre ses intérêts commerciaux légitimes.

---

[1] Arrêt de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 41 (nous soulignons).

[2] Arrêt du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, T-83/91, Rec. p. II-755, points 13 et 19 : le Tribunal relève que les parts de marché retenues par la Commission pour motiver la qualification de position dominante (respectivement de 90 % sur le marché des emballages aseptiques et d'environ 50 % sur le marché des emballages non aseptiques à la date de sa décision) étaient sensiblement identiques six ans avant la décision. Arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359, point 59 : la Cour relève que la part de marché d'AKZO est stable sur trois ans.

[3] Paris, 18 février 2003, Compagnie générale des eaux, BOCCRF n° 14, du 21 novembre 2003, p. 836. La Cour, pour considérer la dominance collective établie, relève que la part de marché cumulée de deux entreprises a été supérieure à 80 % pendant 27 ans.

[4] *Supra* n° 147.

[5] Arrêt de la Cour du 18 février 1971, Sirena/Eda, Rec. p. 69, point 17 (nous soulignons)

[6] Arrêts de la Cour du 6 avril 1995, Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP)/Commission, « Magill », C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743, point 55, et du 29 avril 2004, IMS Health, C-418/01, Rec., p. I-5039, point 38.

713. **Charge de l'allégation.** S'agissant d'un élément de qualification, c'est en principe au demandeur d'alléguer cette condition[1]. En pratique, cependant, la justification objective appartient à la charge de la contestation, puisque c'est toujours l'entreprise défenderesse qui allègue une justification objective. Par ailleurs, pour pouvoir être admise, une justification objective doit satisfaire un test de proportionnalité. L'entreprise doit donc alléguer que son comportement, premièrement, s'inscrit dans la poursuite d'un intérêt légitime, par exemple limiter ses pertes face à une concurrence agressive. Deuxièmement, elle doit démontrer que ce comportement est de nature à atteindre le but légitime invoqué. Troisièmement, enfin, elle doit démontrer que ce comportement est proportionné[2]. Si ces éléments sont allégués, il appartient en principe au demandeur ou à l'autorité de concurrence de contester ces allégations. C'est à ce stade qu'intervient une dispense.

714. **Dispense.** Dans l'arrêt *United Brands*, l'entreprise dominante avait refusé de satisfaire les commandes de l'un de ses distributeurs exclusifs après que celui-ci fut passé à la concurrence. Ce comportement avait été qualifié d'abus par la Commission. United Brands contestait cette analyse en alléguant que son comportement était objectivement justifié au regard de celui de son co-contractant infidèle. Dans son arrêt, la Cour de justice rejette cette prétention alors même que la Commission n'avait pas allégué que ce comportement fut illégitime, inadapté ou disproportionné. Le juge retient en effet qu'un tel comportement ne saurait constituer une réponse proportionnée au comportement agressif du concurrent qui avait détourné son distributeur[3].

715. **Critique économique.** Cette dispense et, plus généralement, toutes celles par lesquelles le juge s'autorise à rejeter les allégations de justifications objectives sont critiquées au nom d'une approche économique. Il est en effet souligné qu'une démarche de qualification conforme à un raisonnement économique se caractériserait par des exigences beaucoup plus

---

[1] Le cas échéant, c'est à l'autorité de concurrence de le faire. Sur ce point dans la perspective de la présomption d'innocence, V. *supra* n° 254.

[2] La condition de proportionnalité dans la justification objective est notamment formulée dans l'arrêt du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, T-83/91, Rec., p. II-755, point 138, confirmé par l'arrêt de la Cour du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94 P, Rec., p. I-5951, points 36-37. Sur cette question, M. DOLMANS, « The Concept of Abuse under Article 82 EC : Profit Sacrifice or Proportionality Test ? US Law and EU Law Compared », 2ème conférence du Global Competition Law Centre, (Collège d'Europe, Bruges), Bruxelles, 16-17 juin 2005. E. ROUSSEVA, « The Concept of "Objective Justification" of an Abuse of a Dominant Position : Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC ? », *Competition L. Rev.*, 2006, vol. 2, n° 2, pp. 27-72, spéc. p. 33 et s., et pp. 39-42. L'auteur démontre par une analyse de la jurisprudence, à laquelle nous souscrivons et renvoyons, que l'exigence de proportionnalité s'applique à tous les types de justifications objectives.

[3] *United Brands*, préc., point 191.

précises quant aux allégations relatives aux justifications objectives. Dans cette approche, le juge devrait tenir compte en particulier des justifications objectives tirées de l'efficience[1].

716. **Conclusion du A.** Ces deux exemples nous paraissent traduire une tendance générale : la critique économique s'attaque aux arrêts qui justifient le rejet d'une allégation par des motifs qui font appel à l'évidence ou à « la nature des choses »[2]. Les économistes font valoir que, contrairement à ce que semblent penser les juges dans les arrêts étudiés, les parts de marché ne sont pas stables par nature et que, lorsqu'elles ne le sont pas, on ne peut en inférer aucune conclusion quant à l'existence d'une position dominante. Ils soulignent que les ripostes commerciales ne sont pas disproportionnées par nature. Ils mettent encore en avant le fait qu'un comportement ne mérite pas d'être considéré comme abusif lorsqu'il se justifie par des considérations concrètes d'efficience. Le raisonnement économique remet donc en cause la « nature des choses » telle que la voit le juge et c'est pour cette raison qu'il remet également en cause les dispenses. On peut néanmoins se demander si le raisonnement économique ne peut pas, à l'inverse, justifier une dispense.

B. Le raisonnement économique justificatif d'une dispense

717. **Un phénomène rare.** Il est difficile de trouver des exemples dans lesquels le juge justifie une dispense d'allégation par un raisonnement économique. Il arrive cependant que le juge raisonne en économiste, ou du moins mette en œuvre ce qu'un auteur a appelé le « bon sens économique »[3], pour justifier une dispense d'allégation. Ainsi, en matière d'entente, la Cour de justice a jugé que la participation d'une entreprise à une entente était établie « à suffisance » lorsque sa présence aux réunions des membres de l'entente est prouvée[4]. Cette solution exprime, de manière générale, une présomption plutôt qu'une dispense[5]. Cependant, dans une espèce particulière[6], une dispense intervenait également. Le pourvoi reprochait en effet au Tribunal de première instance d'avoir admis la prétention de la Commission selon

---

[1] Pour une proposition élaborée sur la manière d'en tenir compte, V. E. ELHAUGE, « Defining Better Monopolization Standards », *Stanford L. Rev.*, 2003, pp. 253-344.

[2] V. sur ce thème, P. FORIERS, « La motivation par référence à la nature des choses », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 233-249. L'auteur n'insiste pas particulièrement sur cet aspect, mais le mentionne cependant (p. 238).

[3] C. PRIETO, obs. sous l'arrêt du Tribunal du 4 mars 2003, FENIN/Commission, T-319/99, Rec. p. II-357, *J.D.I.*, 2003, n° 2, p. 634. La référence au bon sens économique revient régulièrement dans les chroniques de cet auteur. V. par exemple *J.D.I.*, 2003, n° 2, p. 637 et *J.D.I*, 2002, n° 2, p. 594.

[4] Arrêt de la Cour du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-213/00, C-217/00, C-219/00, Rec. p. I-123, point 142.

[5] Sur la présomption dans ce raisonnement, V. *infra* n° 1029 et s.

[6] *Aalborg Portland*, préc.

laquelle les entreprises ayant participé à des réunions étaient des membres du cartel en cause. Selon le pourvoi, la Commission aurait dû alléguer dans sa décision l'intérêt des entreprises concernées à participer au cartel. La Cour rejette cet argument. Ce faisant, elle confirme l'admissibilité de la dispense accordée par le Tribunal. Or, cette dispense paraît pouvoir se justifier par l'hypothèse de rationalité de l'entreprise[1]. Il paraît en effet irrationnel pour une entreprise d'être représentée à une réunion, ce qui l'expose en tout état de cause à un risque juridique, si elle n'a pas l'intention de participer à l'entente dont la réunion a pour objet de fixer les modalités. Cependant, la confiance que la Cour accorde à ce raisonnement et à cette hypothèse de rationalité n'est pas absolue. La dispense d'allégation qu'elle justifie ne vaut en effet qu'en l'absence de contestation sur ce point[2]. Ainsi, la Cour précise que l'entreprise présente à la réunion peut contester l'inférence si elle établit qu'elle poursuivait une finalité distincte de l'entente[3].

718. Cet exemple n'est pas très explicite, nous le reconnaissons volontiers. Si nous n'avons pu trouver de meilleur exemple en droit positif, cela peut s'expliquer comme on le verra par le stade actuel d'intégration du raisonnement économique dans la définition des éléments de qualification en droit de la concurrence. Cette explication suppose toutefois d'avoir étudié l'insertion du raisonnement économique dans la structure des qualifications. Nous renvoyons donc sur ce point à un développement ultérieur[4]. Par ailleurs, cela confirme l'idée qui nous semble devoir être principalement retenue : le raisonnement économique est généralement une source de critique plutôt que de justification des dispenses.

719. **Conclusion de la section 1.** La charge de l'allégation qui pèse sur une partie se compose des faits pertinents et contestés, les faits non contestés faisant quant à eux l'objet de dispenses. Les développements qui précèdent ont montré que le raisonnement économique était susceptible d'intervenir dans les deux volets de la détermination de la charge de l'allégation : d'une part, le raisonnement économique suggère au juge des faits pertinents et, d'autre part, il a une incidence sur les dispenses, principalement pour les remettre en cause. Le raisonnement économique apparaît donc comme un outil pour le juge dans la détermination de la charge de l'allégation. Sans doute s'agit-il d'un outil à manier avec précaution, car les exemples étudiés montrent que l'admission d'un raisonnement économique

---

[1] Sur cette hypothèse, V. B. GUERRIEN, « Le raisonnement économique », *in Comprendre l'économie, 1. Concepts et mécanismes*, *Cahiers français*, 2003, n° 315, pp. 3-7.

[2] C'est du reste une caractéristique générale des dispenses d'allégation. H. MOTULSKY, *Principes*, n° 90, p. 91.

[3] *Aalborg Portland*, préc., point 146.

[4] *Infra* n° 732.

peut conduire à redéfinir complètement la charge de l'allégation (exemple de la prédation financière). Le raisonnement économique n'invite cependant pas seulement le juge à consacrer la pertinence de certains faits jusque-là non pris en considération dans la qualification. Il peut aussi conduire à une réorganisation des éléments de la qualification autour de qualifications intermédiaires nouvelles. C'est alors la structure de la qualification qui se trouve en cause. C'est à cette cristallisation du raisonnement économique dans la structure de la qualification qu'est consacrée la section suivante.

SECTION 2. LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE CRISTALLISÉ DANS LA STRUCTURE DE LA QUALIFICATION

720. L'examen de la jurisprudence sur certaines questions particulières, telles que la prédation ou la position dominante collective, montre que le juge ne se contente pas de traduire en éléments de qualification les conclusions de l'analyse économique relatives à la pertinence de certains faits. Il adopte dans la démarche même de qualification un raisonnement économique. C'est alors un cadre d'analyse économique qui structure la qualification juridique. Cette manière d'utiliser le raisonnement économique pour préciser la charge de l'allégation produit une sécurité juridique beaucoup plus grande que la simple définition d'éléments de qualification, mais elle présente des défis à la hauteur de ses promesses. Nous présenterons d'abord les promesses. La sécurité juridique ne peut à notre sens que provenir d'une démarche de qualification structurée. L'effort de structuration de la qualification peut être décrit comme la recherche de tests de qualification (§ 1). L'élaboration de ces tests suppose, plus encore que la recherche des éléments de la qualification, une collaboration entre le juge et les économistes, ainsi qu'un effort de réflexion proprement juridique. C'est pourquoi, lorsqu'un test à été élaboré, sa remise en cause représente un défi pour le juge (§ 2).

§ 1. LES TESTS DE QUALIFICATION

721. La notion de test de qualification est de plus en plus utilisée par la doctrine en droit communautaire[1], mais elle n'est pas courante dans la doctrine française. Il convient donc de la définir et d'en exposer l'intérêt (A). Il conviendra ensuite de s'attacher au processus d'élaboration d'un test de qualification, qui suppose un dialogue entre le juge et la doctrine (B).

A. Le test de qualification : définition et intérêt de la notion

722. Un test de qualification peut être défini comme la structure de la qualification (1). L'intérêt principal de la notion pour notre propos tient à ce que, d'une part, elle permet de

[1] L'expression se trouve aussi sous la plume de hauts magistrats de l'ordre communautaire. V. B. VESTERDORF, « Economics in Court : Reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition law regime », *Sven Norberg Liber Amicorum*, préc., spéc. p. 514. Le président Vesterdorf souligne précisément l'apport de l'économie à l'élaboration par le juge de tests de qualification en droit de la concurrence.

montrer en quoi le raisonnement économique permet au juge d'améliorer la sécurité juridique et, d'autre part, elle éclaire la question des dispenses (2).

1. Le test de qualification comme structure de qualification

723. **Exemples et définition.** L'expression « test de qualification » emprunte au vocabulaire de la doctrine de langue anglaise et elle est en français d'un emploi récent et encore peu courant[1]. Cette absence de terme consacré en langue française est peut-être une conséquence du constat, déjà dressé par Motulsky, selon lequel la distinction entre l'allégation et la preuve est moins ancrée dans la tradition française que dans la tradition anglo-saxonne[2]. Un test de qualification concerne spécifiquement la charge de l'allégation, on peut dire que c'est sa structure. Par exemple, le test qui correspond au principe de proportionnalité consiste à se demander successivement si la mesure examinée, premièrement, vise un objectif légitime, deuxièmement, est de nature à atteindre cet objectif et, troisièmement, ne porte pas une atteinte disproportionnée à d'autres objectifs légitimes[3]. Autrement dit, *un test de qualification est une réponse structurée à une question de droit*.

724. En ce sens, la Cour de cassation formule depuis toujours des tests de qualification[4]. La notion n'est donc propre ni au droit anglais ni au droit communautaire. Elle désigne une réalité vieille comme le droit, à tout le moins déjà connue du droit romain. À Rome, en effet,

---

[1] Pour un emploi récent en français, V. H. CALVET, « Abus de position dominante : plaidoyer pour le bien-être du consommateur », *RLC*, 2005, n° 4, pp. 131-138, Étude n° 337. A. VANDENCASTEELE et D. WAELBROECK, « Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation ? Quelques commentaires à propos du document de travail de la Commission européenne relatif à l'application de l'article 82 aux abus de monopolisation », *RIDE*, 2006, pp. 87-121, p. 101. L'adoption de cet anglicisme, auquel nous sacrifions aussi, se justifie d'un point de vue pratique : le terme structure convient pour décrire abstraitement le phénomène, mais il n'est pas très évocateur de parler de la « structure des facilités essentielles ». Il nous paraît plus clair de se demander quel est le « test de qualification des facilités essentielles ».

[2] H. MOTULSKY, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *in Écrits : Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, préf. G. CORNU et J. FOYER, pp. 39-59, spéc. p. 52.

[3] P.e. TRIDIMAS, « Proportionality in Community Law : Searching for an Appropriate Standard of Scrutiny », *in* ELLIS (éd), *The principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, cité par E. ROUSSEVA, « The Concept of 'Objective Justification' of an Abuse of a Dominant Position : Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC ? », *Competition L. Rev.*, 2006, vol. 2, n° 2, pp. 27-72.

[4] Tel est bien entendu aussi le cas du Conseil d'État. V. p.e. C.E. sect., 6 février 2004, Royal Philips, obs. E.G. *Droit Administratif*, 2004, comm. n° 57 : obs. G ORSONI, *RTD Civ*., 2004, pp. 260-262. Dans cet arrêt, le Conseil d'État définit un test correspondant à la théorie de l'entreprise défaillante. Une concentration peut être autorisée sans engagements s'il est démontré que cette opération n'a pas un effet plus défavorable que la faillite de l'entreprise rachetée. La Haute juridiction précise que tel est le cas à condition que trois conditions cumulatives soient réunies. Il faut, en premier lieu, que ces difficultés de l'entreprise rachetée soient de nature à entraîner sa disparition rapide en l'absence de reprise, en deuxième lieu, qu'il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise, et, en troisième lieu, que la disparition de la société en difficulté ne soit pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée.

à l'époque dite classique, la procédure reposait sur des instructions écrites – ou « formules » – rédigées par les préteurs[1]. Celles-ci contenaient une analyse des questions soulevées par le litige et une description des faits dont le juge, simple particulier, devait vérifier s'ils étaient établis[2]. Il suffit d'élargir à peine cette définition pour obtenir celle d'un « test de qualification ». Un test de qualification peut en effet être défini comme une *suite de questions articulées entre elles et telle que la suite des réponses à ces questions permet de trancher la question de qualification juridique et de justifier la solution qui lui est donnée*. Cette seconde définition explicite la première et n'est pas substantiellement différente : une réponse structurée à une question de droit procède de l'identification des questions auxquelles il faut répondre pour justifier l'application d'une qualification. Pour prendre un exemple en droit de la concurrence, on peut citer l'arrêt *IMS*, qui énonce un test de qualification applicable aux refus de contracter en posant les conditions suffisantes pour qu'une telle pratique soit qualifiée d'abusive[3].

725. **Précisions sur la définition.** Il peut y avoir un test de qualification alors même que les faits à examiner pour répondre à chacune des questions ne seraient pas tous spécifiés ou ne seraient pas tous des faits nécessaires. Dans le test de qualification, ce sont avant tout les questions qui importent, car ce sont elles qui dessinent le schéma de raisonnement complet destiné à être suivi par le juge au cours de l'opération de qualification juridique des faits[4]. On dira qu'il existe un test correspondant à une qualification lorsque l'application de cette qualification est toujours justifiée par référence au même schéma de raisonnement (qui peut

---

[1] R. DEKKERS, « Le fait et le droit : Problèmes qu'ils posent », *in Le fait et le droit : Études de Logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 7-14, p. 8

[2] R. DEKKERS, *op. cit.*, p. 16. L'importance du test de qualification en droits anglais et américain tient à une caractéristique procédurale voisine, à savoir le rôle en principe dévolu au jury dans le procès. Il revient au juge de formuler les questions auxquelles le jury devra répondre. Sur le rôle du jury en droit américain, V. É. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, PUF, coll. QSJ, n° 1159, 2001, pp. 110 et s.

[3] Arrêt de la Cour du 29 avril 2004, IMS Health, C-418/01, Rec., p. I-5039, point 38 : « pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé ». En réalité, quatre conditions sont posées par ce test, le caractère indispensable du produit auquel l'accès est refusé étant la première.

[4] En anglais, le mot *test* désigne parfois la partie et non le tout : p.e. « the test of indispensability » désigne l'un des critères du test de qualification d'ensemble applicable à l'abus par refus d'accès à un équipement essentiel. C. SOTHERS, « Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position », *ECLR*, 2001, pp. 256-262, p. 259. Comme l'indique la définition qui vient d'être donnée, cet usage n'est pas repris ici.

comporter des ramifications et des alternatives[1]). Le test constitue donc indissociablement à la fois la structure de la qualification et celle de la motivation.

726. **Le rôle des cours régulatrices.** Dans la procédure contemporaine, tant française que communautaire, qui ne connaît pas de prêteur, c'est bien entendu le juge qui élabore et consacre des tests de qualification lorsqu'ils ne sont pas précisés par les textes[2]. À cet égard, les cours régulatrices, dont le rôle est d'unifier la jurisprudence au sein de l'ordre juridique qu'elles coiffent, ont tout particulièrement vocation à adopter des tests de qualification[3]. Ce faisant, elles contribuent à la sécurité juridique. Comme l'a souligné le premier président Canivet, « la sécurité juridique du droit de la concurrence réside tout autant dans la prévisibilité de la méthode d'application que dans la permanence des concepts »[4]. Un test de qualification est précisément l'expression, sur une question particulière, de cette méthode ou, autrement dit, de la « démarche analytique »[5] à suivre pour qualifier les faits[6].

727. **Différents degrés de précision d'un test.** La structure du raisonnement mené pour qualifier des faits peut comporter plusieurs niveaux de généralité. Ainsi, le test élaboré par la jurisprudence pour les ventes liées consiste à se demander successivement si, premièrement, l'entreprise est en position dominante sur le marché du produit « liant », deuxièmement, on est en présence de deux produits distincts, troisièmement, le client est contraint d'acheter les deux produits ensemble et, quatrièmement, une distorsion de concurrence en résulte sur le

---

[1] Par exemple l'alternative objet/effet dans le test de qualification correspondant à l'article 81 CE.

[2] La réforme du règlement sur les concentrations constitue un exemple de changement législatif de test. Le règlement ancien (Règlement n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE 1989 L 395, p. 1) énonçait un test double : il fallait, pour interdire une concentration, démontrer la création ou le renforcement d'une position dominante *et* une restriction de concurrence. Le nouveau règlement (Règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE du 29 janvier 2004, L 24, p. 1) l'a remplacé par un test unique, « l'entrave significative à la concurrence », dont la création ou le renforcement d'une position dominante n'est qu'une modalité. Le débat ayant précédé ce changement a été très nourri et a donné lieu à de très nombreux articles. Pour une mise en perspective et une synthèse informée de ce débat, K. FOUNTOUKAKOS et S. RYAN, « A New Substantive Test for EU Merger Control », *ECLR*, 2005, pp. 277-296.

[3] Cela vaut bien entendu pour la Cour de justice, spécialement lorsqu'elle répond à une question préjudicielle. Sur ce point J. BOULOUIS, « Rapport sur le juge communautaire », *in* Travaux de l'Association Capitant, Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, T. XXII, 1970, pp. 252-259, p. 255, soulignait déjà, à propos de l'interprétation de l'article 81 CE, que « le juge communautaire donne moins une interprétation véritable qu'il ne propose une *démarche analytique* appropriée à la mise en œuvre du texte » (nous soulignons). L'auteur remarque par ailleurs que les tests consacrés par la jurisprudence de l'époque étaient formulés très prudemment et manquaient de précision.

[4] G. CANIVET, « De l'efficacité de la politique de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 26-28 janvier 2003, pp. 83-89, spéc. p. 86.

[5] *Ibid*.

[6] Un test peut généralement être représenté sous la forme d'un arbre de décision. Pour une présentation sous cette forme de différents tests proposés par la doctrine pour l'abus de position dominante, V. OCDE, *Competition on the Merits*, DAF/COMP(2005)27, p. 66 et s. Document disponible sur www.oecd.org.

marché du bien lié[1]. Ce n'est que si ces quatre conditions sont cumulativement satisfaites que, traditionnellement, la vente liée est jugée abusive. Cependant, répondre à chacune de ces questions suppose d'autres questions. Par exemple, faut-il, pour apprécier la présence de deux produits distincts, se poser la question de savoir si les deux sont offerts séparément[2] ? ou s'il existe une demande pour chacun des produits sans l'autre[3] ? Ainsi, des tests de second, voire de troisième niveau ou plus détaillés encore, peuvent être nécessaires si l'on veut décrire de manière complète le raisonnement de qualification[4]. Les tests sont progressivement élaborés et complétés par la jurisprudence, à mesure que se posent des questions nouvelles[5]. Cependant, il convient de le souligner, il n'est pas besoin de préciser les tests à l'infini. C'est précisément tout l'intérêt des tests de qualification.

2. Intérêts de la notion

728. L'intérêt de la notion de test de qualification est double. Cette notion permet, d'une part, de préciser la nature de la sécurité juridique qui peut être produite par l'intégration du raisonnement économique et, d'autre part, d'améliorer l'analyse des dispenses en présence d'un raisonnement économique.

729. **Sécurité juridique.** Pour le juge, qui doit s'efforcer de produire de la sécurité juridique[6], le raisonnement économique devient un outil lorsqu'il permet de dégager un test de qualification. La sécurité juridique ne sera, certes, jamais parfaite en droit de la concurrence[7]. Cependant, la clarification d'un test de qualification se présente à la fois comme la forme la

---

[1] L. IDOT, « Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE/Honeywell Réflexion de juriste… », *Concurrences*, n° 2-2005, pp. 31-40, p. 34.

[2] Thèse de la Commission dans l'affaire Microsoft, T-201/04, pendante.

[3] Thèse de Microsoft dans l'affaire Microsoft, T-201/04, pendante.

[4] Le test dit de ciseau tarifaire est par exemple un test de second rang : il n'expose pas une démarche générale de qualification de l'abus de position dominante, mais une manière de satisfaire à la charge d'allégation portant sur l'objet anticoncurrentiel d'une pratique de prix.

[5] Sur l'élaboration progressive du test de qualification de l'article 81 CE depuis l'arrêt *Société technique Minière* (1966) à l'arrêt *Wouters* (2002), R. NAZZINI, « Article 81 EC Between Times Present and Time Past : A Normative Critique of "Restriction of Competition" », *CML Rev.*, 2006, pp. 497-536. L'auteur tire de la jurisprudence plusieurs versions successives du test de qualification correspondant à l'article 81 CE, qui constituent des extensions ou des ramifications à partir de la structure initiale.

[6] Sur cette exigence, G. CANIVET, « Le juge et l'autorité de marché », *RJC*, 1992, pp. 185-204, p. 204. Sur cette contribution de l'analyse économique à la sécurité juridique : D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 271-285 et *supra* n° 267 et s.

[7] B. HAWK et N. DENAIJER, « The Development of Article 81 and 82 EC Treaty : Legal Certainty » *in* C.-D. EHLERMAN et I. ATANASIU (éd), *Competition Law Annual*, 2000, *The Modernisation of Competition Law*, préc. pp. 129-144, p. 137, qui relèvent que, aux États-Unis, les auteurs s'attachent moins qu'en Europe à la sécurité juridique issue de règles précises et davantage aux mérites des tests de qualification en termes de prévisibilité et de coûts de mise en œuvre.

plus achevée d'intégration du raisonnement économique dans la définition de la charge de l'allégation et comme la plus grande contribution du raisonnement économique à la sécurité juridique[1]. Il convient de souligner que la contribution d'un test de qualification à la sécurité juridique ne réside pas tant dans les éléments de qualification qu'il précise que dans le raisonnement qui lie ces éléments entre eux.

730. **Importance relative de la précision.** La précision avec laquelle les éléments de la qualification sont définis importe moins que l'explication de la *fonction* des différentes notions dans la qualification[2]. Le sens qui est donné à chaque élément de la qualification par son intégration dans un raisonnement structuré relativise le besoin de définitions précises. Par exemple, l'un des critères du test de la position dominante collective est la transparence[3]. Il n'est pas nécessaire de définir cette notion de manière très précise dès lors que le schéma d'ensemble du raisonnement permet de comprendre ce qui compte, en l'occurrence savoir si les entreprises peuvent effectivement observer les décisions de leurs concurrentes en temps utile pour y réagir (et non un indice particulier de transparence ou une condition favorable à la transparence, même répertoriée). Une décomposition de la notion de transparence n'est pas nécessaire dès lors que sa fonction est clarifiée. Le schéma de raisonnement explicite réduit donc la nécessité d'une analyse détaillée de chaque notion. Un test n'a pas non plus besoin de prévoir une liste exhaustive des faits pertinents, car il donne mieux que cela : ce sont les conditions de pertinence de différents faits qui sont clarifiées *a priori*. Cette indication fournit aux juridictions du fond comme aux parties des indications bien plus précises sur la manière de traiter des cas similaires. Un test de qualification n'accroît donc la sécurité juridique ni par des listes exhaustives ni par des définitions précises, mais parce qu'il donne la clé des bonnes analogies[4].

731. **Retour sur les dispenses.** La clarification de la fonction des différents éléments dans la qualification est aussi la raison pour laquelle la notion de test de qualification éclaire la question du raisonnement économique dans le jeu des dispenses. Un test de qualification permet de savoir quand une décomposition est inutile et donc quand une dispense peut

---

[1] Cette idée conduit à nuancer la thèse de M.-A. Sanson-Hermitte, selon qui les moyens de la sécurité juridique doivent être recherchés en dehors de l'analyse économique. M-A. SANSON-HERMITTE, *Droit européen de la concurrence, cohérence économique, sécurité juridique*, Librairie technique, Paris, 1981.

[2] Nous avons vu à propos du marché que c'était précisément le flottement sur la fonction de cette notion dans la qualification d'accord anticoncurrentiel ou d'abus qui était problématique. *Supra* n° 527.

[3] *Infra* n° 748.

[4] M.-A. FRISON-ROCHE, « Une typologie des analogies dans les systèmes juridiques (« bonnes » et « mauvaises » analogies en droit), *RRJ*, 1995, pp. 1043-1052.

rationnellement être accordée. À cet égard, nous proposons de considérer que *tout fait qui se rapporte à un élément de qualification qui est déjà suffisamment établi par d'autres faits peut faire l'objet d'une dispense.* Sans doute cette règle est-elle appliquée spontanément par les juges, car elle relève du bon sens. Néanmoins, en présence de faits nombreux et d'argumentations économiques complexes, elle mérite d'être explicitée. En effet, nous verrons plus loin, à propos d'analyses économiques récentes de la prédation, que certaines propositions doctrinales ignorent cette règle simple[1]. Par ailleurs, il convient de préciser que la règle que nous proposons ne modifie pas les autres règles relatives aux dispenses, en particulier la règle selon laquelle tout ce qui est constant entre les parties ou évident à la fois pour les parties et le juge n'a pas besoin d'être analysé (ou, dans les termes de Motulsky « décomposé » en éléments simples). La règle proposée s'ajoute donc à la théorie des dispenses.

732. **Principe de non-redondance.** Cette règle procède d'un principe simple selon lequel le juge ne doit pas définir la charge de l'allégation de manière redondante. En d'autres termes, c'est un principe d'élégance du raisonnement judiciaire[2]. Le lien entre ce principe, les dispenses et les tests de qualification passe par la clarté conceptuelle. En effet, pour mener un raisonnement élégant, il faut bien comprendre ce qui est nécessaire à la démonstration que l'on souhaite apporter et ce qui ne l'est pas. C'est pour cette raison qu'un test de qualification clair permet d'épurer le raisonnement : il permet aux juges qui l'appliquent d'aller à l'essentiel et de dispenser les parties du superflu. À cet égard, il convient de souligner que le souci d'élégance dans la qualification n'est pas un souci esthétique. C'est un souci pratique, surtout dans une matière comme le droit de la concurrence où une exigence supplémentaire d'allégation signifie souvent des difficultés de preuve supplémentaires. Ces difficultés peuvent en partie être évitées si le juge ne formule que des exigences d'allégations vraiment nécessaires. Or, tel ne sera le cas que s'il est sûr de son analyse de la qualification. Dans le doute, il préfèrera s'appuyer sur davantage de faits. On peut donc dire que, en principe, c'est la fonction des éléments dans la structure de la qualification qui doit gouverner les dispenses. Mais il faut ajouter que les dispenses ne seront effectivement accordées selon ce principe que

---

[1] V. *infra* n° 780. Il s'agit de la proposition consistant à redéfinir la charge de l'allégation en matière de prédation en exigeant que la possibilité de récupération soit alléguée par le demandeur

[2] Sur ce principe, V. M-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits subjectifs », préc., n° 2, p. 2. V. aussi E. ROUSSEVA, « Modernizing by eradicating : how the Commission's new approach to Article 81 EC dispenses with the need to apply article 82 EC to vertical restraints », *CML Rev.*, 2005, pp. 587-638, qui propose une solution élégante au problème de l'incohérence liée à l'application cumulative de l'article 81 CE et de l'article 82 CE aux accords verticaux.

si le juge est bien sûr de la fonction des différents faits dans le raisonnement qui mène à la qualification.

733. Il semble donc que ce soit la difficulté de parvenir à des schémas de qualification clairs fondés sur des raisonnements économiques qui explique la rareté des dispenses fondées sur un raisonnement économique[1]. Il y a encore trop peu de tests de qualification clairement conçus et encore moins de tests clairement adoptés par les juges pour que le phénomène des dispenses puisse se développer.

734. **Conclusion du A.** La notion de test de qualification n'est nouvelle que de nom, tout comme celle de qualification intermédiaire. Elle désigne une réalité connue depuis le droit romain, à savoir l'existence de structures qui sous-tendent l'opération de qualification. Il s'agit de schémas de raisonnement permettant d'ordonner l'ensemble des constats de fait nécessaires ou pertinents pour justifier l'application d'une qualification. Cette notion est importante pour décrire un usage idéal du raisonnement économique. Lorsqu'un raisonnement économique peut être traduit en un test de qualification, il contribue directement à l'amélioration de la sécurité juridique. La clarté conceptuelle qu'apporte un test à l'application d'une qualification permet par ailleurs d'envisager des dispenses d'allégation sur tous les faits qui seraient redondants avec des faits déjà établis. Le raisonnement-type cristallisé dans un test de qualification sera aussi un outil du contrôle juridictionnel, car il permet au juge de repérer plus facilement les insuffisances dans les allégations des parties comme de constater d'éventuels manques de base légale ou erreurs de droit[2]. Si les tests de qualification constituent donc un idéal, leur élaboration n'en représente pas moins un défi. En effet, les tests de qualification ne sortent pas tout armés de l'esprit du juge. Il sont le fruit d'un dialogue entre le juge et la doctrine, qui peut être plus ou moins complexe ou émaillé de rebondissements.

B. L'élaboration des tests de qualification par le dialogue entre le juge et la doctrine

735. Le rôle de la doctrine dans la systématisation et la critique des solutions jurisprudentielles n'est ni nouveau ni propre au droit de la concurrence[3]. En droit de la

---

[1] Il s'agit d'une difficulté objective, à laquelle les économistes se heurtent aussi, et non d'une ignorance ou d'une infériorité des juges.

[2] *Infra* n° 1083 et s.

[3] En France l'intérêt de la doctrine pour les arrêts date du milieu du XIX^{ème} s. Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. « méthodes du droit », 2004, p. 95 et s.

concurrence, le rôle d'impulsion de la doctrine sur la formation de la jurisprudence est attesté de longue date. Les auteurs allemands inspirés par l'ordo-libéralisme ont exercé une influence très nette sur la jurisprudence communautaire à ses débuts[1]. La particularité du droit de la concurrence actuel à cet égard réside dans le rôle d'aiguillon que joue la doctrine des économistes en amont des jugements[2].

736. Pour illustrer le dialogue qui s'instaure entre le juge et la doctrine lorsqu'il s'agit d'élaborer des tests de qualification, mieux vaut commencer par un exemple simple. L'intégration du cadre d'analyse économique de l'oligopole à la définition de la qualification de position dominante collective dans le contrôle des concentrations fournit un tel exemple (1). L'analyse de la jurisprudence sur cette question montre en effet que, progressivement, le raisonnement économique est pris en considération par le juge et que cette prise en compte le conduit à définir de plus en plus précisément la charge de l'allégation. Toutefois, les choses ne sont pas toujours aussi simples. Le débat actuel sur la « modernisation » de l'article 82 CE permet de l'illustrer. En effet, quoique ce débat relève largement d'une discussion *de lege ferenda*, il intéresse le juge, ne serait-ce que pour l'avenir, dans la mesure où les parties pourraient bien s'inspirer de certaines propositions doctrinales pour plaider une certaine interprétation du droit. Ce débat prolixe soulève une question relative au rôle de la doctrine juridique dans le dialogue entre le juge et la doctrine économique (2).

1. Le dialogue du juge et de la doctrine économique : l'exemple de l'intégration progressive de la théorie de l'oligopole

737. Dans l'interprétation du règlement sur les concentrations, le juge communautaire a rapidement été confronté à ce que les économistes appellent le problème de l'oligopole. En effet, la notion de position dominante collective[3], qui est implicite dans l'article 82 CE, n'est pas présente dans le règlement concentrations. Une interprétation littérale *a contrario* aurait donc conduit à ne pas reconnaître l'applicabilité de ce règlement aux situations de position

---

[1] V. p.e. L. LOVDAHL GORMSEN, « Article 82 EC : Where are we coming from and where are we going to ? », *Competition L. R.*, 2006, n° 2, pp. 5-25. L'auteur décrit très précisément (p. 17 et s.) les circonstances particulières dont on peut inférer l'influence du test proposé par le professeur Ulmer, dans la tradition ordolibérale, sur la solution adoptée dans l'arrêt Hoffmann-La-Roche. En ce sens aussi que l'influence de la doctrine du professeur Ulmer a été déterminante : P.-J. LOEWENTHAL, « The Defence of "Objective justification" in the Application of Article 82 EC », *World Competition*, 2005, pp. 455-477, p. 458.

[2] Même si, dès le milieu du XIX^{ème} s., certains auteurs plaident « pour un droit éclairé de toutes les lumières des sciences historiques, philosophiques, politiques et économiques ». Ph. JESTAZ et C. JAMIN, *op. cit.*, p. 100 (à propos de Klimrath).

[3] S. CRISTIN-BELMONT, *Essai sur la position dominante collective en droit communautaire*, thèse Lyon III, 1999, Presses Universitaire du Septentrion, coll. « Thèses à la carte », 2002.

dominante collective[1]. Une telle interprétation aurait cependant débouché sur une lacune dans le contrôle des concentrations, dans la mesure où des opérations potentiellement aussi restrictives de concurrence que celles qui se manifestent par la création d'une position dominante simple auraient échappé au contrôle prévu par le règlement[2]. C'est ce qui a conduit la Cour de justice à reconnaître l'applicabilité du règlement sur les concentrations au cas de création ou de renforcement d'une position dominante collective[3]. Cela impliquait cependant que soient précisés les contours de cette notion dans le contexte particulier du contrôle des concentrations. L'analyse économique, à travers la théorie de l'oligopole, offrait à cet égard une source d'inspiration. De fait, le cadre d'analyse économique du « problème de l'oligopole » (a) a été reconnu comme pertinent par le juge communautaire (b), qui en a tiré un test pour la qualification de position dominante collective dans le contrôle des concentrations.

a) Le cadre d'analyse économique de la position dominante collective : « le problème de l'oligopole »

738. En termes simples, le « problème de l'oligopole »[4] tient au fait que, dans un marché concentré, seul un petit nombre d'entreprises se côtoient. Il est alors probable qu'elles sont conscientes de leur interdépendance et en viennent à constater la futilité de toute tentative de concurrence[5]. Tel est en particulier le cas si chacune des entreprises a des raisons de prévoir

---

[1] En ce sens, conclusions de l'avocat général Tesauro dans les affaires C-68/94 et C-30/95, France e.a./Commission (Kali & Salz), Rec. p. I-1375, points 75 à 98.

[2] Comme le reconnaît l'avocat général Tesauro dans ses conclusions précitées, pour en conclure qu'il appartiendrait au législateur et non au juge de combler cette lacune (point 98). Sur la justification économique du contrôle des concentrations aboutissant à un oligopole, D. RIDYARD, « Economic Analysis of Single Firm and Oligopolistic Dominance », *ECLR*, 1994, pp. 255-262, p. 258, qui parle de « point aveugle du contrôle des concentrations ».

[3] Arrêt de la Cour du 31 mars 1998, France e. a./Commission (Kali & Salz), C-68/94, Rec., p. I-1375.

[4] L'expression est attribuée à E. GELLHORN et W. H. KOVACIC, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West Publishing, St Paul, Minneapolis, 4ème éd., 1994, p. 266. L'identification de ce « problème » du point de vue de l'efficience est relativement récente. Si l'oligopole est de longue date un objet d'étude pour la science économique, les différents modèles classiques d'oligopole (modèles de Cournot, de Bertrand, de Stackelberg) ne livrent apparemment aucun enseignement utilisable par le droit de la concurrence. En effet leurs hypothèses sur le choix séquentiel des quantités ou des prix par les membres de l'oligopole, dont dépendent les résultats des modèles, sont nettement irréalistes, si bien qu'il n'est pas envisageable de devoir qualifier un oligopole réel d'oligopole de Bertrand ou de Stackelberg. Sur ce point, V. B. ETTER, « The Assessment of Mergers in the EC under the Concept of Collective Dominance: An Analysis of the Recent Decisions and Judgments – by an Economic Approach », *Journal of World Competition*, 2000, pp. 103-139. *Cp* : D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 271-285, spéc. p. 281, qui considère que la distinction entre la concurrence par les quantités et par les prix peut être opératoire.

[5] F. JENNY, « Economic Analysis, Antitrust Law and the Oligopoly Problem », *European Business Organization Law Review*, 2000, pp. 41-57.

que toute tentative de sa part de faire concurrence aux autres (par exemple en baissant ses prix) donnera lieu à une riposte leur part (par exemple une baisse des prix plus importante), de telle sorte que, en définitive, toutes les entreprises seront dans une situation plus défavorable.

739. L'analyse moderne de l'oligopole au moyen de la théorie des jeux a isolé trois faits pertinents pour l'appréciation d'une situation présentant l'apparence d'un oligopole. En premier lieu, la coopération entre les entreprises doit être possible. En second lieu, un mécanisme de surveillance doit être disponible (sans quoi il serait possible à une entreprise de faire semblant de coopérer puis, en réalité, de tricher en adoptant un comportement différent du comportement coopératif). Enfin, en troisième lieu, il doit exister un mécanisme crédible de punition (si la tricherie peut être détectée mais non punie, l'entreprise ne sera pas dissuadée de tricher)[1]. Le juge communautaire a admis la pertinence de ce cadre d'analyse et l'a repris à son compte.

b) La reconnaissance par le juge de la pertinence du cadre d'analyse de l'oligopole

740. Les arrêts *Kali & Salz*[2], *Gencor*[3], *Airtours*[4] et, en dernier lieu, *Impala*[5] attestent que le juge communautaire a, d'une part, accepté de regarder les faits à travers le prisme de l'économie et, d'autre part, progressivement repris dans son analyse de la règle le « problème de l'oligopole», tel qu'identifié par l'analyse économique. Ces arrêts marquent les étapes de l'intégration progressive du cadre d'analyse économique à la définition de la charge de l'allégation relative à la position dominante collective dans le contrôle des concentrations.

741. **Reconnaissance incidente.** La première étape est celle de la reconnaissance incidente du problème de l'oligopole dans les arrêts *Kali & Salz* et *Gencor*. La reconnaissance y est nette, mais elle n'est pas déterminante dans le raisonnement du juge. Dans l'arrêt *Kali & Salz*, la Cour de justice a reconnu pour la première fois qu'une opération de concentration qui débouche sur une position dominante collective pouvait restreindre la concurrence[6]. C'est là un élément décisif de l'interprétation téléologique à laquelle elle se livre pour admettre

---

[1] Sur les théories de l'oligopole en général, W. CARLTON et J. M. PERLOFF, *Économie industrielle*, De Boek, 1998, chap. 7.

[2] Arrêt de la Cour du 31 mars 1998, France et Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique/Commission (Kali & Salz), C-68/94, Rec. p. I-1375.

[3] Arrêt du Tribunal du 25 mars 1999, Gencor Ltd/Commission, T-102/96, Rec. p. II-753.

[4] Arrêt du Tribunal du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585.

[5] Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2006, Impala/Commission, T-464/04, non encore publié au Recueil.

[6] *Kali & Salz*, préc., point 171.

l'applicabilité du règlement aux situations de position dominante collective. Plus loin dans l'arrêt est mentionnée l'idée maîtresse du raisonnement économique à propos de l'oligopole, à savoir que les entreprises peuvent avoir « un intérêt commun à ne pas s'engager dans une concurrence active l'un[e] vis-à-vis de l'autre »[1]. Apparaît donc en filigrane, à travers le rapprochement de ces deux passages, un lien entre l'interprétation (téléologique) que donne le juge de la règle de droit et le raisonnement économique, qui conduit à voir dans l'oligopole un risque pour la concurrence. Ce lien n'est cependant pas mis en avant dans l'arrêt lui-même, en ce sens que l'exposé par le juge du problème de l'oligopole ne se trouve pas dans la partie de l'arrêt sur l'applicabilité du règlement aux positions dominantes collectives. Sur le plan de la motivation, le recours à la méthode téléologique, habituelle à la Cour de justice[2], était en effet une justification suffisante de l'interprétation donnée au règlement sur les concentrations. Il en va de même dans l'arrêt *Gencor*, où le Tribunal de première instance reprend la jurisprudence *Kali & Salz* sur l'applicabilité du règlement aux opérations de concentrations qui créent ou renforcent une position dominante collective, sans expliciter à cet endroit de l'arrêt en quoi consiste le problème de concurrence spécifique posé par l'oligopole[3].

742. **Intégration du raisonnement économique à la motivation.** La seconde étape de l'intégration du raisonnement économique, qui consiste précisément dans l'explicitation du mécanisme par lequel une situation d'oligopole peut être restrictive de concurrence, est pourtant franchie dans le même arrêt *Gencor*, où le Tribunal expose en ces termes le « problème de l'oligopole »:

> « les membres d'un oligopole restreint (…) sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incités à aligner leurs comportements sur le marché, de façon notamment à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix. En effet, dans un tel contexte, chaque opérateur sait qu'une action fortement concurrentielle de sa part, destinée à accroître sa part de marché (par exemple une réduction de prix) provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative. Tous les opérateurs auraient donc à subir la baisse du niveau des prix »[4].

---

[1] *Kali & Salz*, préc., point 239.

[2] *Supra* n° 82.

[3] *Gencor*, préc., point 151.

[4] *Gencor*, préc., point 276, repris dans l'arrêt Airtours, préc., point 60. Dans l'arrêt Gencor, ce passage se trouve dans la discussion sur l'existence de « liens structurels » entre les entreprises de l'oligopole. La requérante prétendait en effet que la Commission n'avait pas satisfait à la charge d'allégation qui pesait sur elle en n'alléguant pas l'existence de tels liens. Cet argument procède d'une lecture à notre sens erronée de l'arrêt du Tribunal du 10 mars 1992, SIV e.a./Commission (Verre plat), T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. p. II-1403, dont se réclamait la requérante. Au point 356 de cet arrêt, le Tribunal a jugé qu'« [o]n ne saurait exclure, par principe, que deux ou plusieurs entités économiques indépendantes soient, sur un marché spécifique, unies par de tels liens économiques que, de ce fait, elles détiennent ensemble une position dominante par rapport aux autres opérateurs sur le même marché ». Interpréter cette phrase comme imposant aux fins de l'allégation de position dominante collective, l'allégation de « liens économiques » revient à sortir doublement cette phrase de son

743. Non seulement le problème de l'oligopole est reconnu par le juge, mais la manière de l'exposer traduit la réception du cadre d'analyse issu de la théorie des jeux. Chaque entreprise est un « joueur », qui sait que les autres l'observent et qui est en mesure de prévoir leur réaction à ses propres actions et d'en déduire la situation qui en résulterait. Le Tribunal tire de la réception de ce cadre d'analyse deux conséquences importantes pour la définition de la charge de l'allégation de position dominante collective dans le cadre du contrôle des concentrations.

744. **Intégration à la définition de la charge de l'allégation.** En premier lieu, le Tribunal déclare indifférente l'existence de « liens économiques »[1] entre les entreprises de l'oligopole, liens que la Commission avait cru devoir alléguer dans un certain nombre de décisions et dont la nécessité avait pu sembler résulter des arrêts *Verre plat*[2] et *Kali & Salz*[3]. C'est là un pas important par rapport à ce dernier arrêt du point de vue de la définition de la charge de l'allégation. En effet, dans l'arrêt *Kali & Salz*, la Commission avait allégué l'existence de « liens économiques », laquelle avait été contestée par les requérantes. La Cour avait alors examiné cette contestation sous le seul angle de la preuve, ce qui pouvait faire penser qu'il s'agissait bien d'un fait pertinent[4]. Cependant, la charge de la preuve restait floue, car la Cour avait pu choisir le terrain de la preuve plutôt que celui de l'allégation par souci d'économie de motivation[5]. Qui plus est, elle avait refusé de trancher la question de savoir si des « liens économiques » constituaient ou non des « facteurs de corrélation » devant être allégués. La Cour s'était retranchée derrière le pouvoir discrétionnaire de la Commission en déclarant qu'il s'étendait à la détermination des éléments de faits pertinents aux fins de la qualification en matière de contrôle des concentrations[6].

---

contexte, puisque, d'une part, l'arrêt *Verre plat* traite de la position dominante collective dans le cadre de l'abus de position dominante et non dans celui du contrôle des concentrations et, d'autre part, la considération relative aux liens économiques est, dans l'arrêt *Verre plat*, liée à la discussion sur la notion d'entreprise. En outre, il paraît pour le moins curieux d'interpréter l'expression « on ne peut exclure par principe », qui introduit la phrase sur les liens économiques, comme l'annonce d'une obligation d'allégation.

[1] *Gencor*, préc., points 273-274.

[2] V. citation *supra* note au n° 243.

[3] *Kali & Salz*, préc., point 221 (exigence de « facteurs de corrélation »).

[4] *Kali & Salz*, préc., points 227-228. En l'espèce, il était jugé les preuves de liens économiques n'étaient pas convaincantes.

[5] Ce flou a pu expliquer que, dans l'arrêt du Tribunal du 26 janvier 2005, Piau/Commission, T-193/02, Rec. p. II-209, point 118, les liens structurels ont été considérés comme un fait nécessaire aux fins de la qualification de position dominante collective, cette fois au sens de l'article 82 CE.

[6] *Kali & Salz*, préc., points 222-223.

745. **Clarification découlant du cadre d'analyse.** Dans l'arrêt *Gencor*, l'explicitation du cadre d'analyse permet de clarifier un aspect qui était demeuré confus non seulement en raison de flottements terminologiques, mais aussi et surtout du fait de l'absence de motivation claire relative à la raison pour laquelle des « liens économiques » devraient ou non être allégués. Une fois le cadre d'analyse de l'oligopole exposé, il devient en effet clair que les liens économiques ne peuvent que signifier l'interdépendance oligopolistique. Pour ne laisser aucun doute sur ce point, le Tribunal observe dans un *obiter* que l'interdépendance qui existe entre les membres d'un oligopole peut être qualifiée de « lien économique »[1]. Or, l'analyse économique enseigne que cette interdépendance n'existe qu'à certaines conditions. La réception du cadre d'analyse économique permet donc de préciser la charge de l'allégation non par une décomposition de la notion floue de « liens économique » (à supposer possible une telle décomposition), mais par rapport au cadre d'analyse économique. Ce qu'il est nécessaire d'alléguer, ce ne sont pas des liens indéterminables, mais les conditions d'où résulte l'interdépendance oligopolistique. Même si le Tribunal s'en était tenu là, abandonnant la détermination de ces conditions au pouvoir discrétionnaire de la Commission, la réception d'un cadre d'analyse aurait, à elle seule, contribué à une clarification bienvenue de la charge de l'allégation. Le Tribunal a cependant estimé qu'il pouvait s'appuyer sur l'analyse économique pour aller plus loin et préciser une condition nécessaire de l'interdépendance oligopolistique.

746. **Condition de transparence.** En second lieu, en effet, le Tribunal souligne la pertinence de la transparence du marché[2]. Dans le cadre d'analyse adopté, il s'agit d'une condition nécessaire, puisque, en l'absence de transparence, les membres de l'oligopole ne peuvent observer les actions des autres. Il devient alors possible pour une entreprise d'adopter un comportement concurrentiel agressif sans que les autres puissent s'en apercevoir rapidement. Ainsi, cette entreprise ne risque pas de représailles et n'est donc pas dissuadée d'adopter un tel comportement, de sorte qu'il n'y a pas de problème de concurrence.

747. À travers ces deux apports – la précision de la nature des « liens économiques » pertinents et la consécration de la condition de transparence – l'arrêt *Gencor* illustre le fait que c'est la réception d'un cadre d'analyse économique qui permet au juge de prendre parti de manière motivée sur la détermination des faits pertinents ou indifférents (ici les « liens

[1] *Gencor*, préc., point 276.

[2] *Gencor*, préc., points 224 et s.

économiques »), tout comme d'ériger un fait non seulement en fait pertinent mais encore en fait nécessaire (ici la transparence du marché).

748. **Adoption d'un test.** Une étape supplémentaire dans l'intégration des apports de l'analyse économique est franchie avec l'arrêt *Airtours*[1], puisque les différentes reconnaissances de pertinences sont intégrées dans un schéma d'analyse explicite et cohérent. Le Tribunal de première instance y précise trois conditions cumulativement nécessaires pour qu'il y ait création d'une position dominante collective[2]. En premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action. Le Tribunal précise que cette condition s'entend d'une possibilité d'observation précise des actions des concurrents qui va au-delà de la simple conscience d'un intérêt commun et qu'elle suppose, en outre une transparence suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres. En deuxième lieu, la coordination tacite doit pouvoir se maintenir dans la durée. Le Tribunal précise que cette condition suppose qu'il existe une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune qui peut notamment consister dans la menace de représailles en cas de comportement déviant de la part d'un membre de l'oligopole. En troisième lieu, enfin, la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne doit pas pouvoir remettre en cause les résultats attendus de l'action commune.

749. **Rôle de la motivation.** Dans cet arrêt, le juge communautaire ne s'appuie pas seulement sur l'analyse économique pour en tirer un cadre d'analyse qu'il imposerait d'autorité. Il exprime aussi les raisons qui motivent son choix de ce cadre d'analyse en reprenant le raisonnement qui explique pourquoi certains faits sont pertinents[3]. Le raisonnement économique apparaît donc non seulement comme une source de sécurité juridique, en ce qu'il permet de préciser le cadre d'analyse, mais aussi comme une source de motivation, ce qui se rapporte à la légitimité de la décision[4].

---

[1] Arrêt du Tribunal du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585.

[2] *Airtours*, préc., point 62. Pour un commentaire économique de la solution, V. A. OVERD, « After the Airtours Appeal », *ECLR*, 2002, pp. 375-377. V. aussi M. MOTTA, « E.C. Merger Policy and the Airtours Case *, ECLR*, 2000, pp. 199-207.

[3] Motivation reprise dans l'arrêt *Impala*, préc., points 245 et s.

[4] Sur la légitimation de la décision de justice par la référence à un savoir scientifique, quoique dans une perspective différente, V. G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'institut André Tunc », T. 2, 2004, préf. L. CADIET, spéc. p. 87 et s.

750. La réception d'un raisonnement économique dans la démarche de qualification n'est pas toujours aussi simple. Les propositions de la doctrine économique peuvent en effet constituer un maquis touffu dans lequel il est bien difficile pour le juge de se repérer. Cela conduit à s'interroger sur le rôle de la doctrine juridique dans le dialogue entre le juge et la doctrine économique.

2. Le rôle de la doctrine juridique dans le dialogue entre le juge et la doctrine économique

751. Le débat actuel sur la réforme de l'article 82 CE offre un exemple de foisonnement de propositions doctrinales qui s'essaient à définir une approche plus économique de cette qualification. L'esprit général du mouvement doctrinal contemporain est exprimé par le mot d'un auteur selon lequel l'article 82 CE apparaît comme le « dernier train à vapeur » du droit de la concurrence[1], manière de dire que l'interprétation actuelle de cette disposition ne mérite rien d'autre qu'une place au musée des antiquités[2]. La doctrine est unanime pour stigmatiser l'absence de cohérence de l'approche actuelle et pour condamner la prise en considération inadéquate des effets des comportements dans la qualification d'abus de position dominante[3]. Ce débat concerne le juge de deux manières. En premier lieu, le juge est, qu'il le veuille ou non, l'un des destinataires de toutes les propositions doctrinales qui s'attachent à proposer une nouvelle approche de la qualification d'abus. En second lieu, ces propositions nourrissent les contestations qui pourront être portées devant lui. Il ne s'agit pas ici d'entrer dans ce débat, dont plusieurs aspects ont déjà été évoqués. Nous voudrions seulement souligner deux aspects méthodologiques qui éclairent le rôle qui nous paraît revenir à la doctrine juridique dans le débat. Ce rôle consiste à examiner la compatibilité des propositions économiques avec les solutions jurisprudentielles établies.

---

[1] B. SHER, « The Last of the Steamed Powered Trains: Modernizing Article 82 EC », *ECLR*, 2004, pp. 243-246.

[2] Un autre auteur qualifie l'article 82 CE d'enfant à problème du droit communautaire. J. S. VENIT, « Article 82 : The Last Frontier – Fighting with Fire », *Fordham Int'l L. J.*, pp. 1157-1178, p. 1159.

[3] P.e. D. RIDYARD, « Article 82 Price Abuses – Towards a More Economic Approach », préc.; J. KALLAUGHER et B. SHER, « Anticompetitive Rebates Revisited : Anticompetitive Effects and Exclusionary Abuses under Article 82 », *ECLR*, 2004, pp. 263-285. D. GÉRADIN, « Prêt pour une révolution ? », *in Quelle réforme pour l'article 82 CE ?*, *Concurrences*, n° 4-2005, pp. 16-17, et, du même auteur, « Limiting the Scope of Article 82 EC : What Can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgement in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom? », *CMLR*, 2004, pp. 1519-1553, p. 1527. D. SINCLAIR, « Article 82 at a Crossroads : Potential Effect, Object and Appreciability under Article 82 EC », *ECLR*, 2004, pp. 491.

752. **Examen de compatibilité.** En présence d'analyses économiques qui mettent en avant des éléments de qualification ou des tests partiels[1], la question qui se pose, pour peu que les juges n'excluent pas de donner effet à ces propositions, consiste à savoir où les intégrer dans une construction jurisprudentielle qui, pour n'être pas parfaite, sans doute, représente néanmoins l'état du droit. À cet égard, il semble parfois que les auteurs cherchent un cheval de Troie pour y enfermer l'analyse économique et la faire pénétrer par ruse dans la jurisprudence. Tel est en effet l'image qui convient pour décrire la proposition consistant à faire de la notion de « justifications objectives » forgée par la jurisprudence le véhicule des considérations d'efficience dans la qualification d'abus de position dominante[2]. Comme on l'a vu, la notion de justification objective, telle qu'elle a été développée dans la jurisprudence, est assez loin de constituer un point d'accroche pour une analyse des considérations d'efficience[3]. Sans doute est-il toujours loisible au juge de faire évoluer le sens des notions, mais il n'est pas inutile que la doctrine juridique s'intéresse à l'analyse de la compatibilité entre les analyses économiques qui suggèrent de nouveaux faits pertinents et les notions juridiques qui pourraient les accueillir. Il est en effet toujours difficile et *a priori* défavorable à la sécurité juridique de prendre à revers une notion établie. Mieux vaut donc se demander si une solution plus harmonieuse peut être trouvée à partir de notions juridiques sans les dévoyer.

753. **Retour aux notions juridiques.** Il ne s'agit pas de tirer systématiquement argument de la jurisprudence pour opposer une fin de non-recevoir à l'analyse économique, mais plutôt d'identifier quel sont les véhicules juridiques appropriés pour traduire en droit les apports de l'analyse économique qui paraissent mériter l'attention des juges. Quitte à ce que l'analyse économique conduise à une évolution de la jurisprudence, mieux vaut en effet que cette évolution emprunte les voies les plus cohérentes possibles[4]. À cet égard, un travail comme celui du professeur Eilmansberger apparaît comme un modèle du genre[5]. L'auteur affronte en

---

[1] On songe aux différents « tests » proposés : « test du sacrifice », test de rationalité, test du concurrent aussi efficient. V. *supra* n° 104.

[2] *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, préc., n° 77.

[3] *Supra* n° 147 et l'analyse de E. ROUSSEVA, « The Concept of "Objective Justification" of an Abuse of a Dominant Position : Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC ? », préc., qui montre que la notion était à l'origine plus proche de la force majeure que de l'efficience.

[4] En ce qui concerne la qualification d'abus, nous pensons que la notion de « concurrence par les mérites », pourtant si décriée par les tenant d'une approche économique, offre en réalité une voie plus prometteuse et plus élégante pour accueillir l'analyse économique que la notion de justification objective. Notre opinion se fonde sur les arguments qui ont été exposés au cours de la discussion sur les liens entre l'efficience et la notion de concurrence par les mérites. V. *supra* n° 100.

[5] T. EILMANSBERGER, « How to Distinguish Good from Bad Competition Under Article 82 EC : In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses », *CML Rev.*, 2005, pp. 129-177.

effet la question de l'élaboration d'un test de qualification général de l'abus de position dominante. Sa démarche est proprement juridique, puisque, à l'instar d'un juge, il part de la notion légale pour développer son analyse. Il s'efforce d'y intégrer différentes propositions économiques ou, plutôt, de définir quelle place leur revient dans une analyse juridique de l'abus de position dominante. Sans exposer dans le détail cette analyse extrêmement riche, un trait mérite d'en être souligné : il s'agit du retour qu'opère l'auteur aux grandes notions juridiques pour réordonner, par rapport à elles, les apports économiques.

754. Tout d'abord, à l'encontre de nombreux auteurs, il souligne l'importance de la volonté comme élément de la qualification d'abus. Les auteurs qui considèrent que la volonté n'a pas de rôle à jouer s'appuient sur l'argument suivant : la volonté de prévaloir et de nuire à ses concurrents est le moteur même de la concurrence, de sorte que l'on ne saurait en faire un élément de qualification de l'abus[1]. Aussi n'est-ce pas ce que propose le professeur Eilmansberger. La volonté à laquelle il suggère de donner effet n'est pas celle de nuire aux concurrents, mais celle de fausser le processus concurrentiel. Sur ce point, la construction proposée rejoint donc nettement les conceptions ordo-libérales qui ont inspiré la jurisprudence communautaire sur l'abus de position dominante : c'est l'attaque volontaire du processus concurrentiel qui doit être sanctionnée, non l'attaque des concurrents. La distinction passe nécessairement par la considération des moyens mis en œuvre. À cet égard, l'auteur propose de distinguer entre, d'une part, les comportements qui améliorent l'efficience propre de l'entreprise, lesquels sont en principe licites, et, d'autre part, les comportements qui réduisent l'efficience des concurrents, lesquels sont illicites. Lorsqu'un même comportement a les deux effets, c'est, selon l'auteur, le second principe qui doit prévaloir, c'est-à-dire l'interdiction. Par cette construction, l'auteur parvient donc à mettre en relation les considérations d'efficience de l'analyse économique avec la distinction ordo-libérale entre la concurrence par les mérites (*Leistungswettbeverb*) et la concurrence par les obstacles (*Behinderungswettbeverb*).

755. Dans cette perspective, il apparaît que deux propositions économiques peuvent être intégrées à la construction juridique. Il s'agit des tests dits du sacrifice et de l'absence de justifications objectives. Le test dit du sacrifice propose de considérer comme illicites les pratiques qui impliquent pour l'entreprise dominante des sacrifices (pertes ou manque à gagner) qui ne seraient pas rationnels s'ils ne tendaient pas à restreindre ou éliminer la

[1] V. les références citées *supra* n° 103.

concurrence[1]. Ce test combine donc l'hypothèse de rationalité de l'entreprise avec le critère juridique de l'intention[2]. Quant au test de l'absence de justification objective, il consiste à considérer comme abusifs les comportements qui causent un dommage concurrentiel et ne s'expliquent pas autrement que par la volonté sous-jacente de restreindre la concurrence, indépendamment de la question des coûts associés à ce comportement[3].

756. Cet exemple nous paraît illustrer un rôle de la doctrine juridique qui serait utile au juge en droit de la concurrence. Instruite des analyses économiques, il reviendrait à la doctrine d'en rechercher la meilleure traduction possible. Dans cette tâche, son apport propre tiendrait à la connaissance du droit, qui permet d'inventer de nouvelles solutions à partir de « vieilles » notions qui sont familières aux juges. Les économistes, qui n'ont pas les mêmes références, ne peuvent pas toujours penser à ce type de traduction de leurs analyses. Pourtant, l'articulation des faits économiquement pertinents avec les notions juridiques existantes paraît nécessaire à l'élaboration des tests de qualification cohérents à partir de propositions économiques souvent intéressantes mais partielles.

757. **Conclusion du B.** L'élaboration de tests de qualification et leur réception dans la jurisprudence constituent un processus complexe. L'exemple de la position dominante collective a montré que, même lorsqu'il existe un cadre d'analyse économique assez simple et clair identifiant un problème de concurrence (le problème de l'oligopole par exemple), sa réception dans la jurisprudence peut prendre du temps. Cependant, cet exemple montre aussi qu'un test de qualification directement issu de l'analyse économique est finalement traduit en droit. Une telle traduction n'est pas toujours évidente. Dans les cas difficiles, comme la recherche d'un test de qualification de l'abus de position dominante, il paraît nécessaire que les efforts de la doctrine juridique se conjuguent à ceux de la doctrine économique pour élaborer des tests qui s'insèrent convenablement dans le droit jurisprudentiel existant.

758. **Conclusion du § 1.** Les tests de qualification apparaissent comme la forme la plus achevée d'intégration du raisonnement économique dans l'opération de qualification juridique. La sécurité juridique qu'il est raisonnable d'espérer lorsqu'un test clair a été consacré par une cour régulatrice a une plus grande portée que celle qui est associée à la

---

[1] OCDE, *Competition on the merits*, DAF/COMP(2005)27, p. 59 et 65 et s. En anglais, ce test est parfois appelé "*but for*" *test*, en référence à l'idée selon laquelle le comportement ne serait par rationnel *sauf à* restreindre la concurrence *(but for)*.

[2] Sur ce rapprochement, V. aussi *infra* n° 793.

[3] OCDE, *Competition on the merits*, préc., p. 68-70.

consécration de simples éléments de qualification. En effet, un test exprime le raisonnement qui doit lier entre eux les différents éléments d'une qualification pour que son application soit justifiée. Cela permet de clarifier la *fonction* de chaque constat de fait dans la qualification. Il en découle trois avantages pratiques : en premier lieu, le sens de chaque étape du test est éclairé par le test dans son ensemble, si bien qu'il devient moins nécessaire que le juge donne des définitions très précises des notions qui jouent le rôle de qualification intermédiaire (comme la transparence). En second lieu, l'explicitation du rôle de chaque constat de fait dans la qualification permet aux juges qui appliquent un test de raisonner par analogie. En effet, si un juge dispose seulement d'une liste non structurée de critères de qualification et qu'il constate dans une espèce donnée que l'un des critères n'est pas rempli, il pourra hésiter sur la question de savoir si ce critère désigne un fait nécessaire ou seulement pertinent. Un test permet de répondre à ce type de question en précisant ce qui est essentiel à la qualification. Dès lors, le juge pourra raisonner par analogie et établir des équivalences entre certains faits. Par exemple, dans une situation d'oligopole, ce qui compte (pour l'une des étapes du test) est que les entreprises puissent observer leurs comportements respectifs. En conséquence, si une telle possibilité est établie, tous les arguments relatifs à la transparence du marché sont redondants. La transparence ne constitue donc pas un critère figé, qui appellerait la définition précise d'indices : elle est définie par sa fonction. En troisième lieu, et cet avantage est directement lié au précédent, la consécration d'un test de qualification permet d'envisager des dispenses d'allégation sur tous les faits qui seraient redondants par rapport aux faits déjà établis.

759. Ces avantages conduisent à penser que l'élaboration de tests de qualification vaut tous les efforts qu'elle impose. Ces efforts ne doivent cependant pas être sous-estimés. En effet, un bon test n'est pas nécessairement un décalque du raisonnement économique à partir de catégories économiques. Bien souvent, l'analyse économique ne propose que des tests partiels, c'est-à-dire des éléments de raisonnement. Pour élaborer un test général, comme la doctrine s'y efforce en ce qui concerne l'abus de position dominante, il est nécessaire de bien comprendre l'articulation des raisonnements économiques avec les catégories juridiques. Telle est la part qui revient aussi à la doctrine juridique. Les efforts doctrinaux ne peuvent jamais être considérés comme définitifs, car, à mesure que la science économique progresse dans la compréhension des phénomènes appréhendés par le droit de la concurrence, des raisons de modifier un test de qualification consacré peuvent apparaître. Après l'effort de l'élaboration vient le défi de l'évolution des tests de qualification.

§ 2. LE DÉFI DE L'ÉVOLUTION DES TESTS DE QUALIFICATION : L'EXEMPLE DE LA PRÉDATION

760. L'exemple des prix prédatoires[1] est intéressant à plusieurs titres pour l'analyse d'une démarche de qualification structurée par un raisonnement économique. Cette pratique est en effet l'une des rares formes d'abus de position dominante pour lesquelles un test précis, directement issu de l'une des analyses économiques de la prédation, a de longue date été consacré par la jurisprudence (A). Pour autant, comme cela a déjà été évoqué, l'analyse économique de la prédation s'est beaucoup renouvelée, si bien que le juge doit faire face à la remise en cause test consacré (B). Il faudra donc se demander quelles techniques le juge peut mettre en œuvre s'il souhaite intégrer les innovations de l'analyse économique et quelles options paraissent les plus judicieuses.

A. L'adoption par le juge d'un test de qualification issu de l'analyse économique

761. En matière de prix prédatoires, le juge communautaire et le juge français ont adopté un test de qualification qui est directement issu de l'analyse économique de la prédation développée dans les années 1970. Cela apparaît clairement si l'on présente successivement le cadre d'analyse économique de la prédation (1), puis le test consacré par l'arrêt *AKZO* (2).

1. Le cadre d'analyse économique de la prédation

762. La prédation est l'un des thèmes ayant suscité le plus d'études économiques ayant vocation à influer sur le droit de la concurrence[2]. La première vague de discussion doctrinale

---

[1] L'expression « prix prédateurs » est aussi – et peut-être même d'avantage – utilisée, mais elle est considérée comme une faute de langue par les professeurs Cl. Lucas de Leyssac et G. Parleani (Cl. LUCAS DE LEYSSAC, « Le droit actuel et ses incertitudes » *in Le prix prédateur comme obstacle à la concurrence*, Atelier de la Concurrence du 17 novembre 1999, *Rev. conc. conso*., 2000, n° 113, pp. 11-14, *Droit du marché*, PUF, coll. « Thémis », 2002, p. 542). En outre, les juridictions communautaires l'évitent (on ne la trouve que dans l'arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec., p. I-3359, point 46, mais il s'agit d'une expression utilisée par la requérante). Les expressions « prix prédatoires » ou « prix éliminatoires » sont préférés (arrêts de la Cour du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94 P, Rec. p. I-5951, points 41 et 44, et du 16 mars 2000, Compagnie maritime Belge Transport e.a./Commission, Rec. p. I-1442, point 92). L'entrée correspondante dans le répertoire de jurisprudence communautaire dressé par la Cour de justice est « pratique de prix inférieurs aux coûts dans le but d'éliminer un concurrent ». Dans la suite, l'expression « prix prédatoires » sera donc adoptée. L'expression « prix d'éviction » sera également utilisée et doit être considérée comme équivalente. Comme l'a souligné l'avocat général Fennelly dans ses conclusions sous l'arrêt *Compagnie maritime belge*, préc. (*infra* cette note), point 123, l'expression « prix prédatoire » n'a pas de portée juridique spécifique, la seule qualification juridique étant celle d'abus. Il demeure que l'existence d'analyses doctrinales spécifiques à cette pratique et l'admission en jurisprudence non seulement de l'expression, mais aussi d'un test de qualification spécifique, fournit un exemple d'autonomisation d'une qualification juridique à partir de l'analyse économique.

[2] Le premier article est attribué à J. S. McGEE, « Predatory Price Cutting : The Standard Oil (N.J.) Case », *JLE*, 1958, p. 137. L'auteur y développait une thèse qui fut très critiquée par la suite et concluait à la rareté des comportements de prédation. C'est dans les années 1970 que survint aux États-Unis un débat nourri sur la

sur cette question remonte au milieu des années 1970, lorsque plusieurs économistes américains ont confronté leurs approches respectives[1]. Ces premières analyses ont un point

---

question des prix prédatoires. Plusieurs auteurs s'attachèrent à montrer que la prédation existait et tentèrent de développer un cadre d'analyse permettant de l'appréhender. En ce sens : B. S. YAMEY, « Predatory Price Cutting : Notes and Comment », *JLE*, 1972, pp. 129-143. P. AREEDA et R. TURNER, « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act » *Harvard L. Rev.*, 1975, p. 697 (propose un test de coût). F. M. SCHERER, « Predatory Pricing and the Sherman Act : A Comment », *Harvard L. Rev.*, 1976, p. 901 (critique le test de coût précédent). O. E. WILLIAMSON, « Predatory Pricing : A Strategic Welfare Analysis », *Yale L. J.*, 1977, 284. W. J. BAUMOL, « Quasi-Permanence of Price Reduction : A Policy for Prevention of Predatory Pricing », *Yale L. J.*, 1979, p. 1 (autre critique du test de coût). P. L. JOSKOW et A. K. KLEVORICK, « A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy », *Yale L. J.*, 1979, p. 213 (en faveur d'une approche structuraliste de la prédation qui tienne compte des caractéristiques du marché et des coûts). J. S. McGEE, « Predatory Pricing Revisited », *JLE*, 1980, p. 289. Dans les années 1980, ces analyses ont été sévèrement critiquées par des économistes de l'École de Chicago, qui s'accordaient à penser que, en pratique (en réalité, sous l'hypothèse d'information parfaite), la prédation ne pouvait qu'être extrêmement rare et limitée à des cas « pathologiques », car elle n'était pas rationnelle et, lorsqu'elle l'était, il existait des contrepoids suffisants. F. EASTERBROOK, « Predatory Pricing Strategies and Counterstrategy », *University of Chicago L. Rev.*, 1981, p. 263 (point de vue de l'École de Chicago : extrême scepticisme sur l'opportunité de réprimer la prédation). J. A. ORDOVER and R. D. WILLIG, « An Economic Definition of Predation : Pricing and Product Innovation », *Yale L. J.*, 1982, p. 8. S. SALOP (éd.), *Strategic Predation and Antitrust Analysis*, Federal Trade Commission, Washington, D. C., 1981. Cette position fut à son tour critiquée par les économistes du courant dit *Post-Chicago*, qui mirent en évidence que les situations de prédation n'étaient ni si rares ni si aberrantes qu'on avait pu le penser et proposèrent différents modèles qui précisaient les conditions dans lesquelles la prédation pouvait avoir lieu. D. FUDENBERG et J. TIROLE, « A Theory of Exit in Duopoly », *Econometrica*, 1986, p. 943. J. ROBERTS, « A Signalling Model of Predatory Pricing », *Oxford Econ. Papers* (Supp.), 1986, p. 75. G. SALONER, « Predation, Merger and Incomplete Information », *Rand J. of Economics*, 1987, p. 165. L. PHLIPS, *Predatory Pricing*, Rapport pour la Commission européenne, Office des publications des communautés européennes, Luxembourg, 1987. P. BOLTON et D. S. SHARFSTEIN, « A Theory of Predation based on Agency Problems in Financial Contracting », *AER*, 1990, p. 80. W. BAUMOL, « Predation and the Logic of Average Variable Cost Test », *JLE*, 1996, p. 49. J. BRODLEY, P. BOLTON et M. RIORDAN, « Predatory pricing : Strategic Theory and Legal Policy », *Georgetown L. J.*, 2000, pp. 2239-2330. K. ELZINGA et MILLS, « Predatory Pricing and Strategic Theory », *Georgetown L. J.*, 2001, p. 2475. J. BRODLEY, P. BOLTON et M. RIORDAN, « Predatory Pricing ; Response to Critique and further Elaboration », *Georgetown L. J.*, 2001, p. 2485. Pour une synthèse, V. OCDE, *Predatory Pricing*, 1989, ci-après « OCDE, *Predatory pricing* », http://www.oecd.org/dataoecd/7/54/2375661.pdf et OCDE, *Predatory Foreclosure*, 2005, série « Les tables rondes sur la politique de la concurrence », DAF/COMP(2005)14, ci-après « OCDE, *Predatory Foreclosure* », http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf., spéc. p. 64 et s. *Adde :* P. REY, et J. TIROLE, « Analyse économique de la notion de prédation », *Revue française d'économie*, 1997, pp. 3-32. L. BENZONI, « Les enseignements de l'analyse économique », *in Les prix prédateurs comme obstacles à la concurrence*, Atelier de la concurrence du 17 novembre 1999, *Rev. Conc. Conso.*, 2000, n° 113, pp. 8-10. C. S. HEMPHILL, « The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses », *Stanford L. Rev.*, 2001, vol. 53, pp. 1581-1612. D. RIDYARD, « Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 – An Economic Analysis », *ECLR,* 2002, pp. 286-303. E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, *Dalloz*, coll. Précis, 1ère éd., 2005, p. 263 et s. G. GOETEYN, T. JANSSENS, S. MAVROGHENIS, M. PIERGIOVANNI, E. REED et D. RIDYARD, *Predatory Pricing*, Research Paper on Modernisation of Article 82 EC, Global Competition Law Centre, Working paper, juin 2005, disponible sur http://www.coleurop.be/gclc, rubrique « research ».

[1] Le fait qu'il s'agisse de travaux américains ne les rend pas pour autant dépourvus d'intérêt du point de vue de l'insertion du raisonnement économique dans la méthode du juge communautaire ou français. En effet, les différences textuelles entre le droit européen et le droit américain ne sont que peu pertinentes ici : d'une part, l'article 82 CE ne diffère pas considérablement de la section 2 du *Sherman Act* et, d'autre part, l'analyse économique se soucie assez peu de la lettre des textes. Même venant d'économistes américains, sa portée n'est donc pas limitée au droit américain. Plus que la lettre des textes, c'est la finalité assignée à la prohibition de l'abus de position dominante (par les textes et par l'interprétation judiciaire elle-même) qui est déterminante de la disposition du juge à intégrer les enseignements de la doctrine des économistes dans l'interprétation judiciaire. Cette finalité et, partant, le résultat du dialogue entre le juge et la doctrine économique peut différer d'un système juridique à l'autre (sur ce point, V. p. e. E. FOX, « What is Harm to Competition ? Exclusionary

commun, qui a sans doute facilité leur réception par le juge communautaire : elles supposent toutes que la prédation ne peut venir que d'une entreprise en position dominante (a), mais elles divergent sur les critères à retenir pour distinguer la prédation d'une concurrence vive (b).

a) La prédation : une stratégie d'entreprise dominante

763. **Définitions.** Les stratégies de prédation en général sont définies comme des comportements impliquant un sacrifice à court terme (pertes ou réduction des profits) dans le but d'exclure ou de discipliner les concurrents et de pratiquer à terme des prix supra-concurrentiels[1]. Ce qui les caractérise est qu'elles ne sont rentables, et donc rationnelles du point de vue de l'entreprise, que si elles conduisent effectivement à éliminer ou à discipliner la concurrence[2]. En ce sens, la prédation par les prix n'est qu'une forme particulière de stratégie d'éviction. L'éviction d'un concurrent aussi efficace peut en effet être obtenue, parfois à moindre coût, par d'autres moyens que des prix de prédation, notamment des rabais sélectifs, des contrats d'exclusivité ou encore des pratiques visant à augmenter les coûts des concurrents. Conformément à la définition générale, les prix prédatoires sont définis comme des prix si faibles qu'ils ne peuvent être considérés comme raisonnables que s'ils ont pour effet, à terme, d'éliminer ou de pénaliser la concurrence[3].

764. **Nécessité d'une position dominante.** Si l'analyse précise des stratégies d'éviction est sujette à controverses parmi les économistes, un point a du moins longtemps été consensuel : les stratégies de prédation ne sont susceptibles d'être mises en œuvre que par des entreprises dominantes[4]. Quatre raisons sont invoquées à l'appui de cette affirmation. Premièrement, seule une entreprise dominante est en mesure d'influer sur le prix de marché en baissant ses propres prix[5]. Deuxièmement, seule une entreprise disposant déjà d'une part de marché importante peut se livrer à une stratégie de prédation, car, dans le cas contraire, elle devrait, pour gagner de nouveaux clients, fournir une partie importante du marché à des prix qui

---

Practices and Anticompetitive Effect » *Antitrust L. J.*, 2002, pp. 371-411), mais cette différence éventuelle n'est pas liée au contexte juridique dans lequel la doctrine économique a été élaborée.

[1] Comme le note un auteur, il ne s'agit pas d'une véritable définition. P. SMITH, « The Wolf in Wolf's Clothing », The Problem with Predatory Pricing », *E. L. Rev.*, 1989, pp. 209-222, p. 211.

[2] OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc. p. 61. Cette définition générale est empruntée à J. ORDOVER et R. WILLIG, « An Economic Definition of Predation », *Yale L. J.*, 1981, p. 8, à la p. 9.

[3] OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc. p. 63.

[4] En ce sens R. RAPP, « Predatory pricing and entry deterring strategies : the economics of AKZO », *ECLR*, 1986, pp. 233-240.

[5] P. e. SMITH, préc., p. 212.

supposent des pertes sur chaque unité vendue, ce qui serait ruineux[1]. En outre, l'entreprise ne doit pas avoir de trop nombreux concurrents, car alors l'élimination de l'un d'entre eux profite à tous les autres et ne permet pas au prédateur de profiter de sa stratégie[2]. Troisièmement, une entreprise, pour avoir intérêt à évincer un concurrent, doit disposer de capacités de production suffisantes pour servir la clientèle de sa proie. Quatrièmement, enfin, elle doit anticiper le fait qu'elle sera en mesure d'attirer à elle et de conserver cette clientèle, ce qui suppose un certain pouvoir de marché, car, en l'absence d'un tel pouvoir, le prédateur ne pourrait conserver cette clientèle qu'aussi longtemps qu'il pratique des prix bas, ce qui l'empêcherait de relever ses prix pour recouvrer les pertes occasionnées par la prédation. Le portrait-type d'un prédateur dressé par l'analyse économique est donc celui d'une entreprise capable d'influencer les prix de marché, sans contraintes de trésorerie très pressantes et disposant de réserves de capacité de production et d'un certain pouvoir de marché. Du point de vue du juriste, il ne peut s'agir que d'une entreprise en position dominante[3]. Ce point de contact entre l'analyse économique et une notion juridique ne pouvait que faciliter la réception de l'analyse économique substantielle de la prédation.

765. Restait cependant à caractériser plus précisément les éléments distinctifs de la prédation. En ce qui concerne la prédation par les prix, la difficulté était évidente, puisque cette pratique se manifeste par des prix bas, lesquels sont aussi la pierre de touche de la concurrence. De nombreux économistes ont donc cherché à surmonter cette difficulté et à proposer des critères de qualification à l'usage des juges[4].

b) La recherche des critères de la prédation

766. **Critère de coût : coût marginal.** L'idée qui sous-tend ce type de critères est la suivante : une entreprise qui vend à des prix inférieurs à une certaine mesure de coût perd de l'argent sur chaque unité vendue et ne peut avoir intérêt à agir de la sorte que si elle espère décourager ses concurrents. Si l'idée paraît claire, tous les auteurs s'accordent sur la difficulté

---

[1] R. RAPP, préc., p. 234. On notera que l'argument suppose implicitement que le prédateur pratique des prix d'éviction de manière discriminatoire, en ne les proposant qu'à ceux qui ne sont pas encore ses clients. Tel était le cas dans l'affaire AKZO, où AKZO proposait aux seuls clients de son rival ECS des prix inférieurs pour leur besoins en additifs pour farine tandis qu'elle proposait des prix supérieurs de 60 % à ses propres clients pour les mêmes produits (arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359, point 9). Dans une telle hypothèse, le coût de la prédation est alors inversement proportionnel à la part de marché.

[2] *Ibid.*

[3] La ressemblance n'est cependant pas parfaite. V *supra* n° 685.

[4] L'ensemble de ces travaux est résumé dans OCDE, *Predatory* Pricing, préc. et OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc.

de trouver un bon critère de coût. D'un point de vue théorique, c'est le coût marginal qui a d'abord été proposé par les professeurs Areeda et Turner[1]. En effet, avec un tel critère, le raisonnement est limpide : le coût marginal étant défini comme le coût supplémentaire induit par la dernière unité produite, il s'ensuit qu'il n'est pas rationnel de produire une unité de plus si le prix auquel elle est vendue ne couvre pas le coût de production de cette unité. L'entreprise qui agit ainsi a donc certainement une autre intention que celle de maximiser ses profits de court terme et l'on peut raisonnablement la soupçonner d'agir dans le seul but d'évincer un concurrent. Même un concurrent aussi productif sera en effet acculé à des difficultés et, finalement, conduit à quitter le marché si une telle stratégie se poursuit, car elle lui inflige des pertes que sa trésorerie ne lui permet peut-être pas d'absorber, surtout s'il s'agit d'une entreprise moins puissante. Le critère du coût marginal exprime donc une condition suffisante de la prédation. S'il est satisfait, il est exclu que le comportement soit condamné à tort. Pour reprendre la terminologie des économistes, c'est un critère qui minimise le risque de « faux positif »[2].

767. **Adaptations nécessaires.** Cependant, le critère du coût marginal appelle deux adaptations, l'une conceptuelle et l'autre pratique. Premièrement en effet, une condition suffisante n'est pas une condition nécessaire. Aussi peut-il y avoir prédation sans que le critère d'infériorité du prix au coût marginal soit satisfait. Ce critère doit donc être complété par d'autres qui soient de nature à prendre en considération les hypothèses moins évidentes de prédation[3]. En second lieu, le critère du coût marginal pose une difficulté de mise en œuvre, comme cela a déjà été évoqué[4]. Cette difficulté a conduit à différentes propositions de remplacement du critère du coût marginal, soit par celui du coût variable moyen de court terme[5], pris comme approximation mesurable du coût marginal, soit par celui du coût total

---

[1] P. AREEDA et R. TURNER, « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act », *Harvard L. Rev.*, 1975, p. 697. Cette version initiale fut par la suite modifiée à plusieurs reprises dans les éditions successives du traité de ces auteurs. Les références de ces modifications sont données dans OCDE, *Predatory Pricing*, préc., notes 5 à 8, p. 81.

[2] Sur les risques de « faux positif » et « faux négatif » impliqués par différents critères de qualification, V. *infra* n° 858 et s. Le test d'Areeda et Turner a, semble-t-il, eu un effet restrictif sur les condamnations pour prédation aux États-Unis. Le taux de succès des plaintes pour prédation serait passé de 77 % à 8 %. Chiffres donnés par A. PERROT, « La baisse des prix : pratique concurrentielle ou anti-concurrentielle ? », *RLC*, 2006/8, n° 613, p. 155.

[3] Sur ce point, V. *infra* n° 755.

[4] *Supra* n° 292.

[5] Proposition d'Areeda et Turner modifiée, V. références citées dans OCDE, *Predatory pricing*, préc., notes 5 à 8, p. 81

moyen[1], soit encore par celui du coût total moyen de long terme[2]. Une autre variante encore consiste à se servir du coût évitable moyen[3]. L'idée qui sous-tend ce dernier critère consiste à mesurer l'économie de coût que réaliserait une entreprise si elle renonçait à une partie de sa production, en tenant compte non seulement des coûts variables, mais aussi des coûts fixes. Ainsi, lorsqu'une entreprise renonce à une production qui supposerait un nouvel investissement productif (construction d'usine supplémentaire, achat ou location d'un avion supplémentaire), celui-ci est pris en compte. Ce critère a l'avantage de rendre le test plus adapté au cas des entreprises ayant des coûts fixes importants[4]. Cependant, tous les critères de coûts soulèvent, à des degrés variables, des difficultés de preuve. Aussi, des critères de la prédation ont été recherchés en dehors des coûts.

768. **Critères de comportement.** Le second type de critères ayant historiquement fait l'objet de discussions parmi les économistes concerne des aspects comportementaux, principalement les variations de capacités de production et les variations de prix. L'intérêt d'un critère lié à la capacité de production tient au constat selon lequel les critères de coûts sont manipulables. Ainsi, une entreprise, lorsqu'elle anticipe l'entrée de concurrents sur le marché, peut augmenter sa capacité de production sans tout d'abord s'en servir puis, si l'entrée se produit, augmenter massivement sa production, ce qui, s'agissant d'une entreprise dominante, aura pour effet de faire baisser le prix sur le marché. Dans cette hypothèse, le concurrent en cause, même également efficient, pourra être évincé, car il ne bénéficie pas des mêmes économies d'échelle[5], et ce alors même que l'entreprise dominante n'enfreint pas le critère du coût marginal, puisque, en augmentant sa capacité de production, elle a fait baisser son propre coût marginal[6]. Pour éviter cet écueil, il a été proposé d'interdire aux entreprises

---

[1] P. JOSKOW et A. KLEVORIK, « A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy », *Yale L. J.*, 1979, p. 213, cité par OCDE, *Predatory Pricing*, préc.

[2] R. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago et Londres, 1976, pp. 191-192. Posner soutient que le test des coûts moyens de court terme est trop sévère, car une entreprise qui pratique un prix égal au coût marginal de court terme peut encore éliminer un concurrent plus efficient (un concurrent dont les coûts marginaux de long terme sont plus faibles). Il convient donc, selon lui, de raisonner en termes de coûts marginaux de long terme, approximés en pratique par les coûts moyens de long terme. À ce critère de coût, Posner propose d'ajouter un critère d'intention, alors même qu'il reconnaît le caractère manipulable de ce type de critères. Il propose en outre de prévoir une exception de variation dans les conditions de coûts ou de demande, qui permettrait aux entreprises de s'exonérer en cas de prix inférieurs aux coûts moyens de long terme. V. aussi R. POSNER, *Antitrust Law*, 2e éd., University of Chicago Press, Chicago et Londres, 2001, p. 217 et s.

[3] OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc., p. 65.

[4] OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc., pp. 68-69. D. RIDYARD, « Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 – An Economic Analysis », *ECLR,* 2002, pp. 286-303, p. 295.

[5] Par hypothèse, il sert une partie plus restreinte de la demande que l'entreprise dominante.

[6] Le critère du coût évitable répond aussi à cette objection.

dominantes d'augmenter leur production pendant un certain délai – 12 à 18 mois – suivant l'entrée sur le marché d'un concurrent[1].

769. Des critères comportementaux liés aux variations de coûts ont aussi été envisagés. Le raisonnement retenu consiste alors à dire que, pour réussir, la stratégie d'éviction doit comporter deux phases, à savoir une première phase de guerre des prix puis, une fois le concurrent éliminé ou discipliné, une seconde phase d'augmentation des prix, laquelle doit permettre de générer des profits qui font plus que compenser les pertes de la première phase. D'où l'idée de formuler une règle qui soit enfreinte au moment du passage à la seconde phase. Ce faisant, on n'incrimine pas la phase de guerre des prix, en elle-même bénéfique pour les consommateurs, et c'est seulement lorsque la stratégie de prédation est en passe de réussir qu'elle devient punissable. Selon cette logique, il a été proposé d'interdire aux entreprises dominantes d'augmenter leurs prix pendant un délai long (cinq ans) après l'entrée sur le marché d'un concurrent[2].

770. Certains auteurs ont cependant fait valoir que les inconvénients et les possibles effets pervers des différents critères de coût et de comportement rendaient préférable une approche bâtie un bilan concurrentiel[3].

771. **Bilan concurrentiel.** Un auteur, après avoir montré que la règle d'Areeda et Turner centrée sur les coûts de court terme ne conduisait pas toujours à l'allocation efficiente à long terme, laquelle doit selon lui rester l'objectif à atteindre, suggère une approche au cas par cas qui tient compte de plusieurs critères[4]. C'est également ce type d'approche au cas par cas qui

---

[1] O. E. WILLIAMSON, « Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis », *Yale L. J.*, 1977, p. 284, pp. 297-302, cité par OCDE, *Predatory Pricing*, préc., note 39. L'auteur propose de combiner ce critère avec un critère de coût, les prix devant couvrir le coût moyen total de long terme. Pour une recension des critiques adressées à ces propositions, V. OCDE, *Predatory Pricing*, préc., p. 22 et s.

[2] W. BAUMOL, « Quasi-Permanence of Price Reductions : A Policy for Prevention of Predatory Pricing », *Yale L. J.*, 1979, p. 1. L'auteur propose une exception en cas de changement dans les coûts ou les caractéristiques de la demande.

[3] Les effets pervers sont de deux sortes : soit le critère est trop strict et laisse passer des comportements prédatoires (reproche adressé au critère du coût variable moyen), soit il est trop large et conduit à la sanction de comportements innocents.

[4] F. M. SHERER, « Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment », *Harvard L. Rev.*, 1976, p. 869, cité par OCDE, *Predatory Pricing*, préc., propose de retenir les critères suivants : l'efficience comparée des entreprises présentes sur le marché ; l'échelle efficiente minimale de production (cette notion désigne la quantité minimale qu'il faut pouvoir écouler afin de bénéficier des économies d'échelles propres au secteur ; en présence d'économies d'échelle, il peut en effet ne pas être rentable pour une entreprise d'entrer sur un marché si, par exemple en raison des contrats de long terme déjà conclus, elle ne peut espérer conquérir qu'une part de marché faible) ; l'effet de l'entreprise dominante sur la frange concurrentielle ; la présence d'une réduction de production par l'entreprise dominante et l'efficience des unités de production créées.

avait été recommandé à la Commission[1]. L'auteur relevait que la question de savoir si le prédateur essuie des pertes importe peu. Ce qui compte, expliquait-il, c'est, d'une part, la possibilité pour lui de compenser d'éventuelles pertes soit immédiatement (par des subventions croisées), soit à terme (en exerçant un pouvoir de marché accru) et, d'autre part, l'existence de facteurs qui dissuadent l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché[2]. L'auteur formulait ses propositions à l'aide d'un nouveau concept, « la valeur d'entrée », qui traduit l'attractivité du marché pour un nouveau concurrent[3]. Il concluait que, lorsqu'il y a place pour un nouvel entrant sur un marché, l'entreprise dominante ne devrait pas être autorisée à mettre en œuvre une stratégie qui dissuade l'entrée sur ce marché[4]. C'est surtout la première partie de sa proposition qui a été retenue, à travers le critère de la récupération des pertes.

772. **Critère de récupération des pertes.** La récupération des pertes ne doit pas être comprise comme un critère autonome de la prédation, mais comme un critère intervenant en combinaison avec d'autres. La justification de ce critère réside dans la difficulté qu'il y a à prouver la prédation au regard des critères de coût. Eu égard aux incertitudes qui entourent ces critères et à leurs difficultés d'application, il est en effet sage de s'assurer, à titre préalable, que la prédation est *possible* dans le marché considéré. Or, la prédation n'est vraisemblable que si l'entreprise suspectée de la pratiquer peut raisonnablement espérer récupérer, dans un second temps, les pertes engendrées par la première phase de la prédation. Cela ne se peut, soulignent les partisans de ce critère, que si le marché dont une entreprise risque d'être évincée est protégé par des barrières à l'entrée[5]. En effet, dans le cas contraire, un autre concurrent pourrait surgir dès que le prédateur augmente ses prix, ce qui l'empêcherait de jamais compenser ses pertes.

773. Devant cette multitude de propositions doctrinales sur la meilleure manière de caractériser la prédation, les juges communautaires et français ont opté pour une approche qui

---

[1] L. PHLIPS, *Predatory Pricing*, Office des publications des communautés européennes, Luxembourg, 1987.

[2] L. PHLIPS, *op. cit.*, p. 53.

[3] La « valeur d'entrée » est définie comme la différence entre la somme actualisée des profits futurs et les coûts irrécupérables d'entrée. Une valeur positive correspond à une situation ou l'entrée se présente comme rentable pour un nouveau concurrent.

[4] Dans les termes de l'auteur, l'abus serait constitué si le comportement du prédateur a rendu négative une valeur d'entrée qui était positive dans des conditions normales de concurrence. Pour les besoins du test, la concurrence normale est assimilée à la situation où prévaut un prix d'oligopole non collusif (équilibre de Nash). L. PHLIPS, *Predatory Pricing,* préc., pp. 68-69.

[5] En ce sens, R. RAPP, « Predatory pricing and entry deterring strategies : the economics of AKZO », *ECLR*, 1986, pp. 233-240, p. 234.

n'est ni la moins critiquée, ni la plus simple à mettre en œuvre[1], mais qui présente l'avantage de reposer sur un raisonnement économique simple[2].

2. Le test de qualification consacré par l'arrêt *AKZO*

774. À l'occasion de l'affaire *AKZO*, la Cour a opéré un choix nécessaire sur les critères de qualification des prix prédatoires. Dans la décision ayant donné lieu à cette affaire, la Commission soulignait que les critères de coûts n'étaient pas les seuls possibles et faisait valoir qu'il serait réducteur de les appliquer mécaniquement[3]. Les juges ont cependant opté pour un test double fondé sur des critères de coûts, inspiré du test proposé par Areeda et Turner.

775. **Réception du critère d'Areeda et Turner.** Dans son arrêt *AKZO*[4], le premier à traiter de l'application de l'article 82 CE à des prix prétendument prédatoires, la Cour de justice a consacré une règle double, dont la première branche est directement inspirée des propositions de critères de coûts des professeurs Areeda et Turner[5]. En effet, la Cour a considéré, en premier lieu, qu'il y avait abus dans le cas où les prix pratiqués par une entreprise dominante sont inférieurs à la moyenne de ses coûts variables[6]. Si ce critère est rempli, il s'agit d'un fait suffisant à la qualification d'abus. Sur ce point, la motivation de l'arrêt reprend très précisément l'argumentation d'Areeda et Turner[7]. La Cour expose qu'« [u]ne entreprise dominante n'a en effet aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des

---

[1] Telle est notamment l'opinion qui fut exprimée à la fois par D. SPECTOR et F. JENNY lors du séminaire « prix prédateurs », DP concurrence, 7 juin 2001. En ce sens aussi : R. RAPP, « Predatory Pricing and Entry Deterring Strategies : The Economics of AKZO », *ECLR*, 1986, pp. 233-240, spéc. p. 238, pense qu'il serait « difficile de trouver, sur l'une ou l'autre rive de l'Atlantique, un commentateur sérieux qui propose que le test de coût (d'Areeda et Turner) soit utilisé comme un test *per se* de prédation ». Traduction libre.

[2] R. O'DONOGHUE et J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, chap 6, pensent que l'adoption de ce test s'explique probablement par le fait qu'il est le plus facilement compris par les juristes.

[3] Décision 85/609/CEE de la Commission du 14 décembre 1985, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.698 – ECS/AKZO Chemie), JOCE L 374, p. 1, considérants 76 à 78. Cette position de la Commission est approuvée par P. SMITH, « The Wolf in Wolf's clothing : The Problem with Predatory Pricing », *ECLR*, 1989, pp. 208-222, spéc. p. 215.

[4] Arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359.

[5] *Supra* n° 766.

[6] *AKZO*, préc., point 71.

[7] *Supra* n° 766 et s.

coûts fixes, et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite »[1]. En second lieu, la Cour envisage une autre hypothèse moins évidente de prix prédateurs et dit pour droit que « des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent »[2].

776. **Autonomie du test jurisprudentiel.** À la différence du premier critère (coût variable moyen), qui est à lui seul décisif, le second critère de coût (coût totaux moyens) fonctionne comme un indice, qui doit être corroboré par une preuve de l'intention (le plan d'élimination). Ici, l'influence doctrinale est moins nette, car, si le test double consacré par la Cour de justice ressemble à celui proposé par certains auteurs économistes[3], il s'en écarte sur un point décisif[4]. Il avait en effet été proposé de considérer comme prédatoires les prix supérieurs aux coûts variables moyens mais inférieurs aux coûts totaux moyens *lorsqu'ils ne sont pas justifiés par une circonstance particulière*[5]. Tout en conservant les deux seuils de coûts, la Cour modifie doublement la portée du second critère. En premier lieu, la charge de l'allégation ne pèse pas sur la même partie : la règle adoptée par la Cour, au lieu d'associer à ce critère une charge d'allégation autonome pesant sur l'entreprise suspectée d'abus[6], fait jouer à ce critère le rôle de déclencheur d'une charge d'allégation complémentaire pesant sur la partie qui prétend que l'abus est constitué. En second lieu, la charge d'allégation n'a pas le même objet : au lieu de porter sur les circonstances objectives qui justifieraient la pratique de prix réduits, elle porte sur l'intention, par définition subjective, de l'entreprise dominante. Ce second point soulève la question des critères qui doivent être considérés comme pertinents en

---

[1] *AKZO*, préc., point 71.

[2] *AKZO*, préc., point 72.

[3] P. JOSKOW et A. KLEVORICK, « A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy », *Yale L. J.* 1979, p. 213, cité par OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc., p. 22.

[4] Sur ce point, L. M. HINOJOSA MARTINEZ, « Predatory Pricing Literature under European Competition Law: the AKZO Case », *LIEI*, 1993/2, pp. 95-128.

[5] Il peut s'agir notamment de limiter les pertes, d'écouler un stock périssable ou d'une offre de lancement. Pour de plus amples développements sur les circonstances exonératoires en matière de prix d'éviction, V. R. O'DONOGHUE, « Over-regulating Lower Prices : Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC » *in* C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds), *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of a Dominant Position ?*, préc. p. 411 et s.

[6] Le critère négatif d'absence de justification conduirait en effet à faire peser la charge de la preuve (d'une justification) sur l'entreprise soupçonnée d'abus.

complément des critères de coûts, que tous les auteurs s'accordent à considérer comme insuffisants[1]. Cette question a donné lieu à de nombreuses discussions.

777. Le critère de l'intention, retenu par la Cour, est défendu par ceux qui pensent que les dirigeants d'entreprises sont mieux placés que quiconque pour savoir si une stratégie d'éviction a des chances de succès. Dans cette perspective, et dès lors qu'on suppose ces dirigeants rationnels, leur intention apparaît comme un critère plus fiable que des analyses tendant à établir que la récupération des pertes est objectivement possible[2]. À l'inverse, le critère de l'intention est critiqué pour deux raisons. La première tient à la difficulté avec laquelle on peut distinguer l'intention d'exclure un concurrent de l'intention légitime de prévaloir sur ses concurrents[3] . La seconde est liée au caractère manipulable de la preuve. En effet, une entreprise bien conseillée sera moins susceptible qu'une autre d'employer dans des documents internes des termes guerriers et potentiellement incriminants à propos de ses concurrents[4]. Les preuves risquent donc de faire défaut non en raison de l'innocence d'une entreprise, mais en raison de son astuce. La recherche d'autres critères que l'intention pour compléter les critères de coûts reste donc un sujet d'étude pour la doctrine[5].

778. **Conclusion du A.** La définition jurisprudentielle de la charge de l'allégation en matière de prix prédatoires s'appuie donc très nettement sur la doctrine économique quant aux critères de coût, tout en s'en écartant en ce qui concerne les critères complémentaires. Le cadre d'analyse économique cristallisé dans la règle jurisprudentielle est cependant aujourd'hui remis en cause et le juge doit à nouveau faire face à la critique économique.

B. Le juge face à la remise en question du test économique

779. Lorsque l'analyse économique d'un phénomène comme la prédation évolue, cela peut conduire les commentateurs à remettre en cause le test admis par la jurisprudence. Cependant, du point de vue du juge, il n'est pas suffisant de reconnaître la pertinence d'un argument

---

[1] En ce sens R. RAPP, « Predatory Pricing and Entry Deterring Strategies : the Economics of AKZO », *ECLR*, 1986, pp. 233-240, p. 238.

[2] OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc., p. 76.

[3] V. OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc. pp. 76 et 77, et les auteurs cités. *Adde* : R. O'DONOGHUE, *op. cit.*, p. 371-426, p. 414.

[4] R. POSNER, *Antitrust Law : An Economic Approach*, 1976, pp. 189-190. La Cour suprême des États Unis s'est rangée à ces arguments et a considéré que l'intention n'était pas un bon critère de qualification dans l'affaire *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp*., 509 U.S. 209, 113 (1993). *Adde* : R. O'DONOGHUE et J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, préc, n° 6.4.5.

[5] V. p.e. E. ELHAUGE, « Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power », *Yale L. J.*, 2003, pp. 681-827.

économique. Le juge doit aussi se demander *comment* en tenir compte. Ajouter un nouveau fait pertinent à la charge de l'allégation n'est ni la seule manière de procéder ni toujours la meilleure. C'est pourquoi le point de vue du juge sur la remise en question d'un test de qualification comme celui de la prédation (1) appelle un questionnement sur les différentes techniques qui sont à sa disposition pour intégrer un argument économique (2).

1. Le point de vue du juge sur la remise en question du test de la prédation

780. Le test jurisprudentiel des prix prédatoires est remis en cause sur plusieurs plans. On ne reviendra pas sur l'analyse stratégique de la prédation, qui a déjà été présentée[1]. Une seule critique retiendra ici notre attention. Tous les auteurs s'accordent pour considérer que la prédation se déroule toujours en deux phases. Au cours de la première, le prédateur consent des pertes, qu'il doit ensuite récupérer, faute de quoi le comportement ne mérite pas d'être puni, puisqu'il aura profité aux consommateurs. La récupération des pertes est donc une *condition nécessaire* à la réussite de la prédation et au préjudice du consommateur. De ce raisonnement simple, il paraît aisé de conclure que le juge devrait prendre en considération la récupération des pertes dans la qualification de prédation. Mais comment ? Il convient de souligner que, contrairement peut-être à ce que l'on pourrait penser, ce n'est pas parce qu'un raisonnement économique identifie une condition nécessaire que la meilleure manière pour le juge de tenir compte de ce raisonnement consiste à le traduire en un *fait juridiquement nécessaire*. Il existe en effet *différentes techniques d'intégration d'un argument économique* relatif à une condition nécessaire.

2. Les différentes techniques d'intégration d'un argument économique à la disposition du juge

781. Le raisonnement économique qui vient d'être présenté est susceptible de plusieurs traductions juridiques, comme l'illustre la comparaison entre l'attitude du juge français et celle du juge communautaire. En effet, la Cour d'appel de Paris a jugé, dans une affaire où la prédation était alléguée, que, eu égard au caractère improbable d'une hausse des prix suite à l'épisode de prédation, aucune atteinte à la concurrence ne pouvait être établie[2]. En d'autres termes, la prédation ne saurait être établie en l'absence de possibilité sérieuse de récupération.

---

[1] Les trois types de prédation identifiés par l'analyse stratégique (stratégie de réputation, stratégie de leurre et prédation financière) ont été présentés *supra* n° 681 et s.

[2] Paris, 1ère ch., sect. H, 20 novembre 2001, *Française des jeux*, BOCCRF n° 2, du 31 janvier 2002. En ce sens aussi que la possibilité de récupération est une condition nécessaire : décision du Conseil de la concurrence n° 04-D-10 du 1er avril 2004, *UGC*, point 45.

La possibilité de récupération est donc, pour la Cour d'appel de Paris, un élément de la qualification de prédation. En revanche, la Cour de justice, tout en ne tranchant pas la question en principe, a jusqu'ici refusé d'ériger la récupération en fait nécessaire à la qualification[1], et ce à la différence de la Cour suprême des États-Unis[2]. L'analyse de la prédation qui met en avant la récupération n'est donc pas prise en considération de la même manière par tous les juges. Cela n'a rien d'étonnant, car la question de savoir comment le juge devrait donner effet à l'analyse économique n'a pas de réponse évidente. Les différentes propositions formulées à ce sujet peuvent s'ordonner autour d'une distinction : la récupération peut être traitée soit comme un élément autonome de la qualification, soit comme un élément subordonné à l'appui d'un autre élément d'allégation, à savoir l'intention prédatrice. Dans la première hypothèse, la récupération est traitée comme un fait nécessaire (b) et l'on peut se demander s'il convient qu'il puisse bénéficier d'une dispense d'allégation (c). Dans la seconde hypothèse, la récupération est traitée comme un élément de preuve (d). Le juge a donc le choix des moyens pour intégrer l'argument économique à la démarche de qualification (e). Quel que soit son choix sur le statut de l'argument, il sera nécessaire de se demander quels faits sont pertinents pour apprécier la possibilité de récupération (f). Avant d'envisager ces différents points, une distinction préalable est nécessaire, entre la récupération effective et la possibilité de récupération (a).

a) Distinction préalable : la récupération effective et la possibilité de récupération.

782. **Possibilité appréciée *ex ante.*** La récupération effective se distingue de la simple possibilité de récupération. La première ne peut être constatée qu'*a posteriori*, tandis que la seconde peut être appréhendée (avec un risque d'erreur) *a priori*. Il s'agit donc de deux objets d'allégation bien distincts. La récupération effective peut être un fait pertinent dans le contentieux de l'indemnisation, lorsqu'il s'agit de savoir si le comportement a causé un dommage certain et actuel. En revanche, ce n'est pas, dans l'analyse économique, un fait pertinent pour l'appréciation de l'infraction de prédation[3]. En effet, c'est la seule *possibilité* de

---

[1] Arrêt de la Cour du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94, Rec. p. I-5951, point 44, discuté ci-après.

[2] *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

[3] O'DONOGHUE et PADILLA, *Law and Economics of Article 82,* préc. soulignent que le critère de la récupération effecive conduirait notamment à exclure deux types d'hypothèses dans lesquelles la prédation peut être néfaste, alors même que les pertes ne seraient pas recouvrées, à savoir, d'une part, le cas où le prédateur a acquis au prix de ses pertes sèches une réputation d'agressivité, qui pourra avoir un effet sur d'autres marchés,

récupération, telle qu'elle apparaît *ex ante* à l'entreprise, qui est une condition nécessaire à l'existence d'une pratique (ou tentative) de prédation. Le raisonnement qui sous-tend cette conclusion est le suivant : en l'absence perçue de possibilité de récupération, une entreprise rationnelle ne s'engagera pas dans une telle stratégie de pure perte[1].

783. C'est à la lumière de cette distinction que doivent être analysées les considérations relatives à la récupération dans l'arrêt *Tetra Pak*[2]. Dans cet arrêt, répondant au moyen selon lequel la Commission aurait dû prouver la possibilité de récupération, la Cour de justice juge que, « dans les circonstances de la présente espèce, il ne serait pas opportun d'exiger en outre, à titre de preuve supplémentaire, qu'il soit démontré que Tetra Pak avait une chance réelle de récupérer ses pertes. L'objet recherché, qui est de préserver une concurrence non faussée, ne permet pas d'attendre qu'une telle stratégie aboutisse à l'élimination effective des concurrents »[3]. L'expression « chance réelle » est ambiguë. Si la Cour a voulu dire qu'il n'y a pas lieu d'exiger la preuve de la *possibilité* de récupération, parce que cela supposerait d'attendre que le dommage soit réalisé, ce passage contient une confusion, car le dommage dépend de la récupération *effective* et non de sa simple possibilité *a priori*. Or, évaluer la possibilité de récupération *ex ante*, c'est-à-dire au moment de la conception de sa stratégie par l'entreprise, ne nécessite ni d'attendre que le comportement soit mis en œuvre, ni, *a fortiori*, qu'il soit couronné de succès. Si, en revanche, la Cour a voulu dire qu'elle refusait d'ériger en objet obligatoire d'allégation la récupération effective des pertes, la justification avancée est pleinement pertinente. Une clarification sur ce point serait bienvenue.

784. Une fois admis qu'il n'y a pas lieu, aux fins de la qualification d'abus, d'exiger la preuve de la *récupération effective*, demeure néanmoins la question de savoir s'il conviendrait que le juge érige la *possibilité de récupération*, appréciée *ex ante*, en fait nécessaire.

b) La possibilité de récupération envisagée comme fait nécessaire

785. **Proposition doctrinale.** Le juge devrait-il ériger la possibilité de récupération, fait objectivement nécessaire à la prédation, en fait juridiquement nécessaire à la qualification correspondante ? Certains auteurs le pensent. Ainsi, une récente étude de l'OCDE affirme

---

et, d'autre part, le cas où le concurrent n'est pas exclu, mais discipliné, l'épisode de baisse des prix débouchant sur un prix d'oligopole.

[1] A. PERROT, « Les pratiques de prix bas sont-elles anticoncurrentielles ? », *RLC*, 2006/8, n° 613, p. 155.

[2] Arrêt de la Cour du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94, Rec. p. I-5951.

[3] *Tetra Pak/Commission*, préc., point 44.

qu'il serait judicieux de considérer, à l'instar de la Cour suprême des États-Unis[1], que la possibilité objective de récupération des pertes doit faire l'objet d'un examen préalable à la mise en œuvre du test de qualification[2]. Selon les tenants de cette opinion, cet examen doit être compris comme une vérification liminaire de la dangerosité potentielle du comportement prétendument prédatoire. « Contrairement aux tests de la relation prix-coûts, le test de récupération des pertes n'est pas utilisé pour déterminer s'il y a effectivement éviction par les prix »[3], mais pour déterminer s'il est utile d'examiner en détail une allégation de prédation[4]. La recommandation s'adresse donc en priorité aux autorités de concurrence. C'est un filtre qui permet de distinguer les affaires qui méritent le plus d'attention.

786. **Point de vue du juge.** Pour autant, la proposition peut aussi être transposée au jugement. Elle consiste à suggérer au juge d'examiner les prétentions relatives aux prix d'éviction en commençant par la question suivante : « même si les allégations de prédation étaient vérifiées, y aurait-il un risque que les consommateurs en souffrent ? » (compte tenu du fait qu'ils ne souffrent qu'en cas de récupération effective)[5]. L'attrait de cette proposition tient au fait que le critère suggéré permet d'exclure la qualification de prédation sans qu'il soit nécessaire d'examiner les données de coûts, toujours sujettes à controverses[6]. L'adoption de ce critère négatif de qualification permet donc de faire un premier tri et d'écarter les

---

[1] *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio*, 475 U.S. 574 (1986). *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Corp*., 509 U.S. 209 (1993).

[2] OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc., p. 12, et p. 70 et s. et références citées. *Adde* : S. HEMPHILL, « The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analysis », *Stanford L. Rev.*, 2001, p. 1587. H. CALVET, « Abus de position dominante : plaidoyer pour le bien-être du consommateur », *RLC*, 2005, n° 4, pp. 131-138, Étude n° 337, p. 134.

[3] OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc., p. 70.

[4] La doctrine américaine parle de « filtre structurel » (c'est un critère d'analyse structurelle du marché qui opère le filtrage). Sur ce point, P. BISHOP, « L'expérience américaine », *in Le prix prédateur comme obstacle à la concurrence*, Atelier de la Concurrence du 17 novembre 1999, *Rev. Conc. Conso*., 2000, n° 113, pp. 15-18.

[5] Pour un exemple de cet usage du test de récupération, V. *AA Poultry Farms*, 881 F.2d, p. 1401, cité par C. S. HEMPHILL, « The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses », *Stanford L. Rev.*, 2001, vol. 53, pp. 1581-1612, p. 1589. Comme le souligne le rapport de l'OCDE, *Predatory Foreclosure*, *loc. cit.*, cette proposition résulte directement d'un parti pris sur les objectifs du droit de la concurrence. C'est dans une vision où l'objectif de sauvegarde de l'intérêt du consommateur est considéré comme primordial que cette proposition se justifie.

[6] Pour une entreprise multiproduits, l'allocation des coûts communs à un produit particulier, nécessaire lorsque c'est ce produit qui est en cause, ne peut pas se faire sans un certain arbitraire. De même, la distinction entre coûts fixes et coûts variables suppose de clarifier la période de référence, ce qui nécessite un choix délicat. Sur les difficultés de calcul des coûts en matière de prix prédateurs, V. R. DEMEESTERE, « La détermination des coûts en comptabilité et contrôle de gestion » *in Le prix prédateur comme obstacle à la concurrence*, Atelier de la Concurrence du 17 novembre 1999, *Rev. conc. conso*., 2000, n° 113, pp. 21-23. F. JENNY, Séminaire DP Concurrence, 7 juin 2001. Une autre possibilité consiste à envisager le critère de la possibilité de récupération en conjonction avec un test de coûts, pour examiner les cas qui se trouvent dans la « zone grise » de prix supérieurs aux coûts variables moyens, mais inférieurs aux coûts totaux moyens. D'après B. BISHOP, *op. cit.*, p. 16, certaines juridictions américaines ont utilisé le critère de cette manière.

allégations de prédation manifestement infondées, ce qui revêt un intérêt non seulement pour les autorités de concurrence[1], mais aussi pour le juge du fond à qui il est demandé d'appliquer l'article 82 CE (ou L 420-2 C. com.).

787. **Risque d'effet pervers.** Cependant, le fait de traiter la possibilité de récupération comme un fait nécessaire risque de conduire à un filtrage trop drastique, notamment en raison des difficultés de preuve. Le risque de rejeter à tort des allégations de prédation semble corroboré par l'expérience américaine. En effet, depuis que la Cour suprême des États-Unis a exigé l'analyse préalable de la possibilité de récupération, aucune allégation de prix prédatoire n'aurait été admise pendant plusieurs années[2]. En dépit de la motivation ambiguë de l'arrêt *Tetra Pak* sur ce point, la réticence du juge communautaire peut donc se justifier d'un point de vue de politique jurisprudentielle.

788. **Question ouverte.** La discussion sur l'opportunité d'une consécration de la possibilité de récupération comme fait nécessaire n'est pas close. La Cour de justice, loin d'ériger son refus en principe, a soigneusement évité les formules générales dans l'arrêt *Tetra Pak*[3]. Cette ouverture a par ailleurs permis à l'avocat général Fennelly de considérer, dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Compagnie maritime belge*, que l'exigence de récupération devait être incluse dans le test de qualification de la prédation, ajoutant que ce critère était, selon lui, déjà contenu implicitement dans l'arrêt *AKZO* et logiquement impliqué par la définition de l'abus donnée par l'arrêt *Hoffmann-La-Roche*[4]. La discussion a du reste été rouverte par l'affaire *Wanadoo*, dans laquelle l'arrêt du Tribunal est attendu[5].

---

[1] Un telle analyse a été mise en œuvre dans la décision n° 05-D-53 du Conseil de la concurrence du 6 octobre 2005 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des espaces publicitaires du réseau des transports en commun urbains. L'absence de possibilité de récupération est un élément supplémentaire en défaveur de la prédation. De même, dans sa décision du 21 décembre 2001, *Wanadoo*, COMP/38.233, la Commission s'est livrée à une analyse de la possibilité de récupération. R. O'DONOGHUE et J. A. PADILLA, *op. cit.*, citent aussi en ce sens la décision 2000/2 du tribunal suédois de la concurrence du 1er février 2000, *Statens Järnvägar/Konkurrenverket & BK Täg AB*. V. également la synthèse de la table ronde de l'OCDE consacrée à la prédation en 2005, *op. cit.*, p. 12. La rédaction de ce passage ne permet pas de savoir si l'affirmation selon laquelle « le critère de récupération des pertes devrait être utilisé systématiquement dans les affaires concernant la pratique de prix d'éviction » est celle du secrétariat ou celle de l'ensemble des délégués nationaux.

[2] C. S. HEMPHILL, « The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses », *Stanford L. Rev.*, 2001, vol. 53, pp. 1581-1612, spéc. p. 1585-1986 et références citées. Cependant, cet effet n'est peut-être pas dû à l'exigence qu'une possibilité de récupération soit établie, mais à la manière dont les juges américains évaluent cette possibilité, *op. cit.*, pp. 1589 et s.

[3] *Tetra Pak*, point 44, préc.

[4] Conclusions de l'avocat général Fennelly sous l'arrêt de la Cour du 16 mars 2000, Compagnie maritime Belge Transport e.a./Commission, Rec. p. I-1442, point 136.

[5] France Télécom/Commission, T-340/03 (pendante). Les arguments présentés par Wanadoo en faveur de l'inclusion de la possibilité de récupération des pertes dans la charge d'allégation pesant sur la Commission sont

789. Si la possibilité de récupération devait être considérée par le juge comme un fait nécessaire, il y aurait lieu de se demander dans quelle mesure il conviendrait, notamment au regard des inconvénients potentiels de la solution, que cet élément générateur fasse l'objet d'une dispense d'allégation.

c) La possibilité de récupération comme objet de dispense d'allégation

790. **Avantage de la solution.** Si le juge, tout en faisant de la possibilité de récupération un « élément générateur » de la qualification de prédation, accordait une dispense d'allégation, cela permettrait d'éviter que l'insertion du raisonnement économique dans la démarche de qualification ne nuise à l'efficacité de la répression. En effet, la partie qui allègue la prédation, qu'il s'agisse d'une autorité de concurrence ou d'une entreprise victime, ne serait alors pas déboutée du seul fait qu'elle n'est pas en mesure de formuler des allégations précises sur ce point. Pour autant, une dispense n'aurait pas pour effet de rendre la démarche de qualification hermétique à l'analyse économique. En effet, la possibilité de récupération pourrait toujours être prise en considération, mais il appartiendrait au défendeur, c'est-à-dire à l'entreprise soupçonnée de prédation, de provoquer le débat sur ce point[1]. Celle-ci devrait invoquer *l'impossibilité* de récupérer ses pertes pour démontrer qu'elle n'a pas commis d'abus. Cette proposition revient à faire entrer l'argument économique dans ce que Motulsky appelle la « charge de la réfutation »[2]. Cette solution nous semble conforme à la fonction de l'argument de la récupération, qui vise à éviter de condamner à tort des comportements qui présentent des similitudes avec la prédation tout en obéissant à une autre logique. Il s'agirait, en somme, de laisser à celui à qui le doute doit profiter le soin de l'invoquer.

791. **Inconvénient et solution.** Le fait de prendre en considération la possibilité de récupération des pertes seulement à ce stade du raisonnement pourrait avoir un inconvénient lié au fait qu'il est naturel de n'examiner les arguments en défense qu'après avoir constaté que, en première analyse, l'allégation d'abus est solide. Or, comme il a été dit plus haut, l'une des vertus de l'analyse de la possibilité de récupération est qu'elle peut constituer un filtre, ce qui suppose qu'elle soit examinée à titre liminaire. Rien ne prescrit cependant au juge

---

repris dans H. CALVET, « Abus de position dominante : plaidoyer pour le bien-être du consommateur », *RLC*, 2005, n° 4, n° 337.

[1] Motulsky relève que, en présence d'une dispense, « le défendeur *a intérêt* à s'en prendre à l'élément générateur, alors que son adversaire bénéficie à l'égard de ce dernier, d'une dispense », *Principes*, n° 110 p. 120, souligné dans l'original.

[2] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 110, p. 119.

d'examiner les arguments dans un ordre déterminé[1]. Du reste, on constate fréquemment que les juges n'hésitent pas à examiner les moyens dans un ordre inhabituel si cela permet une économie de motivation[2]. Dès lors, il suffirait que les juges soient conscients de l'intérêt qu'il y a à examiner en premier l'allégation d'impossibilité de récupérer les pertes. Moyennant ces précisions, il sous semble conforme à la logique de l'argument économique que le juge traite la possibilité de récupération comme un élément générateur de la prédation, tout en l'assortissant d'une dispense, ce qui revient à en faire un élément de la charge de la réfutation.

792. Une autre manière pour le juge d'intégrer le raisonnement économique dans la démarche de qualification est cependant envisageable. Elle consiste à traiter la possibilité de récupération non comme un fait nécessaire autonome, mais comme un élément de preuve de l'intention, considérée, quant à elle, comme un fait nécessaire de l'abus par prédation.

d) La possibilité de récupération envisagée comme preuve de l'intention

793. **Récupération et volonté.** Comme on l'a vu, la proposition selon laquelle la possibilité de récupération est une condition nécessaire repose sur l'hypothèse de rationalité économique[3]. Une entreprise rationnelle ne s'engagera pas dans une telle stratégie de pure perte. Elle ne se lancera donc dans une stratégie de prédation que si elle perçoit (à tort ou à raison) une possibilité de recouvrer ses pertes. En ce sens, la possibilité de récupération, appréciée *ex ante* au regard des caractéristiques du marché, est un indice de la *volonté* de l'entreprise d'exclure des concurrents[4]. En l'absence d'un tel indice, c'est en effet la volonté de l'entreprise de s'engager dans la prédation qui n'est pas crédible[5].

---

[1] Dans l'arrêt *Française des jeux*, préc., la Cour d'appel n'envisage la possibilité de récupération qu'après avoir statué sur l'analyse des coûts.

[2] Sur ce point, V. arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, Commission e.a./TF1, C-302/99P et C-308/99P, Rec. p. I-5603, points 25 à 28. Dans cet arrêt, la Cour admet que le Tribunal pouvait statuer sans se prononcer sur la recevabilité du recours, compte tenu de l'ordre dans lequel les questions étaient examinées (non lieu à statuer examiné en premier, alors que cet examen vient en principe après celui de la recevabilité).

[3] *Supra* n° 782.

[4] A. PERROT, « La baisse des prix : pratique concurrentielle ou anti-concurrentielle ? », *RLC*, 2006/8, n° 613, p. 156.

[5] Tous les auteurs qui recommandent de considérer la possibilité de récupération comme un fait nécessaire ne semblent cependant pas l'avoir compris. P.e. A.VANDENCASTEELE et D. WAELBROECK, « Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation ? Quelques commentaires à propos du document de travail de la Commission européenne relatif à l'application de l'article 82 aux abus de monopolisation », *RIDE*, 2006, pp. 87-121, p. 105, considèrent qu'« il est essentiel que la capacité de récupération des pertes de l'entreprise dominante soit examinée comme *une condition préalable nécessaire* des prix prédateurs abusifs » (souligné dans l'original), tout en affirmant (p. 106) « qu'il est difficile de voir en quoi "l'intention" poursuivie par l'entreprise dominante devrait jouer un rôle plus que marginal et secondaire dans l'analyse des prix prédateurs (ou à vrai dire pour tout "abus" quel qu'il soit) ».

794. **Raisonnement déjà admis.** Dès lors, il paraît conforme à la nature de l'argument économique de prendre en considération la possibilité de récupération dans le cadre de l'examen de l'intention[1]. Le raisonnement serait alors de même nature que celui qui justifie le critère des prix inférieurs aux coûts marginaux. Dans les deux cas, en effet, l'intention prédatrice est inférée à partir du comportement en cause sous l'hypothèse de rationalité : c'est parce que des prix inférieurs au coût marginal ne peuvent que traduire une intention d'exclure les concurrents qu'ils sont considérés comme un fait suffisant. De même, c'est parce que, en l'absence de possibilité de récupérer les pertes, la vente à perte ne peut avoir pour but que l'éviction qu'elle indique une volonté prédatrice. La possibilité de récupération appréciée *ex ante* peut donc être considéré comme un élément de preuve de l'intention rationnelle de l'entreprise[2].

795. **Objet de preuve subsidiaire.** Si l'objet d'allégation est l'intention et non la possibilité de récupération, il en découle que la possibilité de récupération doit être considérée comme un objet de preuve subsidiaire. En effet, si l'intention est prouvée par d'autres moyens, que ce soit par une présomption ou par des documents exposant la stratégie de l'entreprise saisis dans ses locaux, il n'y a pas lieu d'exiger de l'autorité qu'elle démontre que la stratégie était bien rationnelle pour l'entreprise. Ce serait lui imposer une charge de preuve redondante[3]. Par ailleurs, cela reviendrait à faire de l'irrationalité éventuelle du comportement une circonstance exonératoire, ce qui n'a pas lieu d'être. Il convient donc de souligner que c'est uniquement faute d'autres preuves de l'intention que l'autorité de concurrence devra s'appuyer sur un raisonnement économique pour satisfaire à la charge d'allégation et de preuve qui pèse sur elle. Elle cherchera alors à démontrer que les caractéristiques du marché rendaient raisonnable l'espoir de récupération des pertes et, partant, rationnelle et vraisemblable la stratégie de prédation. Dans cette perspective, le raisonnement économique fournit donc à l'autorité de concurrence un *moyen de preuve* supplémentaire pour étayer l'allégation d'une intention prédatrice ; il ne suggère pas au juge d'exiger une allégation supplémentaire.

796. La présente discussion montre qu'il existe, pour le juge, plusieurs techniques distinctes lui permettant d'intégrer un même argument économique dans la démarche de qualification. Il doit donc faire un choix.

---

[1] Ou, pour reprendre la terminologie de l'article L 420-2 du code de commerce, de « l'objet ».

[2] Sur le critère de l'intention dans la qualification d'abus plus généralement, V. *supra* n° 103.

[3] Sur le principe de non-redondance, V. *supra* n° 732.

e) Le choix du juge entre différents moyens d'intégration du raisonnement économique

797. Le juge a le choix des moyens s'il veut intégrer le raisonnement économique à la démarche de qualification de la prédation. Il peut faire de la possibilité de récupération un fait nécessaire et, dans ce cas, il nous paraît justifié qu'il accorde une dispense d'allégation, laissant ainsi à l'entreprise soupçonnée de prédation la charge de l'invoquer. Il peut aussi traiter la possibilité de récupération comme un élément de preuve de la volonté de prédation. Dans ce cas, c'est à l'autorité de concurrence – et, plus généralement, au demandeur à l'allégation de prédation – qu'il reviendra en principe de prouver la possibilité de récupération, si du moins la volonté de prédation n'a pu être établie autrement[1].

798. **Enjeux du choix.** Ces deux solutions ont un point commun : le juge n'exigera pas systématiquement la démonstration de la possibilité de récupération, mais ne le fera qu'en cas de contestation. Les deux solutions diffèrent cependant tant sur un plan théorique que sur un plan pratique. Sur un plan théorique, la première solution consiste à intégrer le raisonnement économique dans *l'interprétation du droit* : une nouvelle décomposition de la notion de prédation est retenue et un nouveau fait générateur (la possibilité de récupération) est consacré. En revanche, la seconde solution permet de prendre en considération le raisonnement économique sur le seul plan de *la preuve*, sans perturber l'analyse de la notion d'abus. Le raisonnement économique est alors rattaché à un élément préexistant de la qualification d'abus : l'intention[2]. La seconde solution ne nécessite donc pas d'évolution jurisprudentielle. Sur un plan pratique, cette solution semble relativement plus favorable que la première à l'autorité de concurrence, ou au demandeur à l'allégation de prédation, car ceux-ci n'auront pas à rapporter la preuve difficile de la possibilité de récupération s'ils peuvent rapporter par d'autres moyens la preuve de la volonté prédatrice. Si l'on admet que la prédation n'est pas un risque théorique[3], c'est là un avantage en termes de politique jurisprudentielle. Il convient en effet de ne pas rendre la tâche de l'autorité de concurrence trop difficile dans la poursuite de ces comportements.

---

[1] Cela résulte du fait que c'est à l'autorité de concurrence (ou au demandeur) d'alléguer les éléments constitutifs de l'abus, dont l'intention. C'est en principe à cette même partie de prouver ce qu'elle allègue si ses allégations sont contestées. Cependant, ce n'est là que la répartition de principe de la charge de la preuve, car il arrive que le juge dissocie la charge de l'allégation et la charge de la preuve, notamment lorsque les éléments de preuve se trouvent en possession de la partie à qui la charge de la preuve n'incombe pas.

[2] Sur l'intention dans l'abus, V. *supra* n° 103.

[3] Notre argument s'appuie sur une « règle d'expérience économique ». Sur cette notion, V. *infra* n° 869 et s.

799. La seconde solution a en outre l'avantage d'être techniquement plus simple à mettre en œuvre que la première. Il n'est en effet pas simple pour le juge de dire dans un même arrêt qu'un élément est ajouté à la définition de la notion de prédation, mais que ce dernier fait l'objet d'une dispense. Cependant, la première solution serait toujours préférable à l'absence totale de prise en considération de l'argument économique relatif à la possibilité de récupération.

800. Quelle que soit la manière dont le juge intégrera la possibilité de récupération dans la définition de la charge de l'allégation ou de la preuve, il pourra être amené à prendre parti sur les faits pertinents pour l'appréciation de la possibilité de récupération.

f) Les faits pertinents pour apprécier la possibilité de récupération

801. L'analyse économique met en avant un certain nombre de facteurs qui rendent vraisemblable la possibilité de récupération[1] et auxquels le juge pourrait avoir égard pour apprécier les preuves qui lui sont soumises sur ce point. Parmi les faits pertinents dégagés par l'analyse économique, on peut distinguer des indices « forts » et des indices « faibles ».

802. **Indices forts[2].** Les indices « forts » constituent des conditions nécessaires de la possibilité de récupération. En premier lieu, la présence de barrières à l'entrée (ou au retour) sur le marché est une condition nécessaire. En l'absence de telles barrières, le prédateur même victorieux sera en effet toujours discipliné par la menace d'entrée de concurrents et ne pourra donc pas augmenter ses prix pour recouvrer ses pertes. En second lieu, des capacités de production excédentaires sont considérées comme nécessaires pour que le prédateur puisse servir la demande supplémentaire qui s'adresserait à lui à raison, d'une part, de l'éviction de ses concurrents et, d'autre part, de la baisse des prix qu'il initie. En troisième lieu, la solidité financière relative est une autre condition indispensable. Le prédateur perd en effet de plus en plus d'argent à mesure qu'il s'approche du succès, puisqu'il en perd sur chaque unité vendue et gagne par ailleurs des parts de marché. Il ne peut donc gagner la guerre financière qu'est la prédation qu'à la condition de disposer de liquidités particulièrement abondantes ou de

---

[1] C. S. HEMPHILL, « The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses », *Stanford L. Rev.*, 2001, vol. 53, pp. 1581-1612, spéc. pp. 1587-15. L'auteur recommande un examen de la possibilité de récupération centré sur des facteurs structurels, à l'exclusion des facteurs de comportement habituellement examinés par les juridictions américaines. Il propose de prendre en compte tous les facteurs structurels dont la pertinence a été mise en lumière par l'analyse économique au cours des 20 dernières années. E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, coll. précis, 2005, 1ère éd., p. 268 et s., regroupe ces facteurs selon trois catégories : l'asymétrie financière, la présence de barrières à l'entrée et l'imperfection de l'information.

[2] Sauf indication contraire, nous nous référons dans ce passage à OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc., p. 71 et s.

facilités de crédit particulièrement solides et, surtout, plus abondantes ou plus solides que celles de ses concurrents. En quatrième lieu, enfin, l'évolution des parts de marché du prédateur allégué et de ses concurrents est un indice décisif, en ce sens que, si les parts de marché du prédateur allégué baissent relativement à celles de ses concurrents, il est raisonnable de considérer qu'aucune exclusion n'est à l'œuvre et qu'aucune récupération ne sera possible[1].

803. **Autres indices.** Une seconde série d'indices comprend les éléments favorables à la récupération, sans qu'ils soient pour autant décisifs. Leur réunion au complet n'est pas considérée comme nécessaire[2], ce en quoi le raisonnement économique rejoint la méthode du faisceau d'indices. Une marque notoire, à laquelle les consommateurs sont attachés, facilite la récupération des pertes pour deux raisons : d'une part, elle permettra d'attirer la clientèle moyennant une baisse de prix plus faible que celle qui aurait été nécessaire en l'absence de marque, ce qui limite l'ampleur des pertes ; d'autre part, l'attachement des consommateurs à la marque facilitera la récupération des pertes, car les consommateurs seront moins sensibles à la hausse des prix. Une faible élasticité de la demande par rapport au prix qui serait due à une autre cause qu'une marque aura le même effet. Deux autres indices sont favorables à la récupération des pertes parce qu'ils jouent en faveur de leur limitation. Les pertes peuvent en effet être limitées de deux manières. La première est liée l'existence de coûts faibles. En ce sens, une efficience supérieure à celle des concurrents est favorable à la récupération. La seconde manière de limiter les pertes consiste à n'en subir que sur certaines ventes. Les rabais sélectifs, offerts par exemple aux seuls clients du concurrent (comme dans l'affaire *AKZO*) constituent de ce fait un autre indice favorable à la récupération. Il en va de même pour les subventions croisées. En effet, il s'agit d'un mode de récupération immédiate des pertes subies sur un produit au moyen des profits faits sur un autre. Enfin, les effets de réputation, quoique difficiles à mesurer, sont susceptibles d'être pris en compte en faveur de la possibilité de récupération[3]. Une entreprise qui a la réputation d'être un prédateur, par exemple parce qu'elle s'est livrée par le passé à ce type de stratégie, que ce soit sur le marché concerné ou

---

[1] OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc., p. 74. *Contra* : Décision de la Commission du 14 juillet 1999 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways), JOCE 2000 L 30 p. 1. La décision est sévèrement critiquée sur ce point par D. RIDYARD, « Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 – An Economic Analysis », *ECLR,* 2002, pp. 286-303, p. 298.

[2] OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc., p. 71.

[3] OCDE*, Predatory Foreclosure*, préc., p. 75.

sur un autre, intimidera ses concurrents par la seule ébauche d'une prédation et pourra dissuader l'entrée alors même que celle-ci serait profitable.

804. **Conclusion du 2.** Les développements qui précèdent ont montré que l'insertion du raisonnement économique dans la démarche de qualification nécessite de la part du juge des choix, non seulement entre différentes propositions doctrinales, mais aussi entre différentes modalités techniques de prise en considération de ces propositions. Lors de ces choix, le juge doit d'abord tenir compte de la logique de l'argument économique, afin de ne pas le dénaturer. Il tiendra aussi compte d'une dimension proprement juridique : certaines options peuvent nécessiter de faire évoluer la jurisprudence, ce qui ne doit jamais être fait à la légère. Enfin, les différentes options peuvent avoir des conséquences juridiques différentes en termes de répartition de la charge de la preuve. Ce sont alors des considérations de politique jurisprudentielle qui joueront.

805. **Conclusion du chapitre 1.** Le raisonnement économique s'invite dans le travail de définition de la charge de l'allégation qui incombe au juge. En effet, les exemples développés dans ce chapitre montrent que l'analyse économique se présente au juge comme une source d'inspiration abondante pour une analyse renouvelée des qualifications juridiques. La doctrine économique attire souvent l'attention du juge sur la pertinence de certains faits non pris en considération par la jurisprudence. À première vue, le juge devrait, s'il voulait tenir compte de ce type de critique, ajouter des éléments à une charge de l'allégation jusque là définie de manière incomplète. Une analyse plus précise conduit cependant à découvrir d'autres techniques qui permettent au juge d'intégrer un raisonnement économique à sa démarche.

806. Le juge dispose principalement de quatre techniques pour donner effet à un argument économique. Il peut, premièrement, comme cela vient d'être évoqué, définir un nouvel *élément* de la qualification et l'ajouter à la charge de l'allégation. Il peut, deuxièmement, définir une *qualification intermédiaire*. Il s'agit alors de consacrer à travers une notion (par exemple le marché ou l'effet de levier) une étape intermédiaire du raisonnement qui mène à la qualification juridique (par exemple l'abus de position dominante). Cette seconde modalité d'intégration du raisonnement économique se distingue de la première en ce que la consécration d'une nouvelle qualification intermédiaire ne suppose pas toujours l'admission de nouveaux éléments de qualification. Il peut s'agir en effet de regrouper d'une manière différente des éléments de qualification déjà reconnus pertinents par la jurisprudence. La qualification est alors modifiée dans sa structure et non dans ses éléments.

807. La troisième technique dont le juge dispose pour intégrer un raisonnement économique est directement liée à ce constat. Elle consiste, pour le juge, à consacrer un *test de qualification*, c'est-à-dire un schéma de raisonnement qui ordonne les éléments de la qualification au moyen de qualifications intermédiaires. Un test peut se présenter sous la forme d'une série de questions auxquelles il faut répondre pour justifier l'application d'une qualification donnée dans un cas d'espèce. La technique du test de qualification est la plus satisfaisante, car, à la différence des deux premières, elle consiste pour le juge à intégrer non les seules conclusions d'un raisonnement économique (selon lesquelles tel fait serait pertinent) mais le raisonnement économique lui-même. Un tel raisonnement expose *en quoi* les différents éléments de faits sont pertinents et *comment* ces éléments s'articulent entre eux.

808. Les tests de qualification consacrés par les juridictions régulatrices permettent d'améliorer la sécurité juridique sans appeler des précisions à l'infini, car ils donnent aux juges du fond le moyen de raisonner par analogie. En outre, un test clair permet au juge de mettre en œuvre un quatrième mécanisme : celui des *dispenses*. Nous avons dit qu'une dispense d'allégation se justifie pour tout fait qui serait redondant avec un fait déjà établi. Cette redondance s'apprécie à la lumière d'un test de qualification : un fait est redondant avec un autre s'il remplit, dans le test de qualification, la même fonction que ce second fait.

809. Les tests de qualification constituent donc une modalité idéale d'intégration du raisonnement économique dans la méthode du juge. Il est cependant très difficile d'élaborer un bon test. À cet égard, les efforts conjugués de la doctrine économique et juridique peuvent être utile au juge. Cependant, quelle que soit la valeur de ces efforts, c'est en dernière analyse au juge de faire le choix d'intégrer ou non les éléments d'analyse économique à sa démarche. C'est à l'étude de ce choix qu'est consacré le chapitre suivant.

CHAPITRE 2. LA DÉCISION DU JUGE D'INSÉRER UN RAISONNEMMENT ÉCONOMIQUE DANS LA DÉMARCHE DE QUALIFICATION

810. **Contexte.** La simple existence d'une manière de raisonner largement diffusée ou énergiquement défendue à propos d'une qualification exerce une influence sur les jugements. Les propositions de la doctrine inspirant les contestations des parties, le juge communautaire ne pourra, par exemple, éviter de prendre parti sur l'affirmation selon laquelle la possibilité de récupération des pertes devrait être prouvée pour que la qualification d'abus de position dominante par prédation puisse s'appliquer. Cet effet de diffusion des propositions doctrinales est incontestable en ce qui concerne le contrôle de légalité, car l'adoption d'un test de qualification par les autorités de concurrence familiarise le juge avec le raisonnement sous-jacent et suscite des contestations nouvelles, lesquelles l'amènent à approfondir son contrôle sur la motivation des décisions. Dans le cas de l'application judiciaire directe du droit de la concurrence, ce mécanisme joue moins et l'on peut penser que la diffusion de l'approche économique est plus lente et nécessite une formation spécifique[1]. Dans tous les cas, cependant, le juge peut faire obstacle à la pénétration de l'approche économique dans l'interprétation du droit.

811. Le pourvoi porté devant la Cour de justice dans l'affaire *British Airways* l'illustre. Les questions de droit soumises à la Cour portaient sur les conditions dans lesquelles des rabais de fidélité accordés par une entreprise en position dominante constituent des abus au sens de l'article 82 CE. La requérante soulignait que la Commission était en train de réviser son approche de l'article 82 CE, notamment en ce qui concerne ce type de pratiques[2]. Mais, comme l'a exposé l'avocat général Kokott dans ses conclusions, non seulement d'éventuelles nouvelles orientations ne sauraient influer sur l'appréciation juridique d'une décision passée, mais encore la Commission devrait en tout état de cause continuer à agir dans le cadre que

[1] On pourrait imaginer un outil de diffusion des schémas de raisonnement analogue à ceux mis en place par la Cour de cassation pour prévenir les cassations disciplinaires. Sur ces outils : E. LESUEUR de GIVRY, « la création d'un outil de soutien méthodologique à l'intention des juridictions du fond », BICC 597.

[2] Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 23 février 2006 dans l'affaire British Airways/Commission, C-95/04 P, note 26.

fixe l'article 82 CE tel qu'il est interprété par la Cour[1]. La Cour peut donc, en refusant de faire évoluer sa jurisprudence, neutraliser une volonté de la Commission de modifier sa pratique décisionnelle, notamment pour y intégrer un raisonnement économique.

812. La question pratique qui se pose au juge consiste donc à savoir quand il est acceptable de faire évoluer la jurisprudence pour y intégrer une analyse économique. Cette question peut être abordée de plusieurs points de vue théoriques (Section 1), mais doit aussi être abordée d'un point de vue pratique (Section 2). En effet, si le juge doit prendre parti sur des analyses économiques complexes pour dire le droit, on peut se demander s'il doit s'en remettre aux seules parties pour apporter au procès toutes les connaissances économiques nécessaires à sa décision ou bien s'il ne doit pas plutôt rechercher l'avis de spécialistes. Par ailleurs, la décision du juge peut dépendre d'un savoir économique, qui doit alors être apporté au procès.

SECTION 1. LES DIFFÉRENTS POINTS DE VUE THÉORIQUES SUR L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE

813. L'opportunité d'une évolution de la jurisprudence face à un progrès de l'analyse économique peut être abordée de différents points de vue. D'un point de vue juridique, c'est encore une fois la question de la sécurité juridique qui se pose (A). Cette question ayant déjà été abordée sur le plan des principes dans d'autres développements[2], on se limitera dans la présente section à tirer les conséquences de l'analyse menée dans le chapitre précédent. Cela nous conduira à souligner l'absence de spécificité des évolutions jurisprudentielles inspirées par l'analyse économique. La décision du juge de faire évoluer la jurisprudence n'est pas seulement l'objet de l'attention des juristes. Elle suscite aussi des analyses économiques (B). On verra que les principaux critères de décision mis en avant par l'analyse économique du droit ne sont pas très éclairants pour rendre compte de la manière dont le juge modifie l'interprétation du droit.

A. Point de vue de la sécurité juridique sur l'évolution de jurisprudence inspirée par l'analyse économique

814. La sécurité juridique est au cœur des préoccupations relatives à l'évolution de la jurisprudence. Si l'analyse économique est souvent considérée comme un facteur d'instabilité de la jurisprudence, il convient de souligner qu'elle ne constitue pas un cas à part. Il n'y a pas de spécificité de l'évolution jurisprudentielle suscitée par un renouveau de l'analyse

[1] Concl. préc., point 28.

[2] *Supra* n° 249 et s.

économique (1). En revanche, et cela est plus spécifique au droit de la concurrence, la cristallisation de l'analyse économique en une règle de droit contribue positivement à la sécurité juridique (2).

1. Absence de spécificité des évolutions de la jurisprudence inspirées par l'analyse économique

815. **Le problème des revirements.** Par nature, les règles jurisprudentielles sont rétroactives. Dès lors, toute évolution jurisprudentielle soulève un problème de sécurité juridique, puisque des comportements qui ont eu lieu avant que la règle jurisprudentielle nouvelle (l'interprétation jurisprudentielle nouvelle de la règle légale) ne soit adoptée sont soumis à une règle que les auteurs de ces comportements ne pouvaient pas connaître. Cette difficulté est inhérente à la conception selon laquelle l'interprétation jurisprudentielle fait corps avec la règle interprétée, qui est réputée avoir toujours eu le sens nouvellement découvert. Dans le cas du revirement de jurisprudence, cette fiction est intenable, ce qui conduit à envisager les moyens de moduler dans le temps les effets du revirement[1]. Dans cette perspective, la raison qui conduit à l'évolution ou au revirement est indifférente. Le degré de perturbation produit par une évolution de la jurisprudence n'est en effet pas lié à l'origine des arguments qui convainquent les juges qu'une évolution est nécessaire, mais aux conséquences pratiques injustes du revirement pour ceux qui le subissent. En ce sens, une évolution de jurisprudence inspirée par l'analyse économique n'est pas différente d'une autre.

816. **Les remèdes.** En droit de la concurrence comme dans d'autres domaines, les juridictions cherchent les moyens d'éviter les conséquences injustes d'un changement non seulement dans la jurisprudence mais aussi dans la pratique administrative. Ainsi, dans l'affaire *AKZO*, la Commission avait pour la première fois appliqué l'article 82 CE à une pratique de prix prédatoires. L'entreprise condamnée invoquait la nouveauté du test – inspiré des propositions d'Areeda et Turner[2] – appliqué par la Commission. La Cour de justice a admis que, en dépit de la gravité de la pratique en cause[3], l'entreprise devait être partiellement immunisée contre la nouveauté de la doctrine qui justifiait sa condamnation. Faisant application de son pouvoir de pleine juridiction en matière d'amendes, elle a jugé qu'une diminution de l'amende infligée se justifiait, notamment parce que « les abus de cet ordre

---

[1] N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le premier président Canivet, Litec, 2004.

[2] *Supra* n° 766.

[3] Arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359.

relèvent d'un domaine du droit où les règles de concurrence n'avaient jamais été précisées »[1]. Dans l'arrêt *TACA*[2], le Tribunal a même considéré que la nouveauté de l'analyse de la Commission sur une question complexe justifiait qu'aucune amende ne soit infligée[3].

817. Toute nouveauté ou toute incertitude dans le droit ne donne cependant pas lieu à une telle clémence du juge. Ainsi, dans l'affaire *Compagnie maritime belge*, la requérante demandait au Tribunal de première instance réduire l'amende qui lui avait été infligée, car le droit applicable aux positions dominantes collectives manquait, selon elle, de prévisibilité[4]. Le Tribunal a rejeté cette demande au motif que, d'une part, la notion de position dominante collective n'était pas nouvelle[5] et, d'autre part, « l'objectif des pratiques abusives reprochées, à savoir évincer l'unique concurrent du marché, ne présente aucun caractère nouveau »[6]. De même, dans l'affaire *Irish Sugar*, alors que la requérante se prévalait de la jurisprudence *AKZO*, le Tribunal a refusé de réduire l'amende au motif que « l'objectif des pratiques abusives reprochées à la requérante […], à savoir protéger sa position sur le marché et empêcher les importations de sucre en Irlande, ne présente aucun caractère nouveau en droit de la concurrence »[7].

818. Il résulte de ces exemples que, si la première application de l'article 82 CE à un type de comportement non encore condamné (hypothèse *AKZO*) justifie un aménagement des conséquences de la décision nouvelle, en revanche, l'application de l'article 82 CE à un comportement dont les modalités sont éventuellement différentes, mais dont l'objectif est le même que celui d'un comportement déjà jugé abusif, ne justifie aucun aménagement (hypothèse *Irish Sugar*)[8].

---

[1] *AKZO*, préc., point 163.

[2] Arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Atlantic Container Line e.a/Commission, T-191/98, T-212/98, T-214/98, Rec. p. II-3275.

[3] *TACA*, préc., points 1611-1633 (et spéc. point 1615). L'argument tiré de la confiance légitime se conjugue à celui qui est tiré de la nouveauté de l'analyse pour aboutir à la conclusion qu'aucune amende ne devait être infligée.

[4] Arrêt du Tribunal du 8 octobre 1996, Compagnie maritime belge transports e.a./Commission, T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, Rec. p. II-1201, point 215.

[5] *Compagnie maritime belge transports*, préc., point 248.

[6] *Ibid*.

[7] Arrêt du Tribunal du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 292.

[8] Cela illustre au passage le fait que, contrairement à ce qui est parfois affirmé, le juge communautaire n'a pas une approche purement formaliste de l'abus de position dominante mais prend en considération – même si c'est de manière incomplète et au stade de la sanction – la stratégie de l'entreprise. Pour le reproche de formalisme adressé à la jurisprudence, V. *supra* n° 751.

819. **Le rôle des tests de qualification.** On peut tenter de généraliser l'enseignement de ces arrêts à l'aide de la notion de test de qualification. En effet, bien que les solutions ne soient pas formulées en ces termes, il semble que c'est l'application d'un test de qualification inédit qui était déterminante pour la solution de l'arrêt *AKZO*[1]. L'entreprise ne pouvait pas savoir que la Commission appliquerait le test d'Areeda et Turner. Elle est donc protégée par la Cour contre les conséquences pécuniaires de l'approche nouvelle. Le test nouveau ne vaut ainsi que pour l'avenir, du moins en ce qui concerne les sanctions[2]. En revanche, dans les affaires *Compagnie maritime belge* et *Irish Sugar*, la qualification était suffisamment prévisible. Même si aucun test de qualification achevé n'avait encore été consacré sur l'abus en cause, il pouvait être inféré de la jurisprudence antérieure que l'objet du comportement était un critère de qualification de l'abus. Le critère de qualification mis en œuvre n'était pas nouveau et l'entreprise aurait donc dû s'attendre à être condamnée dès lors qu'elle avait mis en œuvre une stratégie condamnée à raison de son objet même.

820. On peut donc penser que le juge communautaire immuniserait les entreprises contre la sanction fondée sur la consécration d'un test de qualification nouveau, situation à laquelle il serait logique d'assimiler la modification d'un test de qualification existant.

821. **Absence de spécificité.** Il apparaît donc qu'un mécanisme jurisprudentiel existe déjà pour protéger partiellement les entreprises contre l'insécurité juridique qui résulte nécessairement de l'adoption d'un test de qualification nouveau. À cet égard, le raisonnement économique ne joue aucun rôle spécifique. La mise en œuvre de ce mécanisme ne dépend en rien de la question de savoir si le test de qualification nouveau (ou l'élément nouveau) est ou non inspiré par l'analyse économique. Il faut donc conclure à l'absence de spécificité de l'évolution jurisprudentielle suite à un progrès dans l'analyse économique. Ni les effets de la règle nouvelle, ni l'aménagement de ces effets par le juge ne dépendent de la source doctrinale qui inspire le changement. L'économie n'est donc pas une source de perturbation de la sécurité juridique différente des autres. En revanche, elle peut constituer un facteur de sécurité juridique.

---

[1] Dans l'arrêt *TACA*, il n'était pas véritablement question d'un test de qualification. La question de droit incertaine avait trait à l'articulation d'une demande d'exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE avec l'application de l'article 82 CE.

[2] La solution n'empêche en effet pas la Commission d'adopter une injonction de mettre fin au comportement en cause.

2. Contribution positive de l'analyse économique à la sécurité juridique

822. Pour exposer en quoi l'analyse économique permet au juge d'améliorer la sécurité juridique, il est indispensable de distinguer entre deux types d'incertitude : d'une part, l'incertitude sur l'interprétation de la règle de droit et, d'autre part, l'incertitude dans l'application de la règle de droit (a). S'il est vrai que l'insertion d'un raisonnement économique dans l'interprétation de la règle peut accroître l'incertitude du second type, elle réduit en revanche l'incertitude du premier type , ce qui est plus fondamental[1]. À cet égard, il convient de souligner que c'est par un mécanisme bien connu du droit que le bénéfice en termes de sécurité juridique est obtenu, à savoir les typologies (b). Finalement, la question qui se pose consiste plutôt à savoir jusqu'où le juge doit préciser la règle à l'aide d'un raisonnement économique (c).

a) Incertitude sur l'interprétation de la règle de droit et incertitude dans l'application de la règle de droit

823. Le surcroît d'incertitude qui est souvent craint lorsqu'il est question d'adopter une approche économique tient aux difficultés d'application de critères suggérés par l'analyse économique. Ainsi, la difficulté de la mesure de l'élasticité de l'offre crée une incertitude sur la délimitation du marché[2]. De même, la difficulté de la mesure du coût de production d'un bien crée une incertitude sur le caractère prédatoire d'une pratique de prix[3]. Plus généralement, l'approche économique qui conduit à voir dans l'effet du comportement un élément déterminant de la qualification pose un grand nombre de difficultés de ce type, puisque l'appréciation de l'effet d'une pratique suppose, en général, la mise en œuvre d'une multitude de critères, dont chacun peut présenter des difficultés d'application. Ce type d'incertitude dans *l'appréciation d'un fait pertinent* désigné par l'analyse économique ou dans l'application d'un test de qualification doit être distingué de l'incertitude plus radicale qui concerne *l'identification des faits pertinents* ou le test de qualification. La première est une incertitude dans l'application de la règle de droit, alors que la seconde est une incertitude sur l'interprétation de la règle de droit.

824. **Incertitude dans l'application de la règle.** L'incertitude dans l'application de la règle de droit concerne l'administration de la preuve[4]. Face à une règle interprétée en termes

---

[1] *Supra* n° 726.

[2] *Supra* n° 554.

[3] *Supra* n° 292.

[4] *Supra* n° 291 et s.

économiques, les plaideurs savent ce qu'ils doivent prouver, mais peuvent rencontrer des difficultés à réunir les preuves requises. Les parties pourront trouver un intérêt à consulter avant le procès un expert-économiste spécialisé pour identifier les données qui seraient pertinentes eu égard à l'objet de preuve, ainsi que les moyens d'y accéder[1]. Cela présente un coût et ne sera pas toujours suffisant, notamment en cas d'indisponibilité de données pertinentes. Par ailleurs, même quand les données pertinentes peuvent être réunies, leur appréciation peut être délicate. Différents avis peuvent s'opposer sur l'identification des données pertinentes comme sur leur éventuel traitement économétrique. Assurément, ces difficultés sont réelles, mais elles ne sont pas d'une nature différente de celles qui peuvent se rencontrer dans d'autres contentieux que le droit de la concurrence, comme par exemple l'appréciation d'un risque sanitaire au regard de données scientifiques[2]. L'incertitude dans l'application de la règle de droit existe indéniablement, mais elle n'est pas plus créée par le recours à l'analyse économique que l'incertitude relative à la dangerosité d'une substance pour la santé publique ne l'est pas le recours à l'épidémiologie.

825. **Incertitude sur l'interprétation de la règle.** L'incertitude sur l'interprétation de la règle concerne la détermination de la charge de l'allégation, autrement dit la détermination des *objets* de preuve. Comme on l'a vu, une règle formulée à partir de notions à contenu indéterminé présente nécessairement de telles difficultés d'interprétation[3]. Or, tant que n'émerge aucune interprétation jugée claire par l'ensemble des destinataires de la règle[4], ou tant que subsistent plusieurs interprétations claires mais distinctes, voire contradictoires, l'incertitude règne. Il s'agit d'une incertitude plus radicale que celle qui concerne seulement l'application de la règle, car les questions d'administration de la preuve ne se posent qu'une fois les objets de preuve clarifiés[5]. Tant qu'existe une incertitude sur le sens de la règle, les difficultés de preuve sont reléguées à l'arrière-plan, car elles sont secondes.

---

[1] Sur ce point, V. *The Role of Economists in the Preparation for a Trial*, *Antitrust L. J.*, 1979, p. 1835 et s. À la différence des autres parties, les autorités de concurrence qui sont des acteurs récurrents du contentieux de la concurrence disposent en leur sein de personnes qualifiées pour mener ce type d'analyse pré-contentieuse et ont accès à des moyens d'investigation puissants.

[2] A. ALEMANNO, *Trade In Food : Regulatory and Judicial Approaches to Food Risks in the EC and the WTO*, Cameron May, Londres, 2007, à paraître ; du même auteur « The shaping of the Precautionary Principle by Community Courts : From Scientific Uncertainty to legal Certainty », *Conférence ERA*, 27 avril 2006, Bruxelles.

[3] *Supra* n° 317.

[4] La clarté n'est pas une propriété objective des énoncés, mais une donnée relative à une situation d'énonciation. Sur l'application de cette idée, inspirée de Wittgenstein, à la production de règles par un régulateur, V. J. BLACK, *Rules and Regulators*, OUP, 1997, p. 30 et s.

[5] *Supra* n° 610. H. MOTUSLKY, *Principes*, n° 115, p. 128.

826. Il est donc erroné de considérer que l'incertitude est globalement accrue lorsque, suite à une interprétation économique plus précise de la règle, apparaissent des incertitudes de type probatoire dans l'application de cette règle. C'est, comme dans bien d'autres domaines, une question de mesure. Comme on l'a vu, les difficultés probatoires ne doivent pas être négligées[1], mais leur existence n'est pas, en elle-même, un motif de rejet d'une définition de la charge de l'allégation qui parait meilleure. Du reste, on a vu que le juge ne reculait pas toujours devant les difficultés probatoires. De manière générale, il paraît plutôt moins grave de rencontrer des difficultés à prouver ce que l'on doit alléguer que de ne pas savoir ce que l'on doit alléguer. La raison en est que le droit sait traiter le doute qui subsiste sur les faits au moyen, notamment, des règles sur la charge de la preuve, alors que le doute qui perdure sur le droit n'a pas de place dans le système juridique[2]. L'incertitude dans la preuve n'est pas souhaitable, mais elle est tolérable par le système juridique. En revanche, l'incertitude sur la règle est la source par excellence de l'insécurité juridique, qu'il appartient au juge, autant que possible, d'éliminer. C'est pourquoi l'insertion d'un raisonnement économique dans l'interprétation des règles de concurrence doit être appréciée, du point de vue de la sécurité juridique, en ayant d'abord égard à la clarification des objets de preuve et ensuite seulement aux difficultés dans l'administration de la preuve. Or, en ce qui concerne la précision des objets de preuve, l'approche économique contribue d'une manière importante à réduire l'incertitude juridique. On l'a vu de manière générale à propos des tests de qualification. Il s'agit de souligner ici une hypothèse particulière : celle où l'analyse économique contribue à la sécurité juridique grâce aux typologies.

b) La réduction de l'insécurité juridique permise par les typologies

827. **Typologies courtes et complètes.** L'économie produit des typologies, on en a vu plusieurs exemples : les différents types de concurrence selon Clark ou encore les différentes hypothèses de prédation[3]. À première vue, les typologies ne sont pas des contributions décisives à la sécurité juridique. En effet, il est fréquent d'associer casuistique et pragmatisme[4]. Les typologies sont une nécessité en présence de standards[5], mais elles ne

---

[1] *Supra* n° 307.

[2] J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, Éditions Panthéon-Assas, 2003, spéc. p. 143 et s. L'auteur montre que, en droit, le doute sur le droit ne peut qu'être éliminé, tandis que le doute sur le fait peut être traité en tant que doute.

[3] *Supra* n° 346 et n° 681.

[4] Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 337, n° 620.

[5] A. LECOURT, *Le juge et l'économie*, PUAM, 2004, préf. B. SAINTOURENS, n° 11, p. 25.

donnent pas toujours satisfaction[1]. Il nous semble cependant que les typologies sont de nature à accroître la sécurité juridique à deux conditions : il faut qu'elles distinguent un nombre limité de cas et qu'elles soient complètes. Ces deux conditions sont liées. Ainsi, une typologie aussi prolifique que celle esquissée par Clark avec la notion de concurrence praticable ne peut pas être complète, car les hypothèses d'une telle typologie sont beaucoup trop nombreuses pour être toutes envisagées[2]. Une typologie doit donc être courte, c'est-à-dire distinguer un nombre de cas suffisamment faible pour qu'il soit envisageable de les examiner chacun tour à tour. Quant à la seconde condition, la complétude, il est utile, pour apercevoir son lien avec la sécurité juridique, de se placer du point de vue de la partie sur qui pèse la charge de la preuve d'un fait négatif[3]. Cette situation est généralement celle du défendeur qui a la charge de réfuter une allégation. C'est par exemple la situation d'une entreprise qui doit prouver que le comportement qu'elle a mis en œuvre n'était pas de nature à causer un effet anticoncurrentiel. La situation de cette entreprise est très nettement améliorée si le juge admet une typologie des restrictions de concurrence. Dans ce cas, en effet, l'objet de preuve qui était indéfini devient défini. L'entreprise mise en cause pourra parcourir la typologie et prouver pour chaque type de restriction que le comportement incriminé ne pouvait pas la causer[4]. La démarche de l'avocat qui défend cette entreprise est alors tout à fait analogue à celle que Motulsky appelle la recherche des qualifications possibles. Il parcourt la typologie pour démontrer que les faits ne correspondent à aucune des hypothèses de restriction de concurrence. La preuve ne devient pas nécessairement facile, mais son objet devient défini, ce qui change tout[5].

---

[1] V. M.-A. SANSON-HERMITTE, *Droit européen de la concurrence, cohérence économique, sécurité juridique*, Librairie technique, 1981, p. 14. À propos de l'abus de position dominante, V. Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, Thémis, 2002, p. 882.

[2] *Supra* n° 348.

[3] J. LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *RTDCiv.*, 1953, pp. 1-48, n° 4, p. 4. Comme on l'a vu, (*supra* n° 253), il s'agit souvent de l'entreprise mise en cause.

[4] Pour une tentative de raisonnement de ce type, V. l'argumentation de British Airways dans l'affaire C-95/04 P, telle que rapportée par l'avocat général Kokott dans ses conclusions présentées le 23 février 2006, British Airways/Commission, C-95/04 P, points 32 et s. British Airways soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit en n'appliquant pas l'article 82, paragraphe 2, sous b), CE, c'est-à-dire en n'examinant pas si les rabais en cause avaient effectivement limité les débouchés des concurrents et s'ils avaient causé un préjudice aux consommateurs. British Airways poursuit en exposant qu'un tel préjudice n'est envisageable *que dans deux cas*, correspondant à la jurisprudence *Hoffman-la-Roche* (exclusivité) ou *Michelin* (absence de liberté de choix effective pour le bénéficiaire des rabais), dont elle prétend qu'aucun n'était réalisé en l'espèce. L'avocat général Kokott rejette ce raisonnement (point 40 des conclusions) au motif que l'on ne saurait considérer ces hypothèses comme *un catalogue exhaustif* de rabais abusifs (souligné dans l'original). La tentative de British Airways échoue donc parce que la typologie dont elle cherche à se prévaloir n'est pas complète.

[5] J. LARGUIER, *op. cit.*, n° 5, p. 4.

828. **Exemples.** Si, par exemple, le juge admettait que, en matière de concentrations, les effets négatifs pour la concurrence ne peuvent résulter que d'un effet de coordination ou d'un effet unilatéral[1], la tâche des entreprises parties à une concentration de conglomérat serait grandement facilitée. Il est en effet plus facile de démontrer pourquoi chacun des deux types d'effet peut, au regard des faits de l'espèce, être exclu que de démontrer de manière indéfinie que l'opération n'a aucun effet anticoncurrentiel. Un autre exemple peut être tiré des propositions soumises au titre d'une approche plus économique de l'abus de position dominante dans un rapport remis à la Commission[2]. Les auteurs proposent une typologie tripartite des restrictions de concurrence par exclusion d'un concurrent. Un concurrent peut être exclu, soit, premièrement, du marché même où l'entreprise soupçonnée d'abus est active ; soit, deuxièmement, d'un marché verticalement lié à ce marché principal (amont ou aval) ; soit encore, troisièmement, d'un marché horizontalement lié au marché principal (connexe). Si cette typologie (ou éventuellement une autre) est admise, elle pourrait fonctionner du point de vue du juge exactement comme une classification juridique, que l'on parcourt par éliminations successives pour rechercher une qualification possible[3]. Si aucun des types de restriction de concurrence répertoriés ne correspond aux faits de l'espèce, la qualification d'abus-exclusion serait rejetée.

829. **Discussion.** La typologie, dès lors qu'elle est acceptée, fonctionne comme un aiguillage pour le raisonnement qui préside à la qualification, de sorte que la charge de la réfutation s'en trouve mieux définie[4]. La typologie sert la sécurité juridique en permettant aux justiciables de mieux comprendre ce qu'ils doivent prouver. Elle sert aussi à légitimer la décision du juge en fournissant une structure à la motivation de sa décision[5]. Mais, précisément, l'effet des typologies dans la construction du raisonnement est si puissant que le juge ne doit admettre des typologies économiques qu'avec précaution. Les économistes, même s'ils sont d'accord entre eux, peuvent avoir oublié une hypothèse ou, plus généralement, ne pas être dans le vrai. On pourra certes dire que le juge n'a pas pour objectif

---

[1] Cette proposition est présentée comme généralement admise par la doctrine économique dans K. FOUNTOUKAKOS et S. RYAN, « A New Substantive Test for EU Merger Control », *ECLR*, 2005, pp. 277-296, spéc. p. 290 (texte à la note 84).

[2] *Supra* n° 636.

[3] *Supra* n° 598.

[4] *Supra* n° 823.

[5] Il s'agit d'une forme de légitimation différente de celles envisagées par G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, *op. cit.*, p. 87 et s., ce qui ne fait qu'élargir la portée de la conclusion de cet auteur.

le vrai, mais le juste[1]. Cependant, on peut aussi se demander s'il serait juste d'immuniser des comportements anticoncurrentiels parce qu'ils n'ont pas été répertoriés par la théorie[2]. Or telle peut être la conséquence de l'admission d'une typologie incomplète : si une hypothèse de comportement anticoncurrentiel a été omise dans une typologie acceptée, le juge n'exigera pas d'explications particulières sur le fait que cette hypothèse n'est pas réalisée en l'espèce. Dès lors, elle pourra l'être sans que cela porte à conséquence. Le doute sur la complétude de la typologie doit donc être permis. De même qu'il faut pouvoir prouver contre une présomption, il semble qu'il faudrait pouvoir prouver (le caractère anticoncurrentiel d'un comportement) à côté d'une typologie.

830. **Dilemme du juge.** On aboutit à un dilemme du point de vue du juge. D'un côté, c'est précisément le caractère complet de la typologie qui confère de la prévisibilité à la qualification et donc de la sécurité juridique. D'un autre côté, le progrès de la science (la découverte de nouvelles explications économiques d'un comportement ou de nouvelles catégories de comportements néfastes) peut mettre à jour une lacune dans une typologie que l'on croyait complète. Il existe donc une tension irréductible entre l'exigence de complétude et l'exigence d'exactitude de la typologie utilisée par le juge. De manière pragmatique, ce doute peut être résolu provisoirement en mettant en balance, d'une part, le bénéfice de l'admission d'une typologie en termes de sécurité juridique et, d'autre part, le risque qu'elle soit incomplète. En pratique, cela conduit à adopter les typologies convaincantes, au besoin après avoir soumis la question à un ou plusieurs *amici curiae*[3]. Par exemple, la typologie évoquée plus haut qui consiste à distinguer l'exclusion d'un concurrent selon qu'il se trouve sur le même marché, un marché verticalement relié (amont ou aval) ou encore un marché adjacent paraît convaincante parce qu'on ne voit pas bien quelles autres relations pourraient exister entre différents marchés. Dès lors que sa réception améliore la sécurité juridique en transformant une exigence de preuve indéfinie (effet d'exclusion) en une exigence mieux définie, on ne voit pas de bonne raison pour le juge de renoncer à se servir d'une telle typologie.

---

[1] V. sur ce point la discussion de G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, *op. cit.*, n° 234 et s., p. 195 et s.

[2] Il serait évidemment plus injuste encore de condamner un comportement innocent, mais une typologie n'a pas le pouvoir de conduire à ce résultat. En revanche, une typologie considérée à tort comme complète peut avoir pour effet de laisser dans l'ombre des faits pertinents.

[3] *Infra* n° 943.

831. Reste une question délicate : à trop vouloir préciser la règle au moyen de typologies, le juge ne risque-t-il pas de trop figer le droit, au risque d'oublier que « la clarté de la règle de droit importe plus que sa perfection »[1]?

c) Jusqu'où le juge doit-il aller dans la réception des typologies économiques ?

832. **Approche progressive.** La question particulière du degré de détail qu'il convient d'adopter dans les typologies est un peu plus simple que la question plus générale consistant à savoir s'il convient pour le juge d'adopter un test de qualification[2]. En effet, à la différence des tests de qualification, qui peuvent résulter d'approches différentes et se présenter comme des méthodes alternatives de qualification, les typologies se présentent comme des poupées russes : elles s'emboîtent les unes dans les autres. En outre, une typologie peut être complétée progressivement. Elle peut être plus détaillée pour certaines catégories que pour d'autres. Par exemple, l'abus interdit à raison de ses effets donne lieu à une analyse plus raffinée que l'abus de comportement. Le juge peut donc adopter une formulation du test qui laisse ouverte la typologie au regard de laquelle une ou plusieurs qualifications intermédiaires sont examinées. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la qualification de restriction de concurrence au regard de l'article 82 CE, le juge pourrait consacrer la typologie tripartite des restrictions de concurrence vue plus haut[3], mais sans aller plus loin, c'est-à-dire qu'il ne se prononcerait pas sur les hypothèses susceptibles de rendre compte de l'une ou l'autre des restrictions de concurrence. Dans le cadre du contrôle de légalité, il reviendrait alors à l'autorité de concurrence de consacrer, par sa pratique décisionnelle ou par des lignes directrices, un cadre d'analyse relatif à ces qualifications intermédiaires.

833. **Question de degré.** Cette technique se traduit par une troncature du raisonnement économique par le juge. Celui-ci n'intégrerait le raisonnement économique et ne préciserait alors la charge de l'allégation que jusqu'à un certain point. Par exemple, si le juge admettait qu'il existe des circonstances exonératoires de l'abus, il pourrait soit se référer de manière générale à des justifications commerciales valables, soit préciser de manière plus ou moins exhaustive les justifications admises, laissant le soin à l'autorité de concurrence d'adopter si bon lui semble une communication sur les circonstances exonératoires. Cette technique

---

[1] L. WELAMSON, « La motivation des décisions des cours suprêmes », *RIC comp.*, 1979, p. 509, cité par J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 3ème éd. 2003-2004, n° 124.62.

[2] Ces critères sont discutés *infra* n° 836 et s.

[3] Exclusion d'un concurrent (au moins aussi efficient) premièrement, du marché dominé, deuxièmement, d'un marché amont ou aval ou, troisièmement, d'un marché connexe. V. *supra* n° 828.

revient donc à admettre un partage des tâches, le juge produisant de la sécurité juridique en favorisant la stabilité (du cadre d'analyse général), alors que l'autorité de concurrence contribue à la sécurité juridique par la précision apportée par sa pratique décisionnelle et, au besoin, par le biais de lignes directrices consacrées à l'appréciation des qualifications économiques intermédiaires visées par le cadre d'analyse général[1]. Il ne peut s'agir que d'une ligne de partage tendancielle, car les évolutions de la théorie économique peuvent concerner non seulement l'appréciation des qualifications intermédiaires, mais aussi le cadre d'analyse général, ainsi que l'illustre la discussion sur une nouvelle approche de l'article 82 CE[2]. Le degré de précision que le juge peut conférer à la règle ne peut donc être déterminé de manière générale[3].

834. **Conclusion du A.** La réception d'un raisonnement économique dans l'interprétation du droit peut nécessiter une évolution de la jurisprudence. Cependant, ce phénomène n'a rien de spécifique au droit de la concurrence. Par ailleurs, il existe des techniques pour pallier les effets injustes des évolutions de la jurisprudence du point de vue des justiciables. La jurisprudence ne doit donc pas être figée, pas plus en droit de la concurrence que dans d'autres domaines. Au contraire, lorsque l'analyse économique propose des éléments qui permettent au juge de mieux définir la charge de l'allégation, ils ne doivent pas être refusés. Ces éléments ne consistent pas seulement dans des tests généraux, dont on a vu qu'ils étaient difficiles à élaborer. L'économie peut contribuer à la sécurité juridique, plus modestement, mais non moins sûrement, en proposant des typologies, relatives par exemple aux effets anticoncurrentiels possibles de certaines pratiques. Des typologies courtes et complètes sont les plus aptes à améliorer la sécurité juridique. S'il n'est pas possible de préciser de manière

---

[1] Un devoir pour la Commission lui imposant de préciser les règles applicables peut être inféré de certains arrêts : arrêt du Tribunal du 20 avril 1999, LVM/Commission, T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, Rec. p. II-931, point 149 : (à propos de la Commission) : « [l]a mission de surveillance qui lui est confiée dans le domaine du droit de la concurrence comprend la tâche d'instruire et de réprimer des infractions individuelles, mais elle comporte également le devoir de poursuivre une politique générale visant à appliquer en matière de concurrence les principes fixés par le traité et à orienter en ce sens le comportement des entreprises ».

[2] V. Notamment T. EILMANSBERGER, « How to Distinguish Good from Bad Competition : in Search of Clearer and more Coherent Standards », *CML Rev.*, 2005, pp. 129-177.

[3] La réflexion des économistes sur le degré optimal de précision des règles rejoint cette idée. Ces réflexions sont en général formulées en des termes empruntés au droit américain : *per se rule* et *rule of reason*. Dans la perspective économique, le degré optimal de précision de la règle dépend de la possibilité de mettre à jour des relations causales plus ou moins générales. V. D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 271-285 ; A. CHRISTIANSEN et W. KERBER, « Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of "Per Se Rules vs Rule of Reason" », *Journal of Competition L. and Econ.*, 2006, pp. 215-244.

générale jusqu'à quel degré de détail le juge doit descendre lorsqu'il reçoit des typologies économiques, on peut néanmoins poser en principe qu'il ne doit accepter que des typologies qui lui paraissent convaincantes et complètes.

835. Le choix du juge d'accepter ou non un test de qualification issu de l'analyse économique ou d'aller plus loin dans la précision de la règle relève d'une délibération du juge qui n'est généralement pas soumise à la discussion publique. Cela n'empêche pas les économistes de s'intéresser à cet aspect du délibéré et de proposer des critères de décision que le juge devrait, selon eux, adopter. On peut se demander dans quelle mesure ce point de vue de l'analyse économique sur la décision judiciaire peut être utile au juge. Cette interrogation fait l'objet des développements qui suivent.

B. Le point de vue de l'analyse économique sur le choix d'une règle par le juge

836. L'analyse économique du droit ne s'intéresse pas seulement au fond du droit, mais aussi à la décision judiciaire. Ainsi a-t-il été suggéré que la décision du juge de consacrer un test de qualification devait elle-même répondre à des critères dégagés par l'analyse économique. Une étude de l'OCDE distingue pas moins de neuf critères à cet effet, dont certains sont empruntés à l'analyse économique du droit[1]. Il ne s'agit pas ici de les discuter tous, mais d'en retenir deux, dont il n'a pas été question jusqu'à présent. Le premier critère qui sera discuté concerne le consensus. Doit-on considérer que le juge ne devrait retenir de l'analyse économique que des propositions consensuelles ? (1). Le second critère est fréquemment invoqué dans l'analyse économique du droit. Il s'agit de la « minimisation du coût des erreurs ». L'idée sous-jacente à ce critère est la suivante : le juge effectue un choix parmi plusieurs règles possibles, dont toutes peuvent conduire à des « erreurs » (condamner un innocent ou laisser un coupable impuni). La proposition selon laquelle le juge devrait choisir la règle qui causera les erreurs les moins coûteuses est-elle acceptable ? Est-elle praticable ? (2). Nous montrerons que ces critères n'ont pas la même légitimité selon les situations et qu'ils ne sont par ailleurs pas opératoires.

---

[1] OCDE, *Competition on the Merits*, DAF/COMP(2005)27 p. 64. Selon cette institution, le test doit être précis, il doit reposer sur des principes économiques généralement admis, il doit minimiser les risques d'erreurs (« produire un minimum de faux positifs comme de faux négatifs »), être facile à appliquer, avoir une portée générale – c'est-à-dire être applicable à toutes les pratiques visées par une même disposition – il doit en outre conduire à une application cohérente de la disposition, permettre une bonne prévisibilité de la qualification et doit, enfin, être objectif et transparent. Certains de ces critères ont été évoqués au cours de développements antérieurs. Les critères de généralité et de cohérence ont été évoqués dans la première partie (titre 2, chapitre 1), où nous avons montré l'absence de cohérence entre la conception de la restriction de concurrence mise en œuvre à travers l'article 81 CE et celle appliquée à travers l'article 82 CE. Il vient aussi d'être question de précision à travers la question des typologies.

1. L'existence d'un consensus parmi les économistes

837. La proposition selon laquelle, pour faire son entrée dans le droit, un énoncé scientifique doit d'abord être communément admis par la communauté scientifique, paraît relever du bon sens. Le juge n'étant pas lui-même un savant, il ne pourrait prendre le risque d'admettre un énoncé éventuellement vrai, mais qui n'aurait pas reçu l'onction du consensus de ceux qui savent. Il ne pourrait non plus ignorer ce qui est largement admis comme une vérité, sous peine de priver sa décision de la légitimité que confère l'énoncé scientifique[1]. De manière générale, c'est le besoin du juge de pouvoir s'appuyer sur des « connaissances sûres et objectives »[2] qui sous-tendrait cette exigence de consensus. Le concours des subjectivités au sein de la communauté scientifique fonctionnerait alors comme un indice de l'objectivité et de la fiabilité de la connaissance. L'exigence de consensus économique paraît à première vue d'autant plus acceptable que le consensus scientifique produit des effets juridiques dans d'autres domaines du droit. Cependant, une comparaison entre le consensus économique et le consensus scientifique au regard de leurs usages judiciaires montre que l'analogie n'est pas justifiée (a). À certains égard, l'exigence de consensus économique paraît mal fondée ou impraticable (b). Pour cerner le domaine dans lequel l'exigence de consensus économique peut avoir un sens, une double distinction paraît utile, selon la nature des énoncés économiques (c).

a) Comparaison entre le consensus économique et le consensus scientifique au regard de leur usage judiciaire

838. **Annonce.** La comparaison du statut des connaissances économiques avec les connaissances médicales au regard de leur place dans le jugement fait apparaître une différence importante. On verra à travers deux exemples relatifs à des connaissances médicales que, dans les décisions qui y font appel, les connaissances scientifiques sont intégrées à l'appréciation des faits. En revanche, dans les décisions du juge de la concurrence, les connaissances économiques peuvent aussi être intégrées à l'interprétation du droit.

839. **Premier exemple.** Des connaissances médicales sont souvent nécessaires pour apprécier la faute d'un médecin. Dans cette hypothèse, le consensus sur la conduite à tenir en présence de certains symptômes ou sur le traitement de certaines pathologies définit la « normalité technique » et constitue la référence par rapport à laquelle un expert va apprécier

[1] Sur la fonction légitimante du recours au savoir scientifique, G. DALBIGNAT-DEHARO, *op. cit.*, spéc. n° 194 et s., p. 169 et s.

[2] G. DALBIGNAT-DEHARO, *op. cit.*, p. 296.

le comportement d'un médecin[1]. Le consensus sur la bonne pratique médicale est un élément déterminant de l'appréciation de la faute, mais ce n'est pas un élément de définition de la notion de faute. Le contenu du consensus médical n'a aucune incidence sur l'interprétation retenue de la notion de faute comme pratique non conforme aux règles de l'art.

840. **Second exemple.** De même, en matière d'autorisation de mise sur le marché des médicaments, le consensus scientifique joue un rôle déterminant, mais strictement limité à l'appréciation des faits. Les directives communautaires qui régissent la matière prescrivent la prise en considération des données acquises de la science[2]. Le juge qui doit déterminer si l'autorité titulaire du pouvoir de décision a usé de sa marge d'appréciation conformément au principe de précaution peut être amené, comme dans l'affaire *Artegodan*, à apprécier l'existence d'un consensus médical[3]. Pour l'autorité qui prend la décision (en l'espèce la décision d'ordonner la suspension des autorisations nationales d'autorisation de mise sur le marché), le principe de précaution est une restriction de son pouvoir d'appréciation. Ce principe ajoute aux procédures imposant la consultation d'autorités spécialisées[4] une règle de décision applicable dans le cas où ces consultations débouchent sur le constat d'une incertitude scientifique. Le principe de précaution est donc une *règle de traitement administratif du doute*. En ce sens, elle est comparable à la règle de décision qui s'impose au juge et selon laquelle l'existence d'un doute bénéficie aux entreprises accusées d'avoir participé à une infraction[5].

841. Lorsque le principe de précaution est en cause, le juge qui contrôle la légalité de la décision vérifie l'existence d'un doute, le cas échéant après que les avis scientifiques obligatoires ont été recueillis, puis il vérifie que la règle de décision applicable en présence d'un doute a bien été respectée. Ces vérifications peuvent amener le juge à comparer les avis scientifiques et la décision à laquelle ils servent de base et, par conséquent, à entrer dans des considérations techniques, mais en aucun cas le contenu substantiel de l'avis scientifique sur l'effet thérapeutique d'un médicament ne sera intégré à l'interprétation jurisprudentielle du

---

[1] Sur la mission de l'expert consistant à apprécier une situation à l'aune de la normalité technique, G. DALBIGNAT-DEHARO, *op. cit.*, n° 370, p. 292.

[2] Sur ce point, V. arrêts du Tribunal du 11 septembre 2002, Pfizer Animal Health/Conseil, T-13/99, Rec. p. II-3305, points 151 à 163, et du 26 novembre 2002, Artedogan, T-74/00, Rec. p. II-4945, point 193.

[3] *Artedogan,* préc. point 219. En l'espèce, le Tribunal avait estimé utile de distinguer selon la nature des données qui sous-tendent le consensus (données nouvelles ou appréciation nouvelle de données existantes), ainsi que la date à laquelle le consensus s'est réalisé (avant ou après la décision).

[4] Comme l'agence du médicament ou l'agence de la sécurité alimentaire.

[5] Sur cette règle du doute : V. *supra* n° 252 et s., ainsi que *infra* n° 1275 et s.

principe de précaution lui-même. La situation est analogue à celle que l'on rencontre dans le contrôle des concentrations : les appréciations économiques qui rendent douteux l'effet d'une concentration sur la concurrence ne seront pas de nature à influer sur le sens de la règle qui prescrit d'autoriser la concentration en présence d'un doute.

842. **Conclusion partielle.** Dans ces exemples, la connaissance scientifique et le doute scientifique sont intégrés au jugement, mais ils sont cantonnés à l'appréciation des faits. Les connaissances médicales n'influent ni sur l'interprétation de la notion de faute, ni sur l'interprétation du principe de précaution. Dans ces exemples, *les règles de droit renvoient au savoir scientifique, mais elles ne l'intègrent pas*.

843. **Questions différentes.** Dans la perspective du choix d'un test de qualification, qu'il s'agit ici de discuter, le rôle du savoir économique dans le jugement se distingue de celui du savoir scientifique dans l'appréciation de la faute ou dans l'application du principe de précaution, car il s'agit alors d'incorporer le contenu de la doctrine économique à la règle de droit. La règle de droit ne renvoie plus à un énoncé scientifique, elle l'intègre. Parce que ce n'est pas seulement la solution du litige qui est en cause, mais le sens de la règle de droit au-delà du litige, la question du consensus se pose différemment.

844. **Comparaison pertinente.** Davantage que la comparaison avec le savoir scientifique, c'est la comparaison avec la doctrine juridique qui est pertinente[1]. Il arrive en effet que les avocats généraux à la Cour de cassation ou à la Cour de justice, lorsqu'ils doivent se prononcer sur un choix entre deux solutions de principe possibles en droit, se réfèrent aux écrits de la doctrine pour justifier une interprétation. Le consensus entre les auteurs, voire l'unanimité de la doctrine, pourra être mentionné, mais ne sera pas toujours déterminant. La raison en est évidemment que les juges ou les avocats généraux sont en principe au moins aussi compétents et beaucoup plus légitimes que les auteurs pour dire le droit. En revanche, lorsque dire le droit nécessite un savoir économique, les juges sont toujours les seuls à pouvoir légitimement dire le droit, mais ils sont *a priori* moins compétents et moins légitimes à dire l'économie. Dans cette hypothèse, le consensus entre économistes autour d'une proposition n'est pas seulement un élément de « légitimation pratique » de la décision[2], c'est aussi un élément de légitimation théorique de la solution.

---

[1] *Supra* n° 759**.** Sur la « suggestion d'auteur » en droit, Ch. JAMIN et Ph. JESTAZ., *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 233 et s.

[2] G. DALBIGNAT-DEHARO, *op. cit.*, chap. 2, n° 91 et s., p. 87 et s.

845. **Questions différentes.** Le consensus économique n'a donc pas le même rôle que le consensus scientifique, car le savoir économique n'est pas mis en œuvre par le juge pour répondre à des questions de même nature. La mise en avant du consensus économique sur des questions de droit fait néanmoins courir certains risques du point de vue de la légitimité de la règle de droit.

b) Les risques du consensus économique

846. Le juge peut-il s'en remettre au consensus économique pour légitimer la solution qu'il consacre ? Assurément, cela est risqué, car le consensus peut évoluer. C'est du reste le mouvement naturel des sciences. Ainsi les juges américains ont-il fait fond sur les enseignements de l'École de Chicago, qui paraissaient consensuels[1]. Cependant, cette doctrine est aujourd'hui dépassée. Par ailleurs, indépendamment du problème de légitimité de la doctrine économique comme source du droit, le consensus en économie peut être particulièrement difficile à identifier pour le juge.

847. **Difficulté d'appréciation du consensus.** La difficulté pour une juridiction de se faire une opinion sur le consensus existant en économie sur une question donnée peut être illustrée par un exemple. Dans l'affaire *Coca-Cola*, il avait pu sembler au commissaire du gouvernement que la notion d'effet de portefeuille réunissait un consensus (des autorités de concurrence et non des économistes il est vrai)[2]. Une table ronde de l'OCDE a cependant ultérieurement mis en évidence « l'incertitude qui entoure la notion d'effets de portefeuille »[3]. L'étude concluait à la nécessité d'expliciter la démarche analytique retenue pour l'appréciation de l'effet de fermeture associé à l'effet de portefeuille[4]. La difficulté d'identifier le consensus en économie dépasse cet exemple. Elle est également liée aux institutions de la science économique. Contrairement à ce qui existe dans d'autre disciplines, par exemple en médecine avec les conférences de consensus, l'économie ne connaît pas de mécanismes de production de consensus, ni d'extériorisation du consensus lorsqu'il existe.

---

[1] Sur les règles *per se* proposées par l'École de Chicago, V. *infra* n° 1121.

[2] « L'« effet de portefeuille » qui « permet de conceptualiser cette vision pragmatique de la réalité du marché. Si elle ne constitue pas une notion juridique consacrée par la loi ou par le règlement, elle nous semble pouvoir être regardée comme un outil d'analyse adéquat dont on peut noter qu'il est régulièrement utilisé par les autorités de concurrence françaises et européennes », cité par J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA*, 2000, 687-696, p. 694. La mention des autorités françaises et européennes semble se référer à un consensus.

[3] OCDE, « Effets de portefeuille dans les fusions conglomérales », 24 janvier 2002, DAFEE/COMP(2002)5, http://www.oecd.org/dataoecd/39/3/1818237.pdf, p. 17, point 7 de la synthèse, aussi publiée dans *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2002, pp. 65-174.

[4] *Ibid*.

Certes, il existe des tentatives de mesurer, notamment par sondages auprès d'économistes professionnels, le degré de consensus associé à certaines idées ou théories[1], mais ces tentatives sont isolées et il faut généralement inférer le consensus d'une étude de la littérature économique sur un sujet, ce qui suppose un véritable travail scientifique de compilation méthodique. Les juridictions ne disposent pas de services de recherche et documentation capables de mener ce type de travaux. Il leur est donc très difficile d'apprécier l'existence d'un consensus. Cependant, la difficulté ne tient pas seulement à un problème de ressources. Le consensus est parfois difficile à établir pour les économistes eux-mêmes. Un exemple l'illustre.

848. **Exemple.** Depuis des années, les restrictions verticales sont un objet d'étude en économie industrielle et des avis divergents ont été émis sur la question de savoir dans quelle mesure ce type d'arrangements contractuels, typiquement entre un producteur et ses distributeurs, doit être considéré comme potentiellement dangereux pour la concurrence[2]. Dans un article de synthèse récent, plusieurs économistes américains expérimentés dans la mise en œuvre du droit de la concurrence ont affirmé que, au regard de la littérature tant théorique qu'empirique sur le sujet, il était possible d'affirmer qu'il existait un consensus sur l'innocuité de principe des restrictions verticales[3]. Leur recension de la littérature a cependant immédiatement été critiquée comme partiale par un autre auteur, également spécialiste et réputé[4]. Celui-ci reprochait aux auteurs du premier article de s'être limités aux publications dans des revues économiques à comité de lecture, alors que d'autres types de données auraient également été pertinentes[5].

849. Le consensus n'est donc pas seulement difficile à établir pour les juridictions, il l'est aussi pour les économistes. Plus fondamentalement, il peut aussi ne pas exister. Pourtant, le

---

[1] F. SOUTY, « Science économique et politique de la concurrence : consensus et divergences entre économistes américains », *Revue conc. conso*, n° 71, jan-fév. 1993, pp. 30-37.

[2] Sur la question des restrictions verticales, V. . LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique : L'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, thèse Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004, à paraître Bruylant et Sakkolas.

[3] J. COOPER, L. FROEB, D. O'BRIEN et M. VITA, « Vertical Restrictions and Antitrust Policy : What About the Evidence? », *Competition Policy International*, vol. 1, 2005, n° 2, pp. 45-63.

[4] F. M. SHERER, « Comment on Cooper et al.'s Vertical restrictions and Antitrust Policy », *Competition Policy International* ,vol. 1, 2005, n° 2, pp. 65-74.

[5] En anglais *refereed journals*. L'expression désigne la pratique éditoriale qui consiste pour une revue à soumettre les articles qui lui sont proposés à plusieurs lecteurs choisis pour leur compétence dans le domaine concerné (les *referees*), lesquels font un rapport anonyme sur l'article. Cette pratique se veut un gage de qualité de la publication.

juge doit trancher les litiges. À cet égard, il convient de rappeler que le juge se passe parfois du consensus pour consacrer un test de qualification économique qu'il estime raisonnable[1]. Tel était le cas du test proposé par Areeda et Turner, consacré bien que non consensuel[2]. Sans doute, cela ne peut être reproché au juge, qui doit dire le droit pour trancher les litiges sans attendre que la théorie économique soit achevée. Le fait que le juge doive interpréter la règle en présence d'incertitudes économiques exclut que le consensus puisse en pratique être considéré comme condition de la réception par le juge des apports de l'économie.

850. D'autres raisons encore conduisent à rejeter l'exigence de consensus. Une telle proposition revient en effet à prescrire au juge une règle de choix entre des interprétations concurrentes du droit. Elle fait de plus des économistes les arbitres de ce choix. L'exigence de consensus entre économistes n'apparaît donc ni fiable ni praticable pour le juge qui doit décider de consacrer un test de qualification issu de l'analyse économique.

851. Si le consensus économique ne peut être une exigence générale, cela ne signifie cependant pas qu'il soit dépourvu de pertinence pour le juge. À cet égard, une double distinction est nécessaire, d'une part, selon la nature des énoncés économiques et, d'autre part, selon leur place dans le raisonnement judiciaire.

c) Distinction selon la nature des énoncés économiques

852. **Trois types d'énoncés.** On peut distinguer trois catégories d'énoncés économiques : premièrement, les propositions normatives (par exemple « le but du droit de la concurrence doit être la protection des intérêts des consommateurs ») ; deuxièmement, les propositions analytiques (par exemple « pour apprécier l'existence d'une position dominante, il faut tenir compte de la part de marché, de l'existence de barrières à l'entrée et des possibilités pour les acheteurs de contrecarrer le pouvoir de marché des vendeurs »[3]) ; et, troisièmement, les propositions empiriques (par exemple « les restrictions verticales sont généralement efficientes »). Le consensus sur ces différents types d'énoncés n'a pas la même signification du point de vue du juge.

853. **Consensus et énoncés normatifs.** En ce qui concerne les énoncés normatifs, le consensus a certainement un effet persuasif. Ainsi, le consensus actuel sur l'identification de l'intérêt des consommateurs comme objectif principal du droit de la concurrence pénètre la

---

[1] Ch. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, LGDJ, 1984.

[2] *Supra* n° 773.

[3] Ou vice-versa si l'on considère la position dominante d'un acheteur.

jurisprudence[1], mais cet effet ne doit rien à une *exigence* de consensus. Le consensus produit un effet sur les juges par la puissance propre de la diffusion des idées dans les cercles concernés. Les juges ne vivent pas dans une tour d'ivoire et la perméabilité de la jurisprudence à l'esprit du temps n'est pas propre à l'économie. L'exigence de consensus n'est ni pertinente – elle n'ajoute rien à un effet qui existe de toutes façons – ni légitime, car, s'agissant d'énoncés normatifs, le juge a plus de légitimité que les économistes pour interpréter la volonté du législateur. Il peut intégrer leurs suggestions, mais c'est sous sa propre responsabilité qu'il le fait.

854. **Consensus et énoncés analytiques.** En ce qui concerne les énoncés analytiques, l'exigence de consensus est à la fois plus pertinente et plus légitime. Elle est en réalité plus pertinente précisément parce que l'intervention des économistes à ce stade est plus légitime. Le juge a besoin de schémas d'analyse pour préciser les notions complexes, alors qu'il peut déterminer les finalités sans apport de savoirs extérieurs. Or, l'analyse abstraite des phénomènes économiques est le domaine propre de la théorie économique. Pour disséquer la causalité économique, les économistes ont une légitimité propre dont le juge est dépourvu. À cet égard, l'exigence de consensus est une simple précaution ou, autrement dit, l'équivalent fonctionnel d'un label de qualité. S'agissant précisément de connaissances que le juge est moins à même de critiquer que ne le sont les économistes eux-mêmes, l'idée est de s'en remettre à la controverse scientifique pour faire émerger des connaissances solides. La contradiction est en quelque sorte déléguée à la communauté scientifique. La limite de l'exigence de consensus sur les énoncés analytiques tient au fait que les économistes ne tiennent pas nécessairement compte, dans leurs controverses, des difficultés de mise en œuvre des propositions qu'ils débattent[2]. Il peut donc y avoir un consensus sur des propositions inapplicables du point de vue du juge.

855. **Consensus et énoncés empiriques.** Par énoncés empiriques, nous voulons désigner un énoncé sur des faits qui ne sont pas les faits de la cause. On pourrait les appeler des faits généraux. Un exemple d'énoncé économique empirique est la proposition selon laquelle des accords d'exclusivité permettent (en général ou à certaines conditions) une meilleure

---

[1] P. e. arrêt du Tribunal du 7 juin 2006, Österreichische Postsparkasse AG et Bank für Arbeit und Wirtschaft AG, T-213/01, T-214/01, point 115 : « les règles qui visent à assurer que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ont pour finalité ultime d'accroître le bien-être du consommateur » et *supra* n° 157 et s.

[2] D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 271-285, p. 272, note que la question du passage de la théorie économique à la mise en œuvre dans le cadre d'un procès a longtemps été ignorée mais fait l'objet d'un intérêt croissant parmi les économistes.

pénétration d'un marché qu'un système de franchise[1]. Sur de tels énoncés, l'exigence de consensus est légitime, mais particulièrement difficile à satisfaire. Elle est légitime, car les énoncés empiriques généraux peuvent être nécessaires au juge, comme nous le verrons à propos des règles d'expérience[2]. Or, il est difficilement admissible que le juge s'appuie sur des données empiriques fausses. Dans un autre domaine, admettrait-on, par exemple, qu'un juge siégeant dans le midi se trompe sur le sens dans lequel souffle, en général, le Mistral ? Le besoin de pouvoir se fier à l'analyse économique est encore plus grand pour les données empiriques que pour les énoncés analytiques. En effet, sur ces derniers, le juge peut, sans être économiste, exercer son sens critique. En revanche, sur les énoncés de fait, l'ignorance est indépassable[3]. La qualité des énoncés de fait est à la fois celle qu'il est le plus difficile d'apprécier et celle sur laquelle il est le plus difficile de réunir un consensus, à la fois par manque d'études empiriques et en raison de querelles de méthodes[4].

856. **Conclusion du 1.** Pour le juge, le consensus ne peut être un critère général d'acceptabilité de l'analyse économique. Sur le plan pratique, ce critère est excessivement difficile à mettre en œuvre. Sur le plan normatif, l'exigence de consensus a un sens et une légitimité variables selon la nature des énoncés économiques : elle est, tout d'abord, peu légitime et inutile en ce qui concerne les énoncés normatifs, ensuite, raisonnablement légitime et praticable en ce qui concerne les énoncés analytiques et, enfin, parfaitement légitime mais très difficile à satisfaire en ce qui concerne les énoncés empiriques.

857. Il convient à présent de se tourner vers un second critère dont il est parfois dit qu'il devrait guider la décision du juge d'adopter une règle (par exemple un test de qualification) plutôt qu'une autre.

2. Le choix entre deux types d'erreur

858. **Les deux types d'erreur.** Dans le vocabulaire des économistes, également utilisé à la Commission[5], un test de qualification peut être affecté de deux types d'erreurs : les erreurs dites de « type I » ou de « faux positif », qui consistent à condamner une pratique alors qu'elle est en réalité pro-concurrentielle, et les erreurs de « type II » ou de « faux négatif », qui

---

[1] Cette proposition n'a aucun fondement scientifique. Nous la donnons à titre d'exemple fictif.

[2] *Infra* n° 869 et s.

[3] A. ARENDT, « Vérité et politique », *in La crise de la culture*, Gallimard, Folio, p. 295.

[4] V. *supra* n° 848 l'exemple des restrictions verticales.

[5] L. PEEPERKORN, « Commission publishes discussion paper on abuse of dominance », *Competition Policy Newsletter*, 2006, n° 1, pp. 4-7, p. 4.

consistent, à l'inverse, à ne pas sanctionner une pratique pourtant anticoncurrentielle[1]. En termes plus familiers au juge, il s'agit de savoir si, en adoptant une interprétation particulière, on risque plutôt de condamner des innocents ou bien de laisser des coupables impunis. Tout test de qualification rend plus probable l'un ou l'autre type d'erreur. À titre d'exemple, le test d'Areeda et Turner concernant les prix prédatoires a été conçu pour minimiser le risque de « faux positifs », c'est-à-dire le risque de condamner comme prédatoires des pratiques favorables à la concurrence[2]. Il est en effet pratiquement impossible qu'une entreprise poursuive autre chose qu'une stratégie d'éviction en vendant au-dessous de son coût marginal. De même, et toujours dans l'analyse de la prédation, la condition de récupération, qui a été examinée précédemment, vise à éviter les condamnations de pratiques innocentes mais, corrélativement, elle accroît les risques de faux négatifs. Inversement, il a été reproché à certains tests de présenter de sérieux risques de « faux négatif »[3].

859. **Approche économique.** L'approche économique du choix entre des tests ayant des profils d'erreurs différents consiste à considérer que le juge devrait « minimiser le coût des erreurs »[4]. Dans cette approche, aucun des deux types d'erreur n'est considéré comme intrinsèquement moins grave que l'autre. Il s'agit d'évaluer au cas par cas, pour chaque test proposé, le coût des erreurs qui lui sont associées et de choisir celui pour lequel ce coût est le plus faible, indépendamment du type d'erreur que ce test rend le plus probable.

860. **Discussion.** Dans une perspective juridique, cette symétrie pourrait, à première vue, être critiquée du point de vue de la présomption d'innocence. En réalité, la présomption d'innocence n'est pas en cause, car elle est une règle de décision qui prescrit la non-application de la règle pénale en présence d'un doute sur la preuve des éléments constitutifs de l'infraction[5]. La présomption d'innocence concerne l'application d'une règle, tandis que le

---

[1] Cette distinction est reprise par de très nombreux auteurs. P.e. REY *et alii*. *An Economic Approach to Article 82*, préc. p. 7.

[2] Sur ce test, V. *supra* n° 766.

[3] Tel est par exemple le cas du test du concurrent aussi efficient en matière d'abus de position dominante. V., sur ce point, OCDE, *Competition on the Merits*, DAF/COMP(2005)27, p. 72.

[4] Telle est la conviction popularisée aux États-Unis par l'analyse économique du droit. Pour un exemple : P. L. JOSKOW et A. K. KLEVORICK, « A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy », *Yale L. J.*, 1979, p. 213, spéc. p. 222 et s. D'un point de vue normatif, il n'y a pas de raison de considérer que le juge aurait tort de poursuivre un tel objectif, à condition d'adopter une conception large de la notion de coût imposé par une règle et de prendre en considération tant les coûts de mise en œuvre de la règle par les autorités qui en sont chargées que les coûts imposés à ceux qui doivent se conformer à la règle. D'un point de vue descriptif, seule une enquête sociologique pourrait révéler si et dans quelle mesure les juges considèrent qu'ils doivent veiller à minimiser les coûts des règles de droit et, le cas échéant, quels coûts.

[5] Sur le lien entre la règle de preuve et la présomption d'innocence, J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 285, p. 315. Pour une illustration très claire en droit de la concurrence, V. conclusions

choix du type d'erreur concerne l'interprétation de la règle en dehors de toute application concrète. Pour critiquer la symétrie postulée par l'approche économique entre les deux types d'erreur, il faut donc invoquer soit un jugement de valeur général, selon lequel la condamnation d'un innocent serait toujours plus grave que l'excès de clémence envers un coupable, soit un jugement de valeur plus précis, selon lequel, par exemple, il vaudrait mieux laisser les entreprises dominantes engranger des profits excessifs que de décourager l'investissement. L'appréhension économique de la question du choix entre deux types d'erreurs suppose la neutralité axiologique du juge au regard de ces jugements de valeur. Ceci précisé, le critère de la minimisation des coûts mérite que l'on s'y arrête.

861. Le coût des erreurs associées à un test, que le juge est censé apprécier avant de se décider en faveur d'un test de qualification, est la somme des coûts associés respectivement à chacun des deux types d'erreur. Pour chaque type d'erreur, le coût associé est le produit du coût de l'erreur et de la probabilité de cette d'erreur[1]. Ainsi, théoriquement, un test qui rend moyennement probable une erreur relativement bénigne pourra être préféré à un autre qui autorise une erreur peu probable mais désastreuse. Les évaluations que requiert ce calcul des coûts sont excessivement difficiles à faire et supposent soit des données empiriques extensives, soit des jugements de valeur.

862. Ainsi, d'une part, l'évaluation des coûts associés à chaque type d'erreur est particulièrement complexe. En cas de faux négatif, le coût associé à l'erreur consiste dans le dommage concurrentiel causé par la pratique non sanctionnée. En cas de faux positif, en revanche, il consiste dans les effets pervers de la décision erronée en termes d'incitations. Ainsi, lorsqu'une entreprise est condamnée à tort, il faut anticiper le fait que d'autres seront dissuadées d'adopter le comportement qui a paru anticoncurrentiel au juge, quand bien même

---

du juge Vesterdorf faisant fonction d'avocat général présentées le 10 juillet 1991 dans les affaires Rhône Poulenc e.a./Commission, T-1/89 à T-4/89 et T-6/89 à T-15/89, Rec. p. II-867 : « les conclusions tirées des preuves ne doivent en aucun cas devenir des spéculations mal fondées. Elles doivent disposer d'une base suffisante et un doute raisonnable doit profiter aux requérantes selon le principe du bénéfice du doute ». *Adde :* arrêt du Tribunal du 8 juillet 2004, JFE Engineering/Commission, T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, Rec. p. II-2501, point 177 : « l'existence d'un doute dans l'esprit du juge doit profiter à l'entreprise destinataire de la décision constatant une infraction. Le juge ne saurait donc conclure que la Commission a établi l'existence de l'infraction en cause à suffisance de droit si un doute subsiste encore dans son esprit sur cette question, notamment dans le cadre d'un recours tendant à l'annulation d'une décision infligeant une amende » (citation de jurisprudence omise). Sur les interactions entre définition et preuve de l'infraction d'entente, V. L. VOGEL, « Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence », *JCP(E)*, 1991, I-91. Ph. LAURENT, « Qualification et preuve de la pratique concertée », *Contrats Conc. Conso.*, mars 1992, pp. 1-2. Ch.-E. GUDIN, « Réflexion sur la définition et la preuve de l'entente en droit communautaire », *Revue des affaires européennes*, 1996, pp. 117-135.

[1] En ce sens, par ex., P. REY *et alii*, préc. note 159, p. 7.

il ne le serait pas. Le dommage consiste dans ce cas en la perte d'une chance de comportements concurrentiels. L'évaluation de la gravité des erreurs incorpore donc une opinion soit sur la nocivité respective des différentes pratiques anticoncurrentielles[1] (dans le cas du faux négatif), soit sur l'effet dissuasif d'une décision judiciaire erronée (dans le cas du faux positif), données qu'il paraît bien difficile d'évaluer *a priori*.

863. D'autre part, l'évaluation de la probabilité intrinsèque de chaque type d'erreur est liée à la croyance dans la fréquence ou dans la rareté d'un comportement économique ou d'un effet économique en présence d'un comportement donné[2]. Ce jugement fait appel à des connaissances empiriques générales. Par exemple, tant que l'on considérait que la prédation était un phénomène très rare, on soutenait que c'était le risque de faux positif qu'il fallait avant tout éviter, notamment en consacrant le critère de la récupération des pertes[3]. À l'inverse, une étude récente souligne que les risques associés à la non-sanction des abus de position dominante dans les industries de réseau est aussi préoccupant que le risque de sanction excessive[4]. Il est évident que des études empiriques sont d'une valeur incomparable pour fonder ce type d'opinion. À cet égard, on ne peut que souhaiter leur développement[5]. En l'absence de telles études, le juge comme les experts en sont réduits au mieux à la réflexion *a priori* et, au pire, à l'idéologie. Faute d'études empiriques nombreuses et sérieuses mises à la disposition du juge sous une forme exploitable par lui, le critère de minimisation des coûts n'est donc qu'un habillage proposé à ce qui reste un jugement de valeur, auquel le juge peut procéder sans ce détour.

---

[1] Ce type d'opinion est par exemple exprimée par l'OCDE à propos des ententes, dont il est dit qu'elles sont « généralement reconnues comme le comportement le plus dommageable entre tous », « Rapport sur la nature et l'impact des ententes, ainsi que sur les sanctions au titre des législation sur la concurrence nationales » *in Lutte contre les ententes injustifiables : effets dommageables, sanctions efficaces et programmes de clémence*, OCDE, 2002, p. 82.

[2] Les auteurs américains appellent ces croyances les *prior beliefs* ou *priors*. Sur ce point (à propos de la dangerosité des restrictions verticales), V. les remarques de J. COOPER *et alii*, *op. cit.*

[3] C. S. HEMPHILL, « The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses », *Stanford L. Rev.*, 2001, vol. 53, pp. 1581-1612, p. 1587. En ce sens également, R. O'DONOGHUE et J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, chap 6.

[4] M. MESSINA, « Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation? », *Competition L. Rev.*, 2006, vol. 2, n° 2, http://www.clasf.org/CompLRev/downloads/Vol2Issue2.htm.

[5] Ce souhait n'est pas simple à mettre en œuvre. D'un point de vue scientifique, les difficultés méthodologiques sont évidentes. Il faut en particulier refuser que l'effet anticoncurrentiel soit mesuré, comme il l'est parfois, à partir des condamnations prononcées, car l'étude est alors affectée d'un vice de circularité et ne contient aucune information empirique neuve. Il faut au contraire mesurer « directement » l'effet anticoncurrentiel des pratiques à partir de l'évolution des prix, de la variété et de la qualité des biens et services. D'un point de vue institutionnel, il convient d'être attentif à ce que les liens entre les chercheurs impliqués dans ces études empiriques et l'activité de conseil ou de défense des entreprises soient transparents. Il serait intéressant que les questions les plus fréquemment rencontrées par les autorités de concurrence et/ou les juridictions puissent donner lieu à des appels d'offres de recherche.

864. Le critère de la minimisation des coûts, proposé par l'analyse économique de la décision judiciaire, apparaît, d'une part, comme étant subordonné à une neutralité axiologique peut-être peu réaliste et, d'autre part et surtout, comme étant peu opératoire.

865. **Conclusions du B.** Il faut conclure que, si l'analyse économique a sa place dans l'interprétation des règles de droit de la concurrence, elle ne produit pas de critères convaincants pour analyser le choix du juge entre des interprétations concurrentes. Le critère du consensus nécessite d'importantes précautions, en l'absence desquelles il vaut mieux le rejeter. Quant au critère de minimisation, on vient de le voir, il ne constituerait un véritable apport qu'à la condition que les coûts qu'il s'agit de minimiser soient mieux connus. L'ampleur des connaissances nécessaires rend cette perspective peu vraisemblable. En aucun cas ces critères ne peuvent être mécaniquement mis en œuvre pour démontrer la supériorité d'une interprétation sur une autre. La conviction du juge sur la meilleure interprétation du droit se forme dans le débat. Au mieux ces critères peuvent être invoqués au soutien d'une interprétation débattue. Dans ce cas, le débat sur l'interprétation de la règle pourra faire appel à des données techniques. C'est donc non seulement dans l'appréciation des preuves mais aussi dans la discussion sur le droit que le juge peut souhaiter s'adjoindre des compétences économiques.

866. **Conclusion de la section I.** Dans cette section, différents points de vue ont été abordés sur la décision du juge d'adopter ou non une proposition de test de qualification issue de l'analyse économique. D'un point de vue juridique, on peut conclure que la question de la sécurité juridique ne se pose pas différemment lorsque l'évolution de jurisprudence est inspirée par l'analyse économique et lorsqu'elle a une autre cause. Dans tous les cas, ce qui importe est de protéger les justiciables contre les évolutions qu'ils ne pouvaient pas prévoir et qui leur sont préjudiciables. Dès lors que des techniques sont à la disposition du juge pour parvenir à un tel résultat, la stabilité de la jurisprudence ne constitue pas en elle-même un objectif. La question qui se pose au juge est donc d'identifier la meilleure règle possible.

867. À cet égard, le critère du consensus parmi les économistes ne saurait être généralement admis. Ce critère est difficile à mettre en œuvre et il n'est légitime que pour certains types d'énoncés économiques. En outre, il est particulièrement difficile à mettre en œuvre là même où il est le plus légitime (en ce qui concerne les questions empiriques). Par ailleurs, le critère de minimisation des coûts proposé par l'analyse économique du droit n'emporte pas non plus la conviction. Tout au plus ces critères peuvent-ils être invoqués dans les débats qui se déroulent devant le juge à propos de la meilleure interprétation du droit. Il y aurait alors dans

le procès une véritable discussion économique sur le droit. Dans cette hypothèse, mais aussi plus généralement, se pose la question pratique de savoir dans quelle mesure la décision du juge peut être éclairée par un savoir économique.

SECTION 2. LA DÉCISION DU JUGE ÉCLAIRÉE PAR UN SAVOIR ÉCONOMIQUE

868. La question de la participation des économistes au procès est souvent abordée du point de vue de l'expertise, comme si les connaissances économiques ne concernaient que la preuve des faits. Or, on vient de le voir, le savoir économique est également utile au juge dans la discussion sur le droit. Cette distinction est importante d'un point de vue procédural, car l'expertise proprement dite est réservée à la preuve des faits. Plus généralement, l'usage que fait le juge du savoir économique doit gouverner les modalités de coopération entre juges et économistes. Or, il est un usage particulier du savoir économique qui ne semble pas avoir attiré l'attention : le juge s'appuie, pour dire le droit comme pour apprécier les preuves qui lui sont soumises, sur ce que l'on peut appeler des règles d'expérience économiques (§ 1). Le peu d'attention qui a été porté à ce phénomène explique sans doute que, parmi les modalités de coopération entre juges et économistes (§ 2), celle qui conviendrait pour apporter au juge les connaissances économiques de nature à fonder ces règles d'expérience soit encore à trouver.

§1. LES RÈGLES D'EXPÉRIENCE ÉCONOMIQUES

869. **Exemple et notion.** Les « règles d'expérience » constituent un phénomène assez peu étudié[1]. D'après la définition qu'en donne François Rigaux, ces règles sont des « lois ou normes n'ayant pas un contenu juridique » mais qui « exercent sur l'application du droit au fait une influence considérable »[2]. La catégorie englobe, selon cet auteur, « tous les procédés d'abstraction non juridiques dont la mise en œuvre est indispensable à l'application du droit au fait »[3]. La loi de la gravité est un exemple de règle d'expérience, ainsi qu'une situation fictive permet de l'illustrer. Une personne qui, pour obtenir réparation d'un préjudice, prétendrait avoir été assommée par un pot de fleurs tombé d'une fenêtre verrait sans aucun doute sa prétention rejetée s'il est établi que, au moment des faits, elle se trouvait au-dessus et non au-dessous de ladite fenêtre[4]. Pour rejeter une telle prétention le juge s'appuierait sur la

[1] L'observation, ancienne déjà, vaut pour la doctrine française, mais non pour la doctrine allemande ou italienne. Sur ce point F. RIGAUX, *La fonction de la Cour de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966, n° 65, p. 99 et 75, p. 113.

[2] F. RIGAUX, *op. cit.*, n° 65, p. 98.

[3] F. RIGAUX, *op. cit.*, n° 76, p. 114.

[4] Exemple donné par F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 115.

connaissance qu'il a de la loi de la gravité. Si d'aventure un jugement admettait une telle prétention, il serait censuré, ce qui permet d'affirmer que ces règles d'un type particulier font partie des normes dont la Cour de cassation assure le respect[1].

870. François Rigaux répertorie plusieurs types de règles d'expérience, dont une est plus particulièrement intéressante pour notre propos : « l'application aux situations de la vie de lois scientifiques et des connaissances techniques appartenant à la connaissance commune de l'homme instruit »[2]. On peut certes se demander si les connaissances économiques aussi spécialisées que celles qui entrent en jeu dans l'application des règles de concurrence font vraiment partie de la connaissance commune de l'homme instruit, mais, précisément, c'est en cela que la notion de règle d'expérience est particulièrement pertinente. Il semble en effet que les juges s'appuient bel et bien sur ce que l'on peut appeler des règles d'expérience économiques. On peut repérer plusieurs usages de telles règles (A), dont certains conduisent à cristalliser dans la règle de droit elle-même des connaissances économiques qui peuvent être contingentes. Cela conduit à s'interroger sur la nature des connaissances qui fondent ces règles d'expérience économiques (B), mais aussi sur leur statut processuel au regard du principe du contradictoire (C).

A. Les différents usages judiciaires des règles d'expérience économiques

871. Les règles d'expérience peuvent tout d'abord être traduites, comme d'autres règles d'expérience, en présomptions (1). Là ne s'arrête cependant pas l'usage que fait le juge des règles d'expérience. Celles-ci fondent aussi des dispenses d'allégation (2) et même des règles de fond (3).

1. Les règles d'expérience utilisées pour fonder une présomption

872. **Usage naturel des règles d'expérience.** Les règles d'expérience peuvent être le support de présomptions. Par exemple, pour trancher une affaire d'accident de la circulation, le juge intègre dans son raisonnement la relation qui lie, en général, la vitesse et la distance de freinage. L'usage des règles d'expérience à titre de présomption est naturel, car l'une et l'autre notions renvoient à la normalité. Une règle d'expérience énonce ce qui est « normal ».

---

[1] F. RIGAUX, *op. cit.*, *loc. cit.* T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LDGJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 270, n° 223, p. 170.

[2] F. RIGAUX, *op. cit.*, n° 76, p. 115. Concernant cette catégorie, l'auteur prend l'exemple de la loi de la gravité, qui fait obstacle à ce qu'on condamne quelqu'un pour avoir laissé choir un pavé sur un autre qui se trouvait un étage au-dessus de lui. Les tables de distances de freinages, utilisées dans le contentieux des accidents de la route, traduisent aussi des règles d'expérience.

Or, les présomptions sont précisément « des règles de droit en vertu desquelles nous tenons pour établi (provisoirement ou définitivement) ce qui n'apparaît que comme probable ou normal »[1]. Plus précisément, la règle d'expérience énonce une présupposition à partir de laquelle un fait est inféré, cette inférence constituant la présomption proprement dite[2]. Il y a donc une convenance naturelle entre les règles d'expérience et les présomptions.

873. **La normalité économique.** De même que, en matière de responsabilité civile, le juge peut avoir besoin de se référer aux enchaînements causals normaux, il peut avoir besoin, pour trancher une affaire de concurrence, de connaître les relations qui régissent, en général, certaines grandeurs économiques entre elles[3]. On trouve un exemple d'usage d'une règle d'expérience économique à titre de présomption dans l'arrêt *Tetra Laval*, où le Tribunal de première instance juge que l'on ne peut considérer que les concentrations de conglomérat produisent en général des effets anticoncurrentiels[4]. En affirmant cela, le Tribunal s'appuie sur une connaissance économique selon laquelle les concentrations de conglomérat sont, en général bénignes. Le juge communautaire s'appuie du reste explicitement sur l'autorité de « la doctrine économique », selon laquelle « les effets d'une concentration de type conglomérat [sont] souvent considérés comme neutres, voire bénéfiques, au regard de la concurrence sur les marchés affectés »[5]. Dans l'arrêt, cette affirmation sert à moduler une exigence de preuve[6]. C'est donc l'idée que se fait le juge de la normalité économique, en l'espèce au regard de la doctrine citée par les parties, qui le rend plus ou moins exigeant sur les preuves à avancer.

---

[1] P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des publications officielles, 1960, n° 143, p. 218. La même idée était exprimée dans l'avant projet de Code civil du 24 thermidor an VIII : « la présomption est un jugement que la loi ou le magistrat porte sur la vérité d'une chose par une conséquence tirée de faits et de circonstances et qui est fondée sur ce qui arrive communément et plus ordinairement », cité par G. DALBIGNAT-DEHARO, *op. cit.*, p. 394.

[2] Sur ce point, J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, n° 318, p. 345.

[3] Le besoin d'informations du juge sur un phénomène économique en général (au-delà des faits de la cause) a également été souligné par B. OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », pp. 184-211, p. 195. L'auteur relève que « le manque d'information, particulièrement grave dans une matière aussi technique [que les baux commerciaux] empêche souvent [le juge] de se prononcer en connaissance de cause ».

[4] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, point 142, [en l'absence de chevauchements horizontaux et de relations verticales entre les entreprises], « il ne saurait être présumé, d'une manière générale que [les concentrations conglomérales] produisent des effets anticoncurrentiels ». C'est ce qui le conduit à définir une exigence de preuve circonstanciée : la Commission doit montrer qu'une position dominante serait « selon toute vraisemblance » créée ou renforcée (point 153), ce qui présuppose un « examen particulièrement attentif » des circonstances qui se révèlent pertinentes » (point 155) et des « preuves solides » au soutien de sa conclusion (point 155).

[5] *Ibid*.

[6] Ce point sera développé *infra* n° 1291.

874. De même, dans l'arrêt *Airtours*[1], le Tribunal de première instance avait déterminé la valeur probatoire d'un indice en se référant explicitement la doctrine économique. Dans cette affaire, la Commission avait considéré que la volatilité de la part de marché était un élément *favorable* à la coordination tacite alors que, selon le Tribunal, la théorie économique considère que c'est normalement un facteur qui rend *plus difficile* la coordination. Le Tribunal reprend à cet égard un raisonnement économique à son compte. Il explique que la volatilité rend plus difficile la détection par les entreprises formant un oligopole d'une éventuelle déviation de l'une d'entre elles par rapport à la stratégie commune[2]. Il en déduit que la Commission, pour interpréter différemment la volatilité, devait démontrer par une motivation circonstanciée pourquoi la théorie ne s'appliquait pas en l'espèce. Là encore, le juge s'est appuyé sur les conclusions de la théorie économique pour apprécier les preuves qui lui étaient soumises.

875. **Usage prudent.** Dans ces deux exemples, les conclusions de la doctrine économique sur lesquelles le juge s'appuie sont exposées dans les arrêts. Les présomptions y sont donc motivées. Il ressort par ailleurs des arrêts que ces conclusions ont été soumises au contradictoire et que, dans les espèces concernées, elles n'étaient pas contestées. En outre, le juge s'appuie sur cette connaissance économique pour fonder des présomptions réfragables. En cela, ces arrêts illustrent un usage convenable et prudent du savoir économique. L'économie ne doit en effet pas conduire le juge à préjuger, mais l'aider à juger. Comme le souligne le président du Tribunal de première instance, « l'approche la plus prudente est de considérer qu'un comportement est *en principe* présumé légal ou illégal, mais qu'une telle [présomption de] légalité ou [d'] illégalité est réfragable [et doit être écartée] si des éléments de preuve plus précis, économiques ou autres, permettent d'établir que, en l'espèce, le principe ne tient tout simplement pas »[3]. Cet usage réfléchi et explicite du savoir économique contraste avec d'autres, où il semble que c'est comme par devers lui que le juge a intégré implicitement une connaissance à son jugement. Cela peut s'illustrer par un exemple dans

---

[1] Arrêt du Tribunal du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585.

[2] *Airtours*, préc., points 134 et 139.

[3] B. VESTERDORF, « Economics in Court : Reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition law regime », *Sven Norberg Liber Amicorum*, p. 516 (nous traduisons). Dans l'original : « In most situations, the more prudent approach is to conclude that a particular conduct is *in principle* presumed to be legal or illegal, but that such legality or illegality may be "rebuttable" if more precise economic or other evidence can establish that in the case at hand the principle simply does not stand » (souligné dans l'original).

lequel la Cour de justice s'est appuyée sur une règle d'expérience pour fonder une dispense d'allégation.

2. Les règles d'expérience utilisées pour fonder une dispense d'allégation

876. **Exemple.** Dans son arrêt *Hoffmann-La Roche*[1], la Cour de justice affirme qu'une part de marché très importante constitue, à elle seule, un élément suffisant pour établir l'existence d'une position dominante[2]. Pourtant, en principe, la part de marché n'est qu'un indice de position dominante, qui doit être complété par d'autres éléments[3]. Admettre que, lorsque la part de marché est très importante, aucune allégation complémentaire n'est nécessaire, c'est donc consentir une dispense d'allégation. Or, cette dispense est justifiée par une affirmation du juge sur une relation générale entre grandeurs économiques.

877. **Dispense.** La part de marché très importante est, dit la Cour, un indice suffisant de position dominante, car elle met l'entreprise qui la détient pendant une certaine durée « dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire », « sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirerait se détourner de l'entreprise détenant la part la plus considérable »[4]. Cette explication fait apparaître très précisément l'objet de la dispense : le demandeur est dispensé d'alléguer que les entreprises de la frange concurrentielle sont en mesure de contrebalancer la puissance de l'entreprise la plus importante du marché. Il s'agit de ce que Motulsky appelle une « dispense rationnelle »[5]. La partie qui allègue la position dominante est dispensée d'une

---

[1] Arrêt de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 41.

[2] La même affirmation est reprise, notamment, dans l'arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359, point 60 (où il est jugé qu'une part de marché de 50 % est « très importante ») et dans les arrêts du Tribunal du 12 décembre 1991, Hilti/Commission, T-30/89, Rec. p. II-1439, points 89 à 92 (où il est jugé qu'une part de marché de 70 à 80 % constitue un indice suffisant de position dominante), et du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, T-83/91, Rec. p. II-755, point 109 (part de marché de 90 %).

[3] En ce sens, p.e. arrêt du 5 octobre 1988, Alsatel/Novasam, 247/86, Rec. p. 5987, point 19 ; Paris, 13 avril 1999, Dectra e.a., BOCCRF du 12 mai 1999, p. 254 (arrêt cassé mais pas sur ce point) ; Paris, 15 juin 1999, Canal Plus, BOCCRF du 25 août 1999, p. 439 (sans référence aux modes d'actions commerciales) ; Paris, 29 juin 2000, Ligue nationale de football e.a., BOCCRF du 12 septembre 2000, p. 468. Sur ce point, M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 1ère éd., 2006, n° 122 et s., p. 122 et s.

[4] La formulation exacte de la Cour est la suivante: « la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée, par le volume de production et d'offre qu'elle représente – *sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirerait se détourner de l'entreprise détenant la part la plus considérable* – , dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure, tout au moins pendant des périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante ». *Hoffman-La Roche*, préc. point 41 (nous soulignons).

[5] H. MOTULSKY, *Principes*, n° 92 et s., p. 93 et s. Par « demandeur, nous nous référons ici au demandeur à l'allégation de prédation.

partie de l'analyse de cette notion complexe. Un auteur a souligné combien la définition de ces dispenses dépendait du juge et était difficile à objectiver[1]. Le présent exemple illustre aussi ce propos.

878. **La règle d'expérience au fondement la dispense.** En effet, la nature de l'argument économique retenu par le juge pour justifier cette dispense mérite de retenir l'attention. Le juge déclare que, lorsqu'une entreprise a une part de marché très élevée, les autres entreprises ne sont pas en mesure de satisfaire la demande qui pourrait leur être adressée dans l'hypothèse où entreprise la plus importante augmenterait ses prix. Il ne s'agit pas là d'un raisonnement économique abstrait, en ce sens qu'aucun mécanisme économique ni aucune relation causale ne sont explicités. Aucune raison de nature à expliquer pourquoi la frange concurrentielle devrait nécessairement être paralysée par l'entreprise dominante n'est donnée. Il ne s'agit pas non plus d'une affirmation relative aux faits de la cause, puisqu'elle porte sur toute entreprise dominante en général et non sur Hoffmann-La Roche en particulier. Il ne peut donc s'agir que d'une affirmation sur une régularité empirique générale, autrement dit sur la normalité économique. Le juge affirme que, en général, lorsqu'une entreprise est dominante, les entreprises qui composent la frange concurrentielle ne sont pas en mesure de réagir à une hausse de la demande, la situation inverse étant qualifiée de « circonstances exceptionnelles ». En d'autres termes, le juge invoque une règle d'expérience pour justifier la dispense d'allégation qu'il accorde. Il invoque un argument économique à titre de « loi scientifique appartenant à l'expérience commune de l'homme instruit »[2]. En l'occurrence, la règle d'expérience invoquée pourrait être critiquée[3]. Cette critique relève de la question de la qualité des connaissances économiques du juge[4]. Avant d'y revenir, il convient d'illustrer un troisième et dernier type d'usage des règles d'expérience économiques. Celles-ci peuvent aussi être intégrées à la règle de fond.

3. Les règles d'expérience intégrées à la règle de fond

879. **Exemple.** Les règles d'expérience économiques peuvent être intégrées, consciemment ou non, à une règle de fond. Le même arrêt *Hoffmann-La-Roche*[5] en témoigne. Dans un

---

[1] J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 132, p. 193.

[2] F. RIGAUX, *op. cit*., n° 76, p. 115.

[3] *A priori*, il suffit que les entreprises de la frange concurrentielle disposent de réserves de capacité de production pour que l'affirmation soit fausse.

[4] *Infra* B.

[5] Arrêt de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461.

passage qui inspire encore la jurisprudence actuelle sur les rabais de fidélité[1], la Cour du justice juge que les rabais accordés par une entreprise dominante en contrepartie d'un engagement d'achat sont nécessairement abusifs, parce qu'ils privent les acheteurs de possibilités de choix[2]. De la restriction de leurs possibilités de choix des distributeurs, la Cour infère un préjudice pour les consommateurs, comme si, en général, les rabais de fidélité étaient, venant d'une entreprise dominante, nécessairement néfastes[3]. L'inférence que fait ici le juge n'est pas une présomption. En effet, la preuve de l'absence de préjudice du consommateur en présence de rabais fidélisants n'est tout simplement pas autorisée. L'arrêt *Michelin II*, qui a déjà été évoqué et dans lequel le Tribunal de première instance applique cette jurisprudence, témoigne de cette approche. En l'espèce, l'entreprise condamnée soutenait que son système de rabais, dont il n'était pas contesté qu'il fût fidélisant, n'avait pu restreindre la concurrence ni léser les consommateurs. Elle se prévalait, d'une part, de la baisse de ses parts de marché pour démontrer que la pratique en cause n'avait pas renforcé sa position dominante. Elle invoquait, d'autre part, la baisse des prix pour démontrer que les consommateurs n'en avaient pas souffert. Le Tribunal écarte ces arguments au motif que, d'une part, l'effet réel des rabais importe peu et, d'autre part, « en tout état de cause, il est fort probable que la diminution des parts de marché de la requérante (…) et de ses prix de vente (…) aurait été plus importante en l'absence des pratiques dénoncées par la décision attaquée »[4]. Le juge semble donc mettre en œuvre une connaissance économique du fonctionnement de la concurrence aussi peu susceptible d'être remise en cause par les parties lors du procès que ne le serait la loi de la gravité[5]. C'est donc bien une règle de fond que le juge fonde sur une connaissance économique.

880. En l'occurrence, la règle selon laquelle l'effet fidélisant d'un rabais emporterait nécessairement un préjudice pour les consommateurs est aujourd'hui vivement critiquée par

---

[1] En dernier lieu, arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071.

[2] *Hoffmann-La Roche*, préc., points 89 et 90. *Michelin*, préc., point 56 et jurisprudence citée.

[3] Le raisonnement sous-jacent semble se décomposer en deux étapes. En premier lieu, ce type de rabais, qui lie la réduction de prix à un objectif d'achat, rend plus difficile l'accès des offreurs concurrents aux distributeurs. Par exemple, dans l'affaire Michelin, les autres fabricants de pneus auraient été obligés d'offrir des rabais considérables pour que les garagistes liés à Michelin aient intérêt à distribuer leurs produits (en raison du mode de calcul des rabais Michelin). En second lieu, la difficulté éprouvée par les concurrents pour accéder aux distributeurs liés nuit aux consommateurs, ce qui suppose qu'il n'y a pas d'autres moyens pour les producteurs concurrents d'accéder aux consommateurs.

[4] *Michelin*, préc., point 245.

[5] *Supra* n° 869.

la doctrine économique[1]. Au-delà du problème de source formelle que peut poser la consécration par le juge d'une règle de fond[2], c'est aussi et surtout un problème de source substantielle des connaissances économiques du juge qui se pose. Ce problème est évidemment plus aigu lorsque les connaissances économiques sont intégrées à une règle de fond, mais il se pose aussi pour les autres usages des connaissances économiques.

881. **Conclusion du A.** Les exemples qui ont été analysés montrent que le juge s'appuie, pour fonder certaines présomptions, sur certaines dispenses, voire certaines règles de fond ou, autrement dit, sur ce que l'on peut appeler des « règles d'expérience économiques », par analogie avec la notion de « règle d'expérience » admise par plusieurs auteurs. Cette notion désigne des connaissances factuelles qui entrent dans l'élaboration du jugement mais ne portent pas sur les faits de la cause. Elles portent sur des régularités empiriques observables en général. L'existence de « règles d'expérience économiques » soulève cependant un problème particulier. En effet, les connaissances qui sont incorporées dans le jugement par le biais de telles règles ne relèvent pas de l'expérience ordinaire, à la différence, par exemple, de la loi de la gravité. Chacun sait d'expérience que les corps tombent de haut en bas, mais l'on ne sait pas avec autant de certitude si les rabais fidélisants nuisent aux consommateurs. Dès lors, la question de l'origine du savoir économique auquel les juges se réfèrent au titre des règles d'expérience se trouve posée.

B. Le savoir économique incorporé aux règles d'expérience

882. Il est difficile de savoir d'où viennent les connaissances économiques des juges. On peut supposer qu'elles sont issues à la fois de leur formation, de leurs lectures et des informations dont ils ont eu connaissance à l'occasion d'affaires dont ils ont été saisis. Ce que nous voudrions souligner ici, c'est qu'il y entre une part de croyance (1). Plus que pour d'autres règles d'expérience se pose la question de la confiance du juge dans les connaissances économiques (2).

---

[1] Notamment : D. RIDYARD, Article 82 Price Abuses – Towards a More Economic Approach *in* C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds), *What is an Abuse of Dominant Position*, European Competition Law Annual 2003, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 441-460. J. KALLAUGHER et B. SHER, « Anticompetitive Rebates Revisited : Anticompetitive Effects ad Exclusionary Abuses under Article 82 », *ECLR*, 2004, pp. 263-285.

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988, pp. 202-203

1. La part des croyances dans les connaissances économiques

883. Une part de croyance entre nécessairement dans le jugement. Ni le droit de la concurrence ni l'économie ne sont spécifiques à cet égard. Cependant, dans ce domaine, l'importance pratique de ces croyances mérite d'être soulignée. Elle l'est du reste par certains économistes. Ainsi, un auteur expose qu'un juge acquis aux thèses de l'École de Chicago sera « *a priori* sceptique »[1] sur les allégations de comportement anticoncurrentiels : lorsqu'un comportement lui paraît difficile à justifier, il aura tendance à se dire que l'entreprise est mieux placée que lui-même pour apprécier l'efficience de ses choix. Il sera alors plus difficile de le convaincre qu'un juge qui pense savoir que certains comportements sont presque toujours anticoncurrentiels. Ce propos est confirmé par un arrêt américain exceptionnellement explicite et qui mérite, pour cette raison, d'être exposé.

884. **L' « expérience » économique du juge.** L'arrêt *Maricopa County*[2] est intéressant, car le juge américain y reconnaît avec beaucoup de transparence la composante de croyance économique dans le jugement en droit. Il révèle aussi que l'origine de ces croyances est difficile à déterminer. La pratique en cause dans l'affaire au fond était celle d'associations de médecins qui fixaient, en accord avec les assureurs, les tarifs maximaux applicables par les médecins affiliés aux associations pour différentes prestations médicales aux patients assurés. Il s'agissait donc d'un accord horizontal entre concurrents qui avait pour objet de fixer les prix. Selon une jurisprudence qui était déjà constante à l'époque de l'arrêt, ce type d'accord est, considéré comme une violation *per se* de la Section 1 du *Sherman Act*[3]. Les requérantes soutenaient cependant que l'approche *per se* ne devait pas s'appliquer en raison du contexte particulier de ces accords – conclus entre médecins et dans un secteur dont les juridictions n'avaient pas l'expérience en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence. Il était en outre soutenu que les accords en question avaient des effets bénéfiques, tant pour les patients assurés que pour les assureurs. La question posée consistait donc à déterminer s'il fallait poser une exception à l'approche *per se* au profit d'une approche selon la *rule of reason*. La Cour suprême répondit par la négative, réitérant la *per se rule* pour tous les accords horizontaux de fixation des prix.

---

[1] D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 271-285, p. 274.

[2] *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982).

[3] Cette solution date de l'arrêt *U.S. v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 328 (1897).

885. Sur ce point, la motivation du juge Stevens mérite d'être citée en substance[1]. L'examen d'un accord dans son contexte économique, explique-t-il, a un coût et les juges manquent souvent d'expérience pour déterminer avec assurance l'effet d'un accord au regard de la structure du marché et des stratégies mises en œuvre. En outre, l'appréciation d'un accord ne fournit que peu d'indications sur la méthode à suivre dans d'autres affaires. Les coûts associés à la *rule of reason* – incertitude juridique et coûts des procès – ont été réduits (par la jurisprudence) par le recours à des *per se rules*. Lorsque, poursuit le juge Stevens, la Cour a accumulé suffisamment d'expérience à propos d'un type d'accord pour pouvoir prédire en confiance que l'application de la *rule of reason* conduirait à l'interdire, elle applique une présomption selon laquelle l'accord est déraisonnable[2]. Comme pour toute règle d'application générale, la correspondance entre ce qui est présumé et ce qui est vrai dans une situation particulière est imparfaite. « Au nom de la sécurité juridique et de l'efficacité judiciaire, nous avons », dit-il, « toléré l'invalidation de certains accords, dont un examen minutieux aurait peut-être montré qu'ils étaient raisonnables ».

886. **Leçons de l'« expérience ».** Dans ce passage, le juge Stevens met en avant l'expérience judiciaire directe comme source de la connaissance économique : ce serait la pratique par les juges de la *rule of reason* sur un grand nombre d'accords de ce type qui aurait révélé qu'ils sont généralement nuisibles. Cependant, on peut se demander si le consensus très fort qui existe parmi les économistes sur le caractère anticoncurrentiel des accords horizontaux sur les prix n'a pas également contribué de manière décisive à faire émerger cette règle d'expérience judiciaire[3]. En guise d'expérience, le juge se référerait en réalité au consensus économique du moment. Or, nous l'avons vu, le consensus n'est pas toujours un bon guide. Cet arrêt illustre donc à notre sens aussi le danger qu'il y a pour le juge a rechercher la sécurité juridique en cristallisant dans une règle de fond une connaissance

---

[1] Nous traduisons librement dans le reste du paragraphe un passage de l'arrêt cité par Ph. AREEDA et L. KAPLOW, *Antitrust Analysis : Problems, Text and Cases*, Aspen, New York 1997, p. 291.

[2] Le juge Stevens utilise l'expression *conclusive presumption*. Il s'agit d'une présomption irréfragable. En ce sens, A. I. GAVIL, préc., p. 91.

[3] Sur cette ambiguïté, V. la discussion de T. G. KRATTENMAKER, *op. cit.*, pp. 98-99, qui note « we have never known whether *per se* offenses evolved from experience or developed from theoretical principles ». L'expérience judiciaire invoquée par le juge Stevens évoque ce que Freud a appelé le « souvenir-écran ». Selon la définition de J. LAPLANCHE et J.-B. PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, PUF, 14ème éd., 1997, le « souvenir-écran » est « un souvenir infantile se caractérisant à la fois par sa netteté particulière et l'apparente insignifiance de son contenu. Son analyse conduit à des expériences infantiles marquantes et à des fantasmes inconscients ». L'expérience judiciaire peut être comparée à une réalité anodine, dont le juge se « souvient », alors que la théorie économique serait le vrai déterminant, non reconnu comme tel, du choix de la règle *per se*.

économique d'origine douteuse. Le fait qu'il s'agisse d'une règle de fond dont la justification est toujours admise ne modifie pas ce constat.

887. Cristalliser des jugements de fait en présomptions irréfragables, comme cela se fait avec les *per se rules* en droit américain, suppose soit une confiance très grande dans ces jugements, qui ne paraît justifiée qu'en présence d'études particulièrement nombreuses et concordantes, soit un jugement de valeur très ferme sur les sacrifices que mérite la sécurité juridique. À cet égard, il convient de souligner que l'incorporation de croyances sur la causalité économique dans une règle de droit n'est pas propre aux règle *per se*, mais concerne tous les types de règles[1]. Cet aspect n'est pas non plus propre à un usage particulier des règles d'expérience à titre de règles de fond et vaudrait aussi lorsqu'une règle d'expérience fonde une présomption. Il faut donc souligner que, d'une manière générale, la contribution de l'analyse économique à la formation du jugement n'est pas limitée à des conceptualisations, qui permettent au juge d'identifier des tests de qualification. Elle consiste aussi dans des jugements empiriques sur la vraisemblance *a priori* de certaines relations causales. C'est donc de manière très générale que se pose la question de savoir quelles connaissances économiques méritent la confiance du juge.

2. La confiance du juge dans les connaissances économiques

888. **Confiance.** On peut remarquer que la question de la confiance dans les règles d'expérience ne se pose pas en ces termes pour les règles d'expériences ordinaires[2]. On sait qu'un objet tombe de haut en bas et non de bas en haut parce que l'on a une expérience physique directe de la gravité. Il n'est pas besoin de connaître l'explication que donne la science physique de cette force pour savoir qu'elle existe dans la totalité des circonstances ordinaires. En revanche, s'agissant de la normalité économique, l'expérience directe ne va pas très loin. La confiance qu'il est raisonnable d'accorder à un jugement empirique économique dépend donc de la crédibilité des sources d'information économiques. À cet égard, des études

---

[1] D. SPECTOR, *op. cit.*, p. 280 : « Le choix d'une règle de raison spécifique dépend *des croyances a priori sur la probabilité qu'une pratique donnée soit anticoncurrentielle plutôt que proconcurrentielle*, sur la disponibilité relative de l'information sur les effets proconcurrentiels et anticoncurrrentiels et enfin sur la fréquence et le coût moyen de chaque type d'erreur (interdiction de pratiques proconcurrentielles d'une part, autorisation de pratiques anticoncurrentielles d'autre part) » (nous soulignons).

[2] V. cependant E. CAUSIN, « La preuve et l'interprétation en droit privé », *in La preuve en droit,* Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant. Coll. Travaux du centre national de recherche de logique, Bruxelles, 1981, pp. 197-236, spéc. p. 199 : « les règles d'expériences ont un contenu éphémère, tributaire des aléas de l'expérience elle-même ».

empiriques nombreuses et convergentes seront plus convaincantes qu'une démonstration abstraite[1].

889. **Études empiriques.** On ne peut donc que souligner l'utilité des études empiriques pour la formation du jugement et rejoindre le souhait formulé par un économiste que de telles études se développent[2]. À titre d'exemple, des études empiriques sur les ventes liées montrent que, dans plusieurs marchés concurrentiels, de telles ventes sont pratiquées et s'expliquent par le souhait des entreprises de réduire les coûts fixes de commercialisation, ainsi que par l'existence d'une demande pour certaines combinaisons de produits[3]. De tels constats ne plaident pas directement pour un test de qualification particulier concernant les ventes liées, mais ils constituent à tout le moins une bonne raison de ne pas présumer que les ventes liées sont en elles-mêmes anticoncurrentielles[4]. Les connaissances empiriques peuvent donc au moins éviter au juge de s'appuyer sur des règles d'expérience fausses[5]. À cet égard, on ne peut que souligner l'intérêt qu'il y aurait à ce que les connaissances économiques empiriques pertinentes du point de vue du droit de la concurrence soient portées à la connaissance des juristes en général et des juges en particulier. Cependant, les connaissances disponibles ne sont pas nécessairement pertinentes pour les questions que le juge doit trancher. Inversement, les connaissances dont le juge a besoin peuvent ne pas être disponibles.

890. On peut observer que la même difficulté se pose régulièrement au législateur. Il n'est pas rare en effet qu'un progrès dans la connaissance de la réalité économique ou sociale inspire un changement législatif. Pour autant, la loi nouvelle ne saurait avoir pour effet de rendre définitive la connaissance dont elle tire sa justification, si bien qu'elle pourra à nouveau être remise en cause par des connaissances plus précises acquises ultérieurement. En droit de la concurrence, cette difficulté est illustrée par l'évolution des règles en matière de restrictions verticales. La nouvelle approche de la Commission est fondée sur l'idée, mise en

---

[1] À condition qu'elles n'aient pas été financées par des intérêts particuliers.

[2] En ce sens, D. EVANS, *op. cit.*, pp. 97-99.

[3] D. EVANS, *op. cit.*, *loc. cit.*, et références citées.

[4] D. EVANS, *op. cit.*, *loc. cit.*

[5] En dehors du souci d'éviter des erreurs, l'usage qui peut être fait de connaissances empiriques est difficile à préciser. L'usage qui peut être fait des observations relatives aux ventes liées dans des secteurs concurrentiels pour la qualification d'abus de position dominante dépend de l'idée que l'on se fait du lien qui existe entre les justifications d'une même pratique dans un marché concurrentiel et lorsqu'elles sont mises en œuvre par une entreprise dominante. Si l'on pense qu'il y a une logique propre aux ventes liées, on sera tenté de considérer que les justifications mises à jour dans le cas d'entreprises non dominantes sont transposables aux entreprises dominantes. En revanche, si l'on pense que la situation d'une entreprise dominante est radicalement différente de celle d'une entreprise non dominante, on s'abstiendra de telles analogies. Là encore, c'est affaire de croyance.

avant par des études économiques, selon laquelle les effets favorables à l'efficience économique de ce type de pratique justifient un traitement plus favorable[1]. Pour autant, le débat économique sur les restrictions verticales n'est pas clos[2].

891. **Conclusion du B.** Les règles d'expérience économiques ne peuvent être issues d'une expérience directe et sont nécessairement fondées en partie sur des croyances, plus ou moins fondées, sur la réalité économique. Rationnellement, le meilleur fondement possible de telles croyances serait des études empiriques pertinentes, nombreuses et concordantes dont le juge aurait connaissance. De telles connaissances ne sont cependant pas toujours disponibles. Lorsqu'elles le sont, la meilleure façon de les apporter au procès consisterait à soumettre au contradictoire les connaissances économiques sur lesquelles le juge envisage de fonder son jugement.

C. La nécessité d'organiser la contradiction sur les connaissances économiques

892. La question du contradictoire et du respect de l'égalité des armes préoccupe les auteurs, mais elle est généralement abordée à partir des formes d'interventions (expert et *amicus curiae*) devant le juge[3], plutôt qu'à partir de la nature des connaissances apportées ou de l'usage qui en est fait. Pourtant, c'est bien l'usage que fait le juge des connaissances économiques qui justifie l'organisation de la contradiction.

893. **Nécessité.** Le respect du contradictoire s'impose pour tout élément décisif dans la formation du jugement, qu'il soit un élément de fait, de droit ou une connaissance qui sert à l'appréciation des faits[4]. Ce n'est donc pas à raison de leur nature économique, mais en vertu d'un principe beaucoup plus général que les connaissances économiques sur lesquelles le juge s'appuie doivent être soumises au contradictoire. Elles doivent l'être chaque fois qu'elles contribuent à une étape indispensable du jugement[5]. La nécessité de la contradiction est cependant renforcée s'agissant des connaissances économiques, car il est clair que la

---

[1] I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique : L'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, thèse Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004, p. 16.

[2] J. COOPER, L. FROEB, D. O'BRIEN et M. VITA, « Vertical Restrictions and Antitrust Policy : What About the Evidence? », *Competition Policy International*, vol. 1, 2005, n° 2, pp. 45-63.

[3] V. E. CLAUDEL, « La processualisation du droit de la concurrence », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ coll. Droit et économie, 2006, pp. p. 285-313, spéc. n° 45 p. 310 et références citées.

[4] J. CHEVALLIER, *op. cit.*, spéc. p. 8 et p. 12.

[5] Sur l'interdiction pour le juge de tirer sa conviction de ses connaissances personnelles comme conséquence du principe du contradictoire, M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, préc. p. 300. *Adde* : T. LE BARS, *op. cit.*, n° 347, p. 254.

légitimité du jugement ne réside pas dans la connaissance personnelle que le juge a de la science et des mécanismes économiques[1]. En ce sens, il a été reproché au Tribunal de première instance de se comporter en « expert économique » lorsqu'il s'est appuyé sur sa propre connaissance de la causalité économique[2]. Comme cela a été souligné dans un autre contexte, c'est au moment même du jugement que « le recours à des experts extérieurs est (…) indispensable si l'on veut éviter d'enfermer la théorie de l'économie de marché dans un dogme officiel »[3]. Formulé à propos des questions de fait, l'argument vaut *a fortiori* en ce qui concerne les connaissances économiques incorporées à des règles d'expérience. En effet, dans les usages dont sont susceptibles les règles d'expérience, les connaissances économiques sont bien plus rigidifiées que lorsqu'elles contribuent seulement à une appréciation propre à l'espèce. Particulièrement nécessaire, la contradiction sur les connaissances économiques du juge est aussi particulièrement difficile à organiser.

894. **Difficulté.** On peut reprocher au juge de ne pas avoir organisé la contradiction sur des connaissances économiques qui sous-tendent le jugement. Cependant, force est de constater qu'il n'existe aucune règle particulière sur les limites dans lesquelles le juge peut se servir de ses connaissances personnelles, ni dans la procédure française[4] ni dans la procédure communautaire. Par comparaison, les règles fédérales américaines de procédure limitent la possibilité pour le juge tenir d'office certains faits pour établis, à titre de faits notoires[5] : le fait en cause doit être soit connu dans le ressort de la juridiction, soit de nature à être établi rapidement et de manière précise par le recours à des sources dont l'exactitude ne peut raisonnablement être mise en doute[6]. Il est certain que les connaissances personnelles du juge portant sur des règles d'expérience se prêtent moins bien que les faits notoires à une procéduralisation, précisément parce que, d'ordinaire, les règles d'expérience portent sur l'expérience commune et ne sont pas mises en doute. En cela, les énoncés du juge sur la normalité économique diffèrent des assertions similaires sur la chute des corps par exemple.

---

[1] G. CANIVET, « L'expertise en droit de la concurrence », *in* M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, *L'expertise*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, pp. 51-61, p. 57.

[2] D. GERBER, « Courts as Economic Experts in European Merger Cases », *in* B. HAWK (éd.), *International Antitrust Law and Policy*, 2004, pp. 475-494. À propos des arrêts *Tetra Laval* et *Schneider*.

[3] G. CANIVET, *op. cit.*, p. 58.

[4] J. CHEVALLIER, « Remarques sur les utilisations par le juge de ses informations personnelles », *RTD civ.*, 1962, pp. 5-19.

[5] En anglais on parle de « judicial notice » et de « judicially noticed facts ». Sur la notion de faits notoires, F. RIGAUX, *La nature du contrôle de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966, n° 68, p. 102.

[6] Rule 201 Model Code of Civil Procedure du American Law Institute.

895. **Proposition du professeur Chevallier et discussion.** Le professeur Chevallier est, à notre connaissance, le seul auteur qui ait essayé de dégager des principes pour l'application du contradictoire aux connaissances personnelles du juge[1]. Il propose une double distinction, d'une part, selon la manière dont les faits sont venus à la connaissance du juge et, d'autre part, selon l'usage que celui-ci fait des connaissances en cause dans son raisonnement[2]. En ce qui concerne l'origine des connaissances, l'auteur considère que, s'il n'est pas admissible que le juge mène en secret ses investigations ou consulte un expert en dehors des procédures prévues à cet effet, il ne saurait en revanche lui être interdit de tenir compte de connaissances générales qu'il possède[3]. À cet égard, on ne peut que souligner l'importance de la formation des juges à l'économie, de l'actualisation de leurs connaissances, ainsi que de la présence d'économistes parmi les juges[4].

896. En ce qui concerne l'usage qui est fait des connaissances par le juge, l'auteur souligne que tout fait sans lequel la décision manquerait de base légale doit être soumis au contradictoire[5], quelle que soit sa généralité[6], sa technicité ou son appréhension par le sens commun et quels que soient les pouvoirs du juge en ce qui concerne l'administration de la preuve[7]. Toutes les connaissances économiques sans exceptions doivent-elles alors être soumises au contradictoire ?[8] On pourrait, au plan des principes, le souhaiter. Il semble pourtant que, en pratique, les connaissances économiques du juge soient rarement débattues.

897. Ainsi, il serait étonnant que des études soient produites ou même demandées dans le cadre d'un procès pour corroborer ou infirmer les règles d'expérience économiques sur lesquelles le juge s'appuie. En ce qui concerne l'usage des règles d'expérience à titre de présomption, cela ne doit pas surprendre, car la fonction même des présomptions dans le raisonnement judiciaire est d'éviter le débat probatoire. Exiger une preuve de la règle d'expérience qui sert de fondement à la présomption reviendrait à exiger la preuve du

---

[1] J. CHEVALLIER, *op. cit.*

[2] J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 12.

[3] J. CHEVALLIER, *op. cit.*, pp. 12-14.

[4] Sur ce point, V. *infra* § 2. B. 3).

[5] *Ibid*.

[6] J. CHEVALLIER, « Remarques sur les utilisations par le juge de ses informations personnelles », *RTDciv.*, 1962, pp. 5-19, p. 10.

[7] J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 8. Sur ce point, V. aussi les développements de M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, préc., p. 300, et T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LDGJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 270, n° 347, p. 254.

[8] Là encore, la question n'est pas spécifique à l'économie V. la conférence *L'officieux et le non-dit dans le jugement*, Cour de cassation, 31 mars 2005. http://www.courdecassation.fr/

« normal » et donc à supprimer la présomption. Or, si le débat probatoire est évité au moyen d'une présomption, c'est en général qu'il existe une raison à cela. Les présomptions sont des règles de justice destinées à avantager une partie[1]. Ces règles ne sont généralement pas soumises en elles-mêmes au débat contradictoire et le juge n'a aucune obligation de le faire. Sans doute un tel débat peut-il avoir lieu dans le secret du délibéré et la présence d'économistes au sein de la juridiction ne manquera pas de l'enrichir. En revanche, pour que le débat sur les connaissances économiques du juge ait lieu entre les parties, il faudrait que le juge provoque leurs observations sur la règle d'expérience qu'il relèverait d'office[2]. Cela suppose que le juge identifie la règle d'expérience dans le processus d'élaboration de son jugement et le fasse suffisamment tôt (avant la clôture des débats). C'est là sans doute la principale difficulté pratique.

898. L'organisation de la contradiction sur les connaissances personnelles du juge se heurte donc à de véritables difficultés pratiques. Là encore, les connaissances économiques ne font pas exception.

899. **Au-delà du contradictoire.** Même si la contradiction pouvait être organisée sur les connaissances économiques du juge, il convient de souligner que cela ne permettrait pas nécessairement de lever tout doute. C'est pourquoi il convient de souligner que, même en présence d'avis contraires ou dubitatifs de spécialistes de l'économie appelés à la barre, le juge doit toujours avoir le choix de créer ou maintenir une règle d'expérience au fondement empirique douteux. La première raison tient au fait que le juge doit trancher. La seconde est relative à l'absence de légitimité des économistes pour créer ou supprimer des présomptions, des dispenses ou des règles de fond (ce à quoi servent les règles d'expérience). La limite de l'autonomie des connaissances admises par le juge par rapport aux connaissances scientifiques tient seulement à ce qu'un écart trop grand fragilise la légitimité du jugement[3]. Dans un autre domaine, il ne serait par exemple pas acceptable (à supposer que la question fût pertinente pour l'application d'une règle de droit) qu'un juge déclare ou suppose que le soleil tourne autour de la terre. Si l'économie n'a peut-être pas produit autant de connaissances

[1] J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 341, p. 367

[2] On raisonne par analogie avec le moyen de pur droit relevé d'office. M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, préc., p. 284.

[3] V. G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD Civ.*, 2005, pp. 33-71, spéc. p. 37 ; G. DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé,* LGDJ, coll. Bibl. de l'institut André Tunc, T. 2, p. 448.

empiriques assurées que l'astronomie, il n'en reste pas moins que, pour autant que de telles connaissances existent, elles doivent pouvoir être alléguées et le juge ne peut les ignorer.

900. **Conclusion du § 1.** Les développements qui précèdent ont montré que, en droit de la concurrence, les juges s'appuient, implicitement ou explicitement, sur des connaissances économiques dans leurs jugements. Il n'y a là qu'une manifestation d'un phénomène plus général et déjà repéré par la doctrine sous le nom de « règles d'expérience ». Pour rendre un jugement, il faut nécessairement s'appuyer sur des connaissances empiriques générales. De telles connaissances peuvent être utilisées pour fonder des présomptions, accorder des dispenses, voire consacrer des règles de fond. La spécificité du droit de la concurrence à cet égard tient au fait que les connaissances qui sont nécessaires au juge ne résultent pas de l'expérience commune. Ce sont des connaissances sur la causalité économique qui font appel à l'économie et, plus spécialement, à l'économie empirique. Ces connaissances sont souvent mal assurées et en constante évolution. En principe, il faudrait que les connaissances économiques du juge soient soumises au contradictoire chaque fois qu'elles jouent un rôle décisif dans le jugement. Cependant, et sans qu'il y ait là de véritable spécificité de l'économie, il est très difficile d'organiser la contradiction sur les connaissances personnelles du juge. Le contradictoire n'apparaît pas suffisant pour apporter au procès toute la connaissance économique nécessaire au juge. C'est pourquoi il faut envisager plus largement les modalités de coopération du juge avec les économistes.

§ 2. LES MODALITÉS DE COOPÉRATION DU JUGE AVEC LES ÉCONOMISTES

901. Parmi les différentes modalités de coopération existantes et envisageables entre juges et économistes, on peut distinguer celles qui sont réservées aux questions de fait (A) et celles qui ne sont pas limitées à de telles questions (B).

A. Les modalités de coopération entre juges et économistes à propos des questions de fait

902. **Questions de fait.** Les questions de fait sont celles pour lesquelles l'apport de connaissances économiques est le moins contestable et le plus facile à intégrer pour le juge. Ainsi, une étude économique peut être nécessaire pour déterminer l'étendue du marché pertinent ou pour modéliser l'effet attendu d'une concentration. On peut considérer qu'une question est une question de fait tant qu'il s'agit de répondre, par une étude circonstanciée des faits de la cause, à une question sur des faits préalablement identifiés comme pertinents par une interprétation de la règle de droit applicable, ces faits étant abstraitement désignés (par

exemple « le marché »). La question ne doit pas porter sur la pertinence de certains faits au regard de la règle applicable. Par exemple, savoir si la délimitation du marché est nécessaire pour appliquer une règle donnée n'est pas une question de fait. Lorsqu'il est fait appel à des experts pour déterminer des faits, un second type de question peut être soulevé devant le juge : il s'agit des questions de méthode qui peuvent susciter des doutes sur la fiabilité de l'étude produite à titre de preuve.

903. **Questions de méthode dans l'appréciation des preuves économiques.** Une étude économique peut notamment être contestée au motif que les méthodes mises en œuvre pour recueillir ou traiter les données ne sont pas conformes aux règles de l'art, voire qu'elles créent un biais qui influe sur le résultat de l'étude. Par exemple, une entreprise accusée d'avoir pratiqué des prix prédatoires contestera les méthodes de calcul des coûts. Il s'agit alors pour le juge de déterminer si l'étude répond à des normes scientifiques ou à des règles de l'art. De telles normes sont parfois explicitement formulées. Tel est par exemple le cas en ce qui concerne les expertises prises en considération par la Commission dans les domaines de la protection de la sécurité, de la santé publique ou de l'environnement[1]. Il n'en va pas de même pour l'usage des études économiques dans les procédures judiciaires[2]. Le juge est donc laissé à ses propres lumières pour trancher des questions de méthodologie pour lesquelles il y a lieu de penser qu'il n'est pas particulièrement outillé. Certes, quelle que soit la technicité de la question, elle peut être tranchée au terme d'un débat contradictoire. En un sens, les questions de méthode, qui sont souvent, en dernière analyse, des questions d'objectivité ou de partialité, sont peut-être moins techniques que les questions de fait[3]. On ne peut néanmoins exclure qu'une juridiction puisse souhaiter prendre un ou plusieurs avis sur des questions de cette nature.

904. Plusieurs modalités sont envisageables pour l'apport au procès des connaissances économiques nécessaires à l'appréciation des faits. Les parties peuvent en prendre l'initiative et produire des études économiques qui soutiennent leur thèse (1). Des mesures d'instruction

---

[1] Communication de la Commission du 11 décembre 2002 sur l'obtention et l'utilisation d'expertise par la Commission : principes et lignes directrices, COM(2002) 713 final. Les principes énoncés sont l'indépendance, le pluralisme, l'excellence, l'impartialité, la proportionnalité et la transparence. Sur ces principes, V. A. ALEMANNO, « The shaping of the Precautionary Principle by Community Courts : From Scientific Uncertainty to legal Certainty », *Conférence ERA*, 27 avril 2006, Bruxelles, p. 10.

[2] Aucune règle spécifique n'existe non plus dans les procédures administratives de décision des autorités de concurrence. La communication citée à la note précédente n'a pas vocation à s'appliquer aux procédures de décisions individuelles, mais seulement à la préparation des actes de portée générale.

[3] P.e. l'allocation des coûts fixes dans le calcul des coûts est, en dernière analyse, une question de choix.

peuvent également être ordonnées, à la demande des parties ou d'office, et confiées à un ou plusieurs économistes impartiaux (2).

1. L'expertise à la demande des parties

905. La présence d'experts économistes engagés par les parties est assez courante dans les affaires importantes en droit de la concurrence et tend à se développer[1]. Contrairement à l'expertise ordonnée à titre de mesure d'instruction, l'expertise à la demande des parties n'est pas encadrée par des règles particulières. Le terme d'expertise doit être pris dans son sens le plus large, car le recours à des experts économistes – bureau d'études économiques ou bien un ou plusieurs économistes universitaires – peut prendre différentes formes. L'économiste peut intervenir tant dans la préparation du procès qu'au cours du procès. Il peut être le précepteur de l'avocat, l'assister dans le traitement des données quantitatives, participer pleinement au choix de l'argumentation ou encore témoigner à l'audience[2].

906. **Partialité, contradiction et utilité.** Lorsque le recours à un économiste se matérialise dans une étude, celle-ci constitue un complément technique aux écritures des avocats. Évidemment partiales, ces études *ad hoc* ne sont pas pour autant sans intérêt pour l'avancement du procès. De même que la contradiction par les écritures et les plaidoiries permet d'avancer vers la solution du litige, la confrontation des études économiques versées aux débats peut clarifier les points de discorde et permettre de comparer les mérites des différentes prétentions. Lorsque la question de droit de la concurrence est d'abord portée devant une autorité de concurrence, la contradiction sur les expertises économiques doit être assurée au cours de la phase administrative de la procédure. Pour autant que sa non-communication empêche l'entreprise destinataire d'une communication des griefs de prendre connaissance des éléments de preuve en possession de la Commission, elle constitue une

---

[1] J. M. JOSHUA, « Proof in Contested EEC Competition Cases : A Comparison with the Rules of Evidence », *E.L.Rev.* 1987, pp. 315-353, p. 335; H. M. REASONER, « Experts – Use and Abuse (Part I), Introductory Remarks, *ALJ*, 1992, p. 335.

[2] J. GREENFIELD, « The Use of Experts from the Plaintiff's Perspective », *ALJ*, 1992, pp. 339-347, p. 340. L'auteur, qui se situe dans une perspective procédurale américaine, mentionne également la préparation des questions à poser aux témoins de la partie adverse (*cross examination*). En ce sens également, W. R. JENTES, « Defining the Role of the Economist : A Lawyer's Perspective », *ALJ*, 1979, pp. 1839-1843, p. 1839. Sur le rôle de l'expert économique en droit américain, V. aussi J. GREENFIELD, « Discovery From Experts in Antitrust Litigation », *ALJ*, 1979, pp. 1855-1868, p. 1855 et s. Dans la procédure fédérale américaine, le témoignage d'un expert doit être indispensable pour être admissible. Sur ce point, S. M. KATSH, « Ethical Considerations in the Use of Economists in Antitrust Cases : A Lawyer's Perspective », *ALJ*, 1979, pp. 1869-1874, p. 1871. **Ajouter réf plus récentes.**

violation des droits de la défense de nature à justifier l'annulation[1]. Ces expertises partiales sont aussi utiles au procès. Ainsi, c'est sur la base de telles expertises qu'un juge irlandais a récemment pu conclure à l'applicabilité de l'article 81, paragraphe 3, CE à un accord dont il était saisi[2]. Certains arrêts communautaires citent les études économiques produites spontanément par les parties[3] ou reconnaissent qu'elles peuvent constituer des pièces dont la communication est obligatoire lors de la phase administrative[4]. Plus qu'utiles, les expertises partiales peuvent être reconnues comme étant indispensables.

907. **Caractère indispensable.** Le caractère indispensable que peut revêtir ce type d'expertise a été reconnu par le Tribunal de première instance dans des ordonnances sur les dépens. En effet, les dépens récupérables sont définis dans la procédure communautaire comme « les frais indispensables aux fins de la procédure devant le Tribunal »[5], de sorte que, pour statuer sur les dépens, le juge doit notamment apprécier le caractère indispensable de l'expertise économique et de la présence de l'expert économiste à l'audience[6]. En admettant que les honoraires des économistes consultés par les parties peuvent avoir le caractère de dépens récupérables, le juge se prononce donc sur le caractère indispensable de leur contribution au procès. À cet égard, les deux ordonnances de dépens rendues suite aux arrêts

---

[1] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, T-5/02, points 89 à 92 et jurisprudence citée.

[2] McKechnie J. (High Court of Ireland) 27 juillet 2006, (beef slaughtering rationalisation scheme), point 126. Non sans relever les incertitudes que laissaient subsister les expertises, le juge parvient à s'appuyer sur les preuves en appliquant, sur le niveau de preuve requis, le standard de la *balance of probability* : « [d]espite the unsatisfactory nature of the economic and econometric evidence and notwithstanding the clear imperfections in it, some of which I have above mentioned, I nevertheless believe that the preponderance of evidence is in favour of the arrangement resulting in cost efficiencies. That conclusion is in my view justified by the tenor of the overall evidence including even that of Mr. Ridyard whose model most likely would have under estimated the savings. On the balance of probability I am therefore inclined to the view there will be cost savings ».

[3] P.e. arrêt du Tribunal du 28 février 2002, Atlantic Container Line e.a./Commission, T-395/94, Rec. p. II-875, point 348 (sur la contestabilité imparfaite du marché du transport maritime).

[4] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, points 89 à 92 et jurisprudence citée : la non-communication d'une expertise économique, pour autant qu'elle satisfasse aux conditions posées par la jurisprudence en la matière, c'est-à-dire qu'elle empêche l'entreprise destinataire d'une communication des griefs de prendre connaissance des éléments de preuve en possession de la Commission afin de se prononcer sur les analyses formulées par la Commission, pouvait constituer une violation des droits de la défense de nature à justifier l'annulation.

[5] Ordonnances du Tribunal du 10 janvier 2002, Starway/Conseil, T-80/97 DEP, Rec. p. II-1, point 24, et du 29 octobre 2004, Schneider Electric/Commission, T-310/01 DEP, non publiée au Recueil, point 30.

[6] En droit français, seuls sont inclus dans les dépens, en principe intégralement récupérables, les frais « afférents à l'instance » et entrant dans l'une des catégories limitativement énumérées par l'article 695 NCPC, dont « la rémunération des techniciens », mais seuls les honoraires des techniciens désignés par le juge font partie des dépens taxables de procédure. En ce sens : M. DEFOSSEZ, « Dépens », *J-Cl. Procédure civile*, fasc. 523, n° 12. Les frais engagés par les parties qui ont de leur propre initiative recouru à un économiste relèvent donc potentiellement de l'article 700 NCPC.

Schneider Electric/Commission sont éclairantes[1]. Dans la première, le Tribunal, quoiqu'il adopte une formulation circonstanciée, reconnaît le caractère indispensable de l'intervention d'experts économiques « eu égard à la nature essentiellement économique des appréciations auxquelles la Commission a procédé »[2], circonstance qui paraît devoir être le plus souvent réalisée en matière de contrôle des concentrations et sans doute de plus en plus souvent lorsque sont en cause des comportements interdits à raison de leurs effets. Dans la seconde ordonnance, le Tribunal juge que l'intervention d'un expert en économie était indispensable « eu égard à la nature économique des appréciations complexes auxquelles la Commission a procédé » et que « la rémunération de l'intéressé constitue donc *en principe* des dépens récupérables »[3].

908. **Condition du caractère indispensable.** Le Tribunal a manifestement cherché à éviter de formuler un principe général, car la rédaction de ces ordonnances – non publiées – est très circonstanciée en dépit des passages cités. L'appréciation des dépens se fait nécessairement au cas par cas. De même que le juge se réserve d'apprécier le caractère proportionné des honoraires facturés lorsqu'il statue sur les dépens des avocats, il se réserve aussi d'apprécier la complexité des appréciations économiques nécessaires[4]. Il ressort néanmoins des ordonnances citées que le caractère indispensable de l'expertise économique produite par les parties sera en principe reconnu dès lors que la Commission a procédé à des « appréciations économiques complexes »[5]. C'est là un cas général, ce qui explique que la solution ait été réitérée[6].

909. **Égalité des armes.** On notera toutefois ce que les formules employées par le Tribunal ont de restrictif. En effet, ce n'est pas le devoir qui pèse sur la Commission de se livrer à des analyses économiques complexes qui rend l'expertise économique nécessaire pour les

---

[1] Ordonnances du Tribunal du 29 octobre 2004, Schneider Electric/Commission, T-310/00 DEP (dépens relatifs au recours contre la décision d'incompatibilité) et Schneider Electric/Commission, T-77/02 DEP (dépens relatifs au recours contre la décision de séparation), non publiées au Recueil.

[2] Ordonnance du 29 octobre 2004, Schneider Electric/Commission, T-310/00 DEP, préc., point 54.

[3] Ordonnance du 29 octobre 2004, Schneider Electric/Commission, T-77/02 DEP, préc., point 69 (nous soulignons).

[4] Les juges français exercent ce même contrôle de proportionnalité des honoraires et, comme le juge communautaire, la Cour de cassation décide que, en présence d'une contestation, il appartient au professionnel de rapporter la preuve de la qualité de ses prestations. Sur ce point, Cass. civ. 1, 18 novembre 1997, obs. crit. P.-Y. GAUTIER, *RTD civ*, 1998, p. 402.

[5] Pour un exemple de contribution d'un économiste jugée non indispensable à l'élaboration de la requête (en dehors du droit de la concurrence), V. ordonnance du Tribunal du 17 septembre 1998, T-271/94 (92), Rec. p. II-3761.

[6] Ordonnance du Tribunal du 28 juin 2004, Airtours/Commission, T-342/99 DEP, obs. É. BARBIER de LA SERRE, *RLC*, 2004/1, n° 75.

entreprises, mais le fait qu'elle y ait effectivement procédé. On peut donc voir dans la solution une application du principe d'égalité des armes : puisque la Commission fait de l'économie, il faut que les entreprises en fassent aussi. C'est le même principe général qui inspire la jurisprudence *Mantovanelli* de la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle les parties doivent être mises en mesure de commenter efficacement un élément de preuve déterminant ressortissant d'un domaine technique qui échappe à la connaissance du juge, au besoin au moyen d'une contre-expertise[1].

910. **Question ouverte.** Une question reste cependant ouverte : est-ce toujours l'autorité de concurrence qui définit la mesure d'économie qui est nécessaire au traitement d'une affaire ? Dans l'hypothèse où l'analyse économique de la Commission pêcherait par insuffisance, l'expert économique engagé par l'entreprise condamnée pour mettre à jour ces insuffisances ne serait-il pas indispensable à l'exercice des droits de la défense ? Les juridictions auront sans doute prochainement l'occasion de trancher cette question, qui n'a rien de théorique. Il n'est en effet pas rare que les parties contestent les analyses économiques de la Commission moins à raison des erreurs qu'elles contiendraient qu'à raison de l'omission de facteurs prétendument pertinents. Dans l'affaire *Microsoft*, par exemple, la Commission avait retenu l'existence de coûts spécifiques encourus par les producteurs de contenus multimédia pour l'encodage de leur production dans plusieurs formats[2]. Le professeur Evans a fait observer à l'audience que, d'un point de vue économique, l'existence de tels coûts ne suffit pas à démontrer que les producteurs préfèrent n'encoder que dans un seul format. Comme toute décision commerciale ou stratégique, celle d'encoder dans un ou plusieurs formats est prise par les entreprises concernées au regard des coûts *et des bénéfices* attendus des différentes stratégies disponibles. À le suivre, la Commission aurait donc dû procéder à une évaluation non seulement des coûts, mais aussi des bénéfices associés à l'encodage dans des formats multiples et les comparer aux coûts qu'elle avait retenus[3].

911. **Expertise partiale au-delà des questions de fait.** Ce dernier argument montre que les experts consultés par les parties ne se limitent pas nécessairement à une présentation des faits. En l'espèce, c'est un argument de droit qui est avancé par l'économiste, puisqu'il s'agit en

---

[1] Cour EDH, 18 mars 1997, Mantovanelli c. France, Recueil des arrêts et décisions 1997-II, § 36.

[2] Décision de la Commission du 24 mars 2003, COMP/C-3/37.792, points 883 et s.

[3] En l'espèce, on pourrait considérer qu'il s'agit d'une remarque de bon sens, qui aurait tout aussi bien pu être formulée par un avocat, et que la présence d'un professeur reconnu n'était pas indispensable à la bonne compréhension de cet argument. Sans doute l'entreprise requérante a-t-elle souhaité ajouter l'autorité à la force de l'argument, peu lui important que le caractère indispensable de cette intervention ne soit pas reconnu au stade des dépens.

substance de reprocher à la décision un manque de base légale. C'est à propos de ce type d'intervention des économistes dans les procès qu'un auteur a pu dire que l'économiste peut jouer le rôle de « précepteur » du juge[1]. Plus généralement, dans la mesure où les expertises à la demande des parties ne répondent pas à des questions du juge, mais soutiennent la stratégie argumentative des parties, elles peuvent concerner tous les types de questions : questions de fait, questions de droit, mais aussi questions de méthode ou questions de connaissance générale (le type de question que nous avons rencontré à propos des règles d'expérience). Ainsi, une étude sur les coûts d'un service produite dans le cadre d'une affaire de prix prédatoires contiendra par exemple l'opinion de l'auteur sur les coûts pertinents et sur les méthodes de calcul à appliquer. Si la contestation d'une présomption communément admise fait partie de la stratégie contentieuse, l'étude pourra également porter sur la relation entre différentes variables économiques en général afin de contester une règle d'expérience ou d'en proposer une. En cela, l'expertise à la demande des parties se distingue des mesures d'instruction.

2. L'expertise ordonnée par le juge à titre de mesure d'instruction

912. Le juge communautaire comme le juge français ont le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction[2]. Parmi celles-ci, l'expertise est la plus fréquente[3] et serait *a priori* la plus adaptée aux questions économiques complexes que soulèvent les affaires de concurrence[4]. Cette possibilité est toutefois rarement utilisée (a). La réticence du juge à ordonner des expertises économiques invite à revenir à la question des rôles respectifs du juge et de l'expert (b). Il apparaît alors que les principes classiques qui permettent de distinguer les deux offices s'appliquent plus facilement qu'on pourrait le penser en matière économique, si bien que la place de l'expertise économique se dessine sans apparaître envahissante (c).

---

[1] J. GREENFIELD, « The Use of Experts from the Plaintiff's Perspective », préc., p. 347.

[2] Art. 143 à 152 NCPC. Articles 45 à 53 du règlement de procédure de la Cour et articles 65 à 75 du règlement de procédure du Tribunal. Versions consolidées de ces règlements disponibles sur le site de la Cour : www.curia.europa.eu

[3] O. LECLERC, *Le juge et l'expert : Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, T. 443, 2005, n° 8, p. 11. S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, coll. « Dalloz action », éd. 2005-2006, n° 342.250, p. 704.

[4] Les autres mesures d'instruction sont plus appropriées aux questions simples. Tel est le cas de la constatation (art. 249-255 NCPC) et la consultation (art. 246 à 262 NCPC) en droit français. Ces deux mesures d'instruction sont inconnues de la procédure communautaire, qui distingue : a) la comparution personnelle des parties ; b) la demande de renseignements et la production de documents ; c) la preuve par témoins ; d) l'expertise ; e) la descente sur les lieux (art 45 du règlement de procédure de la Cour et art. 65 du règlement de procédure du Tribunal). Il faut aussi mentionner la production forcée de documents. Sur ce point notamment, E. JEULAND, « Les moyens juridiques d'établissement des faits », *in Les prix prédateurs comme obstacles à la concurrence*, Atelier de la concurrence du 17 novembre 1999, *Rev. Conc. Conso*, 2000, n° 113, pp. 24-27.

a) Rareté des expertises à la demande du juge

913. Quelques affaires de concurrence ont donné lieu à des expertises. Elles sont peu nombreuses et régulièrement citées. Ainsi, dans l'affaire *Biwater*, la Cour d'appel de Paris avait demandé une expertise sur la délimitation du marché des conduites en fontes[1]. De même, la Cour de justice, encore juge du fait à cette époque, avait ordonné une expertise dans les affaires des matières colorantes[2] et de la pâte de bois[3]. Les expertises ordonnées par le juge demeurent toutefois l'exception. On peut s'interroger sur les raisons de cette relative rareté.

914. **Raisons de la rareté.** Les délais qu'impliquent de telles mesures d'instruction et l'absence de certitude apportée par les expertises[4] expliquent sans doute la réticence des juges à les ordonner. Il demeure que la rareté des expertises économiques demandées par les juridictions peut étonner au regard du caractère récurrent de questions qui sont *a priori* de nature à nécessiter, pour peu que les faits soient contestés, l'intervention d'un expert. Tel est notamment le cas de la délimitation du marché, de l'appréciation des effets d'un comportement, mais également de l'évaluation du dommage. Le caractère inadapté des dispositions du code de procédure civile en ce qui concerne les comportements occultes a été souligné[5]. Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles ont par

---

[1] Paris, sect. conc., 28 septembre 1993, Société Pont-à-Mousson et Société Biwater, BOCCRF n° 16, du 15 octobre 1993, p. 283. L'expert initial, dont la Cour avait limité la mission à six mois, ayant du être remplacé, le rapport d'expertise fut déposé le 16 juin 1996. Paris, sect. conc., 7 mai 1996, Société Pont-à-Mousson et Société Biwater, BOCCRF n°11, du 11 juin 1997.

[2] Arrêt de la Cour du 14 juillet 1972, ICI/Commission, C-48/69, Rec. 1972, p. 619.

[3] Arrêt de la Cour du 31 mars 1993, A. Alhström Osakeytiö e. a./Commission, C-89, C-104, C-114, C-116, C-117 et C-125 à 129/85, Rec. p. I-1307, spéc. points 74-127 et points 432-433 de l'opinion de l'avocat général.

[4] Dans l'affaire de la pâte de bois, l'avocat général Darmon relevait « la circonstance que deux explications opposées aient pu être avancées à propos d'un fait inexact conduit à une prudence légitime quant aux certitudes à retirer en l'espèce des enseignements de l'argumentation économique ». Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 31 mars 1993, A. Alhström Osakeytiö e.a./Commission, préc., point 384. Récemment encore, le Tribunal épinglait le manque de fiabilité d'une expertise (soumise par les parties) : Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2006, Impala/Commission, T-464/04, non encore publié au Recueil, point 345. Plusieurs auteurs ont relevé que l'absence de fiabilité des expertises aboutissait à ce que leur juge oriente son raisonnement de telle sorte qu'elles ne soient pas déterminantes. Ainsi, R. JOLIET relevait à propos de l'arrêt *ICI* : « les réponses fournies par les économistes consultés par la Cour n'ont pas clairement tranché le débat, ni au plan de la théorie économique, ni au plan des faits, si bien que « l'arrêt ICI donne l'impression que c'est presque à titre superfétatoire que la Cour a retenu quelques arguments économiques en vue de renforcer sa conclusion ». R. JOLIET, « La notion de pratique concertée et l'arrêt ICI dans une perspective comparative », *Cahiers de droit européen*, 1972, pp. 251-287, p. 279. Dans le même sens aussi, M. WATHELET, « Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole. Le cas des matières colorantes », *RTD Eur.*, 1975, pp. 663-699, p. 668, observe que « le poids de l'analyse économique est finalement très mince, les caractéristiques économiques n'étant rappelées que comme arguments *a fortiori* d'une conviction basée sur d'autres éléments ». Arrêt de la Cour du 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries e.a./Commission, 48-69, 49-69, 51-69 à 57-69, Rec. p. 619.

[5] G. CANIVET, « L'expertise en droit de la concurrence », *in* M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, *L'expertise*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, pp. 51-61, p. 60. M. NUSSENBAUM, « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles » *in Les sanctions judiciaires des pratiques*

ailleurs été exposées[1]. Ces raisons n'expliquent cependant pas que les juges préfèrent parfois procéder eux-mêmes à un examen approfondi des preuves qui leurs sont présentées, y compris lorsqu'elles consistent dans des études économiques, plutôt que de charger un économiste de comparer les mérites des études contradictoires soumises par les parties.

915. **Généralité du phénomène et inconvénients.** Ce phénomène n'est ni nouveau ni propre au juge judiciaire, puisque, en droit administratif français, il avait été noté que, dans le cadre du contrôle de l'excès de pouvoir, le juge était réticent à ordonner une expertise, alors même qu'il se livre à une « véritable analyse économique » de la situation[2]. Cette tendance persiste au Tribunal, qui a certes été créé pour connaître des faits complexes, mais qui en a très tôt déduit qu'il lui appartenait de procéder à un examen approfondi de la solidité des preuves sur lesquelles s'est fondée la Commission[3], y compris lorsqu'elle consistent dans des études économiques[4]. Or, on l'a vu, cela peut conduire le juge à combler une lacune dans l'interprétation des faits par une présomption générale sur la causalité économique tirée de ses propres connaissances, ce qui n'est pas entièrement satisfaisant[5]. Cela peut également le conduire à se prononcer par des motifs dubitatifs, comme dans l'arrêt *Michelin*, où le Tribunal retient qu'« il est fort probable que la diminution des parts de marché de la requérante aurait été plus importante en l'absence des pratiques dénoncées dans la décision attaquée »[6], ce qui est assurément à proscrire.

916. Cette réticence à ordonner des expertises économiques a pu être attribuée à des facteurs culturels européens[7]. Pourtant, cette attitude ne semble pas propre aux juridictions communautaires ou françaises. En effet, un reproche analogue a été formulé aux États-Unis,

---

anticoncurrentielles, *P.A.*, 25 janvier 2005, p. 37, souligne que, en l'absence de procédures analogues à la *discovery* américaine, l'expert n'est pas toujours en mesure de recueillir l'ensemble des informations nécessaires.

[1] M. NUSSENBAUM, préc.

[2] R. DRAGO, « Le contrôle du juge administratif sur la politique économique », *in Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1972, pp. 455-475, p. 465.

[3] Conclusions du juge Vesterdorf faisant fonction d'avocat général présentées le 10 juillet 1991 dans les affaires Rhône Poulenc e.a./Commission, T-1/89 à T-15/89, Rec. p. II-867, p. II-908.

[4] Décision du Conseil 88/591/CECA, Euratom, CEE du 24 octobre 1988, JOCE 1988, L 319, p 1.

[5] *Supra* n° 879.

[6] Arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, point 245. Ce motif sert à écarter l'argument selon lequel une entreprise dominante ne peut arguer de la diminution de ses parts de marché au cours de la période examinée pour démontrer l'absence d'effet d'exclusion du comportement qui lui est reproché. En somme, le Tribunal invoque un argument d'autorité pour déclarer un argument inopérant.

[7] H. LEGAL, « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ? », *Concurrences*, n° 1-2006, pp. 69-73, n° 3, p. 73, note que « les réticences à s'en remettre à l'expertise économique, souvent soupçonnée d'être finaliste, tautologique ou absconse, sont encore culturellement fortes chez les juristes européens et le sont d'autant plus qu'ils n'ont pas l'expérience de leurs confrères des autorités de contrôle américaines de l'évaluation critique de la pertinence des modèles et outils économétriques ».

par le juge Posner, qui considère que les juridictions devraient recourir davantage à des experts nommées par elles[1]. Plus précisément, il recommande aux juges de nommer un expert impartial lorsqu'une question décisive repose sur l'appréciation d'expertises dont il n'est pas certain de comprendre la méthodologie et de savoir détecter les éventuelles erreurs[2]. On ne peut qu'être d'accord avec cette exigence minimale d'une expertise sur les questions de méthode[3], et ce d'autant que les juges communautaires et français disposent, à la différence de nombre de juges américains, des outils procéduraux nécessaires. C'est précisément ce qui conduit à certaines critiques. Ainsi, un auteur reproche au Tribunal de première instance de se comporter en « expert économique », tranchant lui-même une question de causalité économique qui relève habituellement d'une connaissance spécialisée, et ce alors même que cette expertise pourrait être mise à la disposition de la juridiction[4].

917. Faut-il conclure à un excès de confiance du juge dans ses propres connaissances économiques et/ou à un excès de méfiance vis-à-vis des experts[5] ? Pour tenter de mieux cerner le domaine utile de l'expertise, il convient de revenir à la question des rôles respectifs du juge et de l'expert.

b) Retour sur les rôles respectifs du juge et de l'expert

918. **Principe et mélange des rôles.** Les rôles respectifs du juge et de l'expert sont en principe nettement distincts. Le juge dit le droit et, s'il l'estime utile, il demande à l'expert de dire le fait puis le juge tranche le litige. Cependant, comme les auteurs l'ont relevé de longue date, cette distinction des rôles tend à se brouiller[6]. Dès lors que la règle de droit fait dépendre

---

[1] R. POSNER, *Antitrust Law*, 2onde éd., University of Chicago Press, Chicago, 2001, p. 280.

[2] L'auteur accompagne cette recommandation de propositions procédurales. Ainsi propose-t-il de s'inspirer des règles de l'arbitrage pour la nomination de l'expert. Le juge demanderait aux experts de chacune des parties de proposer une liste de noms de personnes qu'ils accepteraient comme expert impartial et choisirait un expert parmi les noms acceptables pour les deux parties. Ces propositions sont *a priori* sans objet dans le système français, où l'expert est nommé par la juridiction. Sur ce principe et une exception (en matière fiscale) qui se rapproche de la proposition du juge Posner : M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure de l'expertise », préc., n° 12, p. 91. Pour une étude approfondie des mécanismes de sélection des experts en France, O. LECLERC, *Le juge et l'expert*, préc., spéc. n° 258 et s., p. 208 et s.

[3] *Infra* n° 932.

[4] D. J. GERBER, « Courts as Economic Experts in European Merger Law », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2004, pp. 475-494, p. 479.

[5] H. LEGAL, *op. cit.*, *loc. cit.*

[6] G. CORNU, Rapport de Synthèse, *in Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Xème colloque des Instituts d'Études Judiciaires, Paris, 1976, pp. 121-123. V. aussi F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *in* P. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE et F. OST (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformations et déplacements*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1983, pp. 1-70, p. 41.

la solution de données factuelles nécessitant une appréciation technique, l'expertise détermine dans une large mesure la solution du litige, si bien que l'expert paraît devenir un juge occulte. C'est le législateur qui est le plus souvent à l'origine de cette confusion des genres, lorsqu'il édicte une règle qui ne peut être appliquée que moyennant une expertise déterminante[1]. Cependant, comme l'a observé un auteur, la renonciation à établir les faits déterminants autrement que par une expertise peut aussi venir du juge lui même[2]. À mesure que les législations deviennent plus techniques et les techniques de mesure plus performantes, l'expertise se développe, non sans engendrer des coûts et des délais, et l'on craint que l'office du juge ne se réduise comme une peau de chagrin[3].

919. **Analyses récentes.** Plusieurs auteurs se sont efforcés de dépasser l'appréhension des rôles respectifs du juge et de l'expert « en termes de dépossession, ou de conflit de pouvoir et d'autorité »[4] pour penser « l'articulation du savoir et du pouvoir dans le prétoire »[5]. Ainsi, Monsieur Leclerc s'est efforcé d'analyser les mécanismes par lesquels le système juridique cantonne l'expert dans le domaine du fait à l'aide de la distinction du fait et du droit[6]. L'artifice que suppose cette séparation et le prix qu'elle impose sont mis en lumière[7]. L'auteur souligne que c'est moyennant une « naturalisation » des catégories du droit que le juge interroge l'expert sur ce qui est en réalité juridiquement construit comme « fait »[8]. De même, il montre que la neutralité n'est pas celle de l'expertise en tant que telle, mais celle que lui prête la construction juridique de la science[9]. Il conclut que c'est cette construction juridique qui permet de traiter les énoncés de l'expert comme des énoncés objectifs sur les faits en ignorant au besoin les modalités dont sont accompagnés les énoncés scientifiques et leur

---

[1] Il en va par exemple ainsi en matière de conduite sous l'emprise de l'alcool. G. DEHARO, « L'articulation du savoir et du pouvoir dans le prétoire », *Gaz. Pal.*, 21 et 22 septembre 2005, pp. 3-10, spéc. p. 9.

[2] G. DEHARO, *op. cit.*, spéc. p. 10, qui cite l'arrêt par lequel la Cour de cassation a admis que l'expertise biologique était de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder (Cass. civ., 1ère, 28 mars 2000, *RTD civ*, 2000, note J. HAUSER).

[3] F. CHAUVAUD, *Experts et expertise judiciaire. France XIXe et XXe siècles*, Presses Universitaires de Rennes, p. 7. M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure de l'expertise », *in* M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, *L'expertise*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, pp. 87-103, p. 87 et références citées.

[4] M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, *L'expertise*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, avant-propos.

[5] G. DEHARO, *op. cit.*, du même auteur : *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'institut André Tunc, T. 2, 2004. O. LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, T. 443, 2005.

[6] O. LECLERC, *op. cit.*, spéc. titre II de la première partie.

[7] O. LECLERC, *op. cit.*, spéc. n° 123 et s., p 100 et s., et aussi n° 507, p. 405.

[8] Selon l'expression de l'auteur, la « factualité » est construite par le droit, O. LECLERC, *op. cit.*, spéc. n° 129 et s., p. 107 et s.

[9] O. LECLERC, *op. cit*., spéc. n° 136 et s., p. 111 et s.

normativité[1]. Pour sortir de cette mystification, il recommande de commencer par reconnaître que le savoir scientifique ne sert pas seulement à établir des faits « purs » mais participe à l'élaboration du jugement[2]. Dans cette perspective, il souligne qu'il conviendrait d'organiser de manière plus complète la possibilité pour les parties de discuter de l'expertise, le droit déjà organisé de contester ses conclusions devant être complété par des mécanismes permettant d'en critiquer les présupposés[3].

920. Pour sa part, Madame Dalbignat-Deharo conclut aussi à la banalisation de l'énoncé scientifique dans le procès[4]. Appelant à redéfinir les procédures judiciaires comme des procédures rhétoriques discursives, elle rappelle que le rôle du juge est de trouver la solution juste à partir de la contradiction[5]. Dès lors, « la vérité scientifique voit son pouvoir légitimant réduit au même niveau que tout autre argument discursif : issue de procédés destinés à persuader et convaincre tant le juge que les parties, la vérité judicaire procède du raisonnement et se présente comme le produit d'une rhétorique discursive qui lui permet de se détacher du réalisme de la vérité scientifique »[6]. Le juge conserve, à travers les règles processuelles et notamment le principe d'égalité des armes, la maîtrise sur les énoncés scientifiques, dont la fonction est celle d'une ressource informationnelle[7].

921. **Pertinence de ces analyses en droit de la concurrence.** Aucune de ces deux thèses ne traite de l'expertise économique en droit de la concurrence. Pour autant, les analyses de leurs auteurs sur la définition des rôles respectifs du juge et de l'expert trouvent également une résonance dans ce domaine[8]. Tel est en particulier le cas du constat selon lequel il existe

---

[1] O. LECLERC, *op. cit.*, spéc. n° 222 et s., p. 179 et s.

[2] O. LECLERC, *op. cit.*, n° 215 et s., p. 175 et s., et n° 402 et s., p. 311 et s.

[3] O. LECLERC, *op. cit.*, n° 423 et s., p. 328 et s.

[4] G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de l'institut André Tunc, T. 2, 2004.

[5] G. DALBIGNAT-DEHARO, *op. cit.*, Proposition de thèse n° 6, pp. 440-451.

[6] *Ibid*.

[7] G. DALBIGNAT-DEHARO, *op. cit.*, Proposition de thèse n° 7 et 12, pp. 451 et 453.

[8] On s'en tient ici aux aspects les plus généraux. Sur la question particulière soulevé par O. Leclerc à propos de l'exercice du principe du contradictoire sur les présupposés de l'expertise, son constat trouve un certain soutien dans la Communication de la Commission relative à l'accès au dossier (Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, JOCE du 22 décembre 2005, C 325, p. 7, point I B 4ème alinéa) et dans la jurisprudence du Tribunal. Le principe du contradictoire ne va pas jusqu'à exiger de la Commission qu'elle communique aux entreprises ses réflexions d'ordre méthodologique, notamment en ce qui concerne les techniques économétriques mises en œuvre pour traiter les données communiquées par l'entreprise, et ce y compris lorsqu'elle a consulté un expert économiste externe à ce sujet. En somme, le contradictoire porte sur les données brutes (dans les limites où la protection du secret d'affaires l'autorise) et sur les conclusions auxquelles ces données permettent de parvenir, mais le juge ne

une continuité entre la qualification technique (économique) et la qualification juridique[1]. Assurément l'expert économique procède, comme d'autres experts, à une préqualification[2], ce qui contribue à première vue à brouiller la séparation des offices. De même, l'économie joue dans le procès un rôle de légitimation « pratique » de la solution[3]. Le droit de la concurrence ne fait pas exception au risque de confusion entre les rôles du juge et de l'expert, mais, dans cette matière, le juge n'est pas non plus dépourvu de moyens de conserver la maîtrise du procès et du jugement. Le risque de délégation du jugement existe, mais c'est le raisonnement économique qui permet au juge de conserver la maîtrise du jugement et redonne pertinence à la répartition traditionnelle des rôles.

922. **Risque de délégation.** Le risque de délégation de la décision de justice à l'expert existe en droit de la concurrence comme dans d'autres domaines. Si, par exemple, il est demandé à un expert de se prononcer sur le caractère prédatoire d'un prix, la qualification d'abus de position dominante est, de fait, essentiellement déléguée. Dans cette perspective, la réticence du juge à ordonner des expertises pourrait se comprendre comme une résistance à l'empiètement de l'expert sur son office ou, en d'autres termes, comme un refus de déléguer à l'expert le cœur de la décision de justice. Cette attitude serait tenable, car, contrairement à ce qui s'observe dans d'autres branches du droit[4], le juge de la concurrence n'est contraint ni par le législateur ni par une demande sociale de s'en remettre à un avis expert. Cette explication n'est cependant pas entièrement convaincante, car les juges de la concurrence disposent d'autres moyens de ne pas vider leur office au profit de celui de l'expert sans pour autant se priver de ses lumières.

923. **Pertinence de la répartition traditionnelle des rôles.** L'un de ces moyens est le plus traditionnel qui soit, puisqu'il s'agit de l'interprétation du droit, en tant que celle-ci est distincte de l'appréciation des faits. Si la distinction du fait et du droit a pu être critiquée

---

protège pas, en tant que tel, le contradictoire à propos des aspects économétriques du raisonnement lorsque ceux-ci sont invoqués en dehors d'une étude proprement dite. Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, point 97. Cela n'exclut cependant pas que les parties parviennent à faire porter le débat sur les aspects méthodologiques des études économiques devant le Tribunal. Les conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 2 mars 1994, Hilti/Commission, C-53/92 P, Rec. p. I-667, point 52, en témoignent. L'avocat général précise que l'évaluation de la méthodologie et l'interprétation des résultats d'une étude économique sont des questions de fait qui relèvent de la compétence exclusive du Tribunal.

[1] *Supra* n° 690 et s. sur les qualifications économiques intermédiaires.

[2] O. LECLERC, *op. cit.*, n° 222 et s., p. 179 et s.

[3] G**.** DALBIGNAT-DEHARO, *op. cit.*, n° 91 et s., p. 87 et s.

[4] En matière de filiation par exemple, l'expertise biologique est de droit.

comme inopérante pour distinguer les offices du juge et de l'expert[1], cette distinction paraît plus opératoire qu'on ne pourrait le croire en ce qui concerne le droit de la concurrence. La marge d'interprétation dont dispose le juge, peut-être plus grande qu'ailleurs, lui fournit la possibilité d'étendre le domaine du droit, si bien qu'il n'est pas contraint de reléguer dans l'appréciation des faits toute analyse économique. C'est précisément parce que le juge maîtrise la part d'économie qu'il entend introduire dans les concepts légaux qu'il n'abandonne pas à l'expert la détermination de leur contenu. Par comparaison avec d'autres domaines, où la loi elle-même est rédigée dans les termes qui appellent nécessairement l'expertise (à l'instar du code de la route, qui définit la conduite en état d'ivresse par un seuil d'alcoolémie), le droit de la concurrence, avec ses notions à contenu variables, est un domaine paradoxalement plus traditionnel. La distinction de principe entre, d'une part, l'interprétation du droit, qui est l'apanage du juge, et, d'autre part, l'apport d'analyses factuelles, qui est celui de l'expert, garde sa pertinence. Le juge des infractions routières applique une disposition qui précise de manière exhaustive les faits pertinents, si bien qu'il ne peut que s'en remettre aux mesures techniques pour procéder à la qualification. En revanche, le juge de la concurrence est maître de définir les faits pertinents et de déterminer la valeur probante des études mises en œuvre pour les établir. C'est ce qui a permis au juge Vesterdorf, faisant fonction d'avocat général, d'affirmer, à propos de la qualification d'entente appliquée à une situation de parallélisme de comportements, que « les expertises économiques ne peuvent remplacer l'appréciation et la solution juridiques »[2]. « C'est le Tribunal qui doit se prononcer sur ce qu'interdit l'article [81], paragraphe 1, CE et sur les preuves à cet égard, et non les experts en économie »[3].

924. **Cantonnement de l'expertise par l'analyse économique.** Dans la mise en œuvre de la distinction traditionnelle du droit et du fait, le juge de la concurrence dispose d'un autre atout, délicat à manier, mais efficace pour cantonner l'expertise. Cet atout est précisément la réception de l'analyse économique dans l'interprétation du droit. Lorsque le juge s'adresse à l'expert dans le langage du droit, il lui laisse la tâche de traduire la question dans les termes de sa discipline et donc, implicitement mais nécessairement, le soin d'exprimer dans le langage de la science le contenu des notions juridiques, c'est-à-dire, en réalité, de déterminer

---

[1] O. LECLERC, *op. cit.*, chap. 1 du titre II de la première partie.

[2] Conclusions du juge Vesterdorf faisant fonction d'avocat général présentées le 10 juillet 1991 dans les affaires Rhône Poulenc e.a./Commission, T-1/89 à T-4/89 et T-6/89 à T-15/89, Rec. p. II-867, partie E. 5) « les analyses économiques ».

[3] *Ibid*.

ce contenu. Il provoque à la fois le malaise de l'expert, sommé de se prononcer sur une question à laquelle sa science ne lui permet pas de répondre[1], et celui de l'observateur, qui ne peut que constater l'absence de légitimité de l'expert pour dire le droit. En revanche, lorsque le juge parle la langue de l'expert – ou possède des rudiments suffisants pour lui poser des questions dans cette langue – il est en mesure de distinguer ce qui, dans la qualification, relève de l'expertise. Il peut ainsi éviter de confier à l'expert une mission qui dépasse ses compétences ou sa légitimité. Certes, la chose n'est pas aisée, l'affaire des matières colorantes en a témoigné, puisque le juge communautaire a ordonné une expertise mais sans poser aux experts la question qui semblait véritablement pertinente[2]. On peut néanmoins penser que, à mesure que l'analyse économique progresse et que le juge de la concurrence en acquiert une meilleure connaissance, il pourra définir la mission de l'expert directement dans des termes économiques, tout en se réservant la qualification juridique des faits.

925. À la différence du juge pénal, qui demande à l'expert de dire si le discernement du prévenu était altéré (et non, par exemple, si le prévenu est schizophrène ou psychotique), le juge de la concurrence est en mesure de confier à un expert la mission de dire si des prix observés étaient inférieurs aux coûts variables moyens[3] ou encore si et dans quelle mesure un comportement unilatéral donné (ventes liées, contrats de long terme, refus de contracter) a eu pour effet une augmentation des coûts des concurrents[4]. L'intégration de notions économiques dans l'interprétation du droit et la pratique d'un raisonnement économique dans la qualification juridique permettent au juge d'interroger l'expert sur sa spécialité afin qu'il lui

[1] O. LECLERC, *op. cit.*, n° 211, p. 172 cite l'exemple de l'expert psychiatre à qui l'on demande si le discernement d'une personne était altéré. L'altération du discernement est une notion juridique qui ne correspond pas aux catégories de la psychiatrie.

[2] M. WATHELET, « Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole. Le cas des matières colorantes », *RTD Eur.*, 1975, pp. 663-699, spéc. p. 668. L'auteur relève que la question pertinente consistait à savoir s'il se pouvait que les hausses de prix parallèles observées aient pu être ou non concertées au vu des caractéristiques du marché. La Cour n'a posé que des questions plus limitées.

[3] Pour un exemple de ce type, dans une expertise ordonnée par le Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-79 du Conseil de la concurrence en date du 23 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV), BOCCRF n° 3 du 31 mars 2005 : « [l]'objectif de la mission est d'apprécier si la régie pratique des prix prédateurs sur les marchés soumis à concurrence. À cette fin, l'expert devra évaluer les coûts de la régie départementale des passages d'eau de la Vendée pour la période 1998, 1999 et 2000, répartir ces coûts par navire, plus particulièrement afin d'apprécier le montant des charges variables et fixes du transport de passagers et déterminer si, pendant la période au cours de laquelle la régie est en concurrence avec des compagnies privées, les prix pratiqués sont inférieurs ou non à ces charges ».

[4] Nous nous référons ici au test proposé par T. EILMANSBERGER (V. *supra* n° 99).

fournisse les éléments d'information nécessaires à la qualification, et ce sans pour autant lui déléguer cette qualification[1].

926. Paradoxalement, c'est « l'économisation », dont le juge a le contrôle, qui permet la distinction des rôles. C'est en s'appropriant le raisonnement économique que le juge prévient la délégation du droit à l'expert. Ainsi, c'est au juge de dire si et à quelles conditions le fait pour une entreprise dominante d'infliger des coûts supplémentaires à ses concurrents est, en droit, un fait nécessaire à la qualification d'abus de position dominante. En revanche, il appartient à l'expert, au-delà d'un certain degré de technicité et dans le cadre juridique-économique défini par le juge, de comparer les faits de la cause aux concepts économiques admis par le juge pour désigner abstraitement les faits pertinents. Ainsi, la question de savoir si et dans quelle mesure le comportement reproché à une entreprise dominante à causé une augmentation des coûts des concurrents peut relever de l'expertise.

927. **Conclusion du b.** En droit de la concurrence, la distinction des rôles respectifs du juge et de l'expert paraît, plus que dans d'autres domaines, pouvoir obéir aux principes traditionnels. La distinction du fait et du droit y est plus opératoire parce que le juge a un large pouvoir d'interprétation. Dès lors, c'est lui qui maîtrise l'insertion dans le droit de notions et de raisonnements économiques, à travers la définition des éléments de la qualification et des tests de qualification. Cela lui permet, mieux qu'ailleurs semble-t-il, de cantonner l'expertise à la partie du raisonnement économique qu'il choisit de ne pas cristalliser en une règle de droit. Finalement, c'est le raisonnement économique du juge qui permet de définir de manière traditionnelle la place de l'expertise économique en matière de concurrence. Les rôles respectifs du juge et de l'expert étant définis, reste à préciser quand le juge devrait faire appel à un expert.

c) Le domaine de l'expertise économique en matière de concurrence

928. La nécessité d'une expertise s'apprécie au cas par cas, selon les données de l'espèce. Cependant, il est possible de faire quelques remarques générales sur le recours à l'expertise. Celui-ci n'a pas à être systématique et il n'est approprié que pour certains types de question.

929. **Absence de caractère systématique.** On ne saurait souhaiter que le juge ordonne des expertises tous azimuts. Les études économiques peuvent être pertinentes[1], mais la preuve est

[1] On pourrait se demander s'il ne s'agit pas d'un pacte faustien, aux termes duquel le juge vendrait l'interprétation du droit à l'économie pour sauver son office de juge. Cependant, à la différence de Méphisto, l'économie ne gouverne pas le droit, elle donne au juge des éléments d'analyse.

libre[2]. Il convient de souligner qu'une expertise économique n'est pas toujours nécessaire, y compris lorsque sont en cause des appréciations prospectives[3]. Même en matière de contrôle des concentrations, il peut y avoir des situations suffisamment claires pour que l'appréciation des faits ne nécessite pas les lumières d'un expert. Ainsi, le Tribunal a jugé que, « dans une situation où il est manifeste que l'intérêt commercial d'une entreprise pèse d'une manière prépondérante en faveur d'un comportement donné, la Commission ne commet pas d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'adoption réelle du comportement prévu par l'entité fusionnée est une probabilité »[4]. En l'espèce l'entité fusionnée aurait, selon l'analyse de la Commission, été en mesure d'infliger, à un coût négligeable pour elle même, des coûts dissuasifs à ses concurrents[5].

930. De manière plus générale, la procédure fournit les principes limitatifs requis : l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que si la question requiert les lumières d'un technicien[6] et si aucune mesure d'instruction plus simple ne paraît suffisante pour éclairer le juge[7]. En outre, l'expertise n'est pas adaptée à toutes les questions économiques qui se posent au juge. Elle ne l'est que pour les questions de fait et les questions de méthode, mais non pour les questions de droit ou les questions empiriques générales que soulèvent les règles d'expérience.

931. **Questions de fait.** L'expertise convient aux questions de fait, il est à peine besoin de le préciser tant cela résulte de la définition même de l'institution[8]. Il est précisément interdit au technicien de porter des appréciations d'ordre juridique[9]. La difficulté, et la source des

---

[1] *General Electric*, préc., point 296 : « [d]ans certains cas, ces preuves pourront être constituées par des études économiques établissant l'évolution probable de la situation du marché et indiquant l'existence d'une incitation pour l'entité fusionnée à se comporter d'une manière donnée ».

[2] Conclusions de M. Vesterdorf faisant fonction d'avocat général sous l'arrêt du Tribunal du 24 octobre 1991, Rhône Poulenc e.a./Commission, T-1/89, Rec. p. II-867, 869 et 954 et la jurisprudence citée.

[3] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03, Rec. p. I-987, points 65 et s. Arrêt du Tribunal du14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, point 295.

[4] *General Electric*, préc., point 297. Tel est en particulier le cas lorsque, comme en l'espèce, l'analyse que fait la Commission de l'inefficacité des mécanismes contractuels pour empêcher le comportement redouté n'est pas contestée.

[5] V. point 288 de l'arrêt.

[6] Art. 232 NCPC.

[7] Art. 263 NCPC.

[8] Art. 232 NCPC. Art. 45 du règlement de procédure de la Cour, art. 66 du règlement de procédure du Tribunal : « La Cour [le Tribunal](…) fixe les mesures qu'elle [il] juge convenir par voie d'ordonnance articulant les *faits* à prouver » (nous soulignons).

[9] Art. 238 NCPC. Il en va de même en droit administratif : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 8ème éd., 2001, n° 1012. En droit communautaire, les règlements de procédure de la Cour (art. 49 § 4) et du Tribunal (art 70 § 4) précisent que « [l]'expert ne peut donner son avis que sur les points qui lui sont expressément soumis ».

« dérives » déjà évoquées, tient à la circonstance suivante : les questions de fait ne portent pas seulement sur la matérialité des faits, mais aussi sur des appréciations. Précisément, une mesure d'instruction n'est généralement pas nécessaire pour la constatation des faits matériels, tels la tenue de réunions, l'échange d'informations, les critères d'un système de rabais ou le niveau des prix[1]. Pour ce type de faits, les productions de documents et témoignages sont généralement suffisants. En revanche, l'expertise peut être nécessaire pour l'interprétation des faits ou l'établissement de faits complexes préqualifiés[2]. Tel est le cas lorsque les faits pertinents ne peuvent être établis que par une appréciation technique. Par exemple, pour savoir si les prix pratiqués sont ou non inférieurs à un certain seuil de coût, ou si un parallélisme de comportement s'explique par la dynamique propre du marché, une expertise ou une confrontation d'expertises paraît *a priori* nécessaire.

932. **Questions de méthode.** Les questions de méthode soulevées par les expertises sur les questions de fait relèvent également de l'expertise. Les contradictions légendaires entre économistes s'expliquent le plus souvent par des hypothèses différentes ou des méthodes différentes de traitement des données. Le juge est donc amené, pour apprécier les preuves, à comparer les mérites respectifs des différentes études économiques. Un examen minutieux est d'autant plus nécessaire que les études économiques sont soumises par les parties et non par un expert nommé par la juridiction qui serait tenu par un devoir d'impartialité. Or, le juge n'est pas – et n'a pas à être – économètre, si bien qu'il ne sera pas toujours à même d'apprécier les mérites respectifs des études présentées devant lui sans l'avis d'un technicien. À tout le moins, le recours à une expertise impartiale sur les méthodes des expertises partiales paraît s'imposer lorsque le juge n'a pas les connaissances techniques nécessaires et lorsque la question détermine l'issue du litige[3].

933. **Autres questions.** En revanche, l'expertise ne paraît pas adaptée aux questions d'ordre général sur la causalité économique, celles qui sont au fondement des règles

---

[1] En ce sens, les « constatations » de l'article 249 NCPC ne paraissent pas utiles dans ce contexte. Même si elles l'étaient, elles ne nécessiteraient pas de faire appel à un économiste.

[2] Elle ne l'est pas toujours. Ainsi, par exemple, l'existence de réunions entre concurrents pourra être interprétée comme un élément constitutif d'une entente sans le secours d'une expertise, au moyen d'un simple raisonnement économique abstrait mené par le juge : la présomption de rationalité des entreprises – empruntée à la théorie économique – suffit à justifier l'inférence d'un échange d'informations illicites, car il ne serait pas rationnel pour des entreprises de se mettre en danger en se réunissant avec des concurrents dans des endroits discrets si elles n'en tiraient pas un bénéfice direct. Sur le rôle de la présomption de rationalité dans le raisonnement probatoire, V. *infra* n° 1022 et s.

[3] R. POSNER, *Antitrust Law*, préc., p. 280.

d'expérience étudiées précédemment[1]. L'expertise porte sur les faits de la cause, non sur des faits notoires ou des informations de nature à fonder une règle d'expérience. L'expertise n'est pas non plus adaptée pour apporter au juge les connaissances économiques qu'il peut estimer utiles pour éclairer une question de droit. L'interprétation du droit n'est pas matière à preuve et n'est donc pas non plus matière à expertise[2]. Pour ce type de questions, les connaissances économiques, qui sont indispensables pour préserver le rôle du juge[3], doivent par conséquent être apportées au procès par d'autres voies que l'expertise[4].

934. **Pour un recours plus fréquent à l'expertise.** Dans les limites ainsi tracées, l'expertise mériterait d'être plus fréquemment ordonnée, surtout à mesure que le contentieux judiciaire de la concurrence sera amené à se développer. L'expertise présente en effet des avantages procéduraux importants. Le principal de ces avantages tient à l'existence même de règles procédurales, dont la fonction est non seulement d'assurer la compétence, la probité, l'indépendance et la diligence des experts, mais aussi, et surtout, d'organiser la contradiction dans l'expertise[5]. Il convient de souligner que les garanties de compétence et d'indépendance de l'expert-auxiliaire de justice, telles qu'elles sont organisées par le droit français, sont une spécificité parfois enviée de la procédure inquisitoire. En droit français, la compétence est validée, *a priori*, par les diplômes et par le mécanisme de l'inscription sur une liste[6]. Le savoir est normalisé par les catégories dans lesquelles sont inscrit les experts, si bien que la compétence de l'expert est présumée[7]. En revanche, en droit américain, mais aussi anglais, l'expert n'est traditionnellement pas désigné par la juridiction. Il est choisi par les parties[8]. Sa

---

[1] *Supra* n° 888 et s.

[2] J. CHEVALLIER, « Remarques sur les utilisations par le juge de ses informations personnelles », *RTDciv.*, 1962, pp. 5-19, p. 13.

[3] *Infra* n° 926.

[4] *Infra* n° 943 et s.

[5] S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, préc., n° 342.271, p. 707 (contradictoire). V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure de l'expertise », préc. ; sur le dispositif visant à garantir la compétence de l'expert : O. LECLERC, *Le juge et l'expert*, préc., tout le titre I de la seconde partie, p. 195 et s. En ce qui concerne la diligence de l'expert, la réforme entrée en vigueur le 1er mars 2006 vise à en améliorer les garanties. Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, JORF du 29 décembre 2006, p. 20350, spéc. art. 38 et s. ; commentaire R. TUDELA, *Gaz. Pal.*, 25 mars 2006, n° 85, pp. 13-18 ; M. ZAVARO, « L'apport du décret du 28 décembre 2005 au droit de l'expertise judiciaire », *Annales des loyers*, 2006, pp. 577-581. *Adde :* Y. MARTINET et A. BOCCARA, « Le décret du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile et à certaines procédures d'exécution », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, pp. 53-57 ; C. LITNER, « Les réformes de la procédure civile : critiques et perspectives », *Procédures*, 2006, pp. 9-10.

[6] O. LECLERC, *op. cit.*, n° 250 et s., p. 203 et s.

[7] O. LECLERC, *op. cit*., n° 283 et s., p. 226 et s.

[8] Pour un exposé détaillé de ce système, O. LECLERC, *op. cit.*, n° 454 et s., p. 361 et s.

compétence peut être l'objet d'une discussion au cours du procès et la question se pose pour le juge de savoir comment distinguer la « bonne science » de la « mauvaise science »[1]. La procédure communautaire présente une situation à la fois intermédiaire et indéterminée, puisque les juridictions communautaires peuvent désigner des experts, mais rien n'est dit dans les règlements de procédure sur la manière dont le juge choisit le ou les experts ou sur la possibilité pour les parties de contester le choix de l'expert ou de faire valoir des observations en cours d'expertise. Il faut sans doute en conclure que ces questions seraient à régler dans le cadre du procès. La procédure française n'est peut être pas parfaite, mais elle a le mérite de traiter de l'expertise plus complètement que d'autres et cela devrait inciter le juge français à y recourir.

935. **Avantages de la procédure française.** À cet égard, on peut noter que le système français a suscité l'intérêt dans plusieurs pays de *Common law*[2]. L'intérêt de prévoir à la charge de l'expert un devoir d'assister le juge (et non de servir l'intérêt d'une partie) est particulièrement souligné[3]. Les coûts relativement réduits de l'expertise sont également présentés comme un intérêt du système de désignation des experts par la juridiction[4]. En revanche, la prétention à assurer par des règles de procédure l'objectivité de l'expertise est envisagée avec scepticisme[5], voire critiquée comme naïve[6]. Même s'il est sans doute

---

[1] En anglais : « *junk science* ». Pour une présentation assez succincte des règles posées par l'arrêt *Daubert* pour effectuer cette distinction : « Reliable Evaluation of Expert Testimony » (note anonyme), *Harvard L. Rev.*, 2003, pp. 2142-2163. Sur la question du jugement sur l'expertise en droit américain en général, notamment : G. M. FENNER, « The Daubert Handbook : The Case, its Essential Dilemma and its Progeny », *Creghton L. Rev.*, 1996, p. 9393. S. BREWER, « Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process », *Yale Law Journal*, 1998, pp. 1535-1681. Sur l'application du test *Daubert* à l'expertise économique en matière de concurrence : I. GAVIL, « After *Daubert* : Discerning the Increasingly Fine Line Between the Admissibility and Sufficiency of Expert Testimony in Antitrust Litigation », *Antitrust L. J.*, 1997, pp. 711, « Defining Reliable Forensic Economics in the Post-Daubert/Kumho Tire Era », *Washington & Lee L. Rev.*, 2000, pp. 831-878. M. B. COATE et J. H. FISHER, « Can Post-Chicago Economics Survive Daubert ? », *Arkon L. Rev.*, 2001, pp. 795. Les auteurs répondent par la négative à la question posée dans le titre de leur article.

[2] En Angleterre et au Pays de Galles : Rapport WOOLF**,** Access to Justice – Final Report, chap. 13 « Expert Evidence », spéc. point 25 et s., document disponible à l'url : http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm. En faveur d'un recours plus important à des experts désintéressés devant les tribunaux et les cours d'appel, S. BREYER, *Economic Reasoning and Judicial Review*, AEI-Brookings Joint Centre 2003 Distinguished Lecture, AEI Press, Washington D.C., 2004, http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840, spéc. p. 12. En Australie : G. EDMOND, « After Objectivity : Expert Evidence and Procedural Reform », *Sydney L. Rev.*, 2003, pp. 131-163, disponible à l'url : http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLRev/2003/8.html.

[3] Rapport Woolf, préc., n° 28 et s.

[4] *Ibid*.

[5] P.e. en droit anglais en matière pénale : M. N. HOWARD, « The Neutral Expert : a plausible threat to justice », pp. 98-105 et la réponse de J. R. SPENCER, « The Neutral Expert : an implausible bogey », *Crim. L. R.*, 1991, pp. 106-110. Le contexte de la discussion était celui d'un rapport ayant exposé les erreurs judiciaires commises dans le procès *Macguire* (relatif à des attentats à la bombe à Guilford et Woolwich en 1974).

[6] G. EDMOND, préc. L'auteur ne dénonce pas du tout une propension des experts à faire consciemment preuve de partialité. Il critique néanmoins l'idée selon laquelle l'objectivité peut être considérée comme une condition *a*

réducteur de normer les compétences et illusoire de décréter l'impartialité, tant la construction des intérêts passe par des mécanismes nombreux et subtils[1], les garanties institutionnelles d'indépendance sont néanmoins précieuses. Un minimum de garanties vaut mieux que pas de garanties du tout. Ainsi, la possibilité de récuser un expert[2] paraît essentielle.

936. En outre, l'expertise ordonnée par une juridiction est aussi soumise au principe du contradictoire[3]. Le système ne repose donc pas entièrement sur l'autorité de l'expert judiciaire et, par ailleurs, l'usage qu'il fait de sa science n'échappe pas au feu du contradictoire dans le procès. En matière économique, c'est moins la possibilité pour les parties d'assister aux opérations d'expertise qui est intéressante que l'obligation faite à l'expert de prendre en considération les observations ou réclamations des parties et, lorsqu'elles sont écrites, de les joindre à son avis, si les parties le demandent[4].

937. L'expertise ordonnée par une juridiction est aussi plus susceptible d'être impartiale, non parce que la loi le dit, mais parce qu'il fait peu de doute que l'expert nommé par une juridiction peut travailler selon une méthode scientifique qui ne préjuge pas le résultat de l'étude, tandis que l'expert appointé par les parties travaille nécessairement selon une méthode inverse, en partant du ou des résultats qui seraient favorables à l'entreprise cliente[5].

938. La procédure française offre aussi une autre possibilité, qui pourrait être intéressante en matière économique et qui consiste à nommer plusieurs experts[6]. L'obligation pour le groupe d'experts de ne rédiger qu'un seul rapport, en indiquant au besoin leurs divergences d'opinion[7] permet de laisser aux économistes le soin de caractériser leurs éventuelles

---

priori. Cette qualité est, selon lui, la conclusion de l'examen que le juge porte sur l'expertise. La reconnaissance de l'objectivité serait une manière pour le juge de motiver le poids accordé à l'expertise, mais pas une propriété extrinsèque de l'expert.

[1] G. EDMOND, *op. cit.*

[2] Art. 234, 237, 248 NCPC.

[3] M. OLIVIER, « L'avis du spécialiste et le principe du contradictoire », *in De l'expertise civile et des experts*, Berger-Levrault, 1990, pp. 261-266, publié antérieurement dans *Gaz. Pal.*, janvier 1987 (indication de l'auteur dans l'ouvrage précité).

[4] Art. 276 NCPC.

[5] J. R. SPENCER, préc., p. 107.

[6] L'art. 264 NCPC dispose qu'il n'est désigné qu'une seule personne à titre d'expert à moins que le juge n'estime nécessaire d'en nommer plusieurs. Il n'est pas évident que cette possibilité existe en droit communautaire. Ainsi, l'article 70 du règlement de procédure du Tribunal emploie le singulier à propos de l'expert nommé par le Tribunal. Sur la possibilité de nommer un groupe d'experts dans la procédure communautaire : A. ALEMANNO, *Trade In Food : Regulatory and Judicial Approaches to Food Risks in the EC and the WTO*, Cameron May, Londres, 2007, à paraître.

[7] Article 282 NCPC tel que modifié par le décret nº 2005-1678, du 28 décembre 2005, art. 41 (JORF du 29 décembre 2005).

différences méthodologiques. C'est un moyen d'intégrer dans le procès la critique du savoir technique, qui n'est plus supposé neutre[1], tout en limitant les débats techniques lors de l'audience. Une telle possibilité est particulièrement intéressante lorsque les méthodes ne sont pas stabilisées et qu'il est particulièrement important de ne pas mettre un seul économiste en position de produire des arguments d'autorité.

939. **Adaptations souhaitables.** Reste que l'expertise en matière de concurrence ne semble pas encore entrée dans les cadres de pensée de l'expertise en France. La nouvelle « nomenclature des rubriques expertales », qui unifie les catégories de compétences dans lesquelles sont classés les experts auprès des Cours d'appel françaises[2] comporte certes des sous-rubriques « études de marché », « évaluation du préjudice » ou encore « stratégie et politique générale d'entreprise », mais celles-ci sont regroupées sous la catégorie « gestion d'entreprise ». On imagine donc des experts en gestion plus que des économistes figurer dans cette catégorie. Or, évaluer le manque à gagner d'une entreprise, dans une affaire de concurrence déloyale par exemple, ou le préjudice subi par des consommateurs dans une affaire de concurrence ne relève pas des mêmes techniques. De même, une étude de marché dans la perspective de l'entreprise n'est pas la délimitation du marché pertinent que requiert le droit de la concurrence[3]. Les compétences requises pour mettre en œuvre le test du monopole hypothétique ou pour apprécier si une décision de gestion était fautive ne font pas appel aux mêmes spécialités. On peut aussi se demander sous quelle rubrique un juge serait susceptible de trouver répertoriés des économistes pour répondre à la question de savoir si un parallélisme de comportement s'explique par la dynamique propre du marché, question qui a pourtant déjà donné lieu à des demandes d'expertise[4]. Les autres rubriques économiques de la nomenclature sont plus éloignées encore de l'expertise économique potentiellement pertinente pour l'application des règles de concurrence[5]. Si cette analyse n'est pas erronée, il conviendrait, afin de faciliter le recours à l'expertise en matière de concurrence, d'ajouter aux différentes

---

[1] Sur l'impossible neutralité de l'expertise, O. LECLERC, *op. cit.*, n° 196 et s., p. 160 et s.

[2] Cette nomenclature a été élaborée par le ministère français de la justice en coopération avec la compagnie nationale des experts. Sur l'élaboration : O. LECLERC, *op. cit.*, n° 288 et s., p. 228 et s. Elle est diffusée depuis 2004 dans les juridictions françaises. La nomenclature est disponible à l'url : http://www.cnede.org/pdf/nomenclature.pdf

[3] En ce sens (indépendamment de la question de l'expertise), F. JENNY, *in* Colloque du CREDA du 6 décembre 2000, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, *Gaz. Pal.*, 2001, p. 1661.

[4] *Supra* n° 913.

[5] Sous la catégorie D « Économie et finance », on trouve, outre la rubrique « Gestion d'entreprise » (D3) déjà citée, les rubriques D1 « Comptabilité », D2 « Finances », D4 « Gestion sociale » (conflits sociaux) et D5 « Diagnostic d'entreprise ».

rubriques d'expertise de gestion et à l'expertise financière qui composent la catégorie des expertises en « économie et finance » une rubrique nouvelle, consacrée à l'expertise économique, sous laquelle seraient répertoriés des économistes spécialisés en micro-économie appliquée aux questions de concurrence. Sous réserve de consulter sur ce point des experts économistes, cette rubrique pourrait comprendre notamment les sous-rubriques suivantes : « délimitation du marché », « analyse concurrentielle », « étude des coûts » et « évaluation des préjudices ».

940. L'une des raisons du faible recours aux mesures d'instruction en matière de concurrence, du moins par le juge français, tient sans doute à la possibilité qui lui est ouverte de demander l'avis du Conseil de la concurrence, la demande d'avis constituant une modalité plus simple que la désignation d'un expert, jointe à l'assurance d'un avis expérimenté. Cette procédure est d'autant plus attrayante qu'elle permet d'interroger l'autorité spécialisée sur une question qui peut dépasser la simple question de fait.

B. Les modalités de coopération du juge avec les économistes non limitées aux questions de fait

941. Dans la catégorie des modalités de coopération qui permettent au juge de s'enquérir d'un savoir spécialisé plus largement que dans le cadre de l'expertise, il faut ranger la possibilité qui vient d'être évoquée de consulter pour avis l'autorité de concurrence (1). Il faut y ajouter la possibilité pour une juridiction d'entendre des économistes à titre d'*amici curiae* (2). Enfin, l'économiste peut être interne à la juridiction (3).

1. La demande d'avis aux autorités de concurrence

942. Le droit français prévoit la possibilité pour les juridictions saisies d'une affaire qui soulève une question de concurrence de saisir pour avis le Conseil de la concurrence[1]. Le règlement n° 1/2003 mentionne en outre la possibilité qui leur est ouverte de demander l'avis

[1] L'art. L 462-3 C. com dispose : « [l]e conseil peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L 420-1, L 420-2 et L 420-5 ainsi qu'aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies ». Cette possibilité était déjà prévue par l'article 26 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 en ce qui concerne les seules pratiques prohibées par le droit français. Elle a été étendue par le règlement n° 1/2003 aux articles 81 et 82 CE. Cette modification facilite la consultation, puisque le juge peut désormais interroger le Conseil sur les pratiques sans avoir à trancher préalablement la question des domaines respectifs d'application du droit national ou communautaire. En ce sens : E. CLAUDEL, « La processualisation du droit de la concurrence », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ coll. Droit et économie, 2006, pp. p. 285-313, p. 306.

de la Commission[1]. L'importance de cette coopération pour le juge judiciaire a été soulignée[2]. Le rôle du Conseil de la concurrence est parfois présenté comme celui d'un expert[3]. Cependant, à la différence d'un expert, l'autorité de concurrence dispose d'une légitimité qui l'autorise à formuler un avis en droit sur le type d'analyse économique qu'appelle l'interprétation de la règle[4], un avis sur la qualification des faits[5] ou encore un avis sur les présomptions qui lui paraissent acceptables[6]. Le domaine de l'avis est donc plus large que celui de l'expertise. En outre, l'autorité de concurrence peut avoir développé pour ses propres besoins des connaissances empiriques qui lui permettent de se prononcer sur les règles d'expérience. Le domaine des demandes d'avis est donc plus large que celui de l'expertise. La demande d'avis paraît aussi plus simple à mettre en œuvre pour le juge, qui n'a à se soucier ni de la désignation d'un expert, ni de limiter sa mission à l'établissement des faits. Dès lors, on ne peut que partager l'étonnement d'un auteur qui relève que cette procédure est très peu utilisée par les juridictions judiciaires[7] et souhaiter que l'intérêt qu'y a trouvé le Conseil d'État[8], y compris en dehors des hypothèses visées par le texte de l'article L 462-3 du code ce commerce[9], inspire les juges judiciaires. L'intérêt de la procédure d'avis spécifique au droit de

---

[1] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE n° L 1, du 4 janvier 2003, pp. 1-25, art. 15. Voir aussi, sur ce point, la Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82, JOUE C 101, du 27 avril 2004, p. 54, spéc. point 17.

[2] Cl. LUCAS de LEYSSAC, Rapport de synthèse, *La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles, P.A.*, 20 janvier 2005, p. 65.

[3] Cl. LUCAS de LEYSSAC, *op. cit.*, « le Conseil est consulté par le juge en tant qu'expert en matière de concurrence », « il doit se comporter comme un expert ». L'auteur conclut cependant sur le souhait que « la Commission et le Conseil tendent la main au juge pour l'aider à *dire un droit substantiel de la concurrence* qui soit en harmonie avec l'ordre public de concurrence dont ils sont les premiers dépositaires » (nous soulignons).

[4] En ce sens, E. CLAUDEL, *op. cit.*, p. 307.

[5] En ce sens, E. CLAUDEL, *op. cit.*, p. 306 et référence citée.

[6] G. CANIVET et M.-C. BOUTARD-LABARDE, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1994, p. 187. Les auteurs considèrent que le Conseil de la concurrence « joue à la fois un rôle très important d'organe d'assistance dans l'administration de la preuve, d'expert en matière économique et d'"amicus curiae" pour l'application du droit de la concurrence ».

[7] E. CLAUDEL, *op. cit.*, p. 307.

[8] C.E. 26 mars 1999, Société EDA, Rec. Lebon, p. 95, concl. Stahl. Le Conseil d'État a également consulté le Conseil de la concurrence dans d'autres affaires : C.E., 15 mars 2000, CEGEDIM, req. n° 299886, pour déterminer si la fixation des tarifs d'accès au fichier Sirene de l'INSEE entraînait un effet de ciseau tarifaire et pouvait être qualifiée de pratique prédatrice.

[9] C.E., 13 janvier 2003, Mutuelle générale des services publics, req. n° 235176 pour savoir si le monopole accordé à une fédération de mutuelle était anticoncurrentiel. B. du MARAIS, note sous C.E. 20 juillet 2005, Société Fiducial informatique e.a., *Gaz. Pal.*, 12-14 mars 2006, pp. 50-54. Dans cette affaire, le Conseil d'État (ordonnance du 19 mai 2005) a suspendu la décision du ministre (décision du 19 octobre 2004 publiée au BOCCRF du 26 avril 2005 autorisant la prise de contrôle par la société CEGID de la société CCMX), puis, par une ordonnance avant dire droit, a saisi le Conseil d'une demande d'avis (C.E., 20 juillet 2005). Ce n'est qu'à la suite de l'avis du Conseil de la concurrence (n° 05-A-24 du 14 décembre 2005) que le Conseil d'État a validé la décision du ministre (C.E., 13 février 2006).

la concurrence n'éclipse cependant pas celui que pourraient trouver les juridictions dans l'audition d'*amicus curiae* économistes. Après tout, les autorités de concurrence sont, pour les juridictions, des amis un peu particuliers, qui peuvent donc avoir leur propre politique juridique. Cela vaut spécialement pour la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, chargées du contrôle des décisions du Conseil de la concurrence. Il serait donc souhaitable que les juges puissent aussi faire appel à des *amici curiae* plus largement définis.

2. L'*amicus curiae*

943. **Une institution encore peu définie.** L'*amicus curiae* est une personne qui, en raison des compétences ou de l'autorité particulières qui lui sont reconnues dans un domaine, peut, à la demande d'une juridiction ou sur sa propre initiative, être entendue sur une question qui se pose à l'occasion d'un procès auquel elle reste tiers[1]. L'institution, connue de certains droits étrangers et dans certaines procédures internationales[2], n'est pas mentionnée dans le Nouveau Code de procédure civile[3] et pas davantage dans des règlements de procédure de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes[4]. Certes, le règlement n° 1/2003[5] prévoit une forme d'intervention qui se rapproche de celle d'un *amicus curiae*. Il dispose en effet que les autorités nationales de concurrence et, dans certains cas, la Commission peuvent, de leur propre initiative, intervenir dans un contentieux national de la concurrence devant les juridictions ordinaires[6]. De même, la Commission peut jouer en

---

[1]. V. G. CORNU (dir.), « Amicus curiae » *in Vocabulaire juridique*, 2ème éd., PUF, 2001. D. MAZEAUD, « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », *in* M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, (coord.), *L'expertise*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, pp. 109-212, n° 2, p. 110. La définition proposée ici est conforme à celle donné par ces auteurs à un élément près, à savoir la possibilité pour l'*amicus curiae* d'intervenir de sa propre initiative. Sur cette possibilité, V. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTDciv*. 2005, pp. 88-93, p. 89. Cette possibilité d'intervention non sollicitée par le juge existe notamment devant la Cour suprême américaine. Aux termes de la règle 37 du règlement de procédure de cette Cour, les observations écrites d'un *amicus curiae* peuvent être soumises dès lors que a) toutes les parties y ont consenti par écrit *ou* que b) la Cour l'a autorisé.

[2] Y. LAURIN, *op. cit*.

[3] L'article 27, alinéa 2, NCPC est parfois invoqué comme fondement possible. Il dispose que le juge peut « entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer », mais cet article se trouve dans la section dévolue à la matière gracieuse. Sur les différents fondements textuels possibles, E. CLAUDEL, *op. cit.*, p. 309.

[4] Ces règlements prévoient un mécanisme d'intervention, mais au soutien d'une partie, l'audition de témoins ou d'experts, mais aucune de leurs dispositions ne prévoit l'audition d'une personne à raison de ses compétences, dans l'intérêt de la solution du litige.

[5] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE L 1, du 4 janvier 2003, p. 1.

[6] L'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003, préc., dispose : « [l]es autorités de concurrence des États membres, agissant d'office, peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur État membre respectif au sujet de l'application de l'article 81 ou 82 du traité. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elles peuvent aussi présenter des observations orales. Lorsque l'application cohérente de l'article 81 ou 82 du traité l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États

pratique le rôle d'*amicus* devant la Cour de justice dans le cadre d'un renvoi préjudiciel[1]. Il est certain que les autorités de concurrence disposent d'une expertise particulière et peuvent, à ce titre, faire valoir la compétence requise d'un *amicus curiae*. Cependant, nous l'avons évoqué, leurs préoccupations légitimes de conduite de l'action répressive en matière de concurrence peuvent influencer leurs avis. En ce sens, leur intervention diffère de celle d'un économiste au titre d'ami de la Cour[2].

944. **Création prétorienne.** Les juridictions qui voudraient entendre des économistes indépendants de l'autorité de concurrence se trouveraient cependant face à une difficulté. En effet, aucun test ne prévoit une telle procédure. Dans d'autres domaines que le droit de la concurrence, l'absence de fondement textuel n'a cependant pas été un obstacle dirimant. En effet, en droit français, l'introduction de l'*amicus curiae*, appelée de leurs vœux par de hauts magistrats[3], fut l'œuvre de juges, de juges du fond d'abord[4], puis de la Cour de cassation[5].

945. **Domaine.** La question s'est posée de savoir quel devait être le domaine d'application de cette institution. Selon les termes de la Cour d'appel de Paris, l'audition de l'*amicus curiae* peut porter sur « toutes informations propres à éclairer [le juge] dans sa recherche d'une solution au litige »[6]. Un auteur précise la formule en soulignant qu'il convient de limiter

---

membres. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales ». Le rapport annuel de la Commission sur la politique de concurrence pour 2005 signale que cette procédure n'a pas été appliquée en 2005. SEC(2006)761 final, point 233.

[1] Elle agit alors dans le cadre de l'article 23 du Statut de la Cour. Ce texte prévoit que les institution auteurs de l'acte dont l'interprétation est demandé à la Cour à titre préjudiciel peuvent déposer des observations.

[2] Les économistes peuvent aussi avoir des stratégies (de constitution de clientèle par exemple). Ils peuvent cependant aussi avoir une réputation scientifique à préserver.

[3] L'intérêt de l'institution de l'*amicus curiae* devant la Cour de cassation a été souligné par deux premiers présidents successifs, P. DRAI, Discours de rentrée solennelle du 6 janvier 1989, cité par Y. LAURIN, « L'*amicus curiae* », *JCP (G)*, 1992 I.3603, n° 9, p. 347, et par D. MAZEAUD, *op. cit.*, . V. aussi P. DRAI, « Le monde des affaires et ses juges », *RJC*, 1990, p. 329, spéc. 333. Le premier président CANIVET a également appelé de ses vœux l'institution d'une procédure d'*amicus curiae* devant la Cour de cassation. V. SENNEVILLE, « Cour de cassation : un projet pour améliorer l'efficacité », *Les Échos*, 29 avril 2004.

[4] Paris, 21 juin et 6 juillet 1988, *Hudon*, *D.*, 1989, Jurisp., p. 341**,** note Y. LAURIN. *RTDciv*., 1989, p. 138, obs. R. PERROT. Paris, 16 octobre 1992, *X c/Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le virus VIH*, *D.*, 1993, jurisp., p. 172, note Y. LAURIN.

[5] Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, *D.*, 1991, jurisp., p. 417, Rapp. Y. CHARTIER et note D. THOUVENIN, *JCP* 1991.II.21752, Communication du Professeur Jean Bernard, concl. H. DONTENWILLE, note F. TERRÉ. Plus récemment : Cass. Ch. Mixte, 23 nov. 2004, 4 arrêts, Bull. 2004 mixte, n° 4, p. 9, obs. J. GHESTIN, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP (G)* 2005 I-111, n° 3 à 7 sur la question de l'*amicus curiae*. Pour une critique de l'usage par la Cour de cassation de ce « nouveau venu » qu'est l'amicus curiae : F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « précis », 7ème éd., n° 155, pp. 130-131. Le professeur Terré reproche notamment à la Cour de cassation d'avoir fait venir les amis qu'elle voulait entendre. Il semble aussi lui reprocher d'avoir entendu des amis institutionnellement puissants (p. 131).

[6] Paris, 16 octobre 1992, *X c/ Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le virus VIH*, *D.*, 1993, jurisp., p. 172, note LAURIN. Audition du professeur Montagnié afin d'informer la Cour « sur

l'intervention des *amici* aux seules questions complexes[1]. Si une telle définition était retenue, elle laisserait ouverte la possibilité qu'un ami de la Cour puisse être entendu non seulement sur des questions de fait, mais aussi sur des questions de droit[2]. Tel est le cas dans le droit anglais, auquel l'institution doit son origine[3]. Si tous les auteurs n'y sont pas favorables[4], il faut convenir que c'est bien à propos de questions de droit qu'un ami économiste de la Cour pourrait être utile au juge. Une telle consultation ferait pendant à l'expertise, ce qui contribuerait à la cantonner aux questions de faits et de preuve. L'*amicus* ou les *amici curiae* pourraient être entendus sur des questions économiques qui se posent au juge à propos de l'interprétation du droit : questions empiriques d'ordre général, pertinentes pour informer le juge de ce qui peut être considéré comme une règle d'expérience économique[5], et, surtout, questions économiques pertinentes pour l'interprétation du droit, c'est-à-dire les questions relatives à l'identification des faits pertinents ou au choix d'un test de qualification.

946. **Les deux conceptions de l'*amicus curiae*.** Il existe deux conceptions divergentes de l'*amicus curiae*. Schématiquement, on peut opposer l'ami savant et indépendant à l'ami sachant et intéressé. Dans la première conception, l'ami de la Cour est typiquement un professeur renommé et donne un avis scientifique et indépendant, exclusivement dans l'intérêt de la solution du litige. C'est un « personnage auréolé d'une réputation telle que la qualité des informations qu'il fournit à la Cour est irréfragablement présumée »[6]. Dans cette perspective, le rôle de l'*amicus curiae* consiste à présenter au juge une approche savante d'une question dont dépend la solution du litige. Dans une seconde conception, américaine à l'origine, l'*amicus curiae* n'est ni unique, ni désintéressé. Les *amici curiae* font valoir le point de vue

---

l'époque de l'apparition du virus, sur son évolution, sur le temps qui est susceptible de s'écouler entre la contamination et la déclaration de la maladie, ainsi que sur tous autres éléments ».

[1] Y. LAURIN, note préc., *D.*, 1993, jurisp., p. 173.

[2] En ce sens, Y. LAURIN, note préc., *D.*, 1989, jurisp., p. 342. En ce sens également et plus généralement : G. CORNU (dir.), « *Amicus curiae* », *in Vocabulaire juridique*, 2ème éd., PUF, 2001, et D. MAZEAUD, « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », *in* M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, (coord.), *L'expertise*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, pp. 109-212, n° 2, p. 110, n° 14, p. 115, et n° 22, p. 118.

[3] Y. LAURIN, « L'*amicus curiae* », *JCP (G)*, 1992 I.3603, n° 2, p. 346. L'auteur précise qu'en Angleterre l'*amicus curiae* est très souvent choisi parmi les avocats expérimentés (*Queen's Counsels*).

[4] F. TERRÉ, note sous Ass. Plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991.II.21752, p. 384.

[5] L'institution de l'*amicus* n'est cependant pas nécessairement adaptée à ce type de questions en raison du grand nombre de connaissances économiques empiriques qu'il est nécessaire de réunir pour y répondre. *Infra* n° 957.

[6] D. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 21, p. 118.

de groupes d'intérêts qui, tout en étant tiers au procès, ont un intérêt à la solution du litige[1]. Le savoir qu'ils apportent au juge est de l'ordre de l'expérience et non de la science. La seconde conception a été mise en œuvre par la Cour de cassation à propos de la requalification des contrats d'assurance-vie[2]. Elle situe clairement l'intervention de l'*amicus curiae* dans la perspective d'un raisonnement conséquentialiste à propos de l'interprétation du droit[3]. C'est pour évaluer les effets probables qui s'attacheraient au choix des différentes qualifications envisageables d'une même pratique que la Cour de cassation a souhaité être éclairée par l'opinion de praticiens. De la même manière, il a été recommandé à la Cour de cassation d'entendre, lorsqu'un revirement est envisagé, ce type d'intervenants représentant des intérêts en cause[4]. Cette recommandation est parfaitement cohérente avec l'approche suivie dans l'affaire des contrats d'assurance-vie, car il s'agit dans l'un et l'autre cas de prévoir les conséquences d'un arrêt et, spécialement, l'impact pratique de la règle nouvelle issue d'un revirement de jurisprudence[5]. L'*amicus curiae*, à la différence d'un expert, est donc considéré comme apte à éclairer une juridiction sur des questions qui ont trait à l'interprétation du droit. Cela serait également applicable à la première conception de l'*amicus curiae*, considéré comme tiers savant et impartial.

947. **Intérêt des deux conceptions.** En droit de la concurrence, les deux conceptions paraissent intéressantes. L'une et l'autre ont en commun de s'articuler avec un raisonnement conséquentialiste du juge et ce mode de raisonnement correspond à celui des économistes à propos des règles de droit. En ce sens, quelle que soit la conception retenue de *l'amicus curiae*, l'institution scellerait la rencontre du raisonnement du juge et de celui des économistes[6]. À première vue, la première conception paraît la plus adaptée. Les économistes

---

[1] Telle est la conception envisagée par G. Canivet, *op. cit.*, et mise en œuvre à l'occasion des arrêts Cass. Ch. mixte, 23 novembre 2004, préc. Sur ces points, V. obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, spéc. pp. 91-92.

[2] Cass. Ch. Mixte, 23 nov. 2004, 4 arrêts, Bull. 2004 mixte, n° 4, p. 9, obs. J. GHESTIN, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP (G)* 2005 I-111, spéc. n° 3 à 7.

[3] Sur ce mode de raisonnement en droit français. H. MUIR-WATT (dir.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence dans les systèmes de *common law* » *in* N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le premier président Canivet, Litec, 2004, pp. 53-71, spéc. pp. 65 et s.

[4] N. MOLFESSIS in *Les revirements de jurisprudence*, préc., p. 41.

[5] *Supra* n° 815.

[6] Sur cette rencontre des raisonnements (indépendamment de l'institution de l'*amicus curiae*), B. VESTERDORF, « Economics in Court : Reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition law regime », *Sven Norberg Liber Amicorum*, pp. 505-524, p. 516. Le président du Tribunal de première instance relève que « la théorie économique (…) [peut] aider les juges à être plus conscients du débat que suscite un comportement particulier et des conséquences économiques qu'aurait un test particulier qu'ils créent » (nous traduisons). La citation originale est « Economic theory (…) can assist

seraient alors consultés par une juridiction en tant qu'amis savants et désintéressés. Cela correspondrait sans doute au rôle que les économistes s'imaginent spontanément jouer. En effet, les économistes ont l'habitude d'analyser les règles du point de vue de (leur) conception de l'intérêt général. Aussi se conçoivent-ils sans doute spontanément comme conseillers du juge plutôt que comme représentants de groupes d'intérêts. Cependant, la seconde conception n'est pas dépourvue d'intérêt. Cela tient notamment à la nature des informations qui sont pertinentes pour anticiper les conséquences d'une règle jurisprudentielle. En effet, pour nourrir le raisonnement sur les conséquences à attendre d'une interprétation particulière du droit, le juge n'a pas seulement besoin de théorie, il a aussi besoin de connaissances empiriques. Pour illustrer ce point, on peut songer au test consacré par l'arrêt *Bronner* en matière d'accès à une ressource essentielle[1]. Cette jurisprudence est critiquée au motif que la règle posée réduirait excessivement les incitations à l'investissement[2]. Si le juge envisageait de modifier le test de l'arrêt *Bronner*, il y aurait lieu qu'il s'informe non seulement sur les approches théoriques, mais aussi sur la manière dont les décisions d'investissement concernées sont prises en pratique dans les entreprises. Après tout, la vision abstraite qu'ont les économistes des incitations à l'investissement ne correspond peut-être pas exactement à la manière dont les entreprises voient les choses. Or, c'est bien leur manière de voir qui est déterminante pour l'effet réel de la règle. Il peut donc être utile au juge d'entendre des entreprises, ce qui correspondrait plutôt à la seconde conception de *l'amicus curiae*. Cependant, il ne faudrait pas considérer que seuls les amis intéressés sont détenteurs de connaissances empiriques. Un ami savant peut aussi rendre compte d'études empiriques nombreuses, qui auront du reste plus de valeur que des observations isolées. Ces remarques conduisent à penser qu'il est sans doute urgent de ne pas trancher en faveur de l'une ou l'autre

---

judges in being more aware of the broader debate surrounding a particular issue and of the economic consequences of a particuliar legal test they create ». La partie omise de la citation concerne les preuves économiques (*economic evidence*). Il nous semble que, s'agissant d'un *amicus curiae*, le propos peut être généralisé. L'*amicus* n'apporte pas des preuves au sens strict, mais cela ne signifie pas qu'il n'apporte que de la théorie. Les études économiques empiriques font à notre sens partie des connaissances qu'il est approprié pour un *amicus curiae* de présenter à la juridiction qui le consulte.

[1] Arrêt de la Cour du 26 novembre 1998, Bronner/Commission, C-7/97, Rec. p. I-7791, discuté *supra* n° 78. L'arrêt retient (point 41) que le refus de contracter, venant d'une entreprise dominante, est abusif lorsque ce refus, premièrement, a pour effet d'empêcher le demandeur d'accès d'entrer sur un marché aval, deuxièmement, n'est pas objectivement justifié et, troisièmement, porte sur une ressource indispensable pour entrer sur un marché aval.

[2] En ce sens, notamment, P. MAVROIDIS et D. NEVEN, « Bronner Kebab – Beyond Refusal to Deal and Duty to Cooperate », *in* C.-D. EHLERMANN and I. ATANASIU (éd.) *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of a Dominant Position?*, préc., pp. 355-369.

conception de l'*amicus curiae*. Comme tout un chacun, les Cours qui appliquent le droit de la concurrence peuvent profiter d'amis qui ne se ressemblent pas.

948. **Statut procédural.** D'un point de vue procédural, le statut de l'*amicus curiae* demeure ambigu faute d'une reconnaissance de l'institution dans les textes. La jurisprudence invite à envisager des règles procédurales propres, puisqu'elle écarte, à juste titre, tant les règles relatives aux mesures d'instruction[1] que les règles relatives à l'administration de la preuve, ne soumettant les dépositions de l'*amicus curiae* qu'au principe du contradictoire et au respect des droits de la défense[2]. La doctrine n'est par ailleurs pas unanime sur les analogies les plus pertinentes pour définir ce statut. En France, certains auteurs ont souligné la ressemblance de l'*amicus curiae* avec un expert[3] ou avec un technicien au sens de l'article 232 NCPC[4], voire sa parenté avec d'autres institutions[5]. Certains envisagent même la médiation comme l'une des fonctions de l'*amicus curiae*[6]. Il est peu discutable que ces ambiguïtés mériteraient d'être clarifiées par des textes[7].

949. Dans la perspective envisagée ici, l'*amicus* contribue à éclairer le juge sur la définition de la charge de l'allégation. Il n'est donc ni un technicien ni un expert, mais un conseiller du juge, entendu à raison de sa compétence (théorique ou empirique). Son intervention mérite donc d'être encadrée par des règles propres. Celles-ci devraient notamment viser à assurer la compétence et l'impartialité de l'*amicus*. Sans aller nécessairement jusqu'à une incompatibilité de principe entre la fonction d'expert et celle d'*amicus*, il conviendrait d'envisager que l'*amicus* puisse, à l'instar de l'expert, être l'objet d'une procédure de récusation à la demande des parties, du moins lorsqu'une juridiction envisage de n'entendre qu'un seul *amicus*. Si les parties ont la possibilité de demander l'audition d'*amici* multiples,

---

[1] L'application des articles 232 et s. NCPC est écartée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 juillet 1988, *Hudon*, préc. Dans ses observations, R. Perrot critique l'arrêt sur ce point et souligne que la mission confiée dans cette affaire aux *amici curiae*, à savoir de fournir « en présence de toutes les parties intéressées, toutes les observations propres à éclairer les juges dans leur recherche d'une solution au litige », correspondait très exactement à une mesure d'instruction et plus précisément à une mission de technicien chargé d'éclairer le juge (art. 232 NCPC). R. PERROT, *RTD Civ*. 1989, p. 138. *Contra* : D. MAZEAUD, *op. cit.*, *loc. cit.*

[2] Paris, 21 juin et 6 juillet 1988, *Hudon*, *D.*, 1989, Jurisp., p. 341, note LAURIN. *RTDciv*., 1989, p. 138, obs. crit. PERROT. L'affaire opposait un avocat et le barreau dont il dépendait à propos d'une décision de cet ordre professionnel et la Cour d'appel avait jugé utile d'entendre plusieurs bâtonniers en qualité d'*amicus curiae*.

[3] F. TERRÉ, note sous Ass. Plén., 31 mai 1991, *JCP (G)*, 1991.II.21752, p. 384.

[4] R. PERROT, *RTDciv*., 1989, p. 138.

[5] Y. LAURIN, « L'*amicus curiae* », *JCP (G)*, 1992 I.3603, n° 11, p. 348, évoque la proximité de l'institution avec celle des témoins entendus à titre de renseignements en vertu du pouvoir discrétionnaire du président d'une Cour d'assises prévue par l'art. 330, alinéa 3, du Code de procédure pénale.

[6] R. PERROT, *op. cit.*, p. 139.

[7] En ce sens, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit*, p. 93.

une telle précaution ne semble pas nécessaire. En revanche, il conviendrait de soumettre toute personne entendue à titre d'*amicus* à une obligation de révéler ses intérêts et les consultations qu'elle a précédemment données dans le domaine où elle est interrogée. Cela permettrait aux parties de discuter l'éventuelle partialité de l'*amicus*. Il serait en outre nécessaire de clarifier les conditions dans lesquelles une personne peut spontanément proposer ses services à une juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles une juridiction peut désigner une personne en qualité d'*amicus*. Il serait également souhaitable de préciser dans quelle mesure les parties peuvent demander l'audition d'autres *amici*.

950. L'ensemble de ces questions procédurales et les occasions de contentieux auxquelles des règles, quelles qu'elles soient, ne manqueraient pas de donner lieu conduisent à considérer l'intervention de l'*amicus curiae* comme exceptionnelle. Pour autant, les questions économiques complexes soulevées par la définition de la charge de l'allégation ne sont pas exceptionnelles. Il faut donc envisager une seconde modalité de coopération entre juges et économistes. Une modalité *a priori* plus flexible consiste à faire entrer un ou plusieurs économistes dans la juridiction.

3. L'économiste interne à la juridiction

951. Différents statuts sont envisageables pour un ou plusieurs économistes au sein d'une juridiction. Ils peuvent être membres[1] ou assesseurs[2], avoir un statut *ad hoc* de consultant interne[3], ou encore assister le juge à la manière d'un référendaire[4]. Pour éclairer le statut qui convient aux économistes présents dans les juridictions, il convient de s'intéresser aux fonctions qu'ils pourraient remplir.

---

[1] F. JENNY, « Un économiste à la Cour », *Concurrences*, n° 1-2005, pp. 5-8.

[2] Une proposition en ce sens avait été formulée par l'*Australian Law Reform Commission*, Discussion Paper n° 62, *Review of the Federal Civil Justice System*, Chapitre 13 « Expert evidence », p. 23, disponible à l'url suivante : http.//www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/dp/62/ch13.html.

[3] À l'heure actuelle, ni les juges du Tribunal de première instance ni ceux de la Cour de justice ne sont assistés par des économistes. Contra : Cl. LUCAS de LEYSSAC, *P.A.*, 20 janvier 2005, p. 65.

[4] Dans les juridictions communautaires, ce terme y désigne une personne (qui peut être un magistrat dans un ordre juridique national mais n'agit pas en cette qualité) travaillant pour un juge et dont le rôle est d'assister celui-ci dans l'analyse des dossiers et dans la rédaction des jugements. À la Cour de cassation, l'organisation est différente. Les conseillers référendaires sont des magistrats, dont le rôle inclut la préparation du rapport sur l'affaire à la formation de jugement, qui ont voix délibérative et dont le nom figure dans l'arrêt rendu. Sur ce point, L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 2ème éd., Litec, 1998, n° 265, p. 124 (non repris dans la dernière édition). La Cour de cassation intègre parmi les conseillers référendaires de la chambre commerciale sinon des économistes du moins des personnes ayant une qualification en droit de la concurrence. En ce sens, G. CANIVET, « Le juge joue un rôle majeur dans l'élaboration d'une politique économique de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 21 janvier 2006, p. 3. Sur l'expérience d'un économiste référendaire (*clerk*) aux États-Unis, V. C. KAYSEN, « An Economist as the judge's law clerk in Sherman Act cases », *ALJ*, 1958, pp. 43-49.

952. **Fonctions.** La présence d'économistes au sein de la juridiction présente l'avantage de permettre au juge de recueillir sans procédure particulière l'avis d'un économiste sur un point précis. Elle paraît spécialement adaptée pour apporter à la juridiction les connaissances économiques qui peuvent être nécessaires au stade du délibéré ou de la rédaction des arrêts. Ainsi, la présence d'un économiste pourra mettre en garde contre une présomption, une dispense ou une règle de fond qui paraît insuffisamment fondée au regard des études théoriques et empiriques dont il a connaissance. En ce sens, la présence au sein d'une juridiction d'un ou plusieurs économistes permet de résoudre le difficile problème évoqué plus haut concernant la qualité des connaissances économiques incorporées aux règles d'expérience[1]. Elle permet également de prendre en considération le point de vue de l'analyse économique sur l'identification des faits pertinents ou les tests de qualification.

953. **Complémentarité.** De même que l'*amicus*, l'économiste interne à la juridiction a un rôle complémentaire de celui de l'expert, puisqu'il a vocation à intervenir sur les questions de droit. Pour autant, un économiste interne n'est pas un substitut à l'avis d'un *amicus curiae*. Ces deux modes de participation d'économistes à l'élaboration du jugement peuvent être complémentaires. La présence d'économistes internes permet notamment d'éviter la procédure nécessairement plus lourde d'audition d'un *amicus curiae* dans tous les cas où l'importance et la complexité de la question ne justifient pas d'y recourir. Précisément, cependant, l'absence de procédure entourant l'apport de l'économiste interne à l'élaboration du jugement pourrait soulever une inquiétude, dans la mesure où « la loi ne tolère pas que par des démarches obscures et entreprises hors de la présence des parties, le juge réunisse des renseignements qui échappent à tout contrôle comme à toute discussion »[2]. De telles craintes seraient pourtant mal fondées.

954. **L'économiste-juge.** Lorsque l'économiste fait partie de la juridiction, l'obscurité qui entoure sa contribution est de même nature que celle qu'organise le secret du délibéré. Le juge n'a pas à rendre compte de tous les raisonnements qui l'ont mené à sa position[3]. Cela vaut pour les raisonnements économiques comme pour les autres. En revanche, la présence d'économistes ne peut que favoriser l'explicitation et la discussion de ces raisonnements au

---

[1] *Supra* §1.B.

[2] J. CHEVALLIER, « Remarques sur les utilisations par le juge de ses informations personnelles », *RTDciv.*, 1962, pp. 5-19, p. 13. L'auteur cite en exemple de censure pour ce motif : Cass. soc. 8 mai 1952, *D.*, 1952, 796, obs. RAYNAUD, *RTDciv*, 1953, 160.

[3] J. CHEVALLIER, *op. cit.*. L'auteur ne prétend nullement que cette situation est idéale. Il montre qu'il est généralement possible de rédiger un jugement de telle manière qu'il échappe à la censure alors même qu'il ne contient pas les raisons de tous ses motifs.

sein de la juridiction et, partant, conduire à des arrêts plus précisément sinon plus longuement motivés. Tel pourrait être le cas à la Cour de cassation, qui, contrairement à la Cour d'appel de Paris, n'a pas à redouter qu'un autre juge puisse censurer sa décision pour un défaut qu'elle n'aurait pas contenu si elle avait été plus sommairement motivée. Il convient de remarquer que la participation d'économistes au travail des juridictions est d'autant plus compatible avec une exigence générale de transparence et d'autant plus susceptible de s'insérer dans la pratique proprement judiciaire du contradictoire que les économistes ont le statut de juges. En effet, si l'économiste fait partie de la formation de jugement, comme c'est actuellement le cas à la chambre commerciale de la Cour de cassation[1], l'argument qu'il tire de ses connaissances économiques peut plus facilement être – et sera donc plus sûrement – soumis à la discussion des parties, y compris à l'audience dans le cas d'une procédure orale.

955. **Conclusion intermédiaire.** Les différentes modalités de coopération entre juges et économistes apparaissent complémentaires les unes des autres. L'expertise est indéniablement utile en ce qui concerne les questions de fait et de méthode. La demande d'avis aux autorités de concurrence présente le double avantage d'être procéduralement simple à mettre en œuvre et de ne pas être limitée aux questions de fait. L'*amicus curiae* aurait une véritable utilité pour apporter au procès les connaissances théoriques et empiriques dont le juge a besoin s'il entend anticiper les conséquences des tests de qualification qu'il élabore. Enfin, les économistes internes aux juridictions, spécialement lorsqu'ils ont le statut de juge, permettent, sans procédure particulière, d'éclairer la formation de jugement sur l'analyse économique pertinente à tout stade de la préparation d'une décision, qu'il s'agisse de l'analyse des faits, de l'interprétation des règles de droit ou, le cas échéant, de l'appréciation des preuves. La présence d'un économiste dans la formation de jugement permettrait sans doute également de mieux identifier les règles d'expérience économiques que les juges intègrent spontanément à l'élaboration du jugement.

956. Parmi les différentes modalités envisagées pour la participation d'économistes au procès en matière de concurrence, une lacune apparaît cependant. Aucune des modalités envisagées ne semble véritablement idéale pour apporter des connaissances empiriques générales, qui constituent pourtant le seul fondement rationnel des règles d'expérience dont le juge a besoin. La difficulté n'est en réalité pas limitée à la question procédurale et institutionnelle, car ce ne sont pas toujours les manières de mettre ces connaissances à la

[1] F. JENNY, « Un économiste à la Cour », préc. M. Jenny a le statut de conseiller en service extraordinaire.

disposition du juge qui font défaut, mais bien parfois les connaissances empiriques elles mêmes[1]. Il demeure que, pour autant que des connaissances empiriques pertinentes existent, il peut être opportun de les apporter au procès. Il faut donc se demander selon quelles modalités cet apport pourrait se faire.

4. Quelles modalités pour l'apport de connaissances empiriques générales ?

957. **Inadaptation des modalités existantes.** Pour apporter des connaissances empiriques générales au juge, l'expertise à la demande des parties n'est pas adaptée, pour au moins deux raisons. En premier lieu, les questions d'expérience ne sont pas nécessairement dans le débat tel qu'il est formulé par les prétentions des parties. Elles se posent au juge lorsqu'il envisage une solution au litige ou, plus exactement, la motivation d'une solution. Il n'est alors plus temps d'interroger les parties, sauf à rouvrir les débats et à leur laisser le temps de rassembler des informations scientifiques éventuellement très difficiles à trouver – à supposer même qu'elles existent. En second lieu, même si cet obstacle était surmonté, ce qui paraît difficile, les parties peuvent avoir intérêt à ne pas porter certaines études à la connaissance du juge. À supposer même que cela puisse être ordonné, il serait donc peu judicieux de se fier aux parties pour apporter des informations empiriques générales.

958. De même, l'expertise ordonnée par la juridiction paraît inadaptée, car celle-ci doit porter sur les faits de la cause (ou leur interprétation), mais non sur des faits généraux ou des connaissances scientifiques. Les autorités de concurrence pourraient-elles jouer pour les juridictions le rôle de centres de documentation économique et produire, au besoin, des recensions de l'état des connaissances sur une question ? À supposer même que les autorités de concurrence aient les moyens de le faire, la même objection que pour les expertises partiales s'applique. Les autorités de concurrence prennent des décisions soumises au contrôle de légalité et elles n'ont pas nécessairement intérêt à porter à la connaissance du juge des études qui pourraient fragiliser leur doctrine.

959. L'*amicus curiae* peut-il informer les juridictions de l'état des connaissances empiriques sur une question ? *A priori*, rien ne s'y oppose et, comme nous l'avons dit, il n'y a aucune raison de cantonner l'*amicus* aux propositions théoriques et abstraites. Lorsqu'une

[1] Les exemples déjà évoqués (effet des restrictions verticales, effet de la présence d'un concurrent supplémentaire) l'indiquent. La même remarque vaut aussi en matière d'évaluation du dommage. Ainsi, pour appliquer le raisonnement économique sur la sanction optimale, il est nécessaire de connaître, entre autres, la probabilité de détection de l'infraction. Or, on ne dispose que d'évaluations assez partielles et approximatives (qui situent cette probabilité entre 10 % et 20 %). Sur ces points, E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *RIDE*, 2006, pp. 9-44, p. 15.

juridiction a besoin de savoir si une présomption qu'elle envisage d'admettre est raisonnable au regard des connaissances économiques, un ami de la Cour devrait pouvoir la renseigner. Néanmoins, l'*amicus curiae* n'est pas nécessairement l'institution la plus adaptée. En dehors de la circonstance, déjà mentionnée, que ce n'est pas à proprement parler une institution en droit positif français ou communautaire, faute d'un encadrement textuel approprié, il est généralement admis que l'intervention d'un ami de la Cour doit demeurer exceptionnelle et être réservée aux questions de principe. Or, les questions empiriques sont le contraire des questions de principe. Par nature, il s'agit de questions contingentes. Les études pertinentes pour répondre à ces questions ne seront pas toujours disponibles, ni les études disponibles toujours pertinentes. Les réponses à de telles questions supposent alors davantage un patient collationnement de sources et un dépouillement d'études empiriques à partir desquelles il faudra inférer les enseignements pertinents. Un tel travail ne peut être demandé à un ami de la Cour. Pour les mêmes raisons, un économiste interne à la Cour n'est pas nécessairement en mesure de répondre à ce type de questions empiriques générales.

960. **Nécessité d'une information du juge.** En présence d'un tel doute sur les connaissances scientifiques, le juge ne peut que trancher la question en appliquant une règle propre au doute, celui-ci devant en principe profiter à l'entreprise mise en cause. Cependant, cette règle s'applique en principe au doute sur les faits de la cause et non au doute sur des régularités empiriques générales. L'intérêt qu'il y aurait, pour les juridictions qui statuent en matière de concurrence, à avoir un accès adapté à des études empiriques ne peut donc qu'être souligné. Cela paraît nécessaire pour éviter la situation dans laquelle des connaissances empiriques dépassées continuent de fonder une présomption dès lors qu'elles ont été admises par une décision faisant autorité[1]. Tel semble avoir été le cas de l'arrêt *Matsuhita*[2] dans lequel la Cour suprême des États-Unis avait jugé, en 1986, qu'il existait, parmi les économistes, un consensus selon lequel les prix prédateurs sont rarement mis en œuvre et encore plus rarement couronnés de succès[3]. Cette conclusion des travaux de l'École de Chicago, alors dominante, a ensuite été remise en cause par vingt années d'analyses économiques sur le sujet[4]. Pour autant, la décision de la Cour suprême continua d'être citée comme précédent par les

[1] En ce sens, à propos de l'arrêt de la Cour suprême Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio, 475 U.S. 574 (1986), C. S. HEMPHILL, « The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses », *Stanford L. Rev.*, 2001, vol. 53, pp. 1581-1612, p. 16001.

[2] Cité note préc.

[3] C. S. HEMPHILL, *op. cit.*, *loc. cit.*

[4] C. S. HEMPHILL, *op. cit.*, p. 1603.

juridictions inférieures, ce qui conduit un commentateur à déplorer que les juges continuent de se référer à ce consensus supposé, réalisant ainsi une « ossification de considérations d'espèce mal comprises en une règle mal conçue »[1]. Certes, le risque est moindre dans les systèmes dans lesquels les précédents n'ont pas de valeur obligatoire. Toutefois, on ne peut nier qu'il existe en pratique une autorité du précédent, en droit communautaire comme en droit français[2]. Ces systèmes ne sont donc pas à l'abri de la cristallisation d'un résultat empirique supposé vrai en une règle de droit. Ils le sont d'autant moins que l'arrêt qui se fonde sur un consensus empirique ne présente pas cette justification comme telle dans ses motifs. La remise en cause est plus difficile lorsque la motivation des arrêts n'est pas explicite.

961. **Solution inquisitoire et solution accusatoire.** Pour éviter que les juridictions ne s'appuient sur des connaissances dépassées, on peut penser que la présence d'économistes en leur sein ou l'accès à un service de recherche économique permettraient aux juridictions d'identifier plus facilement les connaissances empiriques pertinentes lorsqu'elles existent. C'est cependant là une manière plutôt inquisitoire d'aborder l'accès aux connaissances économiques. D'autres systèmes ont développé des modalités plus accusatoires. À cet égard, on peut mentionner une innovation procédurale australienne[3], bien qu'elle ait eu pour but de pallier des difficultés propres à un système de *Common law*. C'est en effet l'inadaptation de la pratique de l'interrogation croisée orale des témoins par les avocats (*cross examination*), telle qu'elle est habituellement pratiquée, qui a conduit à mettre en place une modalité spécifique de participation des économistes au procès. Comme la *cross examination* ne permettait pas aux économistes de dérouler de manière cohérente la présentation de leur opinion, les juridictions chargées d'appliquer le droit de la concurrence ont mis en place la pratique d'un débat où seuls les économistes sont appelés à prendre la parole devant le Tribunal. Dans la procédure australienne, qui prévoit une première phase de présentation des preuves, puis une seconde phase de présentation des plaidoiries, ce débat est intercalé entre les deux phases et semble avoir donné pleine satisfaction tant aux juridictions qu'aux économistes entendus selon ces modalités[4]. Au-delà de son intérêt procédural, on peut retenir de cette pratique l'idée que, en présence d'un doute sur une généralité empirique de nature à influencer la manière

[1] C. S. HEMPHILL, *op. cit.*, p. 1610.

[2] Sur la question de la valeur des précédents, V. *supra* n° 77.

[3] M. BRUNT, « Antitrust and the Courts : the Role of Economics and of Economists », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998, pp. 357-367.

[4] M. BRUNT, *op. cit.*, pp. 364-5.

dont l'affaire est traitée, une juridiction peut utilement demander à entendre les économistes des parties. Ce qui est constant entre eux sur les connaissances économiques pourra alors être traité comme une connaissance empirique solide.

962. **Au-delà des procédures.** Les mesures d'organisation de la procédure, quelle que soit la place qu'elles réservent aux économistes, n'auront cependant jamais le pouvoir de faire émerger des connaissances qui n'existent pas ou sont trop éparses. Aussi convient-il de s'interroger brièvement sur les moyens qui permettraient, hors du procès, de produire et de consolider des connaissances empiriques qui pourraient ensuite être utiles au juge pour améliorer les fondements empiriques des règles d'expérience judiciaires. À cet égard, il est possible d'esquisser une comparaison avec la médecine, pour laquelle l'utilisation pratique de connaissances scientifiques a donné naissance à des mécanismes de rassemblement et de synthèse des connaissances. Si les économistes développaient de telles pratiques, les résultats pourraient intéresser les juridictions. La médecine connaît en France deux mécanismes de ce type, à savoir les « conférences de consensus »[1], d'une part, et les « recommandations pour la pratique clinique »[2], d'autre part.

963. Les « conférences de consensus » sont des conférences publiques lors desquelles les différents points de vue sur une question sont présentés et débattus. Leur préparation comporte une revue systématique de la littérature et des rapports d'experts. Elles se concluent par des recommandations rédigées par un jury et destinées à être largement diffusées[3]. En médecine, les conférences de consensus sont réservées en principe aux thèmes qui présentent deux caractéristiques : d'une part, une ampleur réduite, qui permet une synthèse rapide une fois tous les arguments exposés, et, d'autre part, la présence d'une controverse, qui justifie un débat public[4]. *Mutatis mutandis*, le mécanisme pourrait être adapté par les économistes pour formuler des recommandations sur l'interprétation du droit.

964. Les « recommandations pour la pratique clinique », en revanche, ne comportent pas de phase publique et sont mieux adaptées aux thèmes vastes. Elles visent davantage à faire une synthèse des connaissances éparses qu'à trancher une controverse[5]. Par analogie, le

---

[1] A. DUROCHER (dir.), *Les conférences de consensus. Base méthodologique pour leur réalisation en France*, Paris, ANAES, 1999, disponible sur le site : http://www.anaes.fr.

[2] *Recommandations pour la pratique clinique. Base méthodologique pour leur réalisation en France.* Paris, ANDEM, 1997, disponible sur le site : http://www.anaes.fr.

[3] Sur tous ces points, *Les conférences de consensus*, *op. cit.*, pp. 8 et s.

[4] *Les conférences de consensus*, *op. cit.*, pp. 6-7.

[5] *Ibid.*

mécanisme pourrait fournir des pistes pour la sédimentation des connaissances sur des questions empiriques complexes, comme les effets des restrictions verticales.

965. Une autre possibilité consisterait à créer un ou plusieurs services de recherche et documentation économique. S'agissant de questions d'intérêt commun à plusieurs juridictions, un tel service pourrait être à la disposition de toutes les juridictions nationales chargées d'appliquer le droit de la concurrence, voire à un ensemble de juridictions européennes ayant une langue de travail commune. Une autre possibilité consisterait à mettre en place un groupement d'intérêt public chargé, à l'instar du GIP-Justice, de lancer des appels d'offre de recherches empiriques[1]. Une autre possibilité encore consisterait à ce que l'un des réseaux d'autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence[2] entreprenne de rassembler et de synthétiser les recherches scientifiques qui intéressent l'application du droit de la concurrence[3]. Plus modestement, on peut aussi songer au rôle des revues spécialisées. Une chronique tenue par des auteurs pouvant, individuellement ou collectivement, tirer des études économiques empiriques des enseignements pour la pratique du droit de la concurrence serait bienvenue. Il ne s'agit pas d'approfondir ici des propositions concrètes, mais seulement de souligner que, si le procès n'est pas le lieu de la mise en cause des règles d'expérience, celles-ci pourraient progresser en acuité à condition que les connaissances empiriques qui intéressent les grandes questions du droit de la concurrence soient plus activement développées, promues et traduites.

966. **Conclusion du B.** Il existe différentes modalités de coopération entre les juges et les économistes qui permettent aux premiers de ne pas limiter à des questions de fait les sujets sur lesquels ils interrogent des économistes. Certaines correspondent à des procédures instituées, comme la demande d'avis aux autorités de concurrence ou encore l'intervention spontanée de ces autorités devant les juridictions. D'autres modalités envisageables ont reçu un début d'application sans pour autant être prévues par les textes. Tel est le cas de l'*amicus curiae*. L'utilité propre de cette institution pour apporter au procès des connaissances économiques non limitées aux questions de fait doit être soulignée. On ne peut donc que souhaiter que la

[1] La Mission de recherche Droit et Justice a été créée par un arrêté du 11 février 1994 sous la forme d'un Groupement d'intérêt public. L'objectif qui lui est assigné est « la constitution d'un potentiel de recherche mobilisable sur l'ensemble des questions intéressant la justice et le droit, quel que soit le champ disciplinaire concerné ». Source : http://www.gip-recherche-justice.fr

[2] Il existe deux réseaux d'autorités de concurrence, l'un européen (ECN) et l'autre mondial (ICN).

[3] Le problème évoqué plus haut de l'éventuel intérêt particulier d'une autorité de concurrence vis-à-vis de la juridiction qui contrôle ses décisions (*supra* n° 942) serait alors résolu par la mise en commun du service d'études. L'OCDE, qui organise déjà des tables-rondes sur différentes questions intéressant la mise en œuvre du droit de la concurrence pourraît également jouer un rôle à cet égard.

pratique soit consacrée et encadrée par des dispositions procédurales appropriées. La participation d'un ou plusieurs économistes au travail des juridictions est également une modalité de coopération qui mérite d'être développée. Elle permet d'introduire dans toutes les phases de l'élaboration d'un jugement, y compris dans le délibéré, des connaissances et un raisonnement économiques qui ne peuvent être apportés autrement. Ces différentes modalités apparaissent complémentaires les unes des autres. Aucune ne permet cependant de résoudre entièrement le problème des connaissances économiques générales qui sont nécessaires pour que les règles d'expériences économiques soient les plus conformes possibles à la réalité. C'est pourquoi il serait utile d'envisager des modalités permettant de produire, de rassembler et de traduire ce type d'information.

967. **Conclusion du § 2.** Parmi les modalités de coopération entre juges et économistes, l'expertise se distingue des autres en ce qu'elle est limitée aux questions de fait. À cet égard, nous avons vu que, en droit de la concurrence, l'interférence entre les rôles du juge et de l'expert est moins à craindre que dans d'autres domaines. Cela tient à la plus grande latitude que les textes laissent au juge pour interpréter le droit. Le juge ayant la maîtrise du raisonnement économique qu'il introduit dans l'interprétation de la règle de droit, il peut poser à l'expert des questions formulées en termes économiques. C'est donc le raisonnement économique qui permet au juge de ne pas déléguer son office propre à l'expert. Si le juge maîtrise l'introduction de l'économie dans son interprétation du droit, cela ne signifie pas pour autant qu'il doit le faire sans s'informer sur les connaissances économiques disponibles, bien au contraire. C'est pour cette raison que les diverses modalités de coopération entre juges et économistes sont importantes. À cet égard, l'utilité de l'*amicus curiae*, ainsi que de la présence d'économistes au sein des juridictions ont été soulignées.

968. **Conclusion de la section 2.** La première section du présent titre avait mis en lumière le rôle que peut jouer le raisonnement économique dans la définition par le juge des charges d'allégation. Corrélativement, il était apparu que le juge pouvait avoir besoin d'interroger des économistes, non seulement pour connaître les faits de la cause, mais aussi pour interpréter le droit. Nous avons vu qu'il existait différentes modalités de coopération entre juges et économistes qui répondent à ce besoin.

969. **Conclusion du titre I.** Les développements qui précèdent ont permis de préciser la place qui revient au raisonnement économique dans le jugement. C'est dans l'opération de qualification que le raisonnement économique a vocation à s'insérer, si le juge en décide ainsi. Cette conclusion a une portée générale, car la qualification juridique des faits constitue, au-delà de la différence des contentieux, le cœur commun de tout jugement.

970. Le raisonnement économique peut être inséré par le juge dans l'opération de qualification selon deux modalités principales. La première consiste pour le juge à s'inspirer des conclusions de l'analyse économique pour déclarer certains faits pertinents ou bien indifférents. Les notions qui servent à désigner ces faits dans l'analyse économique correspondent à ce que Motulsky appelle des « notions complexes », utilisées pour analyser la qualification principale. Une fois intégrées dans l'analyse du juge, elles deviennent ce que nous avons appelé des *qualifications intermédiaires*. Elles marquent alors des étapes du raisonnement qui mène à la qualification principale.

971. La seconde modalité d'insertion du raisonnement économique consiste pour le juge à s'appuyer sur l'analyse économique non seulement pour reconnaître la pertinence de certains faits, mais aussi pour lier entre eux les différents constats de faits en vue de la qualification. Dans cette hypothèse, le raisonnement économique inspire non seulement la recherche des qualifications intermédiaires, mais il structure en outre leur mise en relation. Ce rôle du raisonnement économique dans la qualification ne peut être aperçu à partir de l'analyse de Motulsky, car cet auteur suppose que l'analyse des notions qualifiantes permet toujours de dégager des faits cumulativement nécessaires. Or, l'analyse des notions qualifiantes n'aboutit pas toujours à des faits tous nécessaires. À tout le moins est-ce le cas pour l'analyse économique des qualifications en droit de la concurrence[1]. Il est donc particulièrement utile pour le juge de disposer d'un schéma du raisonnement de qualification. C'est ce que nous avons appelé un *test de qualification*.

L'élaboration de tests de qualification est un exercice complexe, en tout cas en droit de la concurrence, si complexe que les efforts conjoints de la doctrine des économistes et des juristes pourront être nécessaires afin de défricher l'état des questions avant que le juge ne soit en mesure de se prononcer en droit sur un test de qualification. Quelle que soit la valeur

[1] Il nous semble que cela n'est en réalité propre ni à l'analyse économique ni au droit de la concurrence, mais le démontrer dépasse l'objet de cette étude.

de tels efforts, les propositions doctrinales ne sont que des arguments d'autorité aussi longtemps qu'elles ne subissent pas l'épreuve de la contradiction dans le procès.

972. C'est pourquoi il faut s'intéresser à la décision du juge d'intégrer ou non un raisonnement économique dans sa recherche de la solution d'un litige. Nous avons vu que cette décision ne peut être réduite à des critères simples. Nous avons également montré que le raisonnement n'était pas le seul aspect du savoir économique qui entre en jeu dans la décision de justice. À cet égard, nous avons souligné le rôle des connaissances générales, qui ne portent pas sur les faits de la cause, mais sur la réalité économique et les mécanismes causals qui la régissent. Ces connaissances générales sur ce qui constitue la normalité économique sont utilisées par le juge à titre de *règles d'expérience*. Celles-ci interviennent tant dans l'appréciation des preuves que dans l'interprétation et l'application du droit. Pour cette raison, il est essentiel que la contradiction puisse être organisée sur les connaissances économiques qui interviennent dans la solution retenue. Dans le cas où il s'agit de connaissances économiques personnelles du juge, la contradiction peut être difficile à organiser, mais elle est en principe souhaitable. L'apport de connaissances économiques au procès peut par ailleurs se faire selon différentes modalités. À cet égard, l'expertise ne sera pas toujours le moyen procédural approprié, si bien qu'il serait utile d'organiser la participation des économistes au procès, tant à travers l'institution de l'*amicus curiae* qu'à travers la présence d'économistes au sein des juridictions.

973. Sur un plan général, il convient de retenir des développements du présent titre que le raisonnement économique est, du point de vue du juge, un outil de la qualification. Il intervient tant dans l'interprétation du droit que dans la discussion des faits. Pour ces raisons, il entre aussi, potentiellement, dans le champ de la motivation en fait et en droit des solutions choisies. Or tant la qualification que la motivation des jugements sont l'objet du contrôle juridictionnel. Il convient donc d'examiner à présent le raisonnement économique du point de ce contrôle.

TITRE II

LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE DANS LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

974. **Contrôle juridictionnel.** Le contrôle juridictionnel se distingue de l'application du droit au fait par le juge du fond ou par une autorité de concurrence. En exerçant son contrôle sur une première décision, voire une seconde décision, le juge du recours exerce un office particulièrement important de construction, d'orientation et de légitimation du droit de la concurrence[1]. Dans le système qu'il forme avec les autorités de concurrence, le juge est, bien sûr, le gardien de la légalité procédurale[2], mais il est beaucoup plus que cela. En tant que gardien de la légalité substantielle des décisions qui lui sont soumises[3], le juge est amené à vérifier si les règles de fond ont été correctement appliquées. Les développements qui précèdent ont montré quelle place revenait au raisonnement économique dans l'application de la règle aux faits. Le juge qui exerce son contrôle sur des décisions administratives ou juridictionnelles est donc nécessairement amené à connaître du raisonnement économique des autorités de concurrence ou des premiers juges, et ce d'autant que les parties ne manquent pas de faire porter leurs contestations sur cet aspect des décisions.

975. **Approche unitaire.** Aborder « le contrôle juridictionnel » de manière unitaire mérite quelques explications. En effet, il existe des contrôles juridictionnels de types bien distincts : contrôle au fond ou au provisoire, contrôle en fait et en droit ou contrôle de cassation. Il existe

---

[1] Sur l'office de « régulation » comme nouvel office du juge, M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », *in Jean Foyer auteur et législateur. Leges Tulit, Jura Docuit*, *Écrits en hommage à Jean Foyer*, pp. 463-476. V. aussi G. CANIVET, « Le juge et l'autorité de marché », *RJC*, 1992, pp. 185-204. *Adde* : *Juges et régulateurs*, *P.A.*, n° spécial, 23 janvier 2003. Sur cette question dans le domaine du droit de la concurrence, G. CANIVET, « Le juge joue un rôle majeur dans l'élaboration d'une politique de concurrence », *Gaz. Pal.*, 20-21 janvier 2006, pp. 3-6. *Adde* : D. SONKA, « The Role of the Judiciary in Enforcing and Legitimizing Competition Law and Policy », *Asian Competition Law Conference*, Hong-Kong, 12 décembre 2005, disponible sur le site de la FTC : http://www.ftc.gov/speeches/other/051212hongkongshonka.pdf.

[2] Sur cette notion, V. L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636, du 15 mars 2006. On sait le rôle qu'a joué, dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, la question de la présence du rapporteur au délibéré. On a par ailleurs souligné l'importance du contradictoire sur le raisonnement économique. (*supra* n° 697 et n° 892)

[3] Par « légalité substantielle », on veut désigner la légalité au regard des règles de fond, par différence avec la légalité procédurale, ce que, en droit administratif on appelle la « légalité interne ».

aussi des différences entre les contrôles de légalité français et communautaire[1]. Ces différences sont bien réelles, mais, en ce qui concerne le raisonnement économique, elles n'apparaissent pas suffisamment déterminantes pour traiter chacun de ces contrôles séparément[2]. Si les points communs l'emportent sur les différences, c'est précisément en raison de la place du raisonnement économique au cœur de l'activité commune des différents juges. Le raisonnement économique intervient, comme nous l'avons vu, dans la qualification juridique des faits, ce qui est commun à toutes les décisions d'application du droit. Le contrôle exercé sur une décision ou sur un jugement peut, certes, être plus ou moins approfondi, mais, précisément, il s'agit de différences de degré plus que de nature. Le contrôle de cassation ne porte que sur les questions de droit, mais cela est commun au contentieux judiciaire et au contentieux de type administratif. Dès lors, plutôt que d'aborder le contrôle juridictionnel contentieux par contentieux, il a paru préférable de suivre une logique commune aux différents contrôles qui sont tous des contrôles de conformité au droit.

976. **Précision terminologique.** L'approche unitaire que nous nous proposons d'adopter se heurte à une difficulté de terminologie qu'il convient de signaler immédiatement : le vocabulaire habituellement utilisé pour décrire le contrôle juridictionnel est propre à chaque contentieux. Certaines appellations sont communes, comme l'*ultra petita* ou la violation des règles de droit. D'autres sont spécifiques au droit administratif (et communautaire), comme l'erreur manifeste d'appréciation. D'autres encore sont des faux amis, comme le « manque de base légale », qui n'a pas le même sens dans la théorie de la cassation et en droit administratif. Pour décrire les réalités qui nous semblent communes aux différents contentieux, nous avons pris le parti suivant : lorsqu'une appellation commune existe, il n'y a aucune difficulté et nous l'adoptons. Lorsqu'une appellation spécifique au droit public n'a pas de correspondant dans le vocabulaire privatiste, comme « erreur manifeste d'appréciation », nous l'adoptons également. Le cas le plus difficile est celui où une réalité commune aux différents contentieux a plusieurs noms. Par exemple, l'expression « contrôle de légalité » est surtout utilisée dans le contentieux administratif, où elle s'oppose au « plein contentieux ». Pourtant, la Cour de

[1] Sur ce point, en matière de contrôle des concentrations : D. THÉOPHILE et H. PARMENTIER, « L'étendue du contrôle juridictionnel dans le contentieux du contrôle des concentrations en droits interne et communautaire », *Concurrences*, n° 1-2006, pp. 39-46.

[2] L'unité fondamentale du contrôle juridictionnel au-delà des ordres de juridiction et des autres facteurs de distinction de la compétence du juge, a été soulignée par M. WALINE, « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE*, 1956, fasc. 10, pp. 25-33.

cassation est, elle aussi, selon la formule d'un auteur, un « juge suprême de la légalité »[1]. Aussi, sauf indication contraire, lorsque nous parlerons de contrôle de légalité, l'expression n'indique-t-elle pas qu'il est uniquement question du juge administratif ou communautaire. Une difficulté terminologique se présente surtout à propos des variétés du contrôle de motivation. Notre approche est alors la suivante. Chaque fois que c'est possible, nous utiliserons l'expression « contrôle de motivation », qui est générale et commune à tous les contentieux. Pour les développements plus spécifiques, nous donnerons à l'expression « manque de base légale » le sens qu'elle a en droit privé et non en droit public[2]. À la suite de Motulsky, nous appellerons « manque de base légale » la censure prononcée au motif que la décision contrôlée omet une énonciation de fait ou de droit nécessaire au soutien du dispositif[3]. Ces précisions terminologiques préalables étant faites, il faut en venir à ce qui est commun et constitue l'objet du présent titre : la difficulté spécifique du contrôle juridictionnel sur les appréciations économiques et le rôle du raisonnement économique dans ce contrôle.

977. **Annonce.** La difficulté d'exercer un contrôle de légalité sur des décisions contenant des appréciations économiques n'a pas échappé aux premiers observateurs de la Cour de justice des communautés européennes. Ainsi, l'un d'entre eux attirait l'attention sur ce qui apparaissait comme une « incompatibilité entre l'objet (économique) de la décision et la méthode (du contrôle de légalité) »[4]. Force est pourtant de constater que le juge communautaire, mais aussi français, n'hésite désormais plus à pousser fort loin son contrôle sur le raisonnement économique. Les développements qui suivent ont pour objet d'en rendre compte. Pour cela, il convient de se demander tout d'abord dans quelle mesure et à quels titres le raisonnement économique entre dans l'objet du contrôle juridictionnel (chapitre 1). Cette analyse montrera que le raisonnement économique est davantage saisi par certains types de contrôle que par d'autres. Ainsi, le contrôle des preuves et le contrôle des motifs apparaîtront

---

[1] J. DABIN, préface à F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, 1966, p. X. Dans son ouvrage, F. RIGAUX emploie aussi l'expression contrôle de légalité à propos de la Cour de cassation (p.e. « chap. IV : Les limites formelles au contrôle de légalité » p. 141 et s.)

[2] Sur les sens différents de l'expression en droit public et en droit privé, V. Th. LE BARS, *Le manque de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 270, *op. cit.*, n° 2, p. 1. En droit administratif, le « manque de base légale » désigne la perte de fondement juridique, qui justifie l'annulation d'un acte par voie de conséquence. Dans le contentieux administratif et communautaire, l'insuffisance des motifs qui correspond à un « manque de base légale », au sens de la doctrine privatiste française, est une « erreur de droit » qui n'a pas de nom particulier.

[3] H. MOTULSKY, « Le "manque de base légale", pierre de touche de la technique juridique », *JCP*, 1949 I.775, reproduit dans *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 31-37.

[4] J. BOULOUIS, Chronique « Cour de justice de la communauté européenne du charbon et de l'acier », *Annuaire français de droit international*, 1955, pp. 312-324, p. 314.

comme les lieux privilégiés du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique. Dès lors, il conviendra d'approfondir ce constat par un examen des liens existant entre le raisonnement économique et les différentes techniques de contrôle (chapitre 2). Il sera alors possible de mettre en lumière une affinité profonde entre le raisonnement économique et une technique particulière du contrôle juridictionnel qu'est le contrôle de motivation. Dans ce contrôle, l'analyse économique qui sous-tend les appréciations contrôlées, loin d'être incompatible avec la méthode du contrôle de légalité, contribue à son approfondissement. Dès lors se pose la question de savoir jusqu'où le contrôle juridictionnel peut aller. C'est la question de l'intensité du contrôle sur le raisonnement économique (chapitre 3).

Chapitre 1 : Le raisonnement économique, objet du contrôle juridictionnel

Chapitre 2 : Le raisonnement économique et les techniques de contrôle juridictionnel

Chapitre 3 : L'intensité du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique

CHAPITRE 1. LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE, OBJET DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

978. **Énonciations contrôlées.** Lorsque le raisonnement économique entre dans l'objet du contrôle juridictionnel, ce n'est pas en tant que tel, mais en tant qu'élément d'une énonciation contrôlée. En effet, la distinction entre les énonciations contrôlées et énonciations non contrôlées est ce qui permet de décrire les différents contrôles juridictionnels selon leur étendue. Ainsi, dans tous les ordres juridiques, la spécificité du contrôle de cassation tient à ce qu'il ne porte que sur les questions de droit, à l'exclusion des questions de fait[1]. En droit administratif aussi, les différents contrôles sont distingués selon leur étendue : le contrôle restreint ou minimum diffère du contrôle normal par le fait qu'il est limité au contrôle de certaines énonciations[2]. Dès lors, pour préciser à quels titres le raisonnement économique est saisi par le contrôle juridictionnel, il faut commencer par examiner dans quel type d'énonciations le raisonnement économique se loge.

979. **Classification des énonciations.** Pour examiner dans quelles énonciations – tantôt contrôlées, tantôt non contrôlées – le raisonnement économique prend place, il faut tout d'abord disposer d'une classification des énonciations. Or, il s'en présente plusieurs. La première est la distinction du fait et du droit. Nécessaire à la pratique du contrôle de cassation, cette distinction a cependant une valeur descriptive incertaine[3]. Motulsky, qui soutient pourtant qu'elle est opératoire, lui fait jouer un rôle-clé dans la distinction des rôles du juge et

---

[1] C'est ce qui fait de la distinction du fait et du droit un inépuisable sujet de réflexion. Sur ce thème, V. l'étude récente et extrêmement approfondie de J.-F. van DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction : Iura dicit Curia*, Bruylant et LGDJ, coll. « Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain », T. 41, Bruxelles et Paris, 2004, préf. J. van COMPERNOLLE, spéc. chap. 1er, « La distinction du fait et du droit entre relativité ontologique et réalité normative ».

[2] Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est généralement décrit comme portant sur les constats de fait matériellement inexacts, l'erreur de droit et le détournement de pouvoir, à l'exclusion du contrôle de qualification. V. J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 21ème éd., 2006, p. 559 ; D. LABETOULLE, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits*, 1993, pp. 31-43 ; p. 36 ; B. KORNPOBST, « L'erreur manifeste », *D.*, 1965, chron. pp 121-124, p. 123. Pour une présentation différente, V. B. SEILLER, *Droit administratif*, T. 2. *L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champ Université », 2e éd., 2005, pp. 235-236.

[3] Pour une critique radicale de la distinction, F. RIGAUX, *La nature du contrôle de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966, notamment n° 75 et s. V. aussi la discussion, J.-F. van DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction : Iura dicit Curia*, préc., spéc. n° 15 et s., p. 28 et s.

des parties[1], mais non dans la théorie du contrôle juridictionnel proprement dite[2]. La distinction du fait et du droit risquait donc d'être insuffisante pour notre recherche. Une catégorisation différente des énonciations contrôlées se rencontre dans le contentieux administratif, dont relève en partie le contentieux de la concurrence. Entre les constats de fait et les énonciations de droit, les *appréciations* y sont traitées comme un type distinct d'énonciations, qui joue un rôle central dans la définition de l'étendue du contrôle[3]. Cette tripartition paraît d'autant plus intéressante du point de vue de notre recherche qu'elle est également adoptée dans le contentieux communautaire, il convient donc de la retenir. Cependant, la classification des énonciations n'est pas le seul élément de définition des objets du contrôle, ceux-ci étant aussi définis à partir des cas d'ouverture.

980. **Cas d'ouverture et point de départ.** Dans les différents contentieux, il existe plusieurs cas d'ouverture[4]. Leur définition recoupe en partie les classifications des énonciations contrôlées, tout en étant plus précise. Partir d'une telle classification des cas d'ouverture ne peut donc qu'enrichir l'analyse. Cela présente en outre l'avantage de permettre une analyse plus systématique du raisonnement économique à travers tous les objets concevables du contrôle juridictionnel. Nous avons pris à cet égard, comme point de départ, la description que donne la Cour de justice des différents objets du contrôle juridictionnel. Celle-ci présentait plusieurs avantages : d'origine jurisprudentielle plutôt que doctrinale, la

---

[1] H. MOTUSLKY, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Études de droit contemporain*, 1959, p. 257 et s., reproduit dans *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz 1973, pp. 38-57. *Contra*. R. MARTIN, « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP (G)*, 1974, I-2625, et « Retour sur la distinction du fait et du droit », *D.*, 1987, pp. 272-274.

[2] Comme on l'a vu (*supra* titre préliminaire, section 1, 8), ce qui détermine selon Motulsky l'objet du contrôle de cassation est le décalage qui existe entre le degré de décomposition de la notion qualifiante et l'analyse des faits de la cause. Si les notions qualifiantes sont entièrement décomposées en éléments générateurs et que les faits sont décrits dans des termes aussi précis, la correspondance ne peut que relever de l'évidence et il n'y a pas de place pour le contrôle de qualification. « Le contrôle ne peut jouer *faute d'objet* ». En revanche, lorsqu'il existe un décalage, parce que la notion qualifiante n'est pas parfaitement décomposée, la correspondance n'est plus évidente et il y a place pour un contrôle sur le rapprochement du fait et du droit. H. MOTULSKY, *Principes*, préc., pp. 157-8.

[3] La notion d'appréciation n'est pas étrangère à la théorie privatiste, qui n'ignore nullement l'existence des appréciations de fait, ne serait-ce qu'à travers la notion d'appréciation souveraine des juges du fond. Cependant, le contrôle sur les appréciations de fait est peu théorisé. Pour une théorie du « contrôle minimum » de la Cour de cassation sur les appréciations souveraines, V. cependant Th. LE BARS, *Le manque de base légale en droit judiciaire privé*, LDGJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 270, n° 223 et s., p. 170 et s.

[4] Sur les différents cas d'ouverture à cassation, J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 3ème éd. 2003-2004, titre 7. Les auteurs distinguent neuf cas d'ouverture : l'omission de statuer (à laquelle est jointe l'*ultra petita*), la violation des règles de droit, l'incompétence et l'excès de pouvoir, la violation des formes de procédure, la contrariété des jugements, la perte de fondement juridique, le défaut de motif, le manque de base légale et la dénaturation de l'écrit. Dans le contentieux administratif de la légalité, les cas d'ouverture (en partie identiques aux cas d'ouverture à cassation) sont des cas d'ouverture à annulation.

classification retenue est particulièrement complète et accorde une place autonome aux appréciations économiques, qui sont au centre de notre analyse.

981. Cette présentation des objets du contrôle juridictionnel a été exposée par la Cour de justice dans son arrêt *Remia*[1]. Dans cet arrêt, rendu à propos de l'article 81 CE mais dont la solution a été généralisée à tout le droit de la concurrence[2], la Cour rappelle qu'elle exerce de manière générale « un entier contrôle sur le point de savoir si les conditions d'application de l'article [81], paragraphe 1, du traité se trouvent ou non réunies », mais que, en ce qui concerne les « appréciations économiques complexes », son contrôle « se limite nécessairement à la vérification du respect des règles de procédure, du caractère suffisant de la motivation, de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir »[3]. Ce sont donc six objets du contrôle qui sont distingués : premièrement, la qualification (« savoir si les conditions d'application de [la règle de droit] sont réunies »), deuxièmement, le respect des règles de procédure, troisièmement, le caractère suffisant de la motivation, quatrièmement, l'exactitude matérielle des faits, cinquièmement, l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et, sixièmement, l'absence de détournement de pouvoir. Plutôt que d'envisager ces différents objets un par un, il paraît possible de les classer selon qu'ils entretiennent un lien plus ou moins fort avec le raisonnement économique. Schématiquement, on distinguera donc, à partir de cette classification, les objets du contrôle peu liés au raisonnement économique (§ 1) et les objets du contrôle intégrant le raisonnement économique (§ 2).

SECTION 1. LES OBJETS DU CONTRÔLE PEU LIÉS AU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE

982. Les objets du contrôle qui présentent les liens les moins forts avec le raisonnement économique sont le respect des règles de procédure (A), le détournement de pouvoir (B) et le

---

[1] Arrêt du 11 juillet 1985, Remia/Commission, 42/84, Rec. p 2545.

[2] Arrêt du Tribunal du 30 mars 2000, Kish Glass, T-65/96, Rec. p. II- 1885, point 64 : « si la juridiction communautaire exerce, de manière générale, un entier contrôle sur le point de savoir si *les conditions d'application des règles de concurrence* se trouvent ou non réunies, le contrôle qu'elle exerce sur les appréciations économiques complexes portées par la Commission doit, toutefois, se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir » (nous soulignons). En matière de contrôle des concentrations, V. arrêts de la Cour du 31 mars 1998, France e.a./Commission, dit « Kali & Salz », C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375, points 223 et 224, et du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 38. Arrêts du Tribunal du 30 septembre 2003, ARD, T-158/00, Rec. p. II-3825, point 329, du 21 septembre 2005, EDP, T-87/05, non encore publié au Recueil, point 151, et du 23 février 2006, Cementbouw Handel & Industrie, T-282/02, non encore publié au Recueil, point 197.

[3] *Remia*, préc., point 34.

contrôle de l'exactitude matérielle des faits (C). Nous verrons que cela n'est pas toujours lié à la nature du contrôle, mais également à des choix jurisprudentiels.

A. Le raisonnement économique peu lié au respect des règles de procédure

983. Le contrôle des règles de procédure joue un rôle très important en pratique. Il suffit d'évoquer à cet égard la jurisprudence française sur la présence du rapporteur au délibéré[1]. Ce contrôle est d'autant plus important que le juge n'entre pas dans le cœur de la décision, soit parce qu'il s'estime limité par son office, soit parce qu'il estime, à tort ou à raison, ne pas être en mesure de mieux juger que l'autorité de concurrence lorsque des faits et des appréciations économiques complexes sont en cause. Ainsi le juge communautaire a-t-il souligné le caractère fondamental du contrôle procédural en présence d'un large pouvoir d'appréciation[2]. En d'autres termes, là où le fond est contrôlé de moins près, la procédure est le seul vrai contrôle. Dans cette perspective, le contrôle procédural et le contrôle sur le raisonnement économique semblent complémentaires. Ils n'interféreraient que peu l'un avec l'autre. Il n'y a cependant là qu'une tendance. En effet, il arrive que le raisonnement économique entre dans le champ du contrôle procédural. Cela peut se produire dans deux hypothèses : soit lorsqu'est en cause le principe du contradictoire, soit lorsqu'est en cause le principe d'égalité des armes. Dans la mesure où ces hypothèses ont été en partie évoquées à l'occasion de développements antérieurs, on se contentera d'une brève présentation.

984. **Principe du contradictoire.** La violation des droits de la défense est un moyen souvent invoqué dans le contentieux des décisions des autorités de concurrence. Saisi d'un tel moyen, le juge peut être amené à contrôler si la notification des griefs contenait bien tous les éléments nécessaires à l'appréciation qu'à finalement portée l'autorité de concurrence, et ce afin de s'assurer que l'entreprise condamnée a bien été mise en mesure de formuler des observations sur chacun des éléments de fait et de droit qui constituent le fondement de la décision. Le raisonnement économique suivi par l'autorité peut constituer l'un de ces

---

[1] Cass. com. 5 oct. 1999, Campenon Bernard, Bull. civ. IV, n° 158. O. FLÉCHEUX, « Libre concurrence et garantie d'un procès équitable : L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 octobre 1999 », *Gaz. Pal.*, 1er décembre 1999, pp. 2-8. Pour une étude approfondie de cette question, V. J.-J. MÉNURET, *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand et LGDJ, 2002, préf. P. DELVOLVÉ, n° 405 et s., p. 312 et s. ; O. DOUVRELEUR, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 345, 2000, n° 471 et s., p. 167 et s.

[2] Arrêt du Tribunal du 29 juin 1993, Asia Motor France e.a./Commission, T-7/92, Rec. p. II-669, point 34 : « [d]ès lors que la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance fondamentale. Parmi ces garanties figure, notamment, l'obligation, pour la Commission, d'examiner avec soin et impartialité tous les éléments pertinents du cas d'espèce ».

éléments. En effet, bien que n'étant rigoureusement ni du fait ni toujours du droit, le raisonnement qui lie entre elles les différentes constatations pour déboucher sur la qualification (seulement possible au stade de la notification des griefs) est un élément essentiel pour que l'entreprise comprenne la portée des différents faits qui sont invoqués à son encontre. Si l'autorité changeait de théorie entre la communication des griefs et la décision finale et si ce changement de raisonnement avait pour effet de donner à un fait ou à un ensemble de faits mentionnés dans la communication des griefs une importance qui n'en ressort pas, le juge devrait conclure à une violation des droits de la défense[1]. En effet, dans une telle hypothèse, l'entreprise aurait été privée de la possibilité de critiquer tant d'éventuels vices internes du raisonnement que son applicabilité aux faits de l'espèce. Bien sûr, une certaine marge de changement dans la qualification donnée au fait doit être ménagée, puisque, par nature, la communication des griefs constitue une étape préparatoire à la décision[2]. Mais, comme on l'a vu, la marge d'adaptation du raisonnement économique après la communication des griefs est limitée par l'impossibilité de donner une nouvelle qualification économique intermédiaire aux faits[3]. On peut en particulier penser que la démonstration de l'effet anticoncurrentiel doit pouvoir être adaptée dès lors que la communication des griefs expose quel type d'effet anticoncurrentiel et/ou quelle stratégie est reprochée à l'entreprise, mais qu'un changement de théorie sur l'indentification de l'effet anticoncurrentiel n'est pas possible sans une nouvelle discussion contradictoire.

985. **Égalité des armes.** Le raisonnement économique peut aussi être l'objet du contrôle procédural par le biais du principe d'égalité des armes. Cela tient au fait que le raisonnement économique est une arme probatoire. À cet égard, la jurisprudence *Mantovanelli* de la Cour européenne des droits de l'homme[4] est *a priori* pertinente. Dans cet arrêt, la Cour EDH avait jugé que le droit à un procès équitable n'était pas respecté lorsqu'une partie n'avait pas été mise en mesure de « commenter efficacement » un rapport d'expertise produit par la partie adverse alors que la question à laquelle l'expert était chargé de répondre « ressortissait à un domaine technique échappant à la connaissance des juges », de sorte que ses conclusions « étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante [l']appréciation des faits » par le

[1] *Supra* n° 697 et s.

[2] Arrêts de la Cour du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma/Commission, 41/69, Rec. p. 661, points 91 et 92, et du 29 octobre 1980, Van Landewyck e.a./Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 68.

[3] *Supra* n° 697 et s

[4] Arrêt de la Cour EDH du 18 mars 1997, Mantovanelli c. France, Recueil des arrêts et décisions 1997-II.

tribunal[1]. La Cour de justice a déjà eu l'occasion de faire sienne cette jurisprudence dans un arrêt rendu à titre préjudiciel[2] et l'on peut penser qu'elle serait applicable à l'expertise économique, du moins lorsqu'elle est ordonnée par le juge. En effet, les critères mis en avant par l'arrêt *Mantovanelli* à propos d'une expertise médicale s'appliquent aussi à l'expertise économique. Celle-ci est technique, elle peut être déterminante et ce n'est pas faire insulte aux juges de penser que le contenu d'une expertise économique échappe à leur compétence. En outre, comme cela a été évoqué à propos des expertises diligentées par les parties, on trouve déjà l'expression du principe d'égalité des armes dans certaines ordonnances de dépens du Tribunal[3]. On peut donc penser que les mêmes principes s'appliqueraient également aux expertises ordonnées par les juridictions. Si les juridictions ordonnaient plus souvent des expertises dans le contentieux de la concurrence, elles auraient donc probablement l'occasion d'appliquer le principe d'égalité des armes dans ce contexte. Cela pourrait avoir pour effet de donner à une partie un droit à une contre-expertise économique. Le raisonnement économique avancé par une partie obligerait alors le juge à mettre la partie adverse en mesure de répliquer sur le terrain économique.

986. **Conclusion du A.** Ces observations montrent que le raisonnement économique n'est pas toujours étranger à l'objet du contrôle procédural. Cependant, il n'est pas non plus l'objet même du contrôle procédural. Le juge peut ainsi veiller au respect du contradictoire et au principe de l'égalité des armes sans entrer lui-même dans le détail du raisonnement économique. En effet, pour s'assurer que le contradictoire a été respecté, il suffit que le juge compare les grandes lignes du raisonnement contenu dans la notification des griefs et dans la décision pour faire apparaître d'éventuelles différences. Elles seules importent et non les éventuels vices internes du raisonnement. Le contrôle procédural pourrait cerner le raisonnement économique d'un peu plus près lorsque le principe d'égalité des armes est invoqué à propos d'une expertise économique. En effet, dans ce cas, le juge devrait se prononcer sur la nécessité de l'expertise (ou contre-expertise). Cependant, en raison de la rareté des expertises en droit de la concurrence, un tel contrôle reste à ce jour théorique. Tel est aussi le cas du contrôle exercé au titre du détournement de pouvoir. En théorie, il pourrait saisir le raisonnement économique, mais le juge s'y refuse.

---

[1] Mantovanelli, préc., § 36. En l'espèce, la question posée à l'expert se confondait en outre avec la question que le juge devait trancher (existence d'une faute du médecin).

[2] Arrêt de la Cour du 10 avril 2003, Steffensen, C-276/01, Rec. p. I-3735, point 77,

[3] L'article 92, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal dispose : « [s]'il y a contestation sur les dépens récupérables, le Tribunal statue par voie d'ordonnance non susceptible de recours à la demande de la partie intéressée, l'autre partie entendue en ses observations ».

B. Le raisonnement économique non saisi par le détournement de pouvoir

987. Le raisonnement économique pourrait, en théorie, être saisi par le contrôle du détournement de pouvoir. Mais cette possibilité a été rejetée par les juridictions communautaires.

988. **Possibilité théorique.** En droit administratif comme en droit communautaire, le détournement de pouvoir se définit comme l'exercice d'un pouvoir dans un but autre que celui en vue duquel il a été conféré[1]. Le contrôle du détournement de pouvoir est donc un contrôle du but de l'acte[2]. Dans ce contrôle, il s'agit pour le juge de vérifier que l'administration a bien agi en visant le but qui lui a été prescrit par le législateur, soit l'intérêt général, soit un but plus précis. Un tel contrôle des finalités de la décision administrative pourrait concerner le raisonnement économique suivi par les autorités de concurrence. En effet, comme nous l'avons vu au début de cette étude, le raisonnement économique repose sur des hypothèses relatives aux finalités des règles de concurrence[3]. Dès lors, le raisonnement économique suivi par une autorité de concurrence dans une décision révèle l'idée qu'elle se fait du but de son action, par exemple la recherche de l'efficience, du bien-être du consommateur ou encore de la protection des concurrents. Certains auteurs ne manquent pas de le souligner[4]. Il serait donc théoriquement concevable que le juge, à l'occasion du contrôle du détournement de pouvoir, contrôle le raisonnement économique.

989. Une telle conception du détournement de pouvoir n'est pas fantaisiste. Elle a récemment été exprimée, dans un autre contexte il est vrai, par un juge de la Cour suprême des États-Unis. Considérant que le but d'une régulation sectorielle était la promotion de la concurrence, le juge Breyer, dans une opinion dissidente, a considéré que la Cour suprême

---

[1] Arrêts du Tribunal du 24 avril 1996, Industrias Pesqueras Campos e.a./Commission, T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 et T-234/94, Rec. p. II-247, point 168 ; du 28 juin 2005, Industrias Químicas del Vallés/Commission, T-158/03, point 146, et du 21 septembre 2005, EDP/Commission, T-85/05, point 87. Selon une jurisprudence constante, le détournement de pouvoir suppose qu'il soit établi, « sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants », que la décision a été prise dans le but exclusif, ou à tout le moins déterminant, d'atteindre des fins autres que celles excipées. En ce sens, V. notamment arrêts du Tribunal du 6 avril 1995, Ferriere Nord/Commission, T-143/89, Rec. p. II-917, point 68 ; du 16 juillet 1998, Proderec/Commission, T-72/97, Rec. p. II-2847, point 118 ; du 16 septembre 1999, Partex/Commission, T-182/96, Rec. p. II-2673, point 202, et du 22 décembre 2005, Gorostiaga Atxalandabaso/Parlement, T-146/04, point 145.

[2] J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, préc., n° 635, p. 553 ; B. SEILLER, *Droit administratif*, T2, préc., p. 229.

[3] *Supra* première partie, titre 1, chapitre 1.

[4] I. FORRESTER, « Article 82 : Remedies in Search of a Theory ? », *Fordham Int'l L. J.*, 2005, pp. 919-951, souligne que ce qui lui semble constituer une déviance dans l'application de l'article 82 CE aux refus de contracter mènerait vers un usage régulatoire du droit de la concurrence, caractérisé par l'injonction d'un comportement futur plutôt que par l'appréciation d'un comportement passé au regard de la règle de droit.

aurait dû tenir pour illégale la décision d'une autorité de régulation qui, en raison du raisonnement économique adopté, allait selon lui à l'encontre du but de la loi[1]. C'est donc très exactement un détournement de pouvoir de la part du régulateur que ce magistrat aurait souhaité voir sanctionné. Si une telle conception du détournement de pouvoir est envisageable, elle n'en a pas moins été clairement rejetée par le juge communautaire.

990. **Rejet.** L'hypothèse du détournement de pouvoir en matière de concurrence avait très tôt été envisagée[2]. D'un côté, on pouvait penser que « le détournement de pouvoir apparai[ssait] comme le seul moyen efficace de contrôle »[3], mais, d'un autre, un tel contrôle aurait exposé le juge au reproche de « gouverner »[4]. C'est cette crainte qui l'a emporté. En effet, il s'est également révélé rapidement que les parties ne pouvaient pas espérer remettre en cause le raisonnement économique de l'autorité communautaire (à l'époque la Haute autorité) sur le terrain du détournement de pouvoir[5]. Le détournement de pouvoir, jugea la Cour de

---

[1] *Verizon Communication v. FCC* 535 U.S. 467 (2002). L'opinion dissidente formulée dans cette affaire est commentée en ce sens par son auteur dans S. BREYER, *Economic Reasoning and Judicial Review*, AEI-Brookings Joint Centre 2003 Distinguished Lecture, AEI Press, Washington D.C., 2004, http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840, spéc. p. 8 et s. En l'espèce, la loi applicable faisait obligation aux entreprises détentrices d'un monopole sur les services téléphoniques locaux de donner accès à certains éléments de leur infrastructure (boucle locale) à des tarifs « orientés vers les coûts ». L'autorité de régulation compétente avait fixé une règle qui précisait le principe de l'orientation vers les coûts d'une manière particulièrement radicale, puisque le critère de coût retenu était celui d'une infrastructure de remplacement qui serait construite selon les meilleures techniques actuelles (par exemple une boucle locale radio). L'entreprise ne pouvait donc tenir aucun compte des coûts historiques ni des coûts d'entretien de son infrastructure pour fixer le montant des redevances d'accès. La question posée à la Cour suprême consistait à savoir si la décision du régulateur était raisonnablement liée au but de la loi, lequel était de favoriser la concurrence. Il s'agissait donc en substance de savoir si le régulateur avait commis un détournement de pouvoir. Dans son arrêt, la Cour suprême a jugé la décision du régulateur légale. Dans son opinion dissidente, le juge Breyer considère que l'accès aux infrastructures locales est une condition de la concurrence, mais qu'elle n'est pas elle-même la concurrence, de sorte qu'il est pertinent d'y donner accès lorsque cela favorise le développement de la concurrence, mais seulement dans ce cas. Or, expose-t-il, tel n'est le cas que lorsque il est beaucoup moins onéreux de partager l'infrastructure existante que d'en construire une nouvelle. En encourageant les nouveaux entrants à louer une infrastructure ancienne plutôt que d'investir dans une infrastructure nouvelle plus moderne, sans tenir compte des coûts respectifs de ces options, la décision du régulateur ne favorise pas la concurrence, car elle dissuade un investissement économiquement raisonnable. Ainsi, la concurrence est *remplacée* par le tarif régulé et non *encouragée*, contrairement au but de la loi. Dès lors, conclut le juge Breyer, la décision n'est pas compatible avec le but de la loi.

[2] Conclusions de l'avocat général Roemer sous l'arrêt de la Cour du 21 mars 1955, Pays Bas/Haute Autorité, 6-54, Rec. pp. 230-262, spéc. p. 246. Sur cette hypothèse, conclusions de l'avocat général Lagrange présentées le 14 mai 1964, Royaume des Pays-Bas/Haute Autorité, 66-63, Rec. p. 1047.

[3] J. BOULOUIS, « Rapport sur le juge communautaire », *in Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, Travaux de l'Association Capitant, T. XXII, 1970, pp. 252-259, p. 257.

[4] *Ibid*.

[5] Dans le traité CECA, applicable en la cause, le seul grief qui pouvait être invoqué à l'encontre d'une décision de la Haute autorité était le détournement de pouvoir. Invoquant ce grief, les parties avaient essayé de contester une décision dans laquelle la Haute autorité avait, selon elles, fixé un prix trop bas. Après quelques hésitations (la Cour avait tout d'abord demandé un supplément de preuves : V. arrêt de la Cour du 16 juillet 1956, Fédération charbonnière de Belgique/Haute autorité, 8/55, Rec. p. 201) et conformément aux conclusions de l'avocat général Lagrange (conclusions sous l'arrêt de la Cour du 16 juillet 1956, Fédération charbonnière de

justice, suppose que « la Haute autorité [ait] poursuivi objectivement, par manque de prévoyance et de circonspection grave équivalent à une méconnaissance du but légal, des fins autres que celles en vue desquelles les pouvoirs [en cause] lui ont été attribués »[1]. Autrement dit, il n'était pas question d'opérer au titre du détournement de pouvoir un contrôle rapproché des finalités. Il s'agit d'un contrôle des déviances grossières de l'administration, au titre duquel le juge évite de trop préciser les objectifs légaux. Dès lors, bien que le raisonnement économique ne soit pas étranger aux finalités qui sont contrôlées au titre du détournement de pouvoir, il échappe néanmoins à ce contrôle, à la manière d'un poisson plus petit que les mailles du filet.

991. Tel est toujours le cas actuellement. L'allégation de détournement de pouvoir doit être prise au sérieux[2], mais elle est rarement retenue[3]. Les juridictions communautaires continuent d'exercer une retenue certaine dans le contrôle du détournement de pouvoir, si bien que ce cas d'ouverture a, en pratique, été neutralisé[4]. Un auteur observe un phénomène similaire en droit administratif français[5]. En ce qui concerne le droit de la concurrence, on peut penser que la volonté de fermer autant que possible la voie du détournement de pouvoir s'explique aussi par les incertitudes qui subsistent quant aux buts poursuivis par le législateur et par leur pluralité. En effet, dans une acception rigoureuse, la seule qui ne laisse pas place à l'arbitraire du juge,

---

Belgique/Haute Autorité, 8-55, p. 231, à la p. 286), la Cour a déclaré le grief inopérant : même à la supposer établie, l'erreur dans la fixation d'un tarif ne pouvait constituer un détournement de pouvoir. V. arrêt de la Cour du 29 novembre 1956, Société des charbonnages de Beerlinge e.a./Haute Autorité, 9/55, Rec. p. 325, à la p. 359.

[1] Arrêt de la Cour du 16 juillet 1956, Fédération charbonnière de Belgique, 8-55, Rec. p. 232. Sur cette jurisprudence, V. D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des communautés européennes*, Thèse Strasbourg, 1998, spéc. n° 202 à 207, p. 191 et s.

[2] Arrêt de la Cour du 14 mars 1999**,** Ufex, C-119/97 P, Rec., p. I-1341. La Commission se voyait reprocher d'avoir commis un détournement de pouvoir en s'étant laissée influencer par les pressions de certains États membres dans sa décision de rejeter une plainte fondée sur l'article 82 CE et dirigée contre la Poste française. Les requérants avaient indiqué qu'une lettre du commissaire en charge des affaires de concurrence au président de la Commission, dont ils précisaient la date, confirmait leurs allégations. Le Tribunal n'en avait pas ordonné la production. L'arrêt est cassé pour cette raison. Ainsi, lorsque le requérant formule une allégation précise relative à un éventuel détournement de pouvoir et indique le document qui pourrait la prouver, le Tribunal ne peut refuser d'ordonner la production de ce document sans expliquer pourquoi il n'aurait, quel que soit son contenu, aucune incidence sur la solution du litige.

[3] À notre connaissance, aucun arrêt en matière de concurrence n'a retenu ce moyen d'annulation.

[4] V., par exemple, l'arrêt de la Cour du 21 mars 1955, Pays Bas/Haute Autorité, 6/54, Rec., p. 204, p .226.

[5] L. RICHER, « Le juge économiste ? », *AJDA*, 2000, pp. 703-705, p. 704. Selon l'auteur, la retenue du juge administratif dans ce domaine s'explique par le fait qu'il n'a pas les moyens d'enquêter. Déjà, sur le déclin du détournement de pouvoir dans le contrôle de légalité des décisions économiques en droit administratif français, R. SAVY, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, pp. 3-25, p . 9.

« le détournement de pouvoir ne peut se concevoir que si le but de la loi est incontestable »[1]. En outre, même lorsque le juge est suffisamment sûr de sa compréhension des buts légaux, la contrariété d'une décision avec ces buts peut être difficile à détecter avec certitude lorsque la décision est particulièrement technique[2]. Dans la mesure où le détournement de pouvoir sanctionne un vice grave, le juge ne doit censurer une décision pour ce motif que s'il existe une claire déviance par rapport aux buts légaux.

992. Une affaire récente a de nouveau illustré le fait que le juge communautaire n'était pas prêt à mener, dans le cadre du contrôle du détournement de pouvoir, une analyse très fine des finalités légales et des buts poursuivis par la Commission. L'affaire *EDP* illustre en tout cas le fait que le juge refuse de s'engager dans une distinction entre les buts de la régulation sectorielle et ceux du droit de la concurrence. Dans cette affaire, la requérante contestait une décision de la Commission interdisant une concentration dans le secteur gazier au Portugal. Selon la requérante, la Commission s'était rendue coupable d'un détournement de pouvoir en adoptant, vis-à-vis de l'opération, une attitude plus sévère que nécessaire au regard du règlement sur le contrôle des concentrations et traduisant, en réalité, la volonté d'utiliser le contrôle des concentrations comme un outil de libéralisation. Autrement dit, la Commission aurait poursuivi dans l'exercice de son pouvoir de contrôle des concentrations un but étranger à celui-ci et relevant de la régulation sectorielle. Le Tribunal a rejeté le grief en considérant, d'une part, que l'excès de sévérité de la Commission, à le supposer démontré, constituerait une violation des règles de fond et non un détournement de pouvoir[3] et, d'autre part, que les buts du droit de la concurrence et ceux des directives « gaz » n'étaient pas étrangers l'un à l'autre et pouvaient être convergents[4]. Cet arrêt conforte l'impression selon laquelle, bien que cela soit théoriquement envisageable, les prémisses normatives du raisonnement économique des autorités de concurrence ne sont pas contrôlées au titre du détournement de pouvoir.

993. **Conclusion du B.** Le raisonnement économique n'est pas contrôlé au titre du détournement de pouvoir. Un tel contrôle serait envisageable, mais il supposerait un parti pris

---

[1] Paul Reuter, cité par R. SAVY, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, pp 3-25, p 9.

[2] S. BREYER, *op. cit.*, p. 11.

[3] Arrêt du Tribunal du 21 septembre 2005, EDP/Commission, T-87/05, non encore publié au Recueil, point 93.

[4] EDP/Commission, préc., point 96. Pour une analyse économique des distinctions entre le droit de la concurrence et la régulation, V. A. PERROT, « Les frontières entre régulation et politique de concurrence », *Revue française d'économie*, 2000, pp. 81-112.

très ferme du juge sur les finalités des règles de concurrence. Eu égard aux incertitudes sur ces finalités, la réserve des juges sur ce point est compréhensible.

994. Si l'extériorité du raisonnement économique au contrôle du détournement de pouvoir dérive d'une conception prudente de ce motif d'annulation, en revanche, l'extériorité du raisonnement économique à l'exactitude matérielle des faits est plus radicale.

C. Le raisonnement économique étranger à l'exactitude matérielle des faits

995. Depuis l'origine, la Cour de justice exerce un contrôle scrupuleux de la matérialité des faits[1]. Il en va de même du Tribunal de première instance, qui n'a pas hésité à censurer la Commission à plusieurs reprises pour erreurs sur les faits[2]. Le Conseil d'État et la Cour d'appel de Paris exercent également ce contrôle[3]. Comme l'énonce un arrêt, la décision qui se fonde sur un fait matériellement inexact « est entachée d'erreur dès lors qu'un élément manque dans la chaîne du raisonnement »[4]. Il s'agit donc d'un élément important pour l'effectivité du contrôle juridictionnel. Pour autant, ce contrôle présente peu d'interactions avec le raisonnement économique. Un fait est exact ou non, sans qu'il y ait lieu de raisonner pour s'en assurer. En un sens, la nécessité de raisonner est l'indice même que l'on sort du domaine de l'exactitude matérielle des faits[5]. C'est précisément ce qui permet au juge de dénier à l'autorité de concurrence tout pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la matérialité des faits[6].

996. Le seul lien entre le raisonnement économique et le contrôle de l'erreur matérielle est indirect. Un test de qualification inspiré d'un raisonnement économique peut conduire à l'examen d'un grand nombre de faits ou, à tout le moins, de données (par exemple des relevés

---

[1] B. VAN DER ESCH, *Pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif européen et contrôle juridictionnel*, Kluwer, Deventer, 1968, p. 40 et références citées.

[2] V. sur ce point B. VESTERDORF, « Judicial Review in EC Competition Law : Reflexion on Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement », *Competition Policy Int'l*, 2005, vol. 1, n° 2, pp. 3-27, p. 13 et les exemples cités.

[3] Par exemple, Paris, 1ère ch., sect. H, 25 avril 2006, SADE e.a., BOCCRF n° 8, du 26 septembre 2006. En ce qui concerne le Conseil d'État, V. M. LONG *et alii*., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15ème éd., commentaire sous CE, 14 janvier 1916, Camino, Rec. p. 15, p. 179 et s.

[4] Paris, 1ère ch., sect. H, 25 avril 2006, SADE e.a., préc. En l'espèce, l'une des sociétés condamnées pour participation à une entente sur les prix était l'émetteur et non le destinataire d'un fax contenant une grille de prix. En outre, elle avait envoyé ses prix à un partenaire avec qui elle soumissionnait.

[5] En ce sens, B. VESTERDORF, « Judicial Review in EC Competition Law : Reflexion on Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement », *Competition Policy Int'l*, 2005, vol. 1, n° 2, pp. 3-27, p. 13.

[6] V. par exemple arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, points 121 et 130.

de prix) afin d'établir les faits pertinents. En ce sens, la réception du raisonnement économique donne mécaniquement lieu à des possibilités d'erreur de fait plus nombreuses. Ce faisant, elle renforce la nécessité du contrôle de l'erreur matérielle, qui peut représenter pour les juridictions une charge de travail très importante[1]. C'est l'une des raisons qui plaident en faveur de juridictions spécialisées[2]. Il demeure que, si l'erreur sur la matérialité des faits fausse le raisonnement subséquent, elle n'est pas pour autant une erreur dans le raisonnement. Le caractère économique du raisonnement qui désigne éventuellement les faits pertinents ne modifie en rien ce constat.

997. **Conclusion du C.** Le raisonnement économique n'est pas contrôlé au titre de l'erreur matérielle sur les faits, pas davantage que n'importe quel raisonnement.

998. **Conclusion de la section I.** Il résulte des développements qui précèdent que le raisonnement économique n'est saisi par le contrôle procédural que dans deux hypothèses particulières, dont l'une n'a pas encore reçu de véritable application et l'autre ne nécessite pas, de la part du juge, un examen détaillé du raisonnement économique. Le raisonnement économique n'est pas non plus saisi par le contrôle du détournement de pouvoir tel qu'il a été développé par les juridictions communautaires. Le contrôle des erreurs matérielles ne donne pas non plus au juge l'occasion de contrôler le raisonnement économique. Il faut donc passer aux étapes subséquentes du contrôle des motifs pour que le raisonnement économique entre véritablement dans les objets du contrôle.

SECTION 2. LES OBJETS DU CONTRÔLE INTÉGRANT LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE

999. Les objets du contrôle des motifs sont généralement présentés selon une trilogie : l'exactitude matérielle des motifs de fait, la qualification juridique des faits et, enfin,

---

[1] V. par exemple l'arrêt du Tribunal du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585. Le volume des documents à examiner n'est pas nécessairement lié à la présence d'un raisonnement économique dans la démarche de qualification. En matière de cartels, le travail sur les preuves est souvent considérable alors même que l'appréciation des effets économiques n'est pas en cause. V. p.e. l'arrêt du Tribunal du 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a/Commission, T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95 à T-39/95, T-42/95 à T-46/95, T-48/95, T-50/95 à T-65/95, T-68/95 à T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, Rec. p. II-491. L'appréciation des preuves de l'*objet* d'une association occupe des développements importants (p. e. points 3771 à 3850 de l'arrêt).

[2] B. VESTERDORF, *op. cit.*, *loc. cit*., à propos de la création du Tribunal, lequel n'est toutefois pas une juridiction spécialisée. Sur l'inadaptation du contrôle de la Cour sur les faits complexes en matière de concurrence (avant la création du Tribunal), V. K.P.E. LASOK, « Judicial Review of Issues of Fact in Competition Cases », *ECLR*, 1983, pp. 85-96. L'argument de la spécialisation rebondit aujourd'hui en droit communautaire en faveur de la création d'une juridiction de premier degré spécialisée en droit de la concurrence. En droit français, V. B. CHEYNEL, « Spécialisation des juridictions judiciaires, c'est désormais chose faite », *RLC*, 2006/6, n° 462.

l'absence d'erreur de droit[1]. Pour cerner correctement la place du raisonnement économique parmi les objets du contrôle, il faut cependant admettre, comme le fait le droit communautaire, que les objets du contrôle forment une tétralogie. Entre l'exactitude matérielle des faits, sur laquelle on ne reviendra pas, et la qualification juridique des faits s'insère une catégorie intermédiaire : l'appréciation des faits. Il convient donc d'examiner le raisonnement économique en tant qu'élément de l'appréciation des faits, soumis à un contrôle particulier à ce titre (A), avant de l'aborder en tant qu'objet du contrôle de qualification (B) puis de l'erreur de droit (C)

A. Le raisonnement économique objet du contrôle de l'appréciation des faits

1000. Les constatations de fait ne se réduisent pas à l'énoncé de « purs » faits[2], elles portent aussi sur des appréciations[3]. Un auteur s'est efforcé d'identifier ce type d'énonciations à travers la notion « d'interprétation des faits »[4], qui n'a pas eu les honneurs des manuels[5]. Sans revenir sur cette question dans les termes choisis par M. Ivainer, il convient d'illustrer cette réalité du jugement que sont les énonciations intermédiaires entre les constats de fait et leur qualification (1). En matière économique, il est impossible de négliger cette étape, notamment parce que la notion d'appréciation économique a été introduite en droit positif comme objet autonome du contrôle, ce afin de restreindre le contrôle du juge (2). Dès lors, quelles que soient les difficultés théoriques de la notion, on ne peut situer le raisonnement économique parmi les objets du contrôle juridictionnel sans caractériser la place qui lui revient dans les appréciations économiques (3). Cette analyse conduira à distinguer deux moments du raisonnement économique dans les appréciations. Le premier consiste en un raisonnement abstrait et donne sa structure à l'appréciation, tandis que le second est un raisonnement concret qui sert à prouver la vraisemblance de l'appréciation. Ces deux moments du

---

[1] J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, préc., n° 640 et s., p. 556 et s. ; B. SEILLER, *Droit administratif*, T. 2, préc., pp. 227-228.

[2] Les faits ne sont jamais « purs » ni « bruts » dès lors qu'il sont saisis à travers le langage. En ce sens, un énoncé ne peut, par définition, contenir de « purs faits ». La notion juridique de « purs faits » est donc conventionnelle. V., sur ce point, O. LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des relations entre le droit et la science*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, T. 443, 2005, spéc. n° 116 et s., p. 94 et s. V. aussi J.-F. van DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction : Iura dicit Curia*, préc., spéc. n° 16 et s., p. 29 et s.

[3] V. p.e. l'arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, T-203/01, Michelin/Commission, Rec. p. II-4071, point 43 ; les « constatations » qui ne sont pas contestées par la requérante incluent la définition des marchés et la position dominante.

[4] Titre de la thèse de Th. IVAINER, LGDJ, Bibl. de philosophie du droit, 1988, préf. J. CARBONNIER.

[5] V. cependant A. PERDRIAU, « Le contrôle normatif du fond du droit », *J-Cl. Procédure civile*, fasc. 792 (1998), spéc. n° 29-26. L'auteur distingue à propos des faits les constatations, les appréciations et l'interprétation.

raisonnement n'appellent pas le même type de contrôle, c'est pourquoi il y a lieu de traiter du raisonnement économique dans la preuve (4) comme d'un objet de contrôle à part entière[1].

1. Notion d'appréciation des faits et illustration

1001. **Difficulté.** La notion d'appréciation des faits est essentielle pour définir le contrôle juridictionnel, les juridictions communautaires l'ont rappelé encore récemment[2]. Son importance tient à ce qu'elle nomme la principale difficulté que rencontre le juge (ou le commentateur) lorsqu'il tente de définir l'étendue du contrôle juridictionnel. En effet, la notion d'appréciation des faits se rapporte à cette « zone floue » qui se situe entre l'opportunité et la légalité[3], entre le fait et le droit[4], et qu'il est pourtant nécessaire de saisir si l'on cherche à rendre compte de l'intensité du contrôle juridictionnel[5]. Il est excessivement difficile de définir abstraitement ce que sont les appréciations des faits, parfois également désignées par l'expression « inférences à partir des faits »[6]. À défaut de définition, il faut tenter de caractériser, d'une part, ce qui différencie les appréciations des simples constatations

---

[1] Par ailleurs, il y a lieu de traiter de la preuve dans cette partie sur les appréciations plutôt que dans les développements précédents consacrés aux constats de fait, car c'est dans la preuve de la vraisemblance des appréciations que le raisonnement économique intervient.

[2] En matière de droit de la concurrence : arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, point 62 ; du 27 septembre 2006, Dresdner Bank e.a./Commission, T-44/02 OP, T-54/02, T-56/02 OP, T-60 OP, T-61/02 OP, non encore publié au Recueil, point 66. Plus généralement : arrêt de la Cour du 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03, non encore publié au Recueil, point 38 : « pareille appréciation [des faits et des preuves] constitue, au même titre que l'interprétation des règles de droit, un autre volet essentiel de l'activité juridictionnelle puisque, indépendamment de l'interprétation retenue par le juge national saisi d'une affaire déterminée, l'application desdites règles au cas d'espèce dépendra souvent de l'appréciation qu'il aura portée sur les faits de l'espèce ainsi que sur la valeur et la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet par les parties au litige ».

[3] A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, « Éléments structurels d'une magistrature économique », *RTD Com.*, 1977, pp. 421-434, p. 426. V. aussi : A. ANDRÉ, « Evidence before the European Court of Justice, With Special reference to the Grundig/Consten Decision », *CML Rev*, 1967, pp. 35-49, p. 47, qui distingue les *statements of facts* des *assessments*.

[4] En ce sens que l'appréciation des faits ne constitue donc pas, sous réserve du cas de la dénaturation des éléments de preuve, une question de droit, V. p.e. Ordonnance du président de la Cour du 11 avril 2002, NDC Health/IMS Health et Commission, C-481/01 P(R), Rec. p. I-3401, points 53-54.

[5] Pour une tentative de systématisation de l'intensité du contrôle juridictionnel incluant la notion d'appréciation des faits, M. LETOURNEUR, « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE*, 1962, fasc. 16, pp. 51-62, spéc. p. 59. L'auteur distingue trois hypothèses à propos de la vérification par le juge administratif que l'acte déféré remplit les conditions légales de son adoption : premièrement, la condition légale est exprimée à travers une notion juridique et le juge exerce un contrôle de qualification, deuxièmement, la condition légale se réfère à une « situation de fait déterminée » et, troisièmement, la condition légale subordonne l'exercice du pouvoir de l'administration à une « *appréciation de fait* » (nous soulignons).

[6] Ch. PERELMAN, « La distinction du fait et du droit : le point de vue du logicien », *in Le fait et le droit : Études de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 269-272, p. 272. Sur cette question dans la perspective du droit américain, V. L. L. JAFFE, « Judicial Review : Question of Law », *Harvard L. Rev.*, 1955, pp. 139-276 et « Judicial Review : Question of Fact », *Harvard L. Rev.*, 1956, pp. 1020-1056.

portant sur la matérialité des faits et, d'autre part, ce qui différencie ces mêmes appréciations de la qualification juridique des faits.

1002. **Appréciation et constatation.** La distinction entre la constatation des faits et leur appréciation est délicate. Le président Vesterdorf, tout en le soulignant, propose le critère suivant : lorsque la question suppose une évaluation complexe, qui peut conduire deux personnes raisonnables à être en désaccord quant à la conclusion qui s'en infère, on ne se trouve pas dans le domaine du pur fait, mais dans celui de l'appréciation des faits[1]. Le domaine de l'appréciation des faits est donc très vaste. Par exemple, le constat selon lequel une entreprise subit des pertes n'est pas un constat de pur fait, car non seulement il suppose l'analyse de données comptables, mais encore il peut susciter des discussions sur la méthode de calcul à appliquer[2].

1003. **Appréciation et qualification.** La distinction entre l'interprétation des faits et leur qualification juridique n'est pas moins ardue. Il n'y a en effet pas de différence de nature, du point de vue de l'opération intellectuelle, entre l'interprétation des faits, qui procède par qualification au regard des notions du langage ordinaire ou de notions techniques (par exemple économiques), et la qualification juridique[3], et ce d'autant moins que le droit utilise aussi des termes du langage ordinaire ou technique. La « préqualification » des faits au regard de ce qu'on a appelé des qualifications intermédiaires est, on l'a dit, une qualification dans la qualification[4]. Il arrive même que les qualifications intermédiaires donnent lieu à un contrôle en droit, comme c'est le cas pour le marché pertinent[5]. La distinction entre appréciation et qualification est donc incertaine[6]. La faiblesse de la théorie ne doit cependant pas conduire à ignorer le phénomène, qui peut être mis en lumière à partir d'un exemple.

---

[1] B. VESTERDORF, « Judicial Review in EC Competition Law : Reflexion on Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement », *Competition Policy Int'l*, 2005, vol. 1, n° 2, pp. 3-27, p. 13. V. aussi conclusions de l'avocat général Roemer sous l'arrêt de la Cour du 21 mars 1955, Pays Bas/Haute Autorité, 6-54, Rec. pp. 230-262, spéc. p. 245. L'avocat général distingue aussi les appréciations des « purs constats d'un fait dont on doit simplement prendre connaissance et pour lequel il ne saurait y avoir de conceptions différentes ».

[2] Pour un exemple de telles discussions, V. France Télécom/Commission, T-340/03 (pendante).

[3] O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, pp. 3-18, spéc. p. 16.

[4] *Supra* n° 692.

[5] *Supra* n° 556.

[6] En ce sens, K. ENGISCH, « Le fait et le droit en droit allemand », *in Le fait et le droit. Études de logique juridique*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1961, pp. 20-50, p. 34. L'auteur considère qu'il est « peu sûr de choisir l'appréciation comme pivot de la distinction entre la constatation des faits et l'appréciation du droit ». Selon lui, la cause principale de la difficulté de la distinction entre le fait et le droit tient au fait que « les notions deviennent peu claires à leurs limites » (p. 37). Elle est donc particulièrement vive en présence de notions à contenu indéterminé (p. 42).

1004. **Exemple.** Dans l'arrêt *British Petroleum*[1], la Cour de justice a annulé une décision dans laquelle la Commission avait considéré qu'un abus, consistant dans une pratique de prix discriminatoires, était constitué. La Commission avait vu une discrimination dans le fait que, pendant la pénurie due à la crise pétrolière, les commandes de certains clients de British Petroleum avaient été satisfaites et d'autres non. La Cour, en s'appuyant sur les faits rapportés dans la décision, reproche à la Commission d'avoir considéré que les clients en question étaient dans la même situation. Elle relève que les documents produits attestent du fait que l'un des clients non livrés n'était pas, contrairement aux clients livrés, un client régulier[2]. N'étant pas dans une situation comparable, la différence de traitement ne pouvait être considérée comme une discrimination prohibée[3]. L'appréciation de la régularité de la relation commerciale, sur laquelle repose la censure, ne concerne ni la matérialité des faits (ni la teneur ni les dates des contrats d'approvisionnement ne sont contestées), ni la qualification de pratique discriminatoire en elle-même (il n'est pas contesté qu'une différence de traitement entre clients réguliers serait une discrimination). Elle concerne l'étape intermédiaire du raisonnement, l'appréciation des faits – ou leur préqualification – au regard d'une notion commune, la régularité, qui n'est pas une qualification juridique contrôlée.

1005. Les inférences à partir des faits sont donc bien un objet du contrôle des motifs distinct non seulement du contrôle de la matérialité des faits, mais aussi du contrôle de qualification. En matière économique, l'appréciation des faits est de plus érigée en objet autonome du contrôle juridictionnel par la théorie du contrôle restreint.

2. Les appréciations économiques érigées en objet autonome du contrôle par la doctrine du contrôle restreint

1006. Toute doctrine du contrôle restreint suppose que l'on parvienne à identifier les énonciations sur lesquelles le contrôle est limité. Cette identification est parfois difficile. Elle est en tout cas sujette à des variations, comme l'a montré l'extension continue du domaine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif français[4]. En droit

---

[1] Arrêt de la Cour du 29 juin 1978, B.P./Commission, Rec. p. 151.

[2] B.P./Commission, préc., points 24 à 29.

[3] Sur ce raisonnement dans l'appréciation de la discrimination au titre de l'abus de position dominante, V. aussi *supra* n° 531.

[4] Appliqué dans un premier temps aux appréciations d'équivalence, le contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation a par la suite connu un important développement, notamment sur les appréciations économiques. V. notamment C.E., sect., « Maison Génestal », arrêt du 26 janvier 1968, Rec. p. 61. Plus généralement, sur l'extension du domaine de l'erreur manifeste d'appréciation, V. M. LONG *et alii*, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15ème éd., Dalloz, 2005, commentaire sous C.E., 4 avril, 1914, Gomel, n° 29,

communautaire, le principe du contrôle restreint sur les appréciations économiques a reçu un fondement textuel avec l'article 33 du traité CECA, ce qui obligea le juge à en définir le domaine.

1007. **Origine du contrôle restreint en droit communautaire.** Il n'est pas inutile de revenir sur ce contexte dans lequel ce principe fut posé, car il éclaire la jurisprudence qui s'est efforcée de préciser la notion « d'appréciations économiques complexes ». Les négociateurs du traité CECA avaient explicitement envisagé le dilemme du contrôle juridictionnel sur les appréciations économiques[1]. D'un côté, la délégation française craignait que le contrôle de légalité du juge communautaire sur les décisions de la Haute Autorité ne dégénère en contrôle de l'opportunité, au mépris du principe de séparation des pouvoirs[2]. De l'autre, la délégation allemande, soucieuse des principes de l'État de droit, insistait sur la nécessité d'un contrôle judiciaire[3]. Il convenait donc de conjurer tant le spectre du gouvernement des juges que celui, encore bien plus présent au début des années 1950, de l'arbitraire des autorités[4]. Le compromis qui fut atteint est reflété dans l'article 33 du traité CECA[5]. En ce qui concerne les « appréciations de la situation découlant des faits ou circonstances économiques », ce texte limite la compétence de la Cour à un contrôle de la « méconnaissance patente du traité ». Plus précisément, le texte de l'article 33 du traité CECA s'articule en trois temps. Le principe est la compétence de la Cour pour connaître de la légalité des actes de la Haute Autorité, y compris leur légalité interne. Toutefois, une exception est ménagée en ce qui concerne l'appréciation des « situation[s] découlant des faits ou circonstances économiques » ayant donné lieu à la

---

p. 168 et s., spéc. n°8, p. 172 et s. Constatant déjà cette évolution : R. SAVY, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, pp. 3-25. M. FROMONT, « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », *AJDA*, 1966, pp. 588-593, spéc. p. 591.

[1] Pour une étude des travaux préparatoires au traité CECA et des exposés des motifs des lois de ratification, L. DELVAUX, « Le contrôle de la Cour de justice de la communauté européenne du charbon et de l'acier sur les faits et les circonstances économiques, *Annales de Droit et de Science Politique*, 1958, T. XVIII, n°1, pp 41-58, spéc. pp. 46-50.

[2] Conclusions de l'avocat général Roemer sous l'arrêt de la Cour du 21 mars 1955, Pays Bas/Haute Autorité, 6-54, Rec. pp. 230-262, spéc. p. 248.

[3] L. DELVAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*

[4] *Supra* n° 30.

[5] L'art. 33, premier alinéa, du traité CECA disposait : « [l]a Cour est compétente pour se prononcer sur les recours en annulation pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du Traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir, formés contre les décisions et recommandations de la Haute Autorité par un des États membres ou par le Conseil. Toutefois, l'examen de la Cour ne peut porter sur l'appréciation de la situation découlant des faits ou circonstances économiques au vu de laquelle sont intervenues lesdites décisions ou recommandations, sauf s'il est fait grief à la Haute Autorité d'avoir commis un détournement de pouvoir ou d'avoir méconnu de manière patente les dispositions du Traité ou de toute règle de droit relative à son application ».

décision, lesquelles sont soustraites au contrôle de la Cour. Cette exception connaît cependant à son tour un tempérament : lorsque une violation « patente » du traité est alléguée, la Cour peut, pour autant que cela soit nécessaire à l'examen du moyen pris de cette violation, connaître des appréciations économiques[1].

1008. **Fonction originelle du principe.** On a pu dire de cette disposition qu'il était certain « qu'elle avait été édictée pour éviter l'intrusion du juge dans le raisonnement économique fait par l'administration »[2]. L'avocat général Roemer concluait que cette disposition permettait un certain contrôle du juge, mais sans permettre qu'il substitue sa propre appréciation à celle de la Commission[3]. Nous verrons que l'intention du législateur a sur ce point été déçue et que, sans substituer sa décision à celle de la Commission, le juge communautaire exerce, en dépit du principe de contrôle restreint, un contrôle approfondi sur le raisonnement économique[4].

1009. **Autonomie de la notion d'appréciation.** Le principe posé, deux précisions étaient nécessaires. Il fallait tout d'abord préciser la notion de « méconnaissance patente ». Nous reviendrons sur ce point à propos de l'intensité du contrôle[5]. Il fallait aussi, et c'est ici le seul

---

[1] Cette analyse de l'article 33, premier alinéa, correspond à la seconde interprétation rapportée par D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des communautés européennes*, Thèse Strasbourg, 1998, n° 610 et s., p. 519 et s. L'interprétation choisie consiste à voir dans l'article 33 CECA l'articulation d'un principe avec deux exceptions, l'une concernant l'étendue du contrôle et l'autre son intensité. L'autre interprétation consiste à voir dans l'article 33 CECA l'articulation d'un principe et d'une exception puis d'une exception à l'exception, soit seulement en termes d'objet du contrôle. Cette seconde interprétation revient à considérer que, lorsqu'une violation patente du traité est alléguée, la Cour retrouve compétence pour effectuer un entier contrôle de légalité, y compris sur les appréciations économiques. La lettre de l'article 33 CECA (V. note préc.) autorise cette lecture, mais il est difficile d'expliquer pourquoi l'examen d'une violation patente nécessiterait un contrôle aussi approfondi des appréciations économiques. On peut aussi évoquer, en faveur de cette interprétation, une lecture *a contrario* de l'article 66, paragraphe 5, CECA qui donne à la Cour, « par dérogation à l'article 33 », « pleine compétence » pour contrôler si une opération a le caractère d'une concentration au sens de l'article 66, paragraphe 1, CECA y compris en ce que ce contrôle porte sur des appréciations économiques complexes. En ce sens, D. RITLENG, *op. cit.*, note 1805, p. 527. Le traité CECA prévoyait également, dans une hypothèse particulière, un plein contrôle de la Cour sur les appréciations économiques. Aux termes de l'article 37 CECA, la Cour était en effet compétente pour « apprécier le bien-fondé » des décisions de la Haute Autorité statuant sur l'existence de « troubles fondamentaux et persistants » causés par son action dans l'économie d'un État membre.

[2] J. BOULOUIS, « Rapport sur le juge communautaire », préc., spéc. p. 257.

[3] Conclusions de l'avocat général Roemer sous les affaires 3/54 et 4/54, citées par B. VAN DER ESCH, *Pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif européen et contrôle juridictionnel*, Kluwer, Deventer, 1968, p. 41. V. aussi conclusions précitées sous l'arrêt *Pays-Bas/Haute Autorité*, 6-54, p. 246, où l'avocat général Roemer décrit les appréciations économiques comme relevant d'une « pesée faite entre de nombreuses circonstances, de nombreux facteurs, de nombreuses instances » (sic.).

[4] *Infra* n° 1211 et s.

[5] *Infra* n° 1212.

point qui nous intéresse, préciser la notion d'appréciations économiques. L'arrêt *Geitling*[1] est particulièrement intéressant à cet égard. La Cour de justice, interprétant strictement l'exception de contrôle restreint, y souligne que, par l'existence même du traité CECA, certains problèmes d'appréciation économique étaient devenus aussi des questions de droit. Elle en a déduit que la limitation du pouvoir de contrôle de la Cour contenue dans l'article 33 du traité CECA concernait uniquement les *problèmes d'appréciation économique qui subsistent « après une interprétation correcte du traité »*[2]. La solution comporte un double enseignement. En premier lieu, la Cour admet que la frontière entre appréciation et qualification peut être fluctuante (des questions d'appréciations *deviennent* des questions de droit). En second lieu, néanmoins, il existe bien une frontière entre ces notions. Les appréciations économiques sont un objet du contrôle distinct des questions de droit, puisque c'est sur les seules appréciations que le contrôle est restreint. L'autonomie de la notion d'appréciation étant établie, il faut maintenant se demander quelle est l'incidence de ce constat sur le contrôle du raisonnement économique. Les appréciations économiques contiennent-elles toujours un raisonnement économique ?

3. Le raisonnement économique dans les appréciations économiques

1010. Il semblerait naturel que les appréciations économiques soient le lieu du raisonnement économique. Il convient cependant de préciser que, si certaines appréciations font apparaître un raisonnement, tel n'est pas toujours le cas. En matière économique comme dans d'autres domaines, certaines appréciations sont présentées comme relevant de l'évidence. En revanche, lorsque l'appréciation est complexe, le raisonnement économique apparaît.

1011. **Le raisonnement évincé par l'évidence.** En règle générale, la délimitation du marché suppose un raisonnement économique[3]. Cependant, certaines appréciations nécessaires à la délimitation du marché se passent d'un tel raisonnement. Ainsi l'appréciation selon laquelle un marché national est isolé lorsque les importations ne couvrent que 5 % des besoins sur ce

---

[1] Arrêt du 20 mars 1957, Comptoir de vente du charbon de la Ruhr « Geitling » e.a./Haute Autorité, 2/56, Rec. p. 9.

[2] *Geitling,* préc., spéc., p. 41, et conclusions de l'avocat général Roemer, spéc. p. 65. V. aussi arrêt de la Cour du 12 juillet 1962, Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken/Haute Autorité, Rec. p. 485, p. 515 : « la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation de la Haute Autorité n'exclut pas que la Cour de justice soit habilitée à contrôler si la décision de la Haute Autorité est basée sur une application correcte du traité […] et si elle est de ce fait justifiée en droit ». Sur cette jurisprudence, V. B. van der ESCH, *Pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif européen et contrôle juridictionnel*, Kluwer, Deventer, 1968, pp. 43-44.

[3] *Supra* n° 536 et s.

marché n'est-elle assortie d'aucune explication particulière[1]. Il existe pourtant un raisonnement économique sur l'identification d'un marché géographique à partir des données d'importation et d'exportation (le test de Helzinga Hogarty)[2], mais, dans de telles circonstances notamment, ce raffinement ne paraît pas nécessaire. Il existe aussi un raisonnement dans la construction même des parts de marché, car les données statistiques, qui peuvent paraître « brutes », sont construites et doivent encore être interprétées[3]. Cependant, l'appréciation se passe apparemment de raisonnement. Elle semble (à tort ou à raison) relever de l'évidence. Pour reprendre les termes de Motulsky, le contrôle du juge paraît sur ce point sans objet[4].

1012. **Le raisonnement apparent.** En revanche, pour les appréciations plus complexes, le raisonnement économique apparaît nettement. L'autorité de concurrence pratique et le juge exige une appréciation plus structurée. Tel est en particulier le cas en matière de contrôle des concentrations. Comme l'observe la Cour de justice, l'analyse prospective des effets anticoncurrentiels d'une concentration « requiert d'imaginer les divers enchaînements de cause à effet, afin de retenir ceux dont la probabilité est la plus forte »[5]. Dans ce type d'hypothèse, qui n'est pas limité au contrôle des concentrations, le raisonnement économique est un fil rouge pour l'imagination[6]. Un exemple l'illustre. Lors de l'examen d'une opération de concentration, la question déterminante consiste à se demander si l'entité qui serait issue de la fusion serait en mesure d'augmenter ses prix. Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'imaginer comment réagirait la demande à une telle augmentation. Des raisonnements différents peuvent être avancés pour fonder une telle prédiction. Ainsi, dans l'affaire *Schneider*[7], la Commission s'était appuyée sur la faible élasticité de la demande par rapport au prix pour étayer sa conclusion selon laquelle une augmentation de prix était possible[8]. La requérante faisait valoir que ce raisonnement économique était erroné, car c'est l'élasticité-prix de la demande adressée à chaque entreprise et non appréciée globalement sur

---

[1] Arrêt du Tribunal du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 147.

[2] *Supra* n° 459.

[3] H. LEGAL, « Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law », pp. 107-116, p. 114.

[4] *Supra* n° 616.

[5] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 43.

[6] G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « L'imagination du juge », *in La procédure en tous ses états, Mélanges Jean Buffet*, Petites Affiches, Paris, 2004, pp. 131-147.

[7] Arrêt du Tribunal du 22 octobre 2002, Schneider Electric/Commission, T-310/00, Rec. p. II-4071.

[8] *Schneider Electric/Commission*, préc., point 127.

l'ensemble du marché qui était selon elle pertinente[1]. Le Tribunal, sans départager ces raisonnements sur le plan théorique, contrôle les inférences de faits réalisées en l'espèce[2]. Il conclut que l'étude produite par Schneider démontrait en l'espèce une sensibilité au prix insuffisante pour en déduire un détournement probable de la clientèle en cas de hausse des prix. En effet, la forte sensibilité aux prix qui avait été établie ne se rapportait qu'à une faible partie des clients (les grossistes). À l'inverse, la Commission avait démontré que les clients dont provenait la majorité des commandes (les installateurs) étaient peu sensibles au prix[3]. Cet exemple illustre deux choses. En premier lieu, il existe une place pour le raisonnement économique dans l'appréciation (ici de la possibilité de hausse des prix). En second lieu, ce raisonnement économique est l'objet d'un contrôle sur l'appréciation des faits.

1013. **Distinction.** On peut cependant aller plus loin dans l'analyse du raisonnement dans l'appréciation. En effet, dans une appréciation d'ensemble sur l'effet d'un comportement sur la concurrence, il est utile de distinguer deux éléments : le raisonnement abstrait et le raisonnement concret. Le premier élément est composé de ce que l'on peut appeler des « scénarios ». Il s'agit des enchaînements de fait, envisagés abstraitement, qui, s'ils étaient réalisés, rendraient compte d'un effet anticoncurrentiel, par exemple un effet de levier. Le second élément réside dans l'appréciation de la vraisemblance, au regard des faits de l'espèce, de chacun des scénarios envisagés. Ces deux modalités du raisonnement économique se retrouvent aussi bien dans l'appréciation prospective que dans l'appréciation rétrospective. Avant d'illustrer ces notions par des exemples, il convient d'exposer l'enjeu de la distinction proposée.

1014. **Enjeu de la distinction.** L'enjeu de la distinction entre les scénarios et l'appréciation de leur vraisemblance est le suivant. Nous pensons que le contrôle de l'erreur manifeste, censé porter globalement sur « les appréciations », ne porte en réalité que sur l'une des deux composantes des appréciations économiques. Le contrôle n'est ainsi limité que pour la première composante de l'appréciation (le scénario anticoncurrentiel). En revanche, l'autre composante de l'appréciation, à savoir la confrontation des scénarios aux faits de la cause,

---

[1] Second moyen, *Schneider Electric/Commission*, préc., point 127-133. L'exposé du moyen par le Tribunal fait preuve d'un certain flottement, dont on ignore s'il est imputable à la requérante ou au Tribunal : au point 128, on pourrait croire que la requérante reproche à la Commission de s'être fondée sur l'élasticité de la demande plutôt que sur l'élasticité de l'offre, ce qui paraît curieux, mais au point 130 on comprend que l'opposition est entre élasticité de la demande pour l'ensemble du marché (position de Commission) et élasticité de la demande individuelle adressée à chacune des marques (Schneider). Le point 134 mentionne cependant l'élasticité croisée de la demande.

[2] *Schneider Electric/Commission*, préc., spéc. points 139-140.

[3] *Schneider Electric/Commission*, préc., point 142.

relève d'un contrôle non limité à l'erreur manifeste. Il convient à présent d'illustrer chacun des deux moments du raisonnement économique qui, pris ensemble, forment une appréciation économique.

1015. **Raisonnement abstrait : les scénarios.** Les « scénarios » ont déjà été évoqués à propos de la prédation. En effet, nous avons vu que les économistes distinguaient trois types de stratégies prédatoires : la stratégie de réputation, la stratégie du leurre et la stratégie financière[1]. Plus généralement, les scénarios sont des hypothèses ou « histoires micro-économiques »[2] qui portent sur les modalités de réalisation d'un effet anticoncurrentiel. La notion de scénario peut être illustrée à partir de l'affaire *Tetra/Laval*[3]. Dans cette affaire de concentration, il était question du rachat d'un fabriquant de bouteilles en plastique (Sidel) par Tetra Laval, le principal producteur européen d'emballages en carton pour les produits liquides (les « briques »). Il était par ailleurs établi que Tetra Laval détenait une position dominante sur le marché des emballages en carton. L'une des inquiétudes de la Commission à propos de cette opération tenait à la possibilité que, si la fusion était autorisée, la nouvelle entité soit en mesure de proposer à la clientèle de l'entreprise dominante (à savoir les acheteurs de briques en carton Tetra) des conditions particulièrement favorables pour acheter le produit non encore dominé (les bouteilles en plastique)[4]. En d'autres termes, il était redouté que l'entité issue de la fusion s'appuie sur une position dominante déjà détenue pour établir sa domination sur un autre marché. En élaborant cet enchaînement causal possible, la Commission avait élaboré un scénario (appelé « effet de levier »). On peut noter que, dans un tel scénario, plus le recoupement entre les acheteurs des deux produits est important, plus fort sera l'impact d'une stratégie reposant sur des offres faites à ces acheteurs en particulier. Partant, plus les clients qui achètent à la fois des emballages en carton et des emballages en plastiques sont nombreux, plus l'effet de levier sera à craindre, toutes choses égales par ailleurs. Cet exemple illustre une caractéristique plus générale des scénarios, à savoir qu'ils sont des raisonnements liant les conditions favorables à la survenance d'un effet à ce dernier. Autrement dit, ils expliquent *en quoi* les conditions favorables (ou défavorables) à un effet anticoncurrentiel donné le sont. À ce titre, ils constituent des éléments essentiels de la

[1] *Supra* n° 681 et s.

[2] A. PERROT, « Les pratiques de prix bas sont-elles anticoncurrentielles ? », *RLC*, 2006/8, n° 613 , spéc. p. 154.

[3] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381.

[4] *Tetra Laval*, préc., point 45.

motivation[1]. En eux mêmes, les scénarios ne sont donc pas des appréciations des faits, ils en sont la *structure argumentative*, la grille de lecture abstraite et *a priori*.

1016. **Recherche du scénario applicable.** Dans une certaine mesure, le choix des scénarios qui seront examinés, par exemple par une autorité de concurrence, relève d'un processus intellectuel similaire à la recherche de la règle applicable. En effet, un certain nombre de scénarios-types sont répertoriés par la doctrine économique[2] et celui qui cherche à apprécier les faits (autorité de concurrence, juge du fond, avocat ou expert) parcourt mentalement ce répertoire de scénarios pour identifier, à l'aide de classifications, celui ou ceux qui, intuitivement, paraissent pouvoir s'adapter aux faits[3]. Il ne s'agit pas d'une recherche mécanique, à partir d'un catalogue parfaitement complet et ordonné rassemblant tous les scénarios possibles, car la science économique n'a pas produit un tel catalogue. La recherche du scénario applicable doit donc être menée à partir d'une liste de scénarios possibles dont on ignore si elle est complète. Ce point est illustré par une étude économique réalisée pour la Commission sur les abus-exclusion. Cette étude, qui a déjà été évoquée, distingue trois scénarios principaux de prédation, mais ne prétend pas pour autant que ces scénarios couvrent toutes les possibilités de prédation[4]. L'incomplétude éventuelle de l'ensemble des scénarios qui sert de base à la recherche n'infirme cependant pas l'analogie avec la recherche de la règle applicable, car en droit aussi il peut exister des lacunes[5]. Ce qui distingue plus nettement les deux démarches, c'est que l'interprète des faits peut créer des scénarios inédits plus librement qu'il ne peut créer des règles de droit. Cela résulte de la nature des scénarios, qui sont des explications et non des normes impératives. Si seules certaines instances ont le pouvoir de créer des règles de droit, chacun peut en revanche chercher à expliquer des faits tout à loisir. C'est pour cette raison que rien n'empêche une autorité de bâtir un scénario *ad hoc* pour tenter de rendre compte d'une restriction de concurrence pressentie, mais qui ne correspond pas aux stratégies étudiées par les économistes. La même remarque vaut pour toute partie à un

---

[1] Ce point est développé *infra* n° 1009 et s.

[2] V. sur ce point à propos des scénarios d'abus-exclusion, *supra* n° 828.

[3] Sur le processus de recherche de la règle applicable, V. *supra* n° 598.

[4] P. REY *et alii*, *An Economic Approach of Article 82*, préc. spéc. pp. 3 et 5-7. Il s'agit de la prédation par construction d'une réputation de prédateur (afin de dissuader par avance l'entrée sur un marché où l'entreprise est présente, de la prédation par « brouillage des signaux » (l'entrant est trompé sur la profitabilité réelle de l'activité) et, enfin, de la prédation « financière », dans laquelle le prédateur joue de l'asymétrie qui existe entre lui-même et sa proie au regard de la dépendance de leur financement par rapport à leurs résultats respectifs (pertes) à court terme. Pour une explication plus détaillée, V. *supra* n° 681 et s.

[5] *Le problème des lacunes en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN, Bruxelles, Bruylant, 1968, coll. Travaux du Centre national de recherches de logique.

procès lorsqu'elle cherche à prouver l'existence d'une restriction de concurrence. Lors de l'élaboration d'un scénario, une autorité de concurrence ou une partie n'est donc pas contrainte par les scénarios-types répertoriés par la doctrine économique. Ceux-ci peuvent constituer une source d'inspiration, mais ils peuvent aussi se prêter à d'infinies variations ou à des combinaisons inédites[1]. L'élaboration d'un scénario, quelles qu'en soient les modalités, ne suffit cependant pas, car une allégation ne peut être purement hypothétique. Il faut donc, et c'est le second temps du raisonnement économique dans l'appréciation, confronter le ou les scénarios envisagés aux faits de la cause. Le raisonnement économique devient alors concret.

1017. **Raisonnement concret : vraisemblance du scénario.** Le second temps du raisonnement économique consiste dans la vérification de la vraisemblance des scénarios. Alors que l'élaboration des scénarios fait appel à un raisonnement économique abstrait ou typique, cette seconde composante consiste dans l'application de ce raisonnement aux faits. Cette étape constitue, si l'on ose dire, la partie proprement appréciative de l'appréciation. Elle consiste dans la mise en relation de l'enchaînement causal envisagé abstraitement avec les faits de la cause. Cette confrontation du raisonnement abstrait avec les données de l'espèce passe en particulier par l'analyse des incitations. Il s'agit en effet de confronter les mécanismes d'incitation postulés dans un scénario avec la configuration concrète des incitations qui caractérise la situation particulière. Il s'agit là d'une étape essentielle, puisque c'est le sérieux et la rigueur avec laquelle elle est menée qui, dans une décision, distingue les motifs spéculatifs d'une motivation convaincante[2]. De la même manière, c'est le caractère convaincant de la corroboration d'un scénario par des preuves qui donne à une allégation des chances de succès. Ce point est illustré à propos de la décision de la Commission dans l'affaire *Tetra Laval* déjà évoquée. Nous avons vu que, dans cette affaire, la Commission alléguait un scénario d'« effet de levier ». Dans son arrêt, le Tribunal de première instance a exercé un contrôle minutieux sur la mise en relation de ce scénario avec les faits de la cause, consacrant de longs développements à vérifier que la Commission avait étayé de façon convaincante chaque élément du scénario retenu[3]. Dans cet arrêt, ce sont précisément les insuffisances de cette corroboration qui entraînent la censure. Ce contrôle n'est pas un

[1] Cependant, sur la difficulté de combiner différents scénario-types entre eux, V. *infra* note au n° 1075 *in fine*.

[2] En ce sens que des considérations générales détachées des faits ne sauraient suffire pour motiver une décision, V. p.e. l'arrêt de la Cour du 4 juillet 1963, Allemagne/Commission, 24/62, Rec. p. 143.

[3] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, points 193-253.

contrôle restreint des appréciations, c'est en réalité un contrôle non restreint des preuves[1]. Comme l'a dit le Tribunal et comme la Cour de justice l'a confirmé, « la qualité des éléments de preuve (…) est particulièrement importante, ces éléments devant conforter les appréciations de la Commission selon lesquelles à défaut d'adoption d'une telle décision, le scénario d'évolution économique sur lequel se fonde cette institution serait plausible »[2].

1018. La distinction au sein des appréciations économiques entre, d'une part, la partie abstraite du raisonnement ou scénario et, d'autre part, la corroboration du scénario par des preuves est donc importante. Son importance résulte du fait que le principe du contrôle restreint sur les appréciations économiques ne s'applique pas à la seconde composante.

1019. **Conclusion du 3.** Les développements qui précèdent ont montré que le raisonnement économique n'intervenait pas toujours dans les appréciations économiques, mais, lorsqu'il intervient, c'est à un double titre. Un raisonnement économique *a priori* bâtit un scénario (à partir de scénarios-types identifiés par la théorie économique), puis le même raisonnement est parcouru à nouveau, mais, cette fois, en considérant avec soin les faits de la cause et, plus précisément, les éléments de preuve réunis. Le raisonnement économique structure l'appréciation *et* doit être corroboré. Au regard de cette distinction, le principe du contrôle restreint ne s'applique, semble-t-il, qu'au premier moment du raisonnement. Cela se justifie par la nécessité de laisser une grande marge de liberté à l'autorité de concurrence dans la construction de son allégation concernant l'effet anticoncurrentiel d'un comportement. En revanche, une fois l'allégation construite, le juge n'a aucune raison de se contenter de preuves approximatives au soutien de la vraisemblance du scénario allégué. Du point de vue des objets du contrôle juridictionnel, la distinction proposée conduit à distinguer le raisonnement économique abstrait, objet d'un contrôle restreint des appréciations, du raisonnement

---

[1] *Tetra Laval*, préc., points 125-132 sur l'appréciation de l'effet horizontal de l'opération et points 122-132 sur l'appréciation de l'effet vertical de l'opération. La vigueur de ce contrôle a été relevée par les commentateurs. V. notamment S. POILLOT-PERUZZETO, « Affirmation du contrôle du Tribunal sur les décisions de la Commission interdisant les concentrations », *Contrats Conc. Conso.*, 2002, comm. n° 28, pp. 22-24 ; L. GIVRY et J.-P. de LA LAURENCIE, « Les arrêts du TPICE ; le contrôle des concentrations… sous contrôle », *Lamy droit économique*, 2003, n° 159, pp. 1-7 ; É. de LA SERRE et J. PEYRE, « Le contrôle du juge communautaire sur les décisions d'incompatibilité en matière de contrôle des concentrations : quelques perspectives ouvertes par les arrêts *Schneider* et *Tetra Laval* », *JCP - Cah. dr. ent.*, 2003, n° 3, pp. 1-8 ; J. TEMPLE-LANG, « Two important Merger Regulation judgements : the implications of *Schneider-Legrand* and *Tetra Laval-Sidel*, *E. L. Rev.*, 2003, pp. 259-272 ; T. W. WESSELY, « EU Merger at a Turning Point – the Court of First Instance's « Schneider » and « Tetra » judgements, *ZweR*, 2003, n° 3, pp. 317-351.

[2] *Tetra Laval*, point 155, confirmé par l'arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 44. V. aussi arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, point 66.

économique probatoire, objet d'un plein contrôle des preuves. C'est pourquoi il est nécessaire d'envisager le raisonnement économique dans la preuve comme un objet de contrôle distinct.

4. Le raisonnement économique dans la preuve

1020. **Précisions préalables.** On parle parfois de « preuve économique », spécialement en matière d'entente[1], sans qu'il s'agisse pour autant d'une notion définie[2]. Un certain flou subsiste en particulier quant à la question de savoir si l'on parle de la preuve (par tous moyens) de faits qualifiés d'économiques ou bien de la preuve, au moyen d'un raisonnement économique, de certains faits (que l'on peut appeler économiques, mais cela n'ajoute rien). À cet égard, quelques précisions paraissent nécessaires. En effet, il convient de distinguer nettement entre le raisonnement économique qui désigne un *objet de preuve* et le raisonnement économique qui constitue un *mode de preuve*. Dans le premier cas, qui a été étudié à propos de la définition par le juge de la charge de l'allégation, un raisonnement économique intervient pour désigner certains faits comme pertinents[3]. Dans cette hypothèse, le raisonnement économique est celui du juge. Il n'intervient pas dans la preuve mais en amont, dans l'interprétation du droit[4]. Il n'en sera plus question ici. Dans le second cas, dont il sera uniquement question dans les développements qui suivent, le raisonnement économique intervient, une fois l'objet de preuve déterminé, dans l'administration de la preuve. Ces deux aspects sont bien distincts et il convient de souligner qu'il n'existe pas de lien nécessaire entre eux. Comme on l'a vu à propos de la prédation financière, un raisonnement économique peut par exemple désigner comme objet de preuve l'attitude d'un banquier face au risque[5]. Or, la preuve d'un tel fait ne nécessite aucun raisonnement économique. Inversement, ce n'est pas un raisonnement économique qui désigne la volonté comme objet de preuve dans la qualification d'abus de position dominante, mais un raisonnement économique peut intervenir

---

[1] P.e. M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2004, n° 139 et s., p. 145 et s. L'auteur utilise l'expression dans le sens de raisonnement économique probatoire.

[2] B. van de WALLE de GHELCKE, « L'utilisation de la preuve économique dans la législation antitrust belge », in Rapports belges au XII[e] Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Sidney 18-27 août 1986, Bruylant, Bruxelles 1988, vol. 2, pp. 33-45, p. 34. Selon cet auteur « on peut considérer que ce concept recouvre toutes les données de fait de nature économique – quelle que soit leur forme ou leur origine – nécessaires ou utiles en vue de l'application d'une norme de droit, à la connaissance et à l'appréciation des positions ou des comportements des entreprises dans le contexte économique sur lequel elles opèrent ».

[3] *Supra* Titre I, chapitre 1.

[4] Sur le raisonnement économique dans la détermination de charge de l'allégation *supra* titre I (n° 664 et s.)

[5] *Supra* n° 685.

dans la preuve de la volonté[1]. Il n'y a donc pas de rapport entre le type de raisonnement qui conduit à l'identification d'un objet de preuve et le type de raisonnement qu'il faut mener pour rapporter la preuve correspondante. Autrement dit, les questions soulevées par le raisonnement économique comme mode de preuve sont indépendantes du type d'analyse qui est mis en œuvre pour interpréter la règle de droit.

1021. **Annonce.** Considéré en tant que preuve, le raisonnement économique doit tout d'abord être classé parmi les modes de preuve. Il faut ensuite s'interroger sur sa valeur probante. La question relative au mode de preuve ne soulève pas de difficulté particulière, car il n'est pas difficile de rapprocher le raisonnement économique des présomptions. Plus précisément, nous montrerons que c'est la similitude de l'inférence qui permet de rapprocher le raisonnement économique probatoire d'autres présomptions. La présomption bâtie sur un raisonnement économique a cependant une particularité : le pivot de l'inférence y est constitué par l'hypothèse de rationalité (a). Quant à la valeur probante des raisonnements économiques probatoires, elle est variable (b). Il y a à cela deux raisons. La première tient au fait que le juge apprécie souverainement la valeur des preuves au cas par cas. La seconde est liée au fait que « l'analyse économique ne vaut que par la place que lui réserve le système juridique concerné »[2], laquelle peut elle-même être variable.

a) Le raisonnement économique comme preuve par présomption : similitudes de l'inférence et spécificité du postulat de rationalité

1022. **Présomption en général.** Lorsque la preuve demandée ne peut être rapportée directement, le juge doit admettre qu'elle puisse l'être indirectement. Le procédé consiste à autoriser les parties à prouver des faits qui ne coïncident pas avec l'objet de preuve mais lui sont liés[3]. Le fait à prouver sera alors inféré des faits prouvés[4]. Ainsi, « la présomption est un raisonnement probatoire, qui opère un déplacement de l'objet de la preuve »[5]. Les présomptions constituent un mode de preuve extrêmement fréquent, car peu de preuves sont véritablement directes. Ainsi, en matière contractuelle par exemple, la volonté des co-contractants peut en principe être prouvée « directement » par un écrit qui l'exprime. Cependant, l'écrit ne suffit pas toujours et, dans ce cas, le juge s'attache aux manifestations

---

[1] *Supra* n° 104.

[2] C.-E. GUDIN, « Réflexion sur la définition et la preuve de l'entente en droit communautaire », *Revue des affaires européennes*, 1996, pp. 117-135, p. 130.

[3] F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. précis, 7ème éd., 2006, n° 577, p. 472.

[4] *Ibid*.

[5] F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 579, p. 473.

de la volonté pour en inférer la volonté[1]. Dans un premier temps, l'objet de la preuve est donc déplacé de la volonté, qui est l'objet de preuve initial, vers le comportement, qui devient un objet de preuve substitué. Dans un second temps, une inférence est réalisée[2]. En général, l'inférence s'appuie sur une règle d'expérience[3]. Le juge donne aux comportements une signification qui paraît vraisemblable au regard de son expérience de la psychologie humaine. Des règles d'expérience sont également sollicitées lorsque les faits prouvés consistent dans des déclarations, le juge sollicitant alors son expérience de la langue, ainsi que sa connaissance des règles de la sémantique et de la syntaxe[4]. En principe, la Cour de cassation contrôle les présomptions, puisqu'elle exerce son contrôle tant sur les inférences[5] que sur les règles d'expérience[6].

1023. **Présomptions en droit de la concurrence.** En droit de la concurrence, les présomptions sont fréquentes, spécialement lorsqu'il s'agit de prouver l'intention. L'intention est un objet de preuve, non seulement en matière d'ententes – il faut une rencontre de volontés pour qu'il y ait accord – mais aussi en matière d'abus de position dominante, même si le droit n'a pas fini d'être clarifié sur cette question[7]. Comme dans d'autres domaines, la preuve de l'intention est parfois difficile et doit être rapportée par des moyens indirects. Tel est en particulier le cas en matière d'ententes secrètes. En effet, l'expérience aidant, les entreprises membres d'un cartel ne préconstituent plus de preuves de leur accord[8]. Les

---

[1] E. CAUSIN, « La preuve et l'interprétation en droit privé », *in La preuve en droit,* Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant. Coll. Travaux du centre national de recherche de logique, Bruxelles, 1981, pp. 197-236, spéc. n° 14 et s., p. 206 et s.

[2] E. CAUSIN, *op. cit.*, *loc. cit.*, parle d'interprétation *ab probatione* qu'il distingue de l'interprétation *ad probationem*. Contrairement à la seconde, qui concerne l'interprétation des écrits avancés à titre de preuve, la première n'est pas, selon lui, un élément constitutif de l'opération de preuve. Il semble que sa proposition revienne à distinguer l'appréciation des faits de la preuve. Il nous semble que la distinction qui importe en pratique est celle entre le raisonnement qui structure l'interprétation (qu'il s'agisse de l'interprétation d'un écrit ou d'un fait) et les éléments contingents, car seul le raisonnement est contrôlable en droit.

[3] E. CAUSIN, *op. cit.*, n° 15, p. 208. Cette analyse n'est pas propre à la preuve de la volonté, mais à toute preuve par présomption. C'est une règle d'expérience qui enseigne que les traces de pneus sont généralement causées par une certaine vitesse. Sur cette notion, *supra* n° 869 et s.

[4] CAUSIN, *op. cit.*, p. 212.

[5] Th. LE BARS, *Le manque de base légale en droit judiciaire privé*, LDGJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 270, n° 239, p. 181 et s.

[6] Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 223, p. 170 et s. V. aussi F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, préc., n° 143, p. 224 et s.

[7] *Supra* n° 103.

[8] Sur la raréfaction des preuves documentaires : N. JALABERT-DOURY, « Les déclarations en droit de la concurrence : la preuve d'infraction peut-elle se satisfaire de "certitudes probables" ? », *Concurrences*, n° 2-2005, pp. 41-47, n° 3, p. 41. Sur ce point, V. en dernier lieu l'arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, Dresdner Bank e.a./Commission, T-44/02 OP, T-54/02, T-56/02 OP, T-60 OP, T-61/02 OP, non encore publié au Recueil, point 64 : « compte tenu du caractère notoire de l'interdiction des accords anticoncurrentiels, il ne saurait être

preuves directes qui peuvent être recueillies par les autorités de concurrence étant au mieux partielles, il est généralement nécessaire de les compléter par des preuves indirectes[1]. En revanche, à la différence d'autres domaines, le raisonnement économique est admis, au côté des règles d'expérience habituelles, sémantiques ou psychologiques, pour procéder à ces inférences.

1024. **Raisonnement économique et inférence.** Les économistes sont très familiers de ce type d'inférences. Comme cela a été exposé dans la première partie, en économie, ce raisonnement est désigné par l'expression « révélation des préférences »[2]. Dans le vocabulaire des économistes, le terme « préférence » désigne les déterminants de la volonté, c'est-à-dire ce qui fait qu'un agent économique fait les choix qu'il fait. Il peut s'agir de la préférence pour un bien par rapport à d'autres (toutes choses égales par ailleurs, tel consommateur préfère les pommes aux bananes). Il peut aussi s'agir de préférence pour le présent (par rapport au futur) ou d'aversion au risque. Ces préférences relèvent du for intérieur des agents économiques. Elles sont donc inobservables[3]. Seule l'analyse des comportements « révèle les préférences ». Au vocabulaire près, le raisonnement économique est donc parfaitement identique dans sa structure au raisonnement probatoire qui caractérise en droit la présomption. Il devrait donc faire l'objet du même contrôle que d'autres présomptions, y compris le contrôle des inférences exercé par le juge de cassation[4].

1025. **Inférence en droit et en économie.** Deux différences peuvent cependant être constatées dans la manière de conduire le raisonnement. La première tient au fait que, la science juridique ne cherchant pas à rendre compte des phénomènes soumis aux règles de droit, le juriste ne s'interdit pas de constater directement (ou aussi directement que possible) le contenu de la volonté lorsqu'il est exprimé. En droit, la preuve par présomption est toujours

---

exigé de la Commission qu'elle produise des pièces attestant de manière explicite une prise de contact entre les opérateurs concernés. Les éléments fragmentaires et épars dont pourrait dispose la Commission devraient, en toute hypothèse, pouvoir être complétés par des déductions permettant la reconstitution des circonstances pertinentes ».

[1] Sur le caractère subsidiaire de la preuve indirecte Cass. com. 14 janvier 1992, BOCCRF du 1er février 1992, p. 56.

[2] Sur ce mode de raisonnement typique, n° 204. *Adde :* B. GUERRIEN, « Le modèle de concurrence parfaite », *Découverte de la microéconomie, Cahiers Français* n° 254, jan-fév. 1992, pp. 4-9, spéc. encadré « préférences révélées, choix agrégés », p. 6. Une approche plus subtile de la révélation des préférences est développée dans les « nouvelles théories » micro-économiques. *Les nouvelles théories économiques*, *Cahiers français* n° 272, juill-sept. 1995, introduction p. 3 « la théorie des incitations examine l'ensemble des moyens qui peuvent inciter les agents à révéler leurs préférences ».

[3] L'économie néoclassique maintient délibérément les préférences en dehors de son objet d'analyse (on dit qu'elles sont « exogènes » pour signifier que l'analyse ne cherche pas à en rendre compte).

[4] *Infra* n° 1047 et n° 1137.

subsidiaire[1], alors que, pour un économiste, les préférences ne peuvent être connues qu'indirectement, lorsqu'elles sont « révélées » par les comportements. Cette différence n'a pas grande incidence du point de vue de la preuve en droit de la concurrence, car, en pratique, c'est seulement lorsque les preuves directes seront insuffisantes que la partie qui supporte la charge de la preuve se tournera vers un raisonnement économique à titre de raisonnement probatoire.

1026. **Inférence à partir du postulat de rationalité.** En revanche, la seconde différence entre l'inférence juridique et l'inférence économique n'est pas indifférente à la signification du raisonnement économique en tant que raisonnement probatoire. Cette différence tient au présupposé sur lequel l'inférence repose. En droit, les présupposés sont libres : rien ne dit au juge à partir de quels principes ou règles d'expérience il peut inférer un fait à partir d'un autre. Par ailleurs, les présupposés des inférences admises ne sont généralement pas explicités. Le Code civil s'en remet « aux lumières et à la prudence du magistrat »[2] pour déterminer si une inférence est vraisemblable. C'est sans doute pour cela qu'on appelle « règles d'expérience » les présupposés qui permettent les inférences : ils résultent de l'appréhension immédiate. En économie, en revanche, l'inférence est contrainte. Les économistes supposent, par principe, que les préférences et les comportements sont rationnels[3]. Autrement dit, le postulat de rationalité constitue toujours le pivot de l'inférence. Comme on l'a vu, la signification de ce postulat est double. En premier lieu, il conduit à n'admettre que certains énoncés en tant que description des phénomènes économiques[4]. Tout ce qui n'est pas conforme au principe de rationalité n'a pas d'existence du point de vue de l'analyse économique. Cela revient à préjuger ce qui peut être prouvé, à la manière d'une présomption irréfragable, donc inacceptable en tant que preuve[5]. En second lieu, le postulat de rationalité garantit la validité de l'inférence elle même. En effet, supposer que les comportements sont rationnels permet de dire qu'ils révèlent fidèlement les préférences, ce

---

[1] Paris, 15 novembre 1989, Levure de panification, BOCCRF du 18 novembre 1989, confirmé par Cass. com. 14 janvier 1992, BOCCRF du 1er février 1992, p. 56. V., sur ce point, M. CHAGNY, *op. cit.*, n° 140, p. 149.

[2] Art. 1353 C. civ.

[3] B. GUERRIEN, « Le cadre d'analyse économique : le raisonnement économique », *Comprendre l'économie 1. Concepts et mécanismes*, *Cahiers français*, n° 315, juill-août 2003, pp. 3-7, spéc. l'encadré « Qu'est-ce qu'un comportement rationnel ? », p. 4. Sur le postulat de rationalité, V. *supra* n° 201 et s.

[4] Sur cet aspect du postulat de rationalité, V. *supra* n° 205.

[5] Comme on l'a vu, la présomption irréfragable exclut la preuve et s'analyse comme une fiction (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n° 583, p. 476) ou comme une règle de fond (F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 681, p. 536, et M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988, pp. 202-203). *Supra* n° 198.

qui équivaut à déclarer *a priori* valable l'inférence des préférences à partir des comportements. On le voit, l'inférence en économie est beaucoup plus contrainte qu'en droit. C'est, selon nous, ce qui explique que l'inférence économique ne soit pas toujours juridiquement acceptable en tant que présomption.

1027. **Conclusion du a.** Les développements qui précèdent ont montré les similitudes et les différences entre, d'une part, le raisonnement qui caractérise, en droit, la preuve par présomption et, d'autre part, le raisonnement qui caractérise, en économie, la « révélation des préférences ». Dans les deux cas, il s'agit d'un raisonnement par inférence. En outre, l'inférence peut porter sur des objets proches : l'intention dans un cas et les « préférences » dans l'autre. Pour autant, il existe des différences entre les deux raisonnements. Dans le raisonnement probatoire habituel en droit, une inférence valable peut être réalisée à partir de nombreux principes ou règles d'expérience, qui ne sont pas spécifiés. En revanche, dans le raisonnement économique, le pivot de l'inférence est unique et explicité : il s'agit du postulat de rationalité. Cette différence met en lumière les limites du raisonnement économique en tant que raisonnement probatoire et souligne la nécessité du contrôle juridictionnel sur la vraisemblance de l'inférence. Ce contrôle est effectivement exercé et le postulat de rationalité est parfois accepté, parfois mis en doute par le juge. C'est ce qui explique que la valeur probante du raisonnement économique soit variable.

b) La valeur probante variable du raisonnement économique

1028. Le raisonnement économique fondé sur l'hypothèse de rationalité se voit parfois admis à titre de preuve par présomption (i). Cependant, sa valeur probante n'est parfois que celle d'un commencement ou d'un complément de preuve (ii). Il arrive aussi que toute valeur probante lui soit refusée (iii). On peut, sur ce fondement, formuler des hypothèses sur les causes de variation de la valeur probante du raisonnement économique (iv).

i. Le raisonnement économique admis à titre de présomption

1029. En droit de la concurrence, l'utilisation du raisonnement économique à titre de présomption évoque immédiatement la preuve des pratiques concertées et la question du parallélisme de comportement. Cependant, dans la preuve de la pratique concertée, le raisonnement économique interprétatif du parallélisme de comportement n'est pas véritablement admis à titre de présomption, mais seulement à titre de commencement de

preuve[1]. En revanche, on trouve d'autres exemples où c'est bien une présomption qui est fondée sur un raisonnement économique.

1030. **Premier exemple.** Dans un arrêt récent, le Tribunal de première instance a admis que, s'agissant de la preuve d'une position dominante collective, le constat d'alignement étroit des prix à un niveau élevé pendant une longue durée, joint à d'autres facteurs typiques d'une position dominante collective, pouvait, en l'absence d'autre explication, suffire à démontrer l'existence d'une position dominante collective[2]. Dans ce raisonnement, la transparence, qui est un élément nécessaire de la qualification de position dominante collective, est présumée[3]. En l'espèce, deux arguments économiques intervenaient dans la justification de cette présomption. En premier lieu, il n'était *a priori* pas rationnel pour des entreprises de maintenir des prix élevés alors que la demande baissait[4]. En second lieu, la configuration du marché rendait *a priori* vraisemblable la coordination. On peut donc dire qu'une présomption réfragable fondée sur un raisonnement économique a été admise[5].

1031. **Autres exemples.** La jurisprudence sur les ententes fournit aussi plusieurs exemples de raisonnements économiques probatoires acceptés à titre de présomption. Ainsi, la jurisprudence communautaire admet que la Commission puisse inférer l'adhésion d'une entreprise à un accord restrictif de concurrence à partir de sa participation à une réunion dont l'objet est d'organiser le comportement collusif[6]. La présomption est réfragable[7], puisque l'entreprise est admise à démontrer que sa participation à la réunion avait un autre objet que la participation à l'entente. Selon les termes du Tribunal de première instance, « il incombe à

---

[1] *Infra* n° 1034.

[2] Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2006, Impala/Commission, T-464/04, non encore publié au Recueil, points 252-254. Le Tribunal a jugé que cette précision sur la preuve par présomption de la position dominante collective était suffisamment importante pour mériter un *obiter*, puisque, comme le reconnaît le Tribunal lui-même au point 254, l'examen de la thèse de la requérante ne soulevait pas cette question.

[3] *Ibid*.

[4] *Impala*, préc., point 253.

[5] Le raisonnement économique intervient dans la détermination du *contenu* de la présomption, mais n'intervient pas dans l'admissibilité de la preuve indirecte. C'est la nature de l'objet de preuve et les éléments de preuve disponibles qui conduisent le juge à admettre la preuve par présomption. Lorsque la preuve porte sur un fait futur – le *risque* de création d'une position dominante collective, comme en matière de contrôle des concentrations – les objets de preuve désignés par le test défini dans *Airtours* doivent être respectés. En revanche, lorsqu'il s'agit d'établir l'existence actuelle d'une position dominante collective, des faits pertinents passés et présents peuvent être allégués, ce qui rend le déplacement de l'objet de preuve possible. Pour la preuve d'un fait futur, les objets de spéculation sont désignés de manière obligatoire, tandis que, pour la preuve d'un fait présent, il y a matière à déplacement de ces mêmes objets de preuve. *Impala*, préc., point 251.

[6] Arrêt du Tribunal du 15 septembre 2005, DaimlerChrysler/Commission, T-325/01, non encore publié au Recueil, point 202 et jurisprudence citée. Arrêt de la Cour du 14 juillet 2005, Acerinox/Commission, C-57/02 P, Rec. p. I-6689, point 46.

[7] C'est donc bien une présomption. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n° 579, p. 473.

cette entreprise d'avancer des indices de nature à établir que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu'elle a indiqué à ses concurrents qu'elle y participait dans une optique différente de la leur »[1]. L'inférence qui sous-tend cette présomption peut s'expliquer par une règle d'expérience, selon laquelle une entreprise n'envoie généralement pas de représentant à une réunion de cartel si elle n'a pas l'intention de prendre part à l'accord qui y est discuté. Sous cet angle, il s'agit d'une inférence à partir du sens commun. Le lien logique entre l'objet de preuve initial et l'objet de preuve substitué est la coïncidence, exactement comme la présomption de propriété attachée à la possession[2].

1032. Sans que cela soit contradictoire[3], on peut aussi voir dans cette inférence une expression de l'hypothèse de rationalité économique[4]. L'inférence s'appuie en effet sur l'idée selon laquelle, si une entreprise n'en attendait pas un bénéfice, elle ne prendrait pas le risque d'envoyer un représentant à une réunion dont elle ne peut ignorer le caractère suspect du point de vue du droit de la concurrence. Une entreprise rationnelle ne prend pas de risque (ici un risque juridique) sans l'avoir calculé. L'inférence s'appuie d'une autre manière encore sur un raisonnement économique : le juge la justifie par la prise en considération de ce que les économistes appellent les anticipations rationnelles. Ces anticipations sont les inférences que font les entreprises elles-mêmes à partir des comportements qu'elles observent de la part de leurs concurrents. La prise en considération de cet aspect du raisonnement économique des entreprise est attestée par une jurisprudence constante, selon laquelle, « ayant participé à [une] réunion [de cartel] sans se distancier publiquement de son contenu, l'entreprise a donné à penser aux autres participants qu'elle souscrivait à son résultat et qu'elle s'y conformerait »[5]. Autrement dit, c'est parce que la participation d'une entreprise à une réunion crée dans le chef des autres participants une attente légitime de coopération que sa seule présence à une telle

---

[1] *DaimlerChrysler*, préc., *loc. cit.*, *Acerinox*, préc., *loc. cit.* V. aussi arrêt du Tribunal du 6 avril 1995, Trefileurope/Commission, Rec. p. II-791, point 54.

[2] F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 576, p. 471.

[3] Il arrive que l'hypothèse de rationalité corresponde au vraisemblable.

[4] En ce sens, É. BARBIER de LA SERRE, obs. sous l'arrêt du Tribunal du 5 avril 2006, Degussa/Commission, T-279/02, non encore publié au Recueil, *RLC*, 2006/8, n° 565.

[5] P.e. arrêt de la Cour du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, point 82.

réunion peut lui être reprochée. Le juge imagine par conséquent les anticipations rationnelles des participants. Le même type de raisonnement trouve encore d'autres applications[1].

1033. Des présomptions fondées sur un raisonnement économique sont donc admises. En revanche, dans d'autres cas, l'inférence qui repose sur le postulat de rationalité n'est pas considérée comme suffisamment fiable. Le raisonnement économique ne vaut alors pas preuve par présomption, mais seulement commencement ou complément de preuve.

ii. Le raisonnement économique admis à titre de commencement ou de complément de preuve

1034. **Valeur variable du raisonnement probatoire.** Sur cette même question de l'interprétation à donner à la présence d'une entreprise à une réunion, les juges français se sont montrés globalement plus sceptiques que leurs homologues communautaires. Ils exigent davantage d'indices de la volonté : soit une manifestation plus explicite de l'adhésion à l'action collective décidée lors de ladite réunion, soit une participation ultérieure à d'autres réunions ayant le même objet anticoncurrentiel, soit encore l'application concrète des mesures décidées lors de cette réunion[2]. La jurisprudence est assez fluctuante, mais, dans l'ensemble, la valeur probante accordée à l'inférence à partir de l'hypothèse de rationalité semble moindre[3]. Alors qu'une preuve complète par présomption est admise en droit communautaire, le même raisonnement n'aurait valeur que de commencement de preuve en droit français.

1035. **L'exemple du parallélisme de comportement.** Un exemple plus net dans lequel le raisonnement économique a la valeur d'un complément de preuve concerne le parallélisme de comportement dans la preuve de la pratique concertée[4]. La preuve de la pratique concertée a suscité des difficultés, tant sur la définition de la notion que sur la preuve elle-même, deux aspects qu'il n'est d'ailleurs pas toujours facile de distinguer[5]. Cependant, il est désormais

---

[1] C'est un raisonnement identique qui justifie que la Commission ait démontré à suffisance de droit l'effet du comportement dès lors qu'elle a démontré que l'information sur les prix était annoncée. V. *Degussa*, préc., point 233.

[2] Sur cette question, V. en dernier lieu V. SÉLINSKY, « Standards de preuve de la concertation illicite dans le cadre d'ententes horizontales renforcées par des ententes verticales »,, *RLC*, 2006/8, n° 547.

[3] M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 1ère éd., 2006, n° 171, p. 160.

[4] Sur la valeur variable accordée à ce raisonnement probatoire dans la pratique française, V. D. BRAULT, *op. cit.*, n° 1385, p. 595.

[5] Sur les confusions possibles et, selon l'auteur, réalisées dans l'arrêt *ICI* entre la définition de la notion et la preuve, R. JOLIET, « La notion de pratique concertée et l'arrêt *ICI* dans une perspective comparatiste », *Cah. Dr. eur.*, 1974, pp. 251-287, spéc. pp. 271-2. Sur cette distinction, V. aussi V. L. VOGEL, « Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence », *JCP(E)*, 1991, I-91. Ph. LAURENT, « Qualification et preuve de la pratique concertée », *Contrats Conc. Conso.*, mars 1992, pp. 1-2. C.-E. GUDIN, « Réflexion sur la

admis que l'objet de la preuve tient dans l'intention de supprimer l'incertitude inhérente à la concurrence, non dans une rencontre de volontés sur les moyens de le faire ou dans la réalisation effective des intentions[1]. Or, la preuve directe de l'intention de supprimer cette incertitude est rarement possible et « l'effectivité du droit de la concurrence doit conduire à admettre la preuve par présomption à partir du parallélisme de comportement »[2]. Le déplacement de l'objet de preuve s'effectue donc de l'intention vers le parallélisme, mais ce n'est pas un déplacement total (qui caractériserait une présomption). En effet, l'inférence de l'intention à partir du seul parallélisme de comportement n'est pas admise[3]. Selon une jurisprudence constante, un parallélisme de comportement ne suffit pas à prouver l'entente[4], il en constitue seulement un indice sérieux[5]. L'inférence de l'intention à partir du parallélisme doit donc être corroborée. Elle peut l'être de deux manières, soit par des indices supplémentaires, soit par la démonstration qu'il n'existe pas d'autre explication du parallélisme que la concertation. Dans les deux cas, un raisonnement économique intervient, mais de manière plus ou moins déterminante.

1036. **Le raisonnement économique liant les indices.** La première hypothèse correspond à la situation dans laquelle d'autres indices de concertation peuvent être rapportés[6]. Dans ce cas, « la question de savoir s'il y a concertation (…) ne peut être appréciée correctement que si les indices invoqués par la décision attaquée sont considérés non pas isolément, mais dans leur ensemble, compte tenu des caractéristiques du marché en cause »[7]. Le raisonnement

---

définition et la preuve de l'entente en droit communautaire », *Revue des affaires européennes*, 1996, pp. 117-135.

[1] V. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, préc., n° 173 et s., p. 162 et s.

[2] Conclusions de l'avocat général Darmon présentées le 7 juillet 1992, A. Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec. p. I-1307, point 445.

[3] Comme l'indique M. WATHELET, « Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole. Le cas des matières colorantes », *RTD Eur.*, 1975, pp. 663-699, spéc. p. 665, la jurisprudence est conforme sur ce point à l'analyse économique, qui montre que, dans certaines situations (*price leadership* ou oligopole), un parallélisme de comportement peut résulter du fonctionnement normal du marché.

[4] V. notamment l'arrêt de la Cour du 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, Rec. p. 619, point 66. En droit français, V. Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991, pourvoi n° 89-21.487, Laloeuf c/ Sacem ; Paris, 19 septembre 1990, préc.

[5] *ICI*, préc., point 66 : « si un parallélisme de comportement ne peut être à lui seul identifié à une pratique concertée, il est susceptible de constituer un indice sérieux d'une pratique concertée, lorsqu'il aboutit à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché, compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché ». M. CHAGNY, *op. cit.*, n° 14, p. 10.

[6] Ces indices ne peuvent être eux-mêmes présumés. J. M. JOSHUA, « Proof in Contested EEC Competition Cases : A Comparison with the Rules of Evidence », *E.L.Rev.* 1987, pp. 315-353, p. 332.

[7] *ICI*, préc., point 68.

économique, qui prête aux caractéristiques du marché un certain pouvoir explicatif de l'ensemble des indices, constitue dans cette hypothèse le lien qui permet de tenir ensemble les indices en un faisceau. Il n'a pas de valeur probante autonome mais révèle la valeur probante des indices en proposant un scénario cohérent[1].

1037. **Le raisonnement économique comme complément de preuve.** Dans la seconde hypothèse, en l'absence d'autres indices, le raisonnement économique est lui même un complément de preuve. Dans ce cas, en effet, il est nécessaire de prouver que la concertation en constitue la seule explication plausible[2]. Il ne s'agit pas d'un cas difficile de preuve d'un fait négatif[3], puisqu'il est possible de satisfaire à la charge de preuve en démontrant positivement que les comportements établis se prêtent à une explication alternative[4]. Cette preuve s'effectue au moyen d'un raisonnement économique qui repose sur l'hypothèse de rationalité. En effet, « [i]l s'agit de déterminer si, [eu égard aux] caractéristiques du marché, les intérêts des concurrents sont suffisamment proches pour que l'alignement sur la conduite de l'un d'eux corresponde à une attitude rationnelle des firmes, déterminée par leur intérêt individuellement considéré »[5]. La preuve repose donc en réalité sur la comparaison de deux blocs de raisonnements économiques. Le premier est constitué d'une série de raisonnements,

---

[1] M. BRUNT, « Antitrust and the Courts : the Role of Economics and of Economists », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998, pp. 357-367, note p. 362 : « [f]acts by their very nature are insufficient. Clearly there must be a selection of relevant facts and a linking together of those facts into a causal sequence : an explanation or a prediction. In the antitrust field, the significance of a fact may often only be known by economic argument », ce qui peut se traduire ainsi : « par nature, les faits sont insuffisants. Les faits pertinents doivent être sélectionnés puis liés entre eux en une séquence causale, explication ou prédiction. En matière de concurrence, l'importance d'un fait ne peut souvent être révélée que par l'argumentation économique ».

[2] Arrêt de la Cour du 31 mars 1993, C-89/85 et C-104/85, Ahlström Osakeyhti e.a/Commission, Rec. p. I-1575, point 71. Pour une formulation équivalente en droit français, V. Rapport d'activité du Conseil de la Concurrence pour 1989, p. 26 : l'entente est établie lorsque le parallélisme ne peut s'expliquer « ni par les conditions de fonctionnement du marché auxquelles chaque entreprise est soumise ni par la poursuite de l'intérêt individuel de chacune d'elles ».

[3] J. LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *RTD Civ.*, 1953, pp. 1-48, spéc. n° 3, p. 3 ; « la preuve d'un fait négatif ne soulève pas de problème spécifique lorsque cette preuve peut se faire par la preuve *positive* d'une affirmation contraire ».

[4] Arrêt de la Cour du 28 mars 1984, Compagnie royale asturienne des mines et Rheiznik/Commission, 29/83 et 30/83, Rec. p. 1679, point 16. Ce mode de raisonnement n'est pas propre à la preuve de l'entente. V. H. BATIFFOL, « Observations sur la preuve des faits », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Travaux du Centre National de Recherches Logiques, Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 303-314, p. 309. L'auteur cite un arrêt de la Cour de cassation, Cass. civ. 20 mai 1979, *Gaz. Pal.*, 18 octobre 1979, dans lequel la causalité entre l'administration du médicament prescrit par le médecin et les lésions constatées est admise au double motif que de telles lésions étaient habituellement corrélées à l'administration de cette substance (vraisemblance appréciée à partir de la normalité) et *qu'aucune autre explication plausible n'était fournie* (confirmation). En ce sens, la « preuve économique » n'est donc pas « sans commune mesure avec les règles de preuve du droit civil ». *Contra* : H. SYNVET, note sous Cass. com. 8 octobre 1991, Sté BP France e.a., *JCP* 1993, II-22095, p. 296, cité en ce sens par M. CHAGNY, *op. cit.*, n° 140, p. 150.

[5] R. JOLIET, *op. cit.*, p. 274.

puisqu'il consiste à examiner, pour chacune des entreprises concernées, quelles seraient ses options si elle décidait seule et rationnellement de sa stratégie. Le second élément de la comparaison est un raisonnement contrefactuel qui consiste à examiner ce qui serait collectivement rationnel si les entreprises se concertaient. Le comportement observé est confronté aux conclusions des deux raisonnements complexes et, s'il ne peut être expliqué que par l'hypothèse de collusion, l'inférence de collusion est corroborée. Cette conclusion peut être contestée par la partie adverse à condition qu'elle avance une autre explication plausible. Dans ce dernier cas, le raisonnement économique jette un doute sur les éléments de preuve réunis par l'autorité de concurrence. Il est alors un instrument de la réfutation pour les entreprises concernées.

1038. **Difficulté.** Quelle que soit la partie qui invoque le raisonnement économique, et que ce soit comme complément de preuve ou à titre de réfutation, la difficulté pour le juge qui doit en déterminer la valeur probante consiste, comme l'ont souligné plusieurs auteurs[1], dans le contenu précis de la clausule « compte tenu des caractéristiques du marché »[2]. De quelles caractéristiques le raisonnement économique probatoire doit-il tenir compte et comment ? Différentes conceptions économiques peuvent s'affronter sur cette question, spécialement lorsqu'elle est au cœur d'un procès[3]. Dès lors, la valeur probante qu'il convient d'attribuer au raisonnement économique à propos du parallélisme de comportement ne peut être fixe : elle dépend de la qualité de l'explication proposée[4]. C'est seulement au terme d'un contrôle poussé sur les raisonnements économiques avancés de part et d'autre que le juge pourra la déterminer. Le juge doit donc faire porter son contrôle sur le raisonnement économique pour apprécier la valeur probante des éléments de preuve.

1039. À l'inverse, il arrive que, sans même qu'un examen approfondi soit nécessaire, toute valeur probante soit déniée au raisonnement économique. Tel est le cas lorsque l'inférence à partir de l'hypothèse de rationalité paraît trop indirecte.

iii. Le raisonnement économique dépourvu de valeur probante

1040. Il arrive en matière de cartels que la Commission pousse plus loin le raisonnement qui a été exposé à propos de la présence d'une entreprise à une réunion. Ainsi, dans l'affaire

---

[1] R. JOLIET, *op. cit.*, spéc. p. 277. M. WATHELET, *op. cit.*, p. 667 et s.

[2] *ICI*, préc., point 68.

[3] Dans l'affaire des matières colorantes, les parties soutenaient que la structure du marché imposait le parallélisme à la baisse, mais pas à la hausse, alors que la Commission ne faisait pas cette distinction.

[4] M. WATHELET, *op. cit.*, *loc. cit.*

Degussa, la Commission soutenait que les participants à l'entente ne se seraient pas réunis régulièrement durant toute la durée de l'entente si celle-ci n'avait eu aucun effet sur le marché[1]. Le Tribunal de première instance rejette cet argument comme « fondé sur de pures conjectures » et « dépourvu de toute force probante »[2]. Cette solution nous semble indiquer que la Commission peut inférer la volonté des entreprises à partir de leur comportement, mais pas la volonté *et* l'effet. Tout se passe comme si la force probante du raisonnement s'épuisait dans la première inférence. À force de fatiguer les preuves, on ne convainc plus le juge.

1041. Les différents exemples qui ont été développés montrent que la valeur probante du raisonnement économique est variable. Cela conduit à formuler des hypothèses sur les raisons de ces variations.

iv. Hypothèses sur la variation de la force probante reconnue au raisonnement économique

1042. On peut faire deux hypothèses sur ce qui fait varier la force probante attachée à un raisonnement économique. La première est que cette force ne dépend pas seulement de l'objet de l'inférence, mais aussi du raisonnement d'ensemble avancé par les parties. Pour reprendre le dernier exemple étudié, il serait probablement admissible d'inférer la durée d'une entente à partir des dates des réunions en cause si la volonté des entreprises de participer à cette entente n'était elle aussi inférée à partir des mêmes indices. Plus généralement, la force probante dépend – doit en tout cas dépendre – de la qualité du raisonnement économique, de sa logique et de sa cohérence[3]. L'argument économique ne doit pas être un argument d'autorité[4], même si, dans la stratégie des parties, cette dimension n'est pas toujours absente de l'intervention d'économistes de renom à la barre[5]. Le juge doit être convaincu par les mérites propres du

---

[1] Arrêt du Tribunal du 5 avril 2006, Degussa/Commission, T-279/02, non encore publié au Recueil**,** point 240, obs. É. BARBIER de LA SERRE, *RLC*, 2006/8, n° 565.

[2] *Ibid*., citant l'arrêt du Tribunal du 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission, T-224/00, Rec. p. II-2597, point 159.

[3] Pour un exemple d'incohérences non relevées par la Cour dans le raisonnement économique de la Commission dans l'affaire *ICI*, M. WATHELET, préc.

[4] G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (dir.) *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Nemesis, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », T. 4, Bruxelles, 1988.

[5] L'affaire Microsoft l'a illustré. Les différentes parties ont fait venir à l'audience, aussi bien en référé qu'au fond, des économistes de renom pour présenter des arguments non techniques, qui auraient très bien pu être exposés par les avocats. À l'audience de référé, le professeur B. NALEBUFF, intervenant au soutien de la Commission, a exposé en substance, quoiqu'au moyen d'un arbre de décision, que le sursis à l'exécution de la décision attaquée devait être refusé eu égard au fait que, s'il en était autrement, cela pourrait rendre sans objet une confirmation au fond en raison de l'évolution du marché dans l'intervalle. À l'audience au principal, c'est le professeur EVANS qui a été chargé d'exposer pour Microsoft que, pour évaluer l'effet d'un comportement (en l'espèce l'effet de forclusion que pouvait représenter l'ubiquité du logiciel Windows Media Player pour d'autres

raisonnement économique avancé à titre de preuve. C'est là, en dernière analyse, une question d'impartialité du juge[1]. Un arrêt du Tribunal de première instance va du reste dans ce sens, puisque le juge communautaire y observe qu'un raisonnement économique convaincant peut se suffire à lui même et n'a pas nécessairement à venir d'un expert[2]. La variation de la force probante attachée au raisonnement économique n'aurait alors rien de spécifique. Elle serait inhérente à toute preuve.

1043. La seconde hypothèse sur la variation de la force probante reconnue au raisonnement économique est la suivante : cette force probante dépend des conceptions économiques du juge lui-même. Si le juge ne doit pas préjuger la valeur d'un argument économique, il convient néanmoins de souligner que l'appréciation qu'il porte sur la valeur probante d'un tel raisonnement dépend nécessairement de ses conceptions sur la réalité économique. Par exemple, dans le cas d'une pratique concertée, son appréciation des explications alternatives avancées par les parties dépendra nécessairement du crédit qu'il accorde à la théorie de l'oligopole. En matière de cartel, l'admission de l'inférence qui est réalisée entre la participation d'une entreprise à une réunion dépend en dernière analyse de l'acceptation de l'hypothèse de rationalité. Là encore, il n'y a rien de spécifique au raisonnement économique. Le juge apprécie toujours les explications proposées à l'aune de sa connaissance du monde. Cependant, les connaissances économiques du juge peuvent être moins fermes que ses connaissances plus générales. À notre avis, c'est précisément pour cette raison que le juge doit adopter une attitude ouverte et accepter que même ce que nous avons appelé des règles d'expérience économiques puissent être remises en cause ou écartées si une partie avance un raisonnement convaincant en ce sens[3]. À cet égard, le postulat de rationalité n'a, comme on l'a dit, rien d'un principe intangible pour le juge. Une inférence qui repose sur la rationalité des entreprises est admise lorsqu'elle est convaincante, mais rien ne dit qu'elle le sera nécessairement. Si cette analyse est juste, des études situées aux confins de la micro-économie et de la psychologie, qui mettent en lumière des comportements « irrationnels » (au

---

formats de contenu vidéo que ceux que ce logiciel permet de lire), il ne suffisait pas, contrairement à ce qu'avait fait la Commission, d'avoir égard aux coûts nécessaires pour contourner cette stratégie (en l'espèce encoder dans plusieurs formats), et qu'il fallait aussi prendre en considération les bénéfices associés et comparer les deux.

[1] M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, chron., pp. 53-57, spéc. n° 9, p. 54.

[2] Arrêt du Tribunal du14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, point 297.

[3] Sur les règles d'expérience économiques, V. *supra* n° 869 et s.

sens de la notion économique de rationalité)[1], pourraient bien, à l'avenir, être invoqués devant le juge et faire évoluer la preuve des pratiques anticoncurrentielles.

1044. **Conclusion du 4.** Les développements qui précèdent ont montré que le raisonnement économique pouvait être un raisonnement probatoire. Dans cette hypothèse, il ressortit à la catégorie des présomptions. En lui-même, ce constat n'a pas d'incidence sur la valeur probante du raisonnement économique. En effet, comme pour toute preuve, ce n'est pas le mode de preuve qui détermine la valeur probante. La valeur probante du raisonnement économique peut donc être variable et l'on a illustré ces variations. À cet égard, il convient de souligner que, si la valeur reconnue aux preuves est une affaire d'espèce, elle dépend aussi des conceptions du juge, en l'occurrence de ses conceptions économiques.

1045. **Conclusion du A.** La notion d'appréciation des faits est fuyante. Il est difficile de la distinguer conceptuellement du constat de fait ou de la qualification juridique des faits. Pourtant, cette distinction est importante en droit positif, tant en droit administratif qu'en droit communautaire. En effet, elle a pour fonction de distinguer, d'une part, entre un contrôle restreint sur les appréciations économiques et un contrôle normal sur les constats de fait et, d'autre part, entre ce même contrôle restreint et la qualification juridique. Pour comprendre dans quelle mesure le raisonnement économique entre dans l'objet du contrôle juridictionnel, il importait donc de s'interroger sur les relations entre les appréciations économiques et le raisonnement économique. Nous avons montré à cet égard que les appréciations économiques ne supposaient pas toujours un raisonnement économique. Il arrive qu'elles relèvent, comme d'autres appréciations, de l'évidence. Dans ce cas, aucun raisonnement économique n'est nécessaire. En revanche, dans les appréciations complexes, un raisonnement économique est apparent. Plus précisément, deux modalités du raisonnement économique interviennent. On trouve, d'une part, un raisonnement économique abstrait, qui donne sa structure argumentative à l'appréciation et, d'autre part, un raisonnement économique concret, qui constitue l'appréciation proprement dite. Le premier élément du raisonnement, que nous avons appelé scénario, consiste dans un enchaînement causal possible qui rendrait compte d'un effet anticoncurrentiel (ou non) d'un comportement en cause. Le second élément consiste dans la vérification, au regard des faits établis en l'espèce, de la vraisemblance du scénario retenu. Nous avons avancé l'idée que seul le raisonnement abstrait, ou scénario, entrait en réalité dans l'objet du contrôle restreint. Le raisonnement économique concret qui

[1] F. LORDON, « La rationalité en question », *Les nouvelles théories économiques*, *Cahiers français* n° 272, juill-sept. 1995, pp. 64-71.

est mené pour vérifier la vraisemblance d'un scénario au regard des faits de l'espèce doit, quant à lui, être considéré comme un raisonnement probatoire. À ce titre, il est l'objet d'un contrôle des preuves, lequel n'est pas un contrôle restreint. En tant que preuve, le raisonnement économique relève de la catégorie des preuves par présomption. Il constitue alors un type particulier de présomption reposant sur l'hypothèse de rationalité. La valeur probante qui lui est reconnue est variable, ce en quoi le raisonnement économique probatoire n'est pas différent des autres preuves.

1046. Du point de vue de l'examen de la place du raisonnement économique parmi les objets du contrôle juridictionnel, qui est le sujet de la présente section, il convient de retenir deux points essentiels de l'ensemble de ces observations. Premièrement, de manière très générale, le raisonnement économique entre dans l'objet du contrôle des appréciations. Deuxièmement, de manière plus précise, l'étude du raisonnement économique comme objet du contrôle juridictionnel montre la dualité du contrôle sur les appréciations. Il s'agit, d'une part, d'un contrôle sur la structure du raisonnement, qui se rapproche d'un contrôle en droit, et, d'autre part, d'un contrôle sur l'interprétation des faits appréhendés à travers le prisme d'une structure argumentative préalable, qui est un contrôle des preuves.

1047. Ces observations éclairent le rôle du juge de cassation sur le contrôle du raisonnement économique dans les appréciations de fait. Il en découle que rien ne s'oppose en principe à ce que le juge de cassation exerce son contrôle sur l'appréciation portée par le juge du fond sur les scénarios avancés par l'autorité de concurrence ou par les parties. En revanche, le contrôle du juge de cassation sur l'appréciation en l'espèce de la vraisemblance d'un scénario est nécessairement plus limité, car l'appréciation des preuves relève de l'appréciation souveraine du juge du fond. Le juge de cassation pourrait néanmoins n'être pas entièrement étranger au contrôle du raisonnement économique probatoire, dans la mesure où la Cour de cassation peut exercer son contrôle sur l'admissibilité de la preuve par présomption[1].

1048. Après avoir montré de quelles manières le raisonnement économique est saisi par le contrôle des appréciations, il convient de se demander comment il est saisi par le contrôle de qualification.

---

[1] P. A. FORIERS, « La preuve des faits devant la Cour de cassation », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS, *La preuve en droit*, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 123-147, p. 145.

B. Le raisonnement économique, objet du contrôle de qualification

1049. La qualification ne se distingue pas, par sa nature, de l'appréciation des faits[1]. La raison en a déjà été exposée : il n'existe pas de différence de nature, du point de vue de l'opération intellectuelle, entre l'interprétation des faits, qui procède par qualification au regard des notions économiques, et la qualification juridique[2]. Tout praticien sait du reste qu'une même question peut recevoir une formulation plus ou moins factuelle ou, au contraire, plus ou moins juridique[3], de telle sorte que ce qui est question de fait pendant un temps peut devenir ensuite une question de qualification[4]. Les développements qui précèdent ont par ailleurs illustré, dans le cas particulier du raisonnement économique, la continuité entre appréciation et qualification. Si la distinction doit néanmoins être faite, c'est pour des raisons pratiques, qui tiennent à la compétence limitée du juge de cassation. C'est par ce contrôle de qualification que les cours suprêmes peuvent statuer sur ce qui, dans l'appréciation des faits, relève du droit[5]. À cet égard, un commentateur du droit communautaire avait cru pouvoir prédire que l'instauration du pourvoi devant la Cour de justice obligerait les auteurs en droit

---

[1] A. PERDRIAU, « Le contrôle normatif du fond du droit », *J-Cl. Procédure civile*, fasc. 792, n° 132. La même remarque est faite en droit administratif par le professeur Rivero. J. RIVERO, « La distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *in Le fait et le droit : Études de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 130-148, p. 144. L'auteur considère que le Conseil d'État effectue un partage entre les qualifications soumises à son contrôle et celles qu'il laisse à l'appréciation de l'administration d'une manière toute pragmatique. Les juges s'autoriseraient à contrôler la qualification de « perspective monumentale » parce qu'ils se sentiraient assez sûrs de leur jugement esthétique pour le faire, mais pas celle de « produit de nature à mettre en danger la santé publique », parce qu'ils ne sont « ni chimistes ni pharmaciens » et ne sont donc pas « outillés » pour exercer un contrôle. Sur la question de la complexité des appréciations techniques comme facteur limitant l'intensité du contrôle juridictionnel, V. *infra* n° 1208 et s.

[2] O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, pp. 3-18, spéc. p. 16.

[3] Comme le note l'avocat général Jacobs, « tout plaideur digne de ce nom est capable de présenter une question de fait comme une question de droit ». F. JACOBS, « Proposals for Reform in the Organisation and Procedure of the Court of Justice of the European Communities », *in Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlag, 1987, p. 295, cité par B. MONGIN, « Les pourvois devant la Cour : un premier bilan », *in* S. A. PAPPAS (dir.), *Tendances actuelles et évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, vol. 1, 1993, pp. 231-242, p. 234. Repris (sans citation) par G. FRIDEN, « Quelques réflexions sur la recevabilité d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance », *R.A.E-L.E.A*, 2000, p. 234. La remarque ne vaut pas seulement pour les plaideurs, mais aussi, par exemple, pour un juge qui pose une question préjudicielle.

[4] Dans un arrêt du 25 avril 1989, Bull. civ. IV, n° 135, p. 90, la Cour de cassation avait jugé que la délimitation du marché relevait du pouvoir souverain de la Cour d'appel. Dans un arrêt du 10 mars 1992, Bull. civ. IV, n° 111, elle a soumis la délimitation du marché pertinent à son contrôle.

[5] Sur ce point, V. les conclusions de l'avocat général Léger du 11 octobre 2005 sous l'arrêt de la Cour du 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA/République italienne, C-173/03, non encore publié au Recueil, points 83 et s., qui conclut, après une analyse du contrôle de qualification, que la responsabilité d'un État membre doit pouvoir être engagée à raison d'une erreur de droit commise par sa Cour suprême, quand bien même l'erreur serait liée à l'appréciation des faits et des preuves. La Cour tire les conséquences de cette analyse au point 38 de l'arrêt.

de la concurrence à mieux distinguer les questions de droit des questions de fait[1]. Des efforts ont certes été entrepris en ce sens par la doctrine[2], mais il demeure que l'identification des questions de qualification des faits comme question de fait ou comme question de droit reste incertaine. La difficulté qu'il y a à opérer cette distinction n'est nullement propre au droit de la concurrence[3], mais elle est, dans cette matière, rendue plus complexe encore par la présence du raisonnement économique (1). Le raisonnement économique est tantôt soustrait au contrôle de qualification, tantôt l'objet de ce contrôle (2).

1. Le problème de l'identification des questions de qualification au regard du raisonnement économique

1050. En droit de la concurrence comme ailleurs, le contrôle de qualification ne porte pas sur toutes les qualifications[4]. En outre, parmi les qualifications contrôlées, toutes ne supposent pas un raisonnement économique[5]. Le contrôle des qualifications ne rencontre donc pas systématiquement un raisonnement économique. La mesure dans laquelle une rencontre s'opère dépend de la conception plus ou moins large que le juge adopte de la qualification. En droit de la concurrence, comme dans d'autres domaines, on peut opposer schématiquement deux positions quant à l'admission des questions d'appréciation des faits au rang de questions de qualification juridique : l'une favorable à une extension du contrôle de cassation en principe à toutes les questions de qualification[6] et l'autre plus restrictive[7]. L'une et l'autre ont

---

[1] J. TEMPLE-LANG, « The Impact of the new Court of First Instance in EEC Antitrust and Trade Cases », *in* B. HAWK (éd.), *Fordham Corp. L. Inst.* 1987, pp. 579-606, p. 585.

[2] V. en particulier, M. WATHELET et S. van RAEPENBUSCH, « Le contrôle sur pourvoi de la Cour de justice des Communautés européennes, dix ans après la création du Tribunal de première instance », *in Mélanges en hommage à Ferdinand Schockweiler*, 1999, pp. 605-633. V. aussi F. RIGAUX, « Le pouvoir d'appréciation de la Cour de justice des Communautés européennes à l'égard des faits », *in Miscellanea W. J. Ganshof Van der Meersch*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1972, T. II, pp. 365-381. Bien qu'écrit à l'époque où la Cour de justice était encore juge du droit et du fait, cet article traite de la question par une comparaison systématique entre le contrôle de la Cour de justice et celui de la Cour de cassation.

[3] F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, *op. cit.*, n° 154 et s.

[4] Il y a cependant peu de qualifications non contrôlées. On peut songer à la gravité de l'infraction, qui est l'objet d'un contrôle de motivation, mais pas de qualification.

[5] La notion d'accord, par exemple, est une qualification contrôlée, dans laquelle le raisonnement économique ne joue aucun rôle. Pour un arrêt contrôlant la qualification juridique au regard de la notion d'accord, V. p. e. l'arrêt du Tribunal du 26 octobre 2000, Bayer/Commission, T-41/96, Rec. p. II-3383**.**

[6] M. WATHELET et S. van RAEPENBUSCH, préc. En faveur de cette conception plus généralement, H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002 (réimpr.), n° 136-7, p. 154. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966, p. 232 et 279.

[7] J. TEMPLE-LANG, « The Impact of the new Court of First Instance in EEC Antitrust and Trade Cases », *in* B. HAWK (éd.), *Fordham Corp. L. Inst.* 1987, pp. 579-606, relève que la détermination des faits nécessaires à une qualification *peut être* une question de droit, p. 584, citant l'arrêt de la Cour du 8 juin 1982, Nungesser/Commission, Rec., p. 2015. Sur cette distinction, plus généralement, J. BORÉ et L. BORÉ, *La*

été défendues en droit communautaire de la concurrence, la présence de raisonnements économiques étant invoquée au soutien de la seconde.

1051. **Conception large.** La première tendance est illustrée par les conclusions prononcées par l'avocat général Van Gerven, dans une affaire qui ne concernait nullement une question de concurrence mais n'est pas pour autant dépourvue de pertinence pour notre propos[1]. Dans ces conclusions, l'avocat général invitait la Cour de justice à ne pas adopter une conception trop restrictive de sa compétence. La limitation du pouvoir de contrôle à des « questions de droit » ne saurait exclure, soulignait-il, que l'on prête aussi attention aux faits. Ainsi concluait-il à la recevabilité d'un moyen pris de l'erreur de qualification en soutenant qu'une conception étroite nuirait à l'unité d'interprétation du droit communautaire. L'affaire en cause concernait un litige relevant du droit de la fonction publique communautaire. Aussi, pour souligner la portée très générale de la question soulevée, l'avocat général avait opté pour un argument tiré, significativement, du droit de la concurrence : il y a, concluait-il, violation du droit « non seulement lorsqu'une règle de droit est mal interprétée (par exemple si l'on jugeait qu'une infraction à l'article [82] du traité ne présuppose pas l'existence d'une position dominante), mais aussi lorsqu'une situation de fait reçoit une qualification juridique erronée (par exemple si l'on jugeait qu'une entreprise qui dispose, dans un marché donné, d'une part de marché de 95 % ne détient pas une position dominante dans le marché en question) ». En l'espèce, la Cour avait suivi l'avocat général et jugé que la qualification discutée, celle de « fréquentation régulière d'un établissement scolaire », relevait de son contrôle[2]. La solution semble conforter l'opinion des auteurs qui soutiennent que l'application de la norme aux faits relève des questions de droit[3]. Il serait cependant hâtif de conclure que la Cour a tranché en principe en faveur d'une conception large des questions de droit. En effet, la Cour a parfois été sensible à la position inverse, en se montrant favorable à une acception restrictive des questions de droit, du moins en matière de concurrence.

---

cassation en matière civile, Dalloz, coll. Dalloz action, 3ème éd. 2003-2004, n° 65.11 à 91 (en faveur de la seconde conception).

[1] Conclusions de l'avocat général Van Gerven sous l'arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, Costacurta/Commission, C-145/90 P, Rec. p. I-5449, point 3. Il s'agissait du pourvoi d'un fonctionnaire à propos du refus d'une allocation scolaire pendant la période au cours de laquelle sa fille avait effectué un stage rémunéré.

[2] Arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, Costacurta/Commission, C-145/90 P, Rec. p. I-5449, point 6.

[3] G. FRIDEN, « Quelques réflexions sur la recevabilité d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance », *R.A.E-L.E.A*, 2000, p. 234, citant l'arrêt de la Cour du 17 juillet 1997, Ferriere Nord, C-219/95 P, Rec. p. I-4411.

1052. **Conception restrictive.** Cette seconde tendance, restrictive, a trouvé une expression particulièrement nette dans les conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt *Hilti*[1]. Partant du constat selon lequel la qualification « est une opération complexe qui implique à la fois des constatations de fait et l'appréciation de ces faits à la lumière de principes économiques et de critères juridiques »[2], l'avocat général conclut que, « au moins dans les affaires de concurrence, il convient d'interpréter strictement l'exigence (…) selon laquelle les pourvois portés devant la Cour de justice sont limités aux questions de droit »[3]. Ce point de vue, partagé par d'autres avocats généraux[4], s'appuie précisément sur le rôle de l'économie en droit de la concurrence. Monsieur Jacobs souligne que, en droit de la concurrence, les questions de qualification au regard de notions économiques « exigent l'application de critères à propos desquels des économistes peuvent être en désaccord »[5]. L'idée mise en avant est donc que la Cour ne devrait pas se laisser entraîner à trancher, sous prétexte de contrôle des qualifications, une question d'économie controversée parmi les spécialistes eux mêmes. En d'autres termes, le raisonnement économique devrait être soustrait au contrôle des qualifications.

1053. **Discussion.** L'argument ne manque pas de force, mais est-il suffisamment puissant pour s'opposer à la mission d'unification de la jurisprudence qui incombe aux juridictions de cassation ? La question ne peut être tranchée de manière générale. Il est certain que, lorsque les économistes ne sont pas d'accord sur le test de qualification qu'il conviendrait d'appliquer, le juge de cassation doit s'armer de prudence. Cependant, nous avons vu que le critère du consensus entre économistes n'était pas un bon critère général de décision pour le juge[6]. Par ailleurs, lorsqu'il existe une incertitude persistante ou, dans l'ordre interne, des divergences de jurisprudence, une Cour de cassation saisie de la question qui donne lieu à controverse ne saurait s'abriter derrière l'aspect économique ou controversé de la question en débat. Il peut effectivement être nécessaire de prendre parti sur une controverse économique

---

[1] Conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 2 mars 1994, Hilti/Commission, C-53/92 P, Rec. p I-667, points 8 à 12 et 46 à 49 (à propos de la délimitation du marché pertinent afin d'établir l'existence d'une position dominante).

[2] Conclusion Jacobs, préc., points 8 à 12 et 46 à 49.

[3] Conclusions Jacobs, préc., point 12.

[4] En ce sens également, conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer sous arrêt de la Cour du 28 mai 1998, Deere/Commission, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, point 25.

[5] Conclusions Jacobs, préc., point 9.

[6] *Supra* n° 837 et s.

pour trancher une question de droit[1], mais cela n'est pas toujours une bonne raison pour ne pas trancher. Dans une telle situation, le juge de cassation peut tout à la fois avoir égard à la doctrine économique officielle des autorités de concurrence et s'informer aussi extensivement qu'il l'estime nécessaire sur des termes de la controverse, notamment à travers le recours à des *amici curiae*[2]. À tout le moins convient-il que le juge de cassation mette en balance, d'une part, l'insécurité juridique causée par l'absence de solution unifiée, qui est une incertitude certaine et actuelle, et, d'autre part, l'incertitude qui pourrait être causée par l'adoption d'une solution en droit reflétant un argument économique controversé, qui est une incertitude éventuelle et pour l'avenir. Certes, par principe, les revirements ne sont pas souhaitables. Cependant, un revirement est toujours possible. S'il apparaît après quelques années que la controverse économique est finalement tranchée, par exemple après de nouvelles recherches, dans un sens différent de celui sur lequel le juge s'est appuyé, il appartiendra au juge de cassation d'apprécier dans quelle mesure le changement de théorie ou de connaissance empirique mérite une reconnaissance jurisprudentielle.

1054. La conception restrictive de la compétence de la Cour de justice s'appuie sur un second argument, qui n'est pas tiré du rôle de l'économie dans le droit de la concurrence, mais du rôle du Tribunal de première instance dans le système communautaire. Toujours dans ses conclusions sous l'arrêt *Hilti*, l'avocat général Jacobs invoque le fait que le Tribunal a précisément été créé pour décharger la Cour d'une partie du contentieux soulevant des questions de fait complexes[3]. Cet argument consiste en substance à dire qu'un contrôle minutieux des appréciations par le juge du fond est une alternative au contrôle de qualification par le juge de cassation[4]. Cette question des techniques alternatives de contrôle sur le raisonnement économique sera traitée au chapitre suivant. Nous verrons que, indépendamment de la répartition du contentieux entre les juridictions communautaires, il y a de bonnes raisons de penser que le contrôle de qualification n'est pas la technique de contrôle la plus adaptée au raisonnement économique[5]. Cependant, nous n'en tirerons pas argument en

---

[1] V. par exemple *supra* n° 780 et s. la discussion sur le critère de récupération dans la prédation.

[2] *Supra* n° 943 et s.

[3] *Ibid*., point 10. Le préambule de la décision portant création du Tribunal (décision du Conseil 88/591/CECA, Euratom, CEE du 24 octobre 1988, JOCE, 1988, L 319, p. 1) énonce que « pour les recours nécessitant un examen approfondi de faits complexes, l'institution d'un double degré de juridiction est de nature à améliorer la protection juridictionnelle des justiciables » et qu'il est nécessaire, dans l'intérêt de l'effectivité du contrôle juridictionnel, de transférer au Tribunal « la compétence pour connaître en première instance de certaines catégories de recours exigeant fréquemment l'examen de faits complexes ».

[4] Nous parvenons à une conclusion semblable. *Infra* n° 1144 et s.

[5] *Infra* chap. 2, spéc. n° 1145 et s.

faveur d'un rôle plus restreint du juge de cassation, car la technique de contrôle qui nous semble la plus adaptée, à savoir le contrôle de motivation, relève elle aussi du contrôle de cassation.

1055. La conception extensive et la conception restrictive du contrôle de cassation sur les qualifications ayant été discutées, il convient de se tourner vers les solutions du droit positif.

1056. **Droit positif.** Dans l'arrêt *Hilti*[1], rendu sur les conclusions de l'avocat général Jacobs qui viennent d'être exposées, la Cour de justice s'est gardée de prendre parti de manière générale sur l'extension du contrôle des qualifications qu'elle exerce en droit de la concurrence. En l'espèce, la Cour a suivi la direction prônée par son avocat général, puisque la solution n'est pas formulée en termes de qualification, mais en termes de preuve[2]. Néanmoins, d'autres arrêts laissent penser que l'application de la norme aux faits est considérée par la Cour comme une question de droit[3]. L'arrêt *Remia*[4], dans lequel la Cour a exposé une doctrine devenue constante à propos du « contrôle restreint sur les appréciations économiques complexes »[5], précisait aussi que la Cour vérifie « si les conditions de l'article 81 se trouvent réunies »[6]. C'était affirmer, à côté du contrôle restreint sur les appréciations, un contrôle (normal) de la qualification juridique des faits[7]. Cette affirmation du contrôle de qualification a été confirmée plus récemment par l'arrêt *Tetra Laval*[8] de la Cour. Dans cet arrêt, elle a en effet précisé que, « [s]i la Cour reconnaît à la Commission une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge communautaire doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge communautaire doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent *l'ensemble des données pertinentes* devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les

---

[1] Arrêt de la Cour du 2 mars 1994, Hilti/Commission, C-53/92 P, Rec. p. I-667.

[2] *Hilti/Commission*, préc., point 42.

[3] G. FRIDEN, « Quelques réflexions sur la recevabilité d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance », *R.A.E-L.E.A*, 2000, p. 234, citant Ferriere Nord, C-219/95 P, Rec. p. I-4411.

[4] Arrêt de la Cour du 11 juillet 1985, Remia e.a./Commission, Rec. p. 2545.

[5] Sur ce point, V. *infra* n° 1207.

[6] *Remia*, préc., point 34. V. aussi arrêt de la Cour du 17 novembre 1987, BAT et Reynolds/Commission, 142/84 et 156/84, Rec. p. 4487, point 62 (jurisprudence constante).

[7] V. aussi les conclusions de l'avocat général Lenz sous *Remia,* préc., p. 1559. L'avocat général dit clairement que la Cour doit exercer son contrôle sur « la matérialité des faits et de leur qualification juridique ».

[8] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987,

conclusions qui en sont tirées »[1]. Dans ce passage, la Cour de justice se réfère au contrôle « du juge communautaire », c'est-à-dire à la fois à celui qu'exerce le Tribunal de première instance et à celui qu'exerce la Cour elle-même. La question du contrôle de qualification spécifiquement exercé par la Cour n'est donc pas tranchée. On retiendra néanmoins de ce passage que le contrôle de pertinence et de complétude qui y est défini est certainement exercé par le Tribunal et qu'il n'est pas exclu de la compétence de la Cour. Un tel contrôle peut à notre avis relever d'un contrôle de motivation très poussé ou d'un contrôle de qualification, l'un et l'autre n'étant du reste pas exclusifs[2].

1057. Du point de vue de la question discutée dans les présents développements, à savoir l'inclusion ou non du raisonnement économique dans l'objet du contrôle de qualification, la formule retenue par la Cour de justice dans l'arrêt *Tetra Laval* nous semble impliquer une réponse positive. En effet, comme nous l'avons vu dans le titre I de cette partie, le raisonnement économique sert aux premiers juges à déterminer les faits pertinents. Le contrôle de pertinence et de complétude affirmé par la Cour saisit donc nécessairement ce raisonnement. Sans trancher entre contrôle de qualification et contrôle de motivation, la formule implique que le raisonnement économique peut être soumis au contrôle de qualification.

2. Le raisonnement économique soumis au contrôle de qualification

1058. Pour exercer un contrôle de qualification, le juge doit disposer d'une définition abstraite, plus ou moins élaborée, de la notion qualifiante[3], mais aussi exercer un contrôle sur l'identification d'une situation de fait à cette notion[4]. Or, le raisonnement économique intervient dans ces deux aspects du raisonnement judiciaire. Comme on l'a vu, le raisonnement économique inspire l'interprétation des notions qualifiantes (à travers les qualifications intermédiaires et les tests de qualification) et il sert aussi à l'analyse des faits au regard de ces notions. Il est donc logique que le raisonnement économique soit soumis au

---

[1] *Tetra Laval*, point 39 (nous soulignons). Considérant repris dans l'arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, point 63.

[2] En ce sens, à propos du contrôle de la Cour de cassation sur la définition du marché pertinent, G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », *in Mélanges Pierre Bézard*, Petites Affiches et Montchrestien, 2002, pp. 257-272, spéc. p. 268. Sur ce point plus généralement, V. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, préc., n° 163, p. 262 et s.

[3] J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 3ème éd. 2003-2004, n° 65.71.

[4] J. BORÉ et L. BORÉ, *op. cit.*, n° 65.81.

contrôle de qualification. Pour autant, force est de constater que le raisonnement économique est parfois saisi (a) et parfois soustrait au contrôle de qualification (b).

a) Le raisonnement économique saisi par le contrôle de qualification

1059. **Contrôle de motivation et contrôle de qualification mêlés.** Le raisonnement économique entre dans l'objet du contrôle de qualification lorsqu'un raisonnement économique doit être mené pour procéder à une qualification contrôlée, comme celle de marché pertinent par exemple. Il faut toutefois souligner que le contrôle de qualification et le contrôle de motivation sont alors difficiles à distinguer[1]. Cela est illustré tant par un arrêt ancien que par un arrêt récent de la Cour de cassation. Dans son célèbre arrêt *France Loisirs*[2], la chambre commerciale avait censuré l'arrêt de la Cour d'appel, car les éléments de fait retenus pour caractériser le marché du livre vendu par clubs constituaient des « motifs impropres à établir » le caractère non substituable des livres vendus par correspondance avec les autres livres et, partant, l'appartenance de ces livres à un marché distinct[3]. Dans cet arrêt, c'est donc bien le raisonnement économique insuffisant de la Cour d'appel qui justifie la censure. Plus précisément, le raisonnement est jugé défectueux par rapport à une norme, exposée dans le mouvement même de la censure, selon laquelle la substituabilité est un fait nécessaire à la qualification intermédiaire de marché. C'est parce que le constat nécessaire de la substituabilité a été omis que l'arrêt encourt la censure. Le raisonnement économique est donc soumis à un contrôle du manque de base légale[4]. Ce contrôle des motifs est toutefois aussi un contrôle de qualification, en ce sens que l'arrêt précise un élément nécessaire à la qualification[5]. En définissant l'élément manquant du raisonnement, l'arrêt jette donc les bases d'un contrôle de la qualification de marché pertinent. On a pu dire à propos de ce type de contrôle que le contrôle du manque de base légale y était le « reflet du contrôle de

---

[1] En ce sens que le contrôle de qualification sur le marché pertinent est aussi un contrôle de motivation : G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation préc., spéc. p. 268.

[2] Cass. com. 10 mars 1992, *France Loisirs*, *Bull civ.* IV, n° 111, note Ch. GAVALDA, *D.* 1992, p. 355.

[3] En l'espèce, les motifs « impropres » à établir un marché distinct étaient les suivants : la sélection des ouvrages, la reliure des livres, leur présentation dans des catalogues, les modes de commercialisation, la clientèle spécifique et les réductions de prix.

[4] Sur cette technique, V. *infra* n° 1131.

[5] G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, *op. cit.*, *loc. cit.*

qualification »[1]. Cependant, l'inverse pourrait également être soutenu : le contrôle de qualification reflète le contrôle de motivation, car le premier procède du second.

1060. **Contrôle de qualification et contrôle de motivation distingués.** Un arrêt récent de la chambre commerciale sur le marché pertinent illustre cette solidification du contrôle des motifs en contrôle de qualification[2]. En l'espèce, l'identification du marché pertinent comme étant celui du Roquefort est validée au motif que la Cour d'appel s'est déterminée « au regard de critères de substituabilité admis par la doctrine économique et adoptés par la jurisprudence antérieurement aux pratiques sanctionnées »[3]. Une fois consacrée, la qualification intermédiaire de substituabilité permet un contrôle de qualification qui évince en partie le contrôle des motifs. En l'espèce, le pourvoi invitait la chambre commerciale à contrôler les motifs qui soutenaient l'appréciation de la substituabilité retenue par la Cour d'appel. Le pourvoi faisait valoir que, s'agissant, comme en l'espèce, d'une pratique de déréférencement, ce qui était pertinent n'était pas tant la substituabilité des produits du point de vue des consommateurs finals que du point de vue des distributeurs[4]. Il est jugé que la Cour d'appel « n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient vaine »[5]. Ayant motivé son appréciation au regard de la substituabilité des produits, la Cour d'appel a justifié son arrêt sans qu'il soit nécessaire d'aller plus loin dans l'analyse de la substituabilité. Le contrôle des motifs, et donc du raisonnement économique, ne va qu'aussi loin que nécessaire pour permettre le contrôle de qualification au regard des qualifications intermédiaires consacrées. C'est en ce sens que le contrôle de qualification fige l'examen des motifs et, donc, du raisonnement économique. Dès lors que le contrôle de qualification procède nécessairement d'une définition de la notion qualifiante, qui fixe les éléments pertinents pour la qualification, il exclut par nature la discussion sur la pertinence de ces éléments. Admettre

---

[1] Th. LE BARS, *Le manque de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 270, n° 198, p. 152.

[2] Cass. com. 6 déc. 2005, Caves des producteurs réunis de Roquefort c/ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, Bull. IV, n° 240, commenté dans le rapport annuel de la Cour de cassation pour 2005, note S. REIFEGERSTE, *JCP (E)*, n° 1608.

[3] Cass. com. 6 déc. 2005, préc., réponse au premier moyen.

[4] Cass. com. 6 déc. 2005, préc., troisième branche du premier moyen. L'argument peut être rapproché des arrêts qui reconnaissent, pour apprécier la substituabilité de différents médicaments, la pertinence du comportement des médecins prescripteurs. V. p. e. Paris, ch. éco et fin., 6 mai 1997, Lilly France (Dobutrex), BOCCRF n° 11 du 11 juillet 1997. Il peut aussi être rapproché de Cass. com. 22 mai 2001, REP, Bull. civ. IV, n° 97, p. 90. Dans cet arrêt, l'arrêt d'appel est censuré pour n'avoir pas montré en quoi les critères retenus influençaient réellement la demande (des communes) en faveur de différents modes d'élimination des déchets.

[5] *Ibid*.

une telle discussion serait rouvrir la discussion en droit sur la définition de la notion qualifiante et pourrait déboucher sur une évolution jurisprudentielle.

1061. **Contrôle de qualification en droit communautaire.** Le juge communautaire soumet aussi le raisonnement économique à un contrôle de complétude au titre du contrôle de qualification. Ainsi que l'expose la Cour de justice dans un passage déjà cité de l'arrêt *Tetra Laval*, le juge communautaire contrôle si les éléments pris en considération pour procéder à la qualification « constituent *l'ensemble des données pertinentes* devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées »[1]. Comme on l'a dit, le contrôle de complétude des motifs et le contrôle de qualification sont difficiles à distinguer au sein du contrôle en droit. La distinction n'est du reste pas toujours faite. Ainsi, l'avocat général Jacobs, dans ses conclusions sous l'arrêt *Hilti*, soulignait qu'« [i]l est clair que le fait de ne pas prendre en compte des facteurs pertinents dans la recherche d'une conclusion juridique constitue en soi *une erreur de droit* qui peut justifier l'annulation de l'arrêt »[2]. L'erreur de droit peut soit consister dans un défaut des motifs de droit, soit dans un défaut dans la qualification.

1062. **Exemples de contrôle de qualification.** Malgré la difficulté que l'on peut éprouver lorsque l'on cherche à opérer des distinctions au sein de l'erreur de droit, on peut néanmoins trouver des illustrations du contrôle sur un raisonnement économique au titre d'un contrôle de qualification. Tel est notamment le cas dans plusieurs arrêts rendus en matière de contrôle des concentrations. La qualification contrôlée est alors, selon le critère en vigueur à l'époque, celle de « création ou de renforcement d'une position dominante ». Lorsque, dans les affaires en cause, la Commission allègue qu'une opération de concentration créerait ou renforcerait une position dominante sur plusieurs marchés, le juge communautaire exige que cette allégation soit soutenue par des constats relatifs à chacun des marchés identifiés. Le passage suivant de l'arrêt *Kali & Salz*[3], illustre ce contrôle de complétude[4] : « l'analyse de la Commission, en ce qu'elle se limite uniquement au marché français, est en tout état de cause

---

[1] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 39 (nous soulignons). Considérant repris dans l'arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, point 63.

[2] Conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 2 mars 1994, Hilti/Commission, C-53/92 P, Rec. p. I-667, point 28.

[3] Arrêt de la Cour du 31 mars 1998, France et Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique/Commission (Kali & Salz), C-68/94, Rec. p. I-1375.

[4] Nous reprenons ici une observation de l'avocat général Tizzano dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 88.

incomplète dès lors que le marché en cause est le marché communautaire hors l'Allemagne »[1]. Le même type d'erreur est censuré dans l'arrêt *Schneider*[2].

1063. **Discussion.** Dans ces arrêts, comme dans l'arrêt *France Loisirs*, le juge nomme un élément manquant pour justifier la qualification en cause, mais il ne se prononce pas pour autant sur l'ensemble des éléments qui auraient dû être pris en considération. Autrement dit, il ne définit pas un test de qualification complet. S'il ne s'agit pas de ce que certains auteurs ont pu appeler un contrôle « léger »[3], c'est en revanche un contrôle incomplet sur le raisonnement économique en ce que le raisonnement n'est saisi qu'à travers le prisme d'une qualification intermédiaire. Le contrôle ne porte pas sur la logique d'ensemble du raisonnement, mais sur un seul élément de la qualification. Cette situation se distingue de celle où, à la faveur d'une censure pour manque de base légale, un test de qualification est défini. Tel était par exemple le cas dans l'arrêt *General Electric*[4], également rendu en matière de contrôle des concentrations. Dans cet arrêt, le Tribunal déclare applicable aux effets verticaux d'une concentration le test consacré à propos des effets congloméraux. Il contrôle ensuite la structure des énonciations de la Commission au regard de ce test[5]. Le Tribunal vérifie successivement que la décision démontre, premièrement, que la nouvelle entité serait en mesure d'adopter un comportement qui aurait un effet de levier[6], par exemple au moyen de ventes liées, deuxièmement, que l'adoption de tels comportements serait probable et, troisièmement, que ces pratiques aboutiraient à court terme à la création ou au renforcement d'une position dominante.

---

[1] *Kali & Salz*, préc. point 41.

[2] Arrêt du Tribunal du 22 octobre 2002, Schneider Electric/Commission, T-310/00, Rec. p. II-4071, spéc. point 171 : « il y a lieu d'observer que la création ou le renforcement d'une position dominante sur des marchés sectoriels de dimension nationale ne pouvait, en l'occurrence, être appréhendé qu'au moyen d'indices de puissance économique relatifs à ces marchés, éventuellement complétés par la prise en compte d'effets transnationaux, pour autant que l'existence de ceux-ci soit démontrée dans le cas d'espèce. Or, tel n'est pas le cas ».

[3] Le contrôle de qualification est parfois dit « léger » lorsque l'erreur dans la qualification est censurée sans être expliquée. Pour une critique de la distinction entre contrôle « léger » et contrôle « lourd », J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 3ème éd., 2003-2004, n° 65.161.

[4] Arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, obs. I. GIRGENSON, *RLC*, 2006/01, n° 411 ; obs. J.-M. COT, *Concurrences*, n° 1-2006, p. 155-157 ; obs. C. PRIETO, *JDI*, 2006 pp.711-718 ; obs. T. HENNEN, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2006, nº 1, p.182-187 ; L. IDOT, « Premières vues sur l'arrêt General Electric c/ Commission du 14 décembre 2005 : Prolongement de la jurisprudence Tetra Laval ou nouvelle étape dans le contrôle juridictionnel des concentrations ? », *Europe*, 2006, Étude nº 2, p. 4-7. *Adde :* S. BAXTER, F. DETHMERS, N. DODOO, « The GE/Honeywell Judgment and the Assessment of Conglomerate Effects : What's New in EC Practice ? », *European Competition Journal*, 2006, p.141-167.

[5] *General Electric*, préc., spéc., points 295 et s.

[6] Comme cela a été évoqué, un effet de levier consiste pour une entreprise dominante à étendre le pouvoir qu'elle détient déjà sur un marché donné à un autre marché, non encore dominé.

1064. Dans ce type de contrôle, le raisonnement économique est encadré de près. Il peut être censuré si la distribution des pertinences admise par le juge et celle qui sous-tend le raisonnement économique sont différentes[1]. Ainsi, en l'état actuel de la jurisprudence sur l'abus de position dominante, qui exige que soit établie la position dominante, certains raisonnements économiques proposés pour qualifier l'abus-exclusion, qui permettent de faire l'économie du constat de position dominante[2], seraient, s'ils étaient suivis par une autorité de concurrence ou un juge du fond, censurés au titre du contrôle de qualification. La même remarque s'appliquerait à un raisonnement économique qui prétendrait établir une entente sans délimiter le marché[3]. En ce sens, le contrôle de qualification rigidifie l'approche économique autorisée. C'est le revers de la sécurité juridique que ce contrôle confère.

b) Le raisonnement économique soustrait au contrôle de qualification

1065. **Recherche du raisonnement non contrôlé (1).** Pour identifier les hypothèses dans lesquelles le raisonnement économique est soustrait au contrôle de qualification, deux pistes viennent à l'esprit. Tout d'abord, on peut penser que la limitation du contrôle du juge communautaire sur les appréciations économiques complexes aurait pour effet de soustraire au moins une partie du raisonnement économique au contrôle de qualification. Tel est en effet la fonction de la distinction entre qualification et appréciation. À suivre cette distinction, on devrait constater que le raisonnement économique mené au titre de l'appréciation n'est pas contrôlé au titre de la qualification. On a vu cependant que cette distinction était difficile à

---

[1] Pour un exemple de censure de ce type de raisonnement économique du Tribunal en matière d'aides d'État, V. arrêt de la Cour du 3 juillet 2003, Chronopost e.a./Commission, C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, Rec. p. I-6993 Dans un premier arrêt, rendu à titre préjudiciel, la Cour avait jugé que la qualification d'aide d'État supposait d'apprécier si l'entreprise supposée bénéficiaire avait reçu des avantages qu'elle n'aurait pas pu obtenir « dans des conditions normales de marché ». Après que la Commission eu décidé qu'il n'y avait pas, en l'espèce, d'aide d'État, le Tribunal, saisi d'un recours en annulation contre cette décision, avait annulé la décision pour manque de base légale. Il avait jugé que la Commission aurait dû rechercher non si La Poste couvrait ses propres coûts, mais si les conditions consenties à sa filiale de messagerie rapide étaient comparables à celles qui pourraient être accordées pour les mêmes services par une société privée agissant dans des conditions normales de marché à sa filiale de messagerie rapide (arrêt du Tribunal du 14 décembre 2000, Ufex e.a./Commission, T-613/97, Rec. p. II-4055, point 73). La Cour a cassé l'arrêt du Tribunal pour erreur de droit (point 33), jugeant qu'aucune entreprise privée ne pouvait être comparée à La Poste, en raison des obligations de service public auxquelles cette entreprise était assujettie (points 34-37). Dès lors, la comparaison avec « les conditions normales de marché » devait être faite à partir des éléments objectifs disponibles, en l'occurrence les coûts de La Poste (points 38-39). Le test à appliquer consiste à se demander si la rémunération payée couvre i) les coûts variables occasionnés, ii) une contribution raisonnable aux coûts fixes, iii) une rémunération appropriée des capitaux propres dans la mesure où ils sont affectés à l'activité concurrentielle de la filiale de messagerie rapide (point 40). Dans son arrêt du 7 juin 2006, Ufex e.a./Commission, T-613/97, non encore publié au Recueil), le Tribunal fait application de ce test (points 74 et s.) et constate, derechef, mais pour des motifs différents, un manque de base légale.

[2] *Supra* n° 687.

[3] Sur la généralité de l'exigence de délimitation du marché, *supra* n° 494 et s.

maintenir jusqu'au bout. Ce constat se confirme si l'on cherche à mettre en lumière ce qui, dans le raisonnement économique, ne serait pas contrôlé au titre de la qualification. Force est de constater que la limitation du contrôle en matière d'appréciations économiques complexes soustrait souvent au contrôle des éléments de qualification qui ne reposent pas sur un raisonnement économique : appréciation de la durée raisonnable d'une clause de non-concurrence[1], existence du contrôle sur une société[2] ou encore caractère accessoire d'un accord[3]. En revanche, le raisonnement économique qui mène à la qualification est, pour sa part, contrôlé. Nous avons tout à l'heure distingué deux modalités du raisonnement économique dans les appréciations : le raisonnement économique abstrait et le raisonnement économique concret. Force est de constater que ces raisonnements sont contrôlés, parfois ensemble, au titre du contrôle en droit. Ainsi, dans son arrêt *General Electric*, le Tribunal de première instance qualifie d'erreur de droit une erreur dans l'appréciation de la vraisemblance du scénario anticoncurrentiel qu'avait imaginé la Commission. Plus précisément, le Tribunal reproche à la Commission de n'avoir pas pris en considération l'effet dissuasif de l'article 82 CE dans son appréciation de la probabilité d'un scénario anticoncurrentiel[4]. Ce contrôle est bien un contrôle en droit, car le Tribunal reproche à la Commission d'avoir omis un élément pertinent dans son appréciation. Ce n'en est pas moins un contrôle sur une appréciation concrète de la vraisemblance du scénario postulé. On peut dire qu'il s'agit d'un contrôle sur la qualification intermédiaire d'incitation à adopter un comportement anticoncurrentiel. Le contrôle dit restreint sur les appréciations économiques n'évince donc pas le contrôle de qualification sur le raisonnement économique.

1066. **Recherche du raisonnement non contrôlé (2).** En second lieu, on pourrait aussi penser que le raisonnement économique échappe au contrôle de qualification lorsqu'il est mis en œuvre pour aboutir à une qualification non contrôlée. Cependant, celles-ci sont désormais rares. La jurisprudence de la Cour de cassation sur l'abus de position dominante l'illustre. Non seulement la qualification d'abus de position dominante est contrôlée[5], mais il en va de

---

[1] *Remia*, préc.

[2] Arrêt de la Cour du 17 novembre 1987, BAT et Reynolds/Commission, 142/84 et 156/84, Rec. p. 4487, point 62.

[3] En ce sens, D. BAILEY, « Scope of Judicial Review under Article 81 EC », *Common Market Law Review*, 2004, pp. 1327-1360, spéc. p. 1341 et s.

[4] *General Electric*, préc., point 311.

[5] La Cour contrôle la qualification d'abus de position dominante depuis l'arrêt Bodson : Cass. com. 10 juillet 1989, Bodson, Bull. civ. IV, n° 216, p. 145, note Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *P.A.*, 22 décembre 1989, n°153, p. 13 (référé), Cass. com. 4 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 202, p. 144, Cass. com. 15 juillet 1992, Bull. civ. IV, n° 275, p. 191.

même pour de nombreuses qualifications intermédiaires, comme le marché pertinent[1], la position dominante[2] et le caractère essentiel d'une infrastructure[3]. Tout au plus peut-on peut relever que l'indépendance de comportement par rapport aux concurrents ou aux consommateurs, qui est en principe un élément de la qualification d'abus de position dominante, semble abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond[4]. À s'en tenir à cette solution, la Cour de cassation ne devrait donc pas contrôler le raisonnement économique par lequel il est démontré qu'une entreprise est en mesure d'augmenter ses prix (dans le cas d'un abus-exploitation) ou d'exercer un effet de levier pour se réserver un marché annexe à celui sur lequel elle détient déjà un pouvoir de marché. Cette conséquence serait pourtant incohérente avec le contrôle exercé sur la qualification d'infrastructure essentielle[5], qui peut être la clé de la qualification d'un certain type d'abus-exclusion. Du reste, cette solution semble en cours d'évolution depuis que la chambre commerciale a amorcé, dans un arrêt récent, un contrôle de la qualification de la restriction de concurrence, en censurant la Cour d'appel de Paris pour avoir exigé la preuve que les concurrents n'avaient aucun moyen d'échapper aux conséquences de la pratique mise en œuvre dans le but de les évincer[6].

1067. **Tendance.** Petit à petit, il semble que le contrôle de qualification s'étende à des qualifications intermédiaires de plus en plus nombreuses. Cependant, cette extension ne signifie pas, en elle même, que le raisonnement économique est toujours contrôlé de près. Ainsi, lorsque la Cour de cassation ne contrôlait la qualification de marché qu'en exigeant que la substituabilité des produits soit établie[7], elle ne se donnait pas véritablement les moyens de contrôler le raisonnement économique qui sert à délimiter le marché. La Cour d'appel pouvait se contenter d'une motivation extrêmement sommaire dès lors qu'elle se référait à la substituabilité[8]. Le raisonnement économique restait très libre, puisque la substituabilité

---

[1] Cass. com. 22 mai 2001, REP, Bull. civ. IV, n° 97, p. 90, censure la Cour d'appel pour n'avoir pas montré en quoi les critères retenus influençaient réellement la demande en faveur de différents modes d'élimination des déchets.

[2] Cass. com. 14 janvier 1992, FR3.

[3] Cass. com. 12 juillet 2005, NMPP, Bull. civ. IV, n° 163, p. 174.

[4] Cass. com. 30 mai 2000, Canal Plus, BOCCRF n° 8, du 25 juillet 2000, Bull. civ. IV, n° 112.

[5] Cass. com. 25 janvier 2000, pourvoi n° 97-20199, inédit titré, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats, Conc. Conso.*, 2000, n° 4, p. 14.

[6] Cass. com. 5 mai 2006, Etna France, pourvoi n° 05-14501, notes citées *supra* au n° 103.

[7] *Supra* n° 556 et s.

[8] P. e. Paris, 1ère ch., sect. H, 8 février 2000, *Aéroport de Paris*, BOCCRF n° 3, du 7 mars 2000 : « aucun support de signalisation destiné à l'information des passagers sur l'existence et la localisation des hôtels n'est substituable à ceux dont ADP est gestionnaire ; […] en conséquence il existe bien un "marché-produit" de l'accès aux installations aéroportuaires destinées à l'information des passagers ».

pouvait être établie du point de vue de l'offre, de la demande (finale ou intermédiaire) ou des deux ensemble[1]. En revanche, le contrôle s'est resserré lorsque la Cour de cassation a précisé, dans le cadre d'un contrôle de motivation, que ce qui compte pour la qualification de marché, est moins la teneur des critères retenus pour apprécier la substituabilité que le constat selon lequel ces critères sont effectivement pris en considération par les acheteurs dans leurs choix entre produits concurrents[2]. De même, tant que le contrôle sur la notion d'effet anticoncurrentiel se borne à la précision selon laquelle il n'est pas nécessaire que les concurrents soient privés de toute possibilité de riposte[3], le contrôle de qualification ne constitue qu'un filet aux mailles très larges, dans lesquelles des raisonnements économiques très différents pourraient passer. On peut donc penser que l'élément permettant de définir un contrôle opératoire sur le raisonnement économique concret réside moins dans l'emprunt à la doctrine économique d'un critère de *qualification*, comme la substituabilité, que dans l'intégration du raisonnement économique à la *motivation* de la pertinence des différents critères retenus.

1068. **Conclusion du B.** De ces développements sur le raisonnement économique en tant qu'objet du contrôle de qualification, on peut conclure que c'est moins l'existence d'un contrôle de qualification que la précision avec laquelle sont définies les qualifications intermédiaires (ou les tests de qualification) qui détermine si et dans quelle mesure le raisonnement économique est saisi par le contrôle de qualification. On aperçoit l'importance du contrôle des motifs et l'on passe insensiblement de la question de l'objet du contrôle à celle de son intensité. Toutefois, avant d'en venir à cette question, il convient d'observer que le contrôle de qualification n'est pas le seul contrôle en droit qui porte sur le raisonnement économique. Celui-ci peut être censuré au titre d'autres erreurs de droit, comme les erreurs de logique.

---

[1] *Supra* n° 548.

[2] Cass. com. 22 mai 2001, REP, Bull. Civ. IV, n° 97, Rapport de la Cour de cassation 2001, pp. 415-416 ; obs. M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats, conc. conso.*, 2001, n° 10, comm. n° 135.

[3] Cass. com. 5 mai 2006, préc.

C. Le raisonnement économique, objet du contrôle au titre des autres erreurs de droit

1069. Le raisonnement économique n'est pas seulement contrôlé à travers le contrôle de complétude qui caractérise le contrôle de qualification. Il n'échappe pas en effet au contrôle de cohérence logique des motifs, qui est aussi un contrôle en droit[1].

1070. **Exemples.** Les juridictions communautaires ont à plusieurs reprises censuré des erreurs de logique dans le raisonnement économique de la Commission. Ainsi, dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, la Cour de justice censure un premier défaut de cohérence du raisonnement lorsqu'elle retient que la Commission ne peut à la fois considérer que chaque vitamine est un marché distinct et retenir que la demande concerne une gamme entière de produits[2]. Le même arrêt retient également un second défaut de raisonnement : la Commission ne peut à la fois retenir que des concurrents proposent leurs propres gammes et considérer que l'effet de gamme constitue un avantage propre à l'entreprise dominante[3]. On peut remarquer que ce contrôle de cohérence s'effectue en amont du contrôle de pertinence. En effet, la pertinence d'un argument s'apprécie dans le contexte argumentatif, une fois que la structure logique du raisonnement est admise. Ainsi, dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, c'est parce que la Commission a retenu un marché pour chaque vitamine que la position de plus grand producteur mondial, appréciée toutes vitamines confondues, n'est pas en l'espèce un indice

---

[1] V. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4e éd. 2004, n° 1100-1102. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, préc., n° 220, p. 332 et n° 267, p. 391. Sur l'appartenance du contrôle de logique au contrôle en droit en droit communautaire : arrêt de la Cour du 7 mai 1998, Somaco, C-401/96 P, Rec. p. I-2587, point 53. En droit communautaire, le fait qu'il s'agisse d'un contrôle en droit n'exclut pas qu'il puisse être exercé au titre du contrôle de l'erreur manifeste. Sur le contrôle de la logique au titre de l'erreur manifeste : conclusions de l'avocat général Lenz sous l'arrêt de la Cour du 16 juin 1994, SFEI/Commission, C-39/93 P, Rec. p. I-2685, point 31. Dans l'arrêt du Tribunal du 21 octobre 1997, Deutsche Bahn/Commission,T-229/94, Rec. p. II-1689, point 90, le Tribunal contrôle une appréciation économique (sujette à un contrôle de l'erreur manifeste) du point de vue de la logique. En l'espèce, c'est l'appréciation des coûts proposée par la requérante et non celle de la Commission qu'il considère entachée d'un vice de contradiction. L'arrêt n'en illustre pas moins le contrôle de logique pratiqué sur les appréciations économiques. En l'espèce, il était reproché à la Deutsche Bahn d'avoir pratiqué des tarifs discriminatoires pour les services ferroviaires en provenance et à destination des ports du nord de l'Europe et ceux de l'ouest de l'Europe, afin de privilégier les opérateurs qui utilisaient les premiers. Condamnée pour abus de position dominante, la requérante faisait valoir que ses coûts étaient inférieurs pour les premiers trajets et que les trajets de l'ouest comportaient des coûts supplémentaires liés à la nécessité de changer de locomotives à la frontière. Le Tribunal observe, d'une part, que Deutsche Bahn a volontairement limité les mesures de rationalisation aux trajets du nord (point 88) et, d'autre part, que les coûts supplémentaires invoqués pour les trajets de l'ouest ne sont pas de nature à justifier les différences de prix constatées, puisque la requérante elle même offrait à certains clients ses services sur les trajets de l'ouest à un prix – dont il n'était pas allégué qu'il ne couvrait pas les coûts – inférieur au prix pratiqué pour les trajets du nord. Le Tribunal en conclut que « les coûts directement afférents aux services rendus par les entreprises ferroviaires devaient logiquement être inférieurs sur les trajets de l'ouest à ceux encourus sur les trajets du nord ».

[2] Arrêt de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec., p. 461, point 46.

[3] *Ibid*.

pertinent de la position dominante[1]. Dans une argumentation différente, la position de premier producteur mondial aurait pu être pertinente pour l'appréciation de la position dominante.

1071. La contradiction dans le raisonnement économique est également censurée par le Conseil d'État. Ainsi dans son arrêt *Moulinex*, la Haute juridiction administrative juge que le Ministre ne pouvait à la fois constater que, sur le marché considéré (du petit éléctro-ménager), la principale barrière à l'entrée était constituée par les marques et estimer que l'éventuelle acquisition des marques détenues par la société Moulinex n'aurait pas permis à des opérateurs de pénétrer le marché français du petit électroménager[2].

1072. Ces exemples empruntés aux contentieux communautaire et administratif montrent que le raisonnement économique est saisi par le contrôle de cohérence, qui est, tout comme dans le contentieux judiciaire, un contrôle en droit. Dans le contentieux de type administratif, la portée de ce contrôle soulève une question qui ne se pose pas de la même manière dans le contentieux judiciaire.

1073. **Portée du contrôle de cohérence.** Dans le contentieux de type administratif, la vérification que le raisonnement économique n'est pas entaché de contradiction se présente différemment lorsque le juge exerce un contrôle de légalité ou de plein contentieux. Dans le premier cas, le vice est en principe irréparable[3]. En revanche, dans le second cas, le juge peut, comme dans le contentieux judiciaire, opérer une substitution de motifs. Dans une affaire récente en matière de contrôle des concentrations, le Conseil d'État s'est donné de nouveaux moyens de remédier aux incohérences de raisonnement économique, non par une substitution, mais par un complément de motifs. Cette affaire concernait la décision par laquelle le ministre de l'économie avait autorisé la société Fiducial à fusionner avec l'un de ses concurrents, un éditeur de progiciels de gestion. Le Conseil d'État fut saisi en référé de la légalité de cette décision, dont les motifs étaient à première vue contradictoires. En effet, la décision retenait, d'une part, que le marché se caractérisait par une certaine inertie, dans la mesure où les utilisateurs étaient fidèles à leur fournisseur de progiciels de gestion, et, d'autre part, qu'il n'y avait pas de barrières faisant obstacle à l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché[4]. Le

---

[1] *Hoffmann-La Roche*, préc., *loc. cit.*

[2] C.E. sect. 6 février 2004, Royal Philips, obs. E. G., *Droit administratif*, 2004, comm. n° 57.

[3] Cette hypothèse concerne en principe les décisions du ministre en matière de contrôle des concentrations. Elles relèvent en effet du recours pour excès de pouvoir (où le contrôle est limité à un contrôle de légalité). Sur ce point, D. FERRIER et D. FERRÉ, *Droit du contrôle des concentrations*, Dalloz, coll. « référence », 2004, n° 26.08, p. 187.

[4] C.E., 19 mai 2005, Fiducial (référé).

Conseil d'État, plutôt que d'annuler la décision au vu de cette contradiction de motifs, décida, dans une décision avant dire-droit, de saisir le Conseil de la concurrence pour avis. Éclairé par cet avis qui avait fait apparaître que la décision pouvait être motivée sans contradiction, le Conseil d'État la valida[1].

1074. Devant la Cour d'appel de Paris, il n'y a pas de difficulté à admettre que le juge puisse remédier par un complément de motifs à une incohérence du raisonnement économique. En effet, à la différence du Conseil d'État en matière de concentrations, la Cour d'appel dispose très officiellement d'un pouvoir de réformation sur les décisions du Conseil de la concurrence[2]. Si elle détectait une contradiction de motifs dans une décision du Conseil de la concurrence, y compris dans le raisonnement économique, elle pourrait donc la corriger, non seulement par une substitution de motifs, mais aussi par un complément de motifs. Dans cette hypothèse, le raisonnement économique est non seulement saisi au titre du contrôle de cohérence, mais il peut aussi, en principe, être réparé par le juge lorsqu'il est entaché d'un vice de logique. Il convient toutefois de se demander si cette remarque s'applique également à tout raisonnement économique.

1075. **Objet privilégié du contrôle de cohérence.** Pour préciser quel raisonnement économique est saisi par le contrôle de cohérence, il convient de revenir à la distinction proposée précédemment entre, d'une part, le raisonnement économique abstrait, qui énonce un scénario anticoncurrentiel, et, d'autre part, le raisonnement concret, qui démontre que ce scénario est vraisemblable compte tenu des faits en cause. Au regard de cette distinction, on peut penser, même s'il est difficile de trouver des exemples qui confirment cette hypothèse, que le raisonnement économique dans sa première modalité ne sera que très exceptionnellement censuré au titre de l'erreur de logique. La raison en est que le modèle économique qui sous-tend le scénario retenu aura généralement été éprouvé du point de vue de sa solidité logique par l'autorité de concurrence, l'éventuelle formulation mathématique du modèle ayant précisément cette utilité[3].

---

[1] C.E., 3ème et 8ème sous-section réunies, 27 juillet 2005, Fiducial II, obs. C. CARON et G. DECOCQ, *JCP(E)*, 2006, 1017, n° 18.

[2] Art. L 464-7 C. com.

[3] P. REY *et alii*, *An Economic Approach to Article 82*, préc., p. 13. En ce sens, cependant, V. les remarques de M. BAY et J. RUIZ CALZADO, « *Tetra Laval II :* The Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions », *World Competition*, 2005, pp. 433-453, p. 451, qui rapportent que, dans l'affaire Oracle/PeopleSoft, la Commission, qui a finalement renoncé à poursuivre l'annulation de l'opération (décision de la Commission du 26 octobre 2004, COMP/M.3216), avait d'abord envisagé un scénario anticoncurrentiel complexe, qui combinait des effets unilatéraux et coordonnés et faisait donc appel à plusieurs scénario-types qu'il aurait été nécessaire de combiner en vue de formuler une scénario anticoncurrentiel adapté à l'espèce. Selon ces auteurs, la difficulté

1076. En revanche, un vice de logique pourra plus facilement entacher la seconde modalité, concrète, du raisonnement économique. Cela tient à la multiplicité et à l'hétérogénéité des preuves qu'il convient de rapprocher pour confirmer la vraisemblance d'un scénario. Ainsi, en matière de cartels, une autorité pourra, par exemple, parvenir à saisir quelques preuves directes partielles de certaines réunions. Elle pourra, en outre, être en possession de relevés de prix, éventuellement lacunaires, à partir desquels un parallélisme de comportement sur certaines périodes pourra être constaté. À partir de ce constat, il sera nécessaire d'inférer la concertation au cours des différentes périodes couvertes par les éléments de preuve rassemblés. Là où les preuves documentaires de la concertation sont insuffisantes, il faudra démontrer par un raisonnement économique qu'aucune explication alternative n'est plausible. Même si cette démonstration peut être faite, il faudra encore mettre bout à bout les différents éléments de preuve pour établir précisément la durée de la participation de chacune des entreprises concernées au cartel présumé. C'est là que survient un risque de circularité dans le raisonnement probatoire. Cette difficulté est illustrée par l'affaire dite *Ciments*[1], dans laquelle le Tribunal a censuré la Commission pour avoir tenu un raisonnement circulaire. En l'espèce, la Commission avait, dans un premier temps, inféré l'adhésion de certaines entreprises à un accord de cartel à partir de leur participation à une association. Cette inférence s'appuyait sur l'identité d'objet de l'accord et de l'association. Dans un second temps, la Commission s'était appuyée, pour démontrer l'implication dans le même accord d'entreprises membres d'une seconde association, sur l'inférence inverse (cette fois, c'est l'identité d'objet entre la seconde association et l'accord qui avait été inférée de l'adhésion des entreprises à une règle de conduite commune)[2]. Dans cet exemple, le raisonnement économique qui consiste à inférer l'intention (participer au cartel) à partir de l'action (adhérer à une association) n'est pas en lui-même la cause de la circularité. Il n'est que l'un des éléments du raisonnement probatoire d'ensemble soumis au contrôle de logique.

---

d'articuler différents scénarios de base sans sauts logiques aurait été déterminante dans la décision de la Commission d'abandonner l'affaire. En somme, comme le notent les auteurs, c'est la volonté de ne pas prendre une décision pouvant devenir une « proie facile » pour le Tribunal qui a guidé le choix de la solution. En l'occurrence, la difficulté principale consistait à articuler de manière cohérente les arguments sur la différenciation des produits. La différenciation était un élément de la démonstration des effets unilatéraux, mais l'homogénéité des produits est habituellement considérée comme une condition de possibilité des effets coordonnés, de sorte que la combinaison des scénarios était délicate.

[1] Arrêt du Tribunal du 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a./Commission, dit « ciments », T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, Rec. p. 491.

[2] *Cimenteries CBR*, préc., point 3800.

1077. **Conclusion du C.** Les développements qui précèdent ont illustré à partir d'exemples la soumission du raisonnement économique à un contrôle de logique, qui est un contrôle en droit. À cet égard, il faut, une fois de plus, constater l'absence de spécificité du raisonnement économique. Le contrôle de logique est un contrôle habituel, qui s'exerce normalement lorsque la décision contrôlée contient un raisonnement économique. Tout au plus a-t-on pu constater, à propos du Conseil d'État, que le juge administratif utilisait toutes les possibilités à sa disposition pour pouvoir corriger un raisonnement économique entaché d'une apparente erreur de logique. De manière générale, il convient de retenir de ces développements que le raisonnement économique entre dans l'objet d'un contrôle en droit différent du contrôle de qualification, à savoir le contrôle de cohérence.

1078. **Conclusion de la section II.** La présente section a été consacrée aux objets du contrôle juridictionnel qui entretiennent un lien fort avec le raisonnement économique. Ils sont au nombre de trois : le contrôle des appréciations, le contrôle des qualifications et le contrôle de logique ou de cohérence. Le contrôle des appréciations économiques, qui est distingué des autres contrôles dans le contentieux communautaire ou administratif, est particulièrement important. Nous avons montré que, dans l'exercice de ce contrôle, le juge était amené à connaître du raisonnement économique à un double titre. En premier lieu, c'est un raisonnement économique abstrait qui s'offre à son contrôle. Ce raisonnement structure l'appréciation économique des faits, il en constitue ainsi l'armature argumentative. Nous l'avons appelé scénario. En droit de la concurrence, il s'agit toujours d'un scénario relatif à l'existence (ou éventuellement l'absence) d'un effet anticoncurrentiel. En second lieu vient le raisonnement économique concret, qui se greffe sur le premier afin d'effectuer la mise en relation du scénario avec les faits de la cause. Cette distinction nous semble importante pour comprendre le statut du raisonnement économique dans le contrôle exercé par différents juges. Devant les juridictions qui connaissent une doctrine du contrôle restreint, le scénario anticoncurrentiel entre dans l'objet de ce contrôle. En revanche, le raisonnement probatoire, qui est mené pour apprécier la vraisemblance en l'espèce du scénario retenu, échappe au contrôle restreint. Il est l'objet d'un contrôle normal des preuves. Ce contrôle n'est exercé que par les juges du fond, sous réserve d'un contrôle de cassation sur l'admissibilité des présomptions.

1079. Nous avons également montré que le raisonnement économique était soumis aux contrôles en droit que sont, d'une part, le contrôle des qualifications et, d'autre part, le contrôle de cohérence. Dans le contrôle de qualification, le raisonnement économique est

cerné d'autant plus près que les qualifications intermédiaires sont définies avec précision. Nous avons également vu que c'est lorsque que le contrôle de qualification est associé à un contrôle de motivation – parfois si étroitement qu'il est difficile de les distinguer – que le raisonnement économique est cerné au plus près par le juge.

1080. **Conclusion du chapitre I.** Les développements qui précèdent ont démontré que le raisonnement économique pénètre, de manière inégale, de nombreux objets du contrôle juridictionnel. Le raisonnement économique est encore peu saisi par le contrôle procédural. Il n'est pas saisi par le contrôle du détournement de pouvoir et ne l'est pas non plus par le contrôle de la matérialité des faits. En revanche, le raisonnement économique entre pleinement dans l'objet du contrôle de l'appréciation des faits. Il est également saisi par le contrôle de la qualification juridique, ainsi que par le contrôle de logique. Cela démontre que le juge exerce nécessairement un contrôle sur le raisonnement économique à l'occasion de l'exercice normal de son office.

1081. Les distinctions qui ont été proposées permettent également de comprendre à quels titres le raisonnement économique est saisi par le juge de cassation : dans ce que les juridictions administratives et communautaires appellent l'appréciation des faits, il existe un élément qui se prête au contrôle de cassation. C'est ce que nous avons appelé les scénarios. Il s'agit de la partie abstraite du raisonnement économique, qui structure l'appréciation des faits. Quant à la partie concrète du raisonnement économique, elle constitue un raisonnement probatoire qui échappe au contrôle de cassation, à l'exception toutefois du contrôle de l'admissibilité des présomptions. La partie du raisonnement économique qui entre dans l'objet du contrôle de cassation relève *a priori* du contrôle de qualification et du contrôle de cohérence. Le chapitre suivant permettra de préciser dans quelle mesure le contrôle de qualification est approprié pour contrôler le raisonnement économique.

1082. **Transition.** Dans ce chapitre, nous avons considéré le raisonnement économique du point de vue des différents *objets* possibles du contrôle juridictionnel. Cependant, à s'en tenir à cette présentation, on ne dispose que d'une image éclatée d'un raisonnement économique saisi par morceaux et à différents titres. Cette image ne rend pas entièrement compte de la réalité du contrôle lorsque celui-ci porte précisément sur le raisonnement en tant que tel. Comme l'ont suggéré les développements consacrés au contrôle de qualification, c'est une *technique* de contrôle, le contrôle de la motivation, qui permet de dépasser la pluralité des objets et de saisir le raisonnement économique comme un objet en tant que tel du contrôle juridictionnel.

CHAPITRE 2. LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE ET LES TECHNIQUES DE CONTRÔLE

1083. Le raisonnement économique présente une affinité toute particulière avec le contrôle des motifs. Celle-ci a été soulignée, dans une perspective plus générale que la nôtre, par le professeur Germain. Cet auteur remarquait que, « entre plusieurs instruments de contrôle, le juge a sans doute choisi celui qui est le plus adapté aux relations économiques (…) : le contrôle de motivation, qui est le plus inquisitorial qu'on ait jamais imaginé »[1]. Formulée à propos des relations économiques en général, nous verrons que cette remarque s'applique parfaitement au raisonnement économique en particulier. En effet, le contrôle de motivation constitue la technique privilégiée permettant au juge de saisir le raisonnement économique en tant qu'objet du contrôle (Section 1). Nous verrons que cela tient tout d'abord à la nature de l'instrument : le contrôle de motivation est un contrôle du raisonnement. Cela tient aussi à l'objet même du contrôle : le raisonnement économique. Ce raisonnement particulier, tel que le conçoivent les économistes eux-mêmes, appelle en effet très précisément un contrôle de motivation. Cette harmonie entre la technique de contrôle et son objet nous conduit à voir dans le contrôle de motivation la clé du bon usage juridictionnel du raisonnement économique (Section 2).

SECTION 1. LE CONTRÔLE DE MOTIVATION, TECHNIQUE PRIVILÉGIÉE DU CONTRÔLE DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE

1084. **Annonce et précision terminologique.** Les développements qui précèdent sur le contrôle de qualification ont révélé que le contrôle sur le raisonnement économique passait aussi par le contrôle de motivation et, plus précisément, par le contrôle du « manque de base légale »[2], au sens qui est donné à ce terme en droit privé[3]. C'est si vrai que nous montrerons comment la théorie du manque de base légale, qui n'a pas du tout été développée à propos du

---

[1] M. GERMAIN, « Le juge classique », *in Le juge et l'économie*, Colloque de La Baule, 8-9 juin 2002, *RJC*, 2002, n° spécial, pp. 17-26, p. 23.

[2] H. MOTULSKY, « Le "manque de base légale", pierre de touche de la technique juridique », *JCP*, 1949 I.775, reproduit dans *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 31-37. Les références aux pages dans les notes suivantes se rapportent à cette seconde publication.

[3] *Supra* n° 976. Certains auteurs utilisent l'expression « manque de base légale ». V. p.e. J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 3ème éd. 2003-2004, chap. 78. Les deux expressions sont rigoureusement équivalentes. En ce sens, Th. LE BARS, *Le manque de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 270, *op. cit.*, n° 2, p. 1.

droit de la concurrence, rend compte du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique[1]. Cependant, d'un point de vue terminologique, il paraît préférable de ne pas utiliser cette expression, qui est habituellement réservée à l'étude du contrôle de cassation. L'expression plus générale « contrôle de motivation » sera utilisée. Ce choix s'impose, car, comme nous l'avons dit en introduction du présent titre, l'appellation de manque de base légale n'est pas utilisée dans le contentieux administratif ou communautaire[2] ou, du moins, ne l'est pas dans le même sens[3]. En outre, l'expression « manque de base légale » désigne une technique de cassation, tandis que le contrôle dont il est question dans la présente section est aussi exercé par d'autres juges[4].

1085. **Plan.** La présente section a pour objet de montrer plus précisément en quoi le contrôle de motivation est la méthode la plus adaptée au contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique. Cette affinité tient, en premier lieu, à des raisons très générales qui font que le contrôle de motivation est fondamentalement un contrôle du raisonnement (A). Elle tient, en second lieu, à des raisons particulières au droit de la concurrence, au sein duquel il existe une convergence profonde entre l'obligation juridique de motiver et l'approche économique contemporaine (B). Cette convenance de la technique de contrôle à son objet est si profonde que la théorie du manque de base légale se révèle applicable au contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique (C).

---

[1] En ce sens, notre analyse rejoint une observation faite à propos de l'hétérogénéité des offices du juge et de celui des autorités de régulation. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge du marché », *in Le juge de l'économie*, *RJC*, novembre 2002, n° spécial colloque de la Baule, pp. 44-60, spéc. p. 59 : « [l]orsque l'autorité dispose d'un pouvoir de nature différente, comme la fixation des tarifs, le contrôle ne peut plus être que méthodologique, le juge ne devant vérifier que la solidité probatoire du raisonnement et non pas la substance de celui-ci. Le juge doit nécessairement rester dans cet entre-deux du contrôle plein et du contrôle de légalité externe, le contrôle du manque de base légale théorisé par H. Motulsky ».

[2] Le juge communautaire parle de décision ou d'arrêt motivé « à suffisance de droit », mais ne qualifie pas plus précisément l'insuffisance de motifs.

[3] *Supra* n° 976. Pour autant qu'elle soit utilisée en droit administratif, l'expression désigne l'absence de fondement textuel d'une décision, ce qui n'a évidemment rien à voir avec la censure d'une lacune dans les motifs de fait ou de droit qui sous-tendent un jugement. En ce sens : Th. LE BARS, *op. cit.*, *loc. cit.*

[4] Notamment par le Tribunal de première instance, qui ne peut substituer son appréciation à celle de la Commission, mais aussi par la Cour d'appel de Paris, qui, si elle peut substituer ses appréciations à celles du Conseil de la concurrence, n'est pas toujours en mesure de le faire. P.e. Paris, 24 mai 2005, Digitech, BOCCRF n° 8, du 20 septembre 2005, jugeant que le Conseil n'avait pas suffisamment démontré que les suites logicielles concurrentes de celle proposée par Microsoft représentaient, pour les assembleurs d'ordinateurs proposant à leur clientèle des ordinateurs pré-équipés de logiciels de bureautique, une alternative satisfaisante. Plus précisément, la Cour reproche au Conseil de ne pas avoir tiré les conséquences de ses constatations en retenant que la pratique ne pouvait avoir eu d'effet sur la concurrence, alors qu'elle concernait non seulement l'entreprise plaignante, mais aussi des entreprises semblables servant entre 15 % et 30 % du marché.

A. Le contrôle de motivation comme contrôle du raisonnement

1086. La motivation est une exigence générale. Elle pèse sur les jugements[1], mais aussi sur les décisions administratives françaises[2], ainsi que sur les actes des institutions communautaires, dont les décisions de la Commission en matière de concurrence[3]. Le respect de cette exigence est contrôlé par le juge à un double titre, en tant que vice de forme et en tant que vice de fond. Cette distinction ne doit toutefois pas masquer la continuité qui existe entre ces contrôles (1). Leur unité tient aux fonctions de la motivation (2). Il importe de le souligner, car c'est ce qui permet de dire que le raisonnement économique est un objet à part entière du contrôle de motivation (3).

1. Distinction entre la forme et le fond et unité du contrôle de motivation

1087. **Distinction.** Le contrôle de la motivation est, historiquement et logiquement, d'abord un contrôle de la régularité formelle des jugements[4]. Ainsi l'absence de motifs est-elle, pour la Cour de cassation, un vice de forme[5]. Il en va de même dans le contentieux administratif interne où l'obligation de motivation[6] est une exigence de légalité externe[7]. De même encore, en droit communautaire, l'obligation de motiver est une « forme substantielle »[8]. Pour autant, les motifs sont aussi l'objet du contrôle au fond. Le défaut de complétude des motifs relève ainsi devant la Cour de cassation du contrôle au fond[9] et, devant le juge administratif comme devant le juge communautaire, du contrôle de la légalité interne[10]. Pour distinguer ces deux contrôles, il est enseigné que l'absence totale de motifs est un vice de forme, tandis que l'insuffisance des motifs est un vice de fond[11].

---

[1] Art. 455 NCPC.

[2] Sur l'évolution du droit positif sur l'obligation de motivation, V. J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 21ème éd., 2006, n° 410 et s., p. 358 et s.

[3] Article 253 CE.

[4] Th. LE BARS, *Le manque de base légale en droit judiciaire privé*, préc., Chap. 1.

[5] J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 3ème éd. 2003-2004, Chap. 77.

[6] La loi du 18 juillet 1979 crée une obligation de motivation pour de nombreux actes administratifs.

[7] En droit administratif, le défaut de motivation est considéré comme un vice de forme, J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, préc., n° 634, p. 553 ; B. SEILLER, *Droit administratif*, T. 2, préc., p. 224-225.

[8] Art 230 CE. V. p.e. arrêt du Tribunal du 8 novembre 2000, Dreyfus e.a./Commission, T-485/93, T-491/93, T-494/93 et T-61/98, Rec. p. II-3659, point 115. On parle aussi de forme substantielle devant la Cour de cassation. J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 3ème éd. 2003-2004, n° 78.20.

[9] J. BORÉ et L. BORÉ, *op. cit.*, Chap. 78.

[10] B. SEILLER, *op. cit.*, p. 227 et s.

[11] P.e. J. BORÉ et L. BORÉ, *op. cit.*, n° 77.31.

1088. **Continuité.** En dépit de cette distinction, nettement faite par la doctrine française, il existe une certaine continuité entre « le défaut de motifs à l'état pur »[1] qu'est l'absence de tout motif sur un point donné et l'insuffisance des motifs. Historiquement, le contrôle de suffisance des motifs par la Cour de cassation s'est développé à partir du contrôle de l'existence des motifs[2]. Logiquement, ensuite, le contrôle effectif du respect de l'obligation de motiver appelle un contrôle de pertinence et de suffisance des motifs, car cette obligation serait purement formelle si n'importe quel motif était admis[3]. Au stade du contrôle des formes substantielles, le juge ne vérifie en principe pas si la décision fait une exacte application du droit, mais seulement si les motifs sur lesquels s'appuie cette décision sont logiquement compatibles avec son dispositif[4]. Cependant, la compatibilité logique contrôlée par le juge ne s'entend pas du seul point de vue formel[5] et c'est déjà un contrôle de la pertinence des motifs qui est effectué[6]. Si l'on tient à la séparation de la forme et du fond, on dira que le contrôle des motifs dans le contrôle de légalité externe est plus superficiel que dans le contrôle de la légalité interne, mais il faut à tout le moins admettre que c'est une différence de degré plus que de nature qui sépare le contrôle de motivation, prise en tant que forme substantielle, du contrôle du manque de base légale[7].

1089. À cet égard, force est de constater que cette distinction n'existe pas dans toutes les traditions juridiques[8]. Elle n'est en outre pas toujours nettement faite devant le juge

---

[1] S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *P.A.*, 26 mai 2004, n° 105, pp. 3-20, spéc. n° 21, p. 9. J. BORÉ et L. BORÉ, *op. cit.*, *loc. cit.*

[2] Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 86 et s., p. 65 et s. J. BORÉ et L. BORÉ, n° 77.13.

[3] J. BORÉ et L. BORÉ, *op. cit.*, n° 77.32 et s.

[4] En ce sens, arrêt de la Cour du 20 mars 1957, Geitling/Haute Autorité, 2/56, Rec. p. 9.

[5] En ce sens, p. e. : arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, point 89. Le Tribunal n'exige pas, que la motivation de l'interdiction d'une opération de concentration au regard de l'ancien règlement concentrations soit motivée au regard de chacun des deux critères de fond (création ou renforcement d'une position dominante *et* entrave significative à la concurrence), mais seulement qu'il ressorte de la motivation que les deux conditions sont réunies.

[6] En ce sens, D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des communautés européennes*, Thèse Strasbourg, 1998, spéc. n° 333, p. 288.

[7] *Infra* n° 1131 et s.

[8] Ainsi un ancien juge britannique du Tribunal a-t-il pu décrire le concept d'*error of procedure* dans le contentieux communautaire comme *including lack of adequate reasoning in the decision*. C. BELLAMY, « The Court of First Instance : A Day in the Life of a Judge », *in Liber Amicorum in Honour of Lord Gordon Slynn of Hadley*, 2000, vol. 1, pp. 81-96, p. 87. Même en tenant compte du fait que *adequate* peut être un faux-ami, cette description ne correspond pas à la notion de motivation en tant qu'exigence de forme telle qu'elle est habituellement comprise par les auteurs français. Sur l'absence de distinction en droit belge entre le contrôle de la suffisance des motifs et le contrôle de la teneur des motifs, V. F. RIGAUX, *la nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966, n° 200 et 202, pp. 311 et 312.

communautaire[1], même si on la trouve dans certains arrêts[2]. De la même manière, en droit français, il a été démontré que le contrôle de l'existence des motifs, de leur cohérence et de leur complétude formait un tout[3]. On peut donc dire que la forme rejoint le fond[4] ou, plus précisément, que l'unité de la technique du contrôle de motivation dépasse la division des différents objets du contrôle[5].

1090. **Illustration.** La continuité du contrôle de forme et du contrôle de fond peut être illustrée en droit de la concurrence à propos d'une appréciation économique opérée lors du contrôle sur l'effet sensible d'un accord. Ainsi, dans l'arrêt *European Night Services*[6], on trouve une censure qui tient à la fois du défaut de motifs et du manque de base légale[7]. Le Tribunal constate que « la motivation fait défaut en l'espèce »[8], ce qui suggère qu'il censure un vice de forme. Le fait que la censure ne comporte aucun enseignement sur la solution qui aurait dû être adoptée au fond plaide aussi en faveur d'une telle interprétation[9]. Cependant, le défaut de motifs est apprécié au regard d'une obligation spéciale de motivation, que le Tribunal tire d'une analyse de la règle de fond, en l'espèce la notion d'effet sensible. Or, cette

---

[1] V., par exemple, l'arrêt du Tribunal du 2 juillet 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Commission, T-61/89, Rec. p. II-1931, point 129, relatif au contrôle de la motivation au titre de la légalité externe dans un passage où le Tribunal effectue un contrôle des motifs au titre de la légalité interne. Sur les hésitations permises sur ce point en droit communautaire, V. F. JACOBS, « Court of Justice Review of Competition Cases », *in* B. Hawk (éd.), *Fordham Corp. L. Inst*, 1987, pp. 541-577, spéc. p. 544. Plus généralement sur l'indifférence des cas d'annulation de l'article 230 CE. K.P.E. LASOK, « Judicial Review of Issues of Fact in Competition Cases », *ECLR*, 1983, pp. 85-96, p. 86.

[2] P.e. arrêt de la Cour du 29 avril 2004, Pays-Bas/Commission, C-159/01, Rec. p. I-4461, point 65. Pour un rappel énergique de la distinction entre l'examen de la motivation et celui de la légalité au fond, V. les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro sous l'arrêt de la Cour du 22 février 2005, Commission/max.mobil, C-141/02 P, Rec. p. 1283, spéc. points 84 et 85. *Adde :* arrêt du Tribunal du 18 septembre 1992, Automec/Commission, T-24/90, Rec. p. II-2223, et les obs. sur ce point de L. M. PAIS ANTUNÈS, « La motivation des décisions en droit communautaire de la concurrence », *in Les droits de la défense et droits de la Commission*, Colloque AEA, 24-25 janvier 1994, Bruylant, 1994, pp. 273-279, spéc. n° 5, p. 277.

[3] S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », préc., spéc. n° 21, pp. 10-11.

[4] *Ibid*.

[5] En ce sens, D. BAILEY, « Scope of Judicial Review under Article 81 EC », *Common Market Law Review*, 2004, pp. 1327-1360, p. 1348 : « the logic and rationality of Commission decisions under article 81(3) may be scrutinized, and quite closely in some cases, without the CFI having to reach the question of the scope of its review of the substance of a decision under article 81(3) ».

[6] Arrêt du Tribunal du 15 septembre 1998, European Night Services, T-374/94, Rec. p. II-3141, cité en ce sens par D BAILEY, *op. cit.*, *loc. cit.*

[7] *ENS*, préc., points 103-105.

[8] *ENS*, préc., point 104.

[9] Sur ce critère de distinction entre le défaut de motifs et le manque de base légale, J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 3ème éd. 2003-2004, n° 77.51 et n° 78.53.

analyse a une valeur indicative sur l'interprétation du droit[1]. En cela, la censure apparaît comme visant un manque de base légale[2]. Le contrôle exercé sur la motivation au regard de l'effet sensible tient donc à la fois de la forme et du fond[3].

1091. La continuité qui existe entre le contrôle de l'absence de motifs et le contrôle de l'insuffisance des motifs tient à ce que ces deux contrôles servent les mêmes fonctions.

2. Les fonctions de la motivation

1092. **Trois fonctions communes.** Les fonctions de la motivation sont multiples et largement communes à la motivation des jugements[4] et à celle des décisions administratives[5], au droit communautaire et au droit français[6]. On peut en distinguer trois principales, qui correspondent aux différents auditoires de la décision[7].

1093. **Expliquer la décision aux parties.** La motivation remplit, en premier lieu, une fonction explicative à l'égard des parties[8]. En effet, la motivation doit permettre aux

---

[1] *ENS*, préc., point 103 : « le Tribunal estime que lorsque, comme en l'espèce, des accords horizontaux conclus entre des entreprises atteignent ou dépassent à peine le seuil de 5 % considéré par la Commission elle-même comme un seuil critique, susceptible de justifier l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité, celle-ci est tenue de fournir une motivation suffisante sur les raisons pour lesquelles elle estime que de tels accords relèvent de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Il en est à plus forte raison ainsi lorsque, comme en l'espèce, d'une part, ainsi que les parties requérantes l'ont exposé dans leur notification, ENS doit opérer sur des marchés qui sont, dans une large mesure, dominés par d'autres moyens de transport, tel que l'avion, et lorsque, d'autre part, ainsi que les requérantes l'ont fait valoir, en se plaçant dans la perspective d'un accroissement de la demande sur les marchés pertinents, et en tenant compte des possibilités limitées d'augmentation de la capacité d'ENS, ses parts du marché soit diminueront soit demeureront stables. Une telle motivation s'imposerait également en l'espèce, étant donné que, ainsi que la Cour l'a jugé dans l'arrêt *Musique Diffusion Française* (...) un accord est de nature à exercer une influence sensible sur le courant des échanges entre les États membres même si les parts du marché des entreprises requérantes n'excèdent pas 3 %, à condition que ces parts de marchés soient supérieures à celles de tiers concurrents » (citation omise).

[2] La formulation utilisée au point 103, préc., est évocatrice : « la décision attaquée *ne contient pas une motivation permettant au juge communautaire de se prononcer* sur les parts détenues par ENS sur les divers marchés pertinents et, partant, sur l'effet sensible des accords ENS sur le commerce entre les États membres, de sorte que la décision doit être annulée pour ce motif » (nous soulignons). Sur l'impossibilité pour le juge de se prononcer comme critère du manque de base légale. BORÉ, *op. cit.*, n° 78.41.

[3] Par comparaison, la Cour de cassation n'exerce quant à elle qu'un contrôle formel de motivation sur la question de l'effet sensible. En ce sens, G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », préc., p. 261, citant Cass. com. 21 mars 2000, pourvoi n° 98.10183. *Adde* : Cass. com. 7 avril 1998, pourvoi n° 96-14955.

[4] S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », préc.

[5] C. HEN, La motivation des actes des institutions communautaires, *Cah. dr. eur.*, 1977, pp. 49-91.

[6] F. SHOCKWEILER, « La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national », *Cahiers de droit européen*, 1989, pp. 3-40, spéc. pp. 17-18.

[7] Ch. PERELMAN, « La motivation des décisions de justice : Essai de synthèse », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 415-426. Perelman parle dans cet article d'auditoire au singulier et ne présente pas les fonctions de la motivation comme s'adressant à différents auditoires, mais cela résulte néanmoins de l'analyse.

[8] S. GJIDARA, *op. cit.*, n° 18 et s.

destinataires de la décision, et spécialement à celui qui essuie une décision négative, d'en comprendre les raisons. Il s'agit d'éviter que « l'accusé n'ait à se plaindre de ses juges »[1]. Plus généralement, il convient que la partie perdante puisse comprendre le jugement[2]. Cette fonction explicative se double d'un aspect processuel, puisque la motivation doit permettre aux intéressés de décider en connaissance de cause s'ils ont intérêt à former un recours pour faire valoir leurs droits[3].

1094. **Permettre le contrôle juridictionnel.** En second lieu, la motivation s'adresse au juge et, plus précisément, au juge compétent pour connaître du recours contre la décision. Elle vise à le convaincre du bien-fondé de cette décision. Au minimum, la motivation doit mettre le juge du recours en mesure d'exercer son contrôle[4].

1095. **Assurer la transparence.** En troisième lieu, la motivation des décisions de justice remplit une fonction de transparence de la justice et de légitimation de la jurisprudence[5]. Cette fonction concerne tout particulièrement la motivation en droit des décisions des juridictions supérieures, spécialement en tant que leur jurisprudence est créatrice[6]. Cependant, la fonction de transparence concerne aussi les motifs de fait des décisions administratives ou celles des juridictions du fond. On a pu dire de ces motifs qu'ils témoignaient de la recherche de la

---

[1] S. SENESE, « La motivation des décisions de justice et le jugement du fait », *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 442-459, p. 457.

[2] S. GJIDARA, *op. cit.*, *loc. cit.*

[3] Arrêts de la Cour du 28 mars 1984, Bertoli/Commission, 8/83, Rec. p. 1649, point 12 ; du 7 avril 1987, Sisma, 32/86, Rec. p. 1645, point 8, et du 15 octobre 1987, UNECTEF/Heylens, 222/86, Rec. p. 4097, point 15. Arrêt du Tribunal du 16 septembre 1998, IECC/Commission, T-133/95 et T-204/95, Rec. p. II-3645, points 125-126. V. aussi arrêts cité à la note suivante.

[4] S. GJIDARA, *op. cit.*, n° 36 et s. En droit communautaire, V. notamment les arrêts de la Cour du 20 mars 1959, Nold, 18-57, Rec. p. 89, spéc. p. 114 ; du 4 juillet 1963, Allemagne/Commission, 24/62, Rec. p. 143 ; du 7 juillet 1981, Rewe, 158/80, Rec. p. 1833, point 25 ; du 17 mars 1983, Control Data/Commission, 294/81, Rec. p. 911, points 14 et 15. Arrêts du Tribunal du 24 janvier 1992, La Cinq/Commission, T-44/90, Rec. p. 1 ; du 12 décembre 1996, Rendo e.a./Commission, T-16/91 RV, Rec. p. II-1827, point 42 ; du 22 octobre 1997, SCK et FNK/Commission, T-213/95 et T-18/96, Rec. p. II-1739, point 226 ; du 14 mai 1998, Mayr-Melnhof Kartongesellschaft/Commission, T-347/94, Rec. p. II-1751, point 42 ; Enso Española/Commission, T-348/94, Rec. p. II-1875, point 109 ; du 14 mai 1998, Mo och Domsjö/Commission, T-352/94, Rec. p. II-1989, point 49 ; du 16 septembre 1998, IECC/Commission, T-133/95 et T-204/95, Rec. p. II-3645, point 125, et du 21 mars 2001, Métropole télévision/Commission, T-206/99, Rec. p. II-1057, point 44. *Adde :* conclusions du juge Vesterdorf faisant fonction d'avocat général sous l'arrêt du Tribunal du 24 octobre 1991, Rhône Poulenc e.a/Commission, T-1/89 à T-4/89 et T-6 à T-15/89, Rec. p. II-867, points 24 et s. J. BOULOUIS et M. DARMON, *Contentieux communautaire*, Dalloz, coll. Précis, Paris, 1997, n° 428.

[5] Ch. PERELMAN, *Logique juridique : Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, 1999, n° 81 et s., p. 154 et s.

[6] Sur cette question : A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 1974, pp. 487-508. R. LINDON, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP (G),* 1975, I-2681. Plus récemment, H. CROZE, « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », *Philippe Malaurie Liber Amicorum*, Defrénois, 2005, pp. 181-198. Dans le même volume, Th. REVET, « La légisprudence », pp. 377-391. *Adde :* F. BÉRANGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, PUAM, 2003, préf. Ch. ATIAS.

« vérité » par le juge[1]. Il paraît en tout cas certain que, dans les décisions qui appliquent le droit de la concurrence, les motifs de fait s'adressent, à l'instar des motifs de droit, à un auditoire plus large que les seules parties. Ces motifs participent aussi à la légitimation des décisions notamment au regard de ce qui est considéré, sinon comme une « vérité » économique, du moins comme une analyse économique raisonnable[2]. Pour remplir ces fonctions, la motivation doit non seulement contenir l'énoncé « des éléments de fait et de droit essentiels au raisonnement »[3], mais aussi retracer le raisonnement qui a mené à la décision.

3. Le raisonnement : objet du contrôle de la motivation

1096. **Généralité du constat.** Le raisonnement est l'objet même du contrôle de motivation. Motulsky l'a mis en évidence à propos du contrôle de manque de base légale exercé par la Cour de cassation[4]. Cette affirmation a cependant une portée qui dépasse le seul contrôle de cassation, car elle correspond à une caractéristique fondamentale de toute motivation. La motivation de toute décision judiciaire doit « retracer le cheminement intellectuel du juge », afin de fournir la preuve d'une réflexion attentive, exclusive de tout arbitraire et de nature à

---

[1] En ce sens que le contrôle des motifs est un contrôle de la « vérité » des décisions de justice, S. SENESE, « La motivation des décisions de justice et le jugement du fait », *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles,1993, pp. 442-459, p. 446.

[2] Les commentateurs de langue anglaise utilisent souvent l'expression de *sound economic analysis* pour exprimer cette exigence de légitimitation des décisions administratives ou judiciaire à l'égard de l'auditoire économiste. V. p.e. S. NORBERG, cité par B. VESTERDORF, « Economics in Court : Reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition law regime », *in* M. JOHANSSON, N. WAHL et U. BERNITZ (éds), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg : a European for all seasons*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 505 à 524, p. 513.

[3] Jurisprudence constante. V., en matière de décision prononçant des sanctions, les arrêts de la Cour du 15 juillet 1970, Chemiefarma/Commission, 41-69, Rec. p. 661 ; du 6 juillet 1993, CT Control et JCT Benelux/Commission, C-121/91 et C-122/91, Rec. p. I-3873, point 31 ; du 17 octobre 1995, Pays-Bas/Commission, C-478/93, Rec. p. I-3081, points 48 à 50 ; du 12 novembre 1996, Royaume-Uni/Conseil, C-84/94, Rec. p. I-5755, points 74 à 79 et, plus spécialement en matière de concurrence (notamment), les arrêts du 11 juillet 1985, Remia/Commission, 42/84, Rec. p. 2545, point 26 ; du 17 septembre 1985, Ford/Commission, 25 et 26/84, Rec. p. 2725, point 46 ; du 10 décembre 1985, Stichting Sigarettenindustrie/Commission, 240, 241, 242, 261, 262, 268 et 269/82, Rec. p. 3831, point 88 et les arrêts du Tribunal du 24 octobre 1991, Atochem/Commission, T-3/89, Rec. p. II-1177, point 222 ; du 17 décembre 1991, DSM/Commission, T-8/89, Rec. p. II-1833, point 257 ; du 10 mars 1992, Hüls/Commission, T-9/89, Rec. p. II-499, point 332 ; Hoechst/Commission, T-10/89, Rec. p. II-629, point 312 ; Shell/Commission ;T-11/89, Rec. p. II-757, point 319 ; Solvay/Commission, T-12/89, Rec. p. II-907, point 286 ; ICI/Commission, T-13/89, Rec. p. II-1021, point 318 ; Montedipe/Commission, T-14/89, Rec. p. II-1155, point 324 ; Chemie Linz/Commission, T-15/89, Rec. p. I-1275, point 328 ; du 30 novembre 2000, Industrie des poudres sphériques/Commission, T-5/97, Rec. p. II-3755, point 198 ; du 21 mars 2002, Joynson/Commission, T-231/99, Rec. p. II-2085, points 164-166, et du 4 mars 2003, Fenin/Commission, T-319/99, Rec. p. II-357, point 58.

[4] H. MOTULSKY, « Le "manque de base légale", pierre de touche de la technique juridique », *JCP*, 1949 I.775, reproduit dans *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 31-37, p. 31.

fonder l'autorité de la décision[1]. C'est ce qui explique que, tout autant que le contrôle du manque de base légale exercé par la Cour de cassation, le contrôle de motivation exercé par le juge communautaire porte sur le raisonnement[2]. Le Tribunal l'a affirmé on ne peut plus clairement : « [l]a motivation doit faire apparaître de manière claire et non équivoque le *raisonnement* de l'institution »[3]. En droit communautaire, le caractère compréhensible du raisonnement, tel qu'il résulte de la motivation, est même le critère de la légalité. En effet, la Cour a jugé que la motivation était suffisante dès lors qu'elle « ren[dait] compréhensible le raisonnement qui a déterminé la Commission »[4]. De la même manière, en ce qui concerne la motivation des décisions infligeant une amende, la Cour considère que « la motivation doit être jugée suffisante dès lors qu'elle fait apparaître de façon claire et cohérente les considérations de fait et de droit sur lesquelles s'appuie la condamnation des intéressés, de manière à permettre tant à ceux-ci qu'à la Cour de connaître les éléments essentiels du raisonnement de la Commission »[5]. Le contrôle de la motivation, qu'il s'exerce à propos d'une décision administrative ou d'un jugement, est donc fondamentalement un contrôle du raisonnement[6].

1097. **Conclusion du A.** Le contrôle de motivation se présente, au-delà de la distinction des cas d'ouverture, comme une technique unitaire de contrôle, qui répond à des fonctions

---

[1] S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », préc., spéc. n° 16, p. 8

[2] F. RIGAUX, « Le Pouvoir d'appréciation de la Cour de Justice des Communautés européennes à l'égard des faits » préc., pp. 371-372 : « sous peine de se cantonner à un pur formalisme, le contrôle de légalité pénètre dans le domaine des faits, en s'efforçant toutefois de détacher des purs jugements d'opportunité ce qui relève de la logique du *raisonnement* qui est, à sa manière, aussi impersonnelle et impérative que la loi » (nous soulignons).

[3] Par exemple, arrêt du Tribunal du 20 novembre 2002, Lagardère et Canal+/Commission, T-251/00, Rec. p. II-4825, point 155 (nous soulignons).

[4] Arrêt de la Cour du 4 juillet 1963, Allemagne/Commission, 24-62, Rec. p. 131.

[5] Arrêt de la Cour du15 juillet 1970, Chemiefarma/Commission, 41-69, Rec. p. 661, point 78.

[6] Jurisprudence constante. V. notamment : arrêts de la Cour du 30 septembre 1982, Roquette Frères/Conseil, 110/81, Rec. p. 3159, Amylum/Conseil, 108/81, Rec. p. 3107, points 19 à 21, Tunnel Refineries/Conseil, 114/81, Rec. p. 3189, points 20 à 22 ; du 28 octobre 1982, Lion, 292 et 293/81, Rec. p. 3887, point 18 ; arrêts du Tribunal du 24 avril 1996, Industrias Pesqueras Campos e.a./Commission, T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 et T-234/94, Rec. p. II-247, point 140 ; du 4 février 1997, Belgique et Allemagne/Commission, C-9/95, C-23/95 et C-156/95, Rec. p. I-645, point 44 ; du 15 avril 1997, Irish Farmers Association e.a./ Ireland, C-22/94, Rec. p. I-1809, point 39 ; du 15 mai 1997, Siemens/Commission, C-278/95 P, Rec. p. I-2507, point 17 ; du 16 mai 2002, France/Commission, C-482/99, Rec. p. I-4397, point 41 ; du 18 septembre 2003, Volkswagen/Commission, C-338/00 P, Rec. p. I-9189, point 124. Arrêts du Tribunal du 18 décembre 1997, Ajinomoto et The NutraSweet Company/Conseil, T-159/94 et T-160/94, Rec. p. II-2461, points 130-133 ; du 19 février 1998, DIR International Film e.a./Commission, T-369/94 et T-85/95, Rec. p. II-357, point 117 ; du 16 décembre 1999, Micro Leader/Commission, T-198/98, Rec. p. II-3989, point 40 ; du 18 janvier 2000, Mehibas Dordtselaan/Commission, T-290/97, Rec. p. II-15, point 92 ; du 30 janvier 2002, max.mobil/Commission, T-54/99, Rec. p. II-313, point 78, et du 6 juillet 2000, Volkswagen/Commission, T-62/98, Rec. p. II-2707, point 297.

propres et dont l'objet spécifique est le raisonnement. C'est la première raison de l'adéquation du contrôle de la motivation au contrôle du raisonnement économique. La seconde raison est plus particulière : elle tient à la convergence entre l'obligation juridique de motiver, qui est particulièrement forte en droit de la concurrence, et l'approche économique contemporaine.

B. La convergence des exigences juridiques et économiques de motivation en droit de la concurrence

1098. **Annonce et plan.** En droit, l'obligation de motiver est d'autant plus forte que la décision est moins prévisible. Il s'agit donc d'une exigence primordiale en droit de la concurrence (1)[1]. Il se trouve par ailleurs que cette exigence juridique rencontre un écho dans la doctrine économique contemporaine. Cette correspondance ne tient pas seulement à un contact des économistes avec la pratique judiciaire en droit de la concurrence. Elle procède aussi d'un mouvement interne à la science économique. Plus précisément, c'est en s'éloignant des affirmations trop tranchées de l'École de Chicago que la recherche contemporaine en économie industrielle redécouvre d'elle-même une exigence de motivation semblable à l'exigence juridique. Les économistes de Chicago croyaient pouvoir fournir des raisons si générales pour condamner ou laisser prospérer certaines pratiques que, dans leur perspective, toute motivation circonstanciée devenait superflue. À l'inverse, l'approche contemporaine, moins déterministe, aboutit à la conclusion que seule la motivation minutieuse est de nature à garantir contre les erreurs d'appréciation (2). Les développements qui suivent permettent de se rendre compte que, en économie comme en droit, c'est le même désir d'éviter que l'incertitude ne débouche sur l'arbitraire qui se trouve au cœur de l'exigence de motivation. Du point de vue du droit de la concurrence, la motivation est le rempart contre l'arbitraire du pouvoir discrétionnaire. Du point de vue de l'économie, elle est la seule garantie possible contre un usage doctrinaire des théories. C'est donc une rencontre sincère du droit et de l'économie qui se produit autour de l'exigence de motivation.

[1] Sur ce point et de manière plus générale à propos du droit économique : A. JACQUEMIN, « Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique », *in* M. Van de KERCHOVE, *L'interprétation en droit*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 485-404, spéc. p. 502. L'auteur souligne que « la motivation des actes ou décisions est (…) un des éléments essentiels de la magistrature économique ».

1. La motivation : une exigence primordiale en droit de la concurrence

1099. La volonté d'éviter l'arbitraire, qui est au cœur de l'exigence de motivation, concerne tant l'arbitraire dans l'interprétation que l'arbitraire dans l'application du droit[1]. C'est pourquoi l'obligation de motiver est renforcée en présence de notions à contenu variable (a) et d'un pouvoir large pouvoir d'appréciation (b), deux caractéristiques que le droit de la concurrence cumule.

a) L'obligation de motiver renforcée en présence de notions indéterminées

1100. **Nécessité de la motivation en l'absence de définition.** Une motivation précise est d'autant plus nécessaire que les notions légales au regard desquelles les faits doivent être qualifiés juridiquement sont indéterminées[2]. Tel est le cas des notions-clés du droit de la concurrence, il n'est pas besoin d'y revenir[3]. En présence de telles notions, il est impossible de procéder directement à la subsomption des faits sous la notion qualifiante, qui doit d'abord être expliquée. Lorsqu'il n'existe pas d'explication théorique de la notion d'une généralité suffisante – dans les termes de Motulsky une décomposition en éléments générateurs ou, dans ceux proposés plus haut, un test de qualification[4] – le juge ou l'autorité chargée de qualifier les faits doivent avant tout traiter judicieusement les données factuelles[5]. Dans ce cas, la majeure du syllogisme ne peut être élaborée qu'au regard des faits. La règle est dite *pour* trancher le litige, voire n'est pas vraiment dite[6]. Ainsi, lorsque la Commission apprécie si une pratique restreint la concurrence, elle ne le fait pas en posant d'abord une définition de la restriction de concurrence puis en vérifiant si chacun des éléments de cette définition sont réunis. Elle expose en quoi, selon elle, la pratique en cause restreint la concurrence. Dans une telle situation, le contrôle de motivation est le seul praticable sans arbitraire. Lorsque le juge n'est pas lui-même certain de la bonne interprétation du droit, c'est ce contrôle qui s'impose[7].

---

[1] Th. LE BARS, *Le manque de base légale en droit judiciaire privé*, préc., respectivement n° 213 et s., p. 163 et s., et n° 283 et s., p. 204 et s.

[2] S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », préc., spéc. n° 15, p. 8.

[3] *Supra* n° 317 et s.

[4] *Supra* n° 721.

[5] S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », préc., n° 15, p. 8.

[6] C'est ce qui se passe lorsqu'un contrôle de qualification est exercé sans que le juge de cassation expose en quoi la qualification était erronée.

[7] En ce sens que la Cour de cassation pratique le contrôle du manque de base légale lorsqu'elle n'est pas certaine de l'interprétation qu'il convient de donner à une règle de droit. Th. LE BARS, *op. cit.*., n° 302, p. 221

1101. **Exemple.** La rédaction très factuelle de certains arrêts dans lesquels le juge communautaire exerce un contrôle des motifs témoigne du fait que la motivation pallie l'absence de définition. Par exemple, dans l'arrêt *Van den Bergh Foods*[1], se posait la question de l'effet restrictif de concurrence d'un ensemble d'accords comportant tous des clauses d'exclusivité. Abordant cette question, le Tribunal de première instance n'expose pas, à titre liminaire, une définition générale de la restriction de concurrence. Il ne donne pas non plus une définition particulière de l'effet de cloisonnement, qui était allégué en l'espèce. Il commence par rappeler l'obligation qui lui incombe de contrôler la solidité des preuves à travers les motifs de la Commission[2]. Le contrôle des motifs ne s'effectue donc pas toujours à partir d'une définition préalable des notions. Dans une certaine mesure, il en tient lieu. Il est en tout cas d'autant plus indispensable qu'une conceptualisation satisfaisante des notions fait défaut.

1102. En dehors de l'indétermination des notions, il existe une seconde justification à l'importance particulière de la motivation en droit communautaire de la concurrence. Il s'agit de la marge d'appréciation dont jouit la Commission[3].

b) L'obligation de motiver renforcée en présence d'un pouvoir d'appréciation

1103. **Pouvoir d'appréciation.** L'importance du contrôle des motifs est d'autant plus fondamentale que l'institution investie du pouvoir de décision jouit, en raison de la complexité des appréciations économiques nécessaires, d'un large pouvoir d'appréciation. La Cour de justice l'a très clairement affirmé dans l'arrêt *Technische Universität München*[4]. Dans cette hypothèse, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire

---

[1] Arrêt du Tribunal du 23 octobre 1998, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec. p. II-4653.

[2] *Van den Bergh Foods*, préc., point 80 : « [i]l incombe donc au Tribunal d'examiner, tout d'abord, si la Commission a suffisamment prouvé, dans les circonstances particulières du marché de référence, que la clause d'exclusivité portant sur les congélateurs opère en réalité comme une exclusivité imposée à certains points de vente et si elle a correctement quantifié le degré de cloisonnement. Le Tribunal doit ensuite vérifier, le cas échéant, si le degré de cloisonnement est suffisamment élevé pour constituer une violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité ». Suit un examen précis des différentes circonstances de fait et études économiques alléguées (points 81-118).

[3] À la différence des juridictions communautaires, la Cour d'appel de Paris ne reconnaît pas explicitement une telle marge de discrétion au Conseil de la concurrence, car elle n'applique pas une doctrine du contrôle restreint. Cependant, les justifications du pouvoir d'appréciation qui valent pour la Commission s'appliquent *mutatis mutandis* au Conseil de la concurrence. En particulier, le décalage d'expertise qui existe nécessairement entre l'autorité de concurrence et le juge conduit de fait ce dernier à une certaine déférence à l'égard des appréciations techniques de l'autorité de concurrence.

[4] *Technische Universität München*, préc., point 14. V. aussi, en ce sens, les arrêts du Tribunal du 24 janvier 1992, La Cinq/Commission, T-44/90, Rec. p. II-1, points 85 et 86, et du 2 juillet 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Commission, T-61/89, Rec. p. II-1931, point 129.

impose, d'une part, « l'obligation pour l'institution compétente d'examiner avec soin et impartialité tous les éléments pertinents du cas d'espèce » et, d'autre part, le devoir de « motiver la décision de façon suffisante ». C'est seulement ainsi que les juridictions communautaires peuvent vérifier si les éléments de fait et de droit dont dépend l'exercice du pouvoir d'appréciation ont été réunis[1].

1104. **Technicité.** Le caractère technique des arguments échangés n'empêche pas le juge communautaire de veiller au respect de cette exigence. Un arrêt récent rendu en matière d'aides d'État l'illustre[2]. Le Tribunal a jugé que « le fait que les requérantes ont soumis plusieurs études économiques durant la procédure administrative aurait également dû conduire la Commission à préparer une motivation soigneuse tout en répondant aux arguments essentiels des requérantes, tels qu'étayés par ces études économiques »[3]. La technicité de l'argument des parties ne fait donc que renforcer mécaniquement l'obligation de motivation. Il n'y a pas là d'obligation spéciale de motiver les appréciations techniques, mais une obligation générale de répondre aux arguments des parties, même lorsqu'ils sont techniques.

1105. **Bonne administration.** On peut par ailleurs relever que, du point de vue du contrôle sur le raisonnement économique, le principe de bonne administration, qui oblige la Commission à examiner tous les éléments avec soin et impartialité, est complémentaire à l'obligation de motivation[4]. En effet, dans une procédure largement inquisitoire, comme l'est celle qui se déroule devant la Commission, l'obligation formelle de répondre aux arguments avancés par les entreprises ne suffit pas à garantir une motivation sérieuse. Il faut aussi que la Commission s'explique sur la valeur accordée aux preuves qu'elle a rassemblées et qu'elle ne procède pas à une sélection biaisée des éléments d'information recueillis. Pour reprendre la distinction proposée plus haut entre les scénarios d'effet anticoncurrentiel et la vérification de leur adéquation aux circonstances de l'espèce[5], on dira que le principe de bonne administration permet au juge de contrôler plus spécialement dans la motivation l'étape du

---

[1] *Ibid.*

[2] Arrêt du Tribunal du 7 juin 2006, Ufex e.a./Commission, T-613/97, non encore publié au Recueil.

[3] *Ufex*, préc., point 97.

[4] En ce sens, conclusions de l'avocat général Tizzano sous l'arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 88. Cette idée était exprimée par M. WALINE, *Rev. Dr. publ.* 1973, p. 1752, cité par A. de LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *in Mélanges Waline. Le juge et le droit public*, Pichon et Durand-Auzias-LGDJ, Paris, 1974, T. II, pp. 531-549, p. 534.

[5] *Supra* n° 1013 et s.

retour du modèle vers la réalité[1]. En cela, le principe de bonne administration rejoint l'exigence de preuves « suffisamment solides » et d'analyse prospective « particulièrement plausible » formulée dans certains arrêts en matière de contrôle des concentrations[2].

1106. **Conclusion du 1.** Pour différentes raisons, largement communes au droit communautaire et au droit français, l'obligation de motivation revêt une importance particulière en droit de la concurrence. L'imprécision des notions et la nécessité de répondre précisément aux argumentations des parties, si techniques soient-elles, conduisent à des exigences de motivation très fortes. Celles-ci sont par ailleurs renforcées en droit communautaire en raison du pouvoir discrétionnaire qui est reconnu à la Commission. Un tel pouvoir appelle un contrôle, qui est exercé à travers les exigences de motivation et de bonne administration. Le constat de l'importance particulière du contrôle de motivation en droit de la concurrence n'est pas nouveau[3], mais il est assurément toujours actuel. Il rejoint par ailleurs une observation faite à propos des autorités de régulation, selon laquelle « l'hétérogénéité des offices » du juge et du régulateur fait du contrôle de motivation l'outil privilégié d'un contrôle juridictionnel effectif[4]. L'hétérogénéité des pouvoirs est moins grande entre les autorités de concurrence et leurs juges qu'entre les régulateurs sectoriels et leurs propres juges, mais l'hétérogénéité des savoirs va dans le même sens. Si technique que puisse être la preuve économique, la confrontation exigeante des prétentions opposées est, pour le juge, le meilleur moyen d'exercer sa mission de ne pas laisser place à l'arbitraire.

1107. Il est frappant de constater combien l'exigence de motivation que le juge fait respecter rejoint une exigence autonome de l'analyse économique contemporaine.

2. L'exigence de motivation dans l'approche économique contemporaine

1108. L'analyse économique contemporaine met en avant une exigence de motivation autonome par rapport à l'exigence juridique, mais convergente avec elle. Il convient de

---

[1] Sur le soin qu'il est indispensable d'apporter à cette étape pour garantir une certaine sécurité juridique : REY et *alii*, *An economic approach to article 82*, *op. cit.*, p. 14.

[2] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, point 162.

[3] A. ARNULL, « Judicial Review of Economic Discretion in the European Community », *New Law Journal*, 23 mars 1984, pp. 287-289, p. 289. V. aussi F. RIGAUX, « Le pouvoir d'appréciation de la Cour de Justice des Communautés européennes à l'égard des faits », *in Miscellanea W. J. Ganshof Van der Meersch*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1972, T. II, pp. 365-381, pp. 371-372 : « sous peine de se cantonner à un pur formalisme, le contrôle de légalité pénètre dans le domaine des faits, en s'efforçant toutefois de détacher des purs jugements d'opportunité ce qui relève de la logique du *raisonnement* qui est, à sa manière, aussi impersonnelle et impérative que la loi. »

[4] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge du marché », *in Le juge de l'économie*, *RJC*, novembre 2002, n° spécial colloque de la Baule, pp. 44-60, p. 59.

l'illustrer (a) avant de montrer que cette exigence de motivation correspond à un courant théorique particulier, qui s'éloigne de l'École de Chicago (b).

a) L'exigence de motivation dans l'approche économique contemporaine : illustration

1109. **Annonce et plan.** L'approche économique contemporaine de la concurrence peut être caractérisée par son attention aux effets sur le bien-être du consommateur et aux stratégies des entreprises[1]. Dans cette perspective, il s'agit d'apprécier le caractère anticoncurrentiel d'un comportement d'après la nature de la stratégie qui le sous-tend et d'après ses effets, et non d'après les formes de sa réalisation. Cette démarche s'effectue en deux temps, selon le schéma qui a été exposé lorsque nous avons distingué les scénarios de l'appréciation de leur vraisemblance[2]. En premier lieu, il faut imaginer l'enchaînement des causes qui conduit à un effet restrictif de concurrence, c'est-à-dire formuler un scénario, composé d'hypothèses relatives à la stratégie poursuivie par l'entreprise ainsi qu'à la causalité qui régit ses effets. Dans un second temps, il convient de vérifier la correspondance entre ces hypothèses et les faits établis[3]. Par sa structure, qui comprend une hypothèse et une vérification, l'approche économique contient une exigence de motivation qui s'accorde avec la structure de la qualification (hypothèse légale puis application aux faits). C'est ce qui explique qu'elle rejoigne l'exigence juridique de motivation en droit (i) et en fait (ii). En outre, l'exigence de prise en considération des effets pour les consommateurs rejoint une autre exigence de motivation, celle des jugements de valeur (iii).

i. L'exigence de motivation en droit dans l'analyse économique

1110. **Scénarios et motivation en droit.** Le premier temps du raisonnement économique, l'exposition du scénario anticoncurrentiel, rejoint la motivation en droit. En effet, les scénarios sont des raisonnements qui expliquent *en quoi* les conditions favorables (ou défavorables) à un effet le sont. Par exemple, le scénario de la prédation financière explique en quoi l'asymétrie dans les conditions de financement du prédateur et de la proie supposés sont pertinents[4]. En tant qu'ils donnent les raisons de la pertinence de certains faits pour

---

[1] Des exemples de cette démarche ont été rencontrés précédemment, notamment à propos de la prédation. *Supra* n° 681 et s. Pour un exposé synthétique d'une telle démarche, V. A. PERROT, « Les pratiques de prix bas sont-elles anticoncurrentielles ? », *RLC*, 2006/8, n° 613.

[2] *Supra* n° 1013 et s.

[3] P. REY *et alii*, *An economic approach to article 82*, préc., p. 13.

[4] *Supra* n° 685.

apprécier l'effet du comportement sur la concurrence, les scénarios constituent donc une motivation *en droit*[1].

1111. **Motivation et sécurité juridique.** En ce qui concerne la sécurité juridique conférée par ce type de motivation en droit, il est sans doute possible d'objecter qu'elle garantit *a priori* une prévisibilité moindre que l'approche plus classique, dans laquelle ce sont toujours les mêmes faits qui sont pertinents pour l'application d'une même qualification (les économistes appellent souvent cette approche l'approche « formelle »). À cette objection, les auteurs qui défendent l'approche économique contemporaine formulent deux réponses. Ils soulignent, en premier lieu, à l'attention de leur auditoire de juristes, que la prévisibilité de l'approche économique n'est en réalité pas plus faible que celle de l'approche « formelle », car, en réalité, celle-ci ne garantit pas une bonne prévisibilité[2]. En second lieu, ils exposent que l'approche par les effets correspond au type de sécurité juridique qu'il est raisonnable d'espérer en droit de la concurrence[3]. On ne peut que l'admettre dès lors que les règles de concurrence obligent, dans une large mesure, à qualifier les comportements au regard de leurs effets.

1112. À cet égard, on ne peut assez insister sur le fait que c'est la motivation qui permet les progrès de la sécurité juridique. Si les notions qui désignent des scénarios (par exemple la « prédation financière ») sont utilisées dans les jugements sans que le raisonnement économique qui sous-tend ce scénario soit exposé dans le même mouvement, la réception de la notion économique ne peut déboucher que sur de l'insécurité juridique. Cela tient au fait que les notions économiques, si elles sont détachées du raisonnement qui leur donne sens, ne permettent pas de raisonner par analogie. Comme elles sont moins familières aux juges que d'autres notions, la réception de ces notions créerait un risque de désordre dans la

---

[1] Cp. la critique de R. JOLIET, « La notion de pratique concertée et l'arrêt ICI dans une perspective comparative », *Cahiers de droit européen*, 1972, pp. 251-287, spéc. p. 277. L'auteur critique précisément la Cour pour l'absence de motivation sur une question de ce type.

[2] P. REY *et alii*, *op. cit.*, pp. 16-17. L'argument principal s'appuie sur le fait que, lorsque certaines pratiques sont interdites à raison de leur forme, il est généralement possible pour les entreprises de chercher à obtenir le même effet par des pratiques formellement différentes, sans qu'il soit possible de savoir si elles seront interdites. V. aussi D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 271-285, p. 273.

[3] A. PERROT, « Abus de position dominante, vente liées, remises », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Les politiques de la concurrence*, La documentation française, 2006, pp. 257-269. L'auteur souligne (p. 259) que c'est à travers la motivation que la sécurité juridique peut être atteinte dans l'approche économique actuelle : « ce mouvement, s'il s'imprime dans l'attitude des autorités de concurrence, aura pour conséquence de faire peser sur celles-ci une charge de rigueur intellectuelle et de précision de la démonstration qui devrait contrebalancer la relative insécurité juridique ».

jurisprudence. Ce risque ne peut être conjuré que si l'arrêt de principe qui procède à la réception d'une notion économique expose précisément en quoi cette notion est pertinente. Par exemple, dans le cas de la prédation financière, il s'agirait d'exposer en quoi l'asymétrie des conditions de financement du prédateur et de la proie favorise la prédation[1]. Nos observations rejoignent sur ce point celles d'autres auteurs qui ont aussi constaté l'insécurité juridique créée par la réception d'une « théorie » économique sans explication suffisante[2]. En réalité, l'insécurité juridique ne résulte pas de la théorie économique elle-même, mais de son usage à titre d'argument d'autorité[3]. L'explicitation d'un scénario anticoncurrentiel permet d'exposer en quoi différentes circonstances de fait, désignées par des qualifications intermédiaires, sont pertinentes pour expliquer un effet anticoncurrentiel et, partant, pour justifier l'application d'une qualification juridique (restriction de concurrence ou abus de position dominante). En d'autres termes, le raisonnement par scénario permet une analyse au cas par cas de la notion qualifiante, ce qui, en l'absence de définition générale, est la seule manière d'analyser les qualifications.

1113. À travers son approche par scénarios, l'analyse économique rejoint donc l'exigence de motivation en droit. Elle rejoint aussi l'exigence de motivation en fait.

ii. L'exigence de motivation en fait dans l'analyse économique

1114. Le second temps du raisonnement par scénarios concerne la motivation en fait. Il consiste à s'assurer que les différentes hypothèses du scénario retenu peuvent être tenues pour satisfaites en l'espèce. Par exemple, dans l'hypothèse de la prédation financière, il s'agirait de vérifier si, dans le cas d'espèce, il existe une asymétrie de financement entre l'entreprise qui allègue être victime de prédation et le prédateur supposé. L'importance de la motivation en fait est particulièrement soulignée par les auteurs qui défendent une approche économique de la qualification[4]. Ils admettent que, dans l'approche économique, la décision de l'autorité de

---

[1] V. *supra* n° 684.

[2] J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA*, 2000, pp. 687-696, p. 693, à propos de la théorie des facilités essentielles.

[3] Sur les arguments d'autorité dans la jurisprudence communautaire, J. MERTENS de WILMARS, « Arguments de raison et arguments d'autorité dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », *in* G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (dir.) *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, préc., pp. 71-92.

[4] Les exemples abondent. V. p.e. K.-U. KÜHN, R. STILLMAN et C. CAFFARA, « Economic Theories of Bundling and their Policy Implications in Abuse Cases : An Assessment in the Light of the Microsoft Case », *European Competition Journal*, 2005, pp. 85-121, p. 86 : « The most important criticism of the European Commission in cases like *Tetra Laval/Sidel* and *GE/Honeywell* has been that the specific mechanism was never identified and therefore no set of evidence could have led to the conclusion that bundling was anti-competitive ».

concurrence et l'appréciation de sa validité par le juge reposent en dernière analyse sur les mérites des preuves apportées de part et d'autre pour étayer un scénario ou un contre-scénario[1]. C'est pourquoi ils préconisent des exigences de preuve élevées. Comme l'expose une économiste, « les développements récents mettent (…) l'accent sur la nécessité pour les autorités de concurrence d'étayer l'histoire microéconomique sous-jacente à l'aide d'éléments convaincants sur la stratégie suivie par l'entreprise et confirmés par les faits »[2]. Cela rejoint très précisément les exigences de motivation formulées par la jurisprudence. Ainsi, dans l'arrêt *Tetra Laval*, la Cour de justice a précisé que « l'analyse prospective consiste à examiner *en quoi* une opération de concentration pourrait modifier les facteurs déterminant l'état de la concurrence sur un marché donné afin de *vérifier* s'il en résulterait une entrave significative à une concurrence effective. Une telle analyse requiert *d'imaginer les divers enchaînements de cause à effet*, afin de retenir ceux dont la probabilité est la plus forte »[3]. Le parallélisme de l'approche économique contemporaine et des exigences formulées par la Cour de justice est frappant. *Explicitation des scénarios et vérification : telles sont les exigences convergentes de l'analyse économique et de la jurisprudence*.

1115. **Généralité.** Cette convergence de l'approche économique vers l'exigence juridique de motivation n'est propre ni au contrôle des concentrations ni à la nouvelle approche de l'article 82 CE. Elle exprime un effort général de compréhension concrète des comportements qui restreignent la concurrence par l'exclusion de concurrents. La réflexion sur les concentrations de conglomérat[4] en fournit un autre exemple. Ainsi, deux économistes commentant la décision de la Commission d'interdire la concentration entre General Electric et Honeywell[5] relèvent que l'exigence de motivation – qu'ils défendent – s'oppose à l'usage incantatoire de notions vagues, comme l'effet de portefeuille ou l'effet de levier, pour justifier une

---

[1] P. REY *et alii*, *op. cit.*, p. 15.

[2] A. PERROT, « Les prix bas », *La baisse des prix : pratique concurrentielle ou anti-concurrentielle ?* (Cycle *Droit et économie de la concurrence*), Conférence du 27 mars 2006, Cour de cassation, http://www.courdecassation.fr/manifestations/, p. 7. V. aussi, sur ce point, D. SPECTOR, *op. cit.*, p. 275, et références citées. *Adde :* RBB Economics, « Fine in Theory », *Brief* n° 9, juin 2003 et « The Need for Reality Checks : An Example from the Netherlands », *Brief* n° 17, juin 2005, http://www.rbbecon.com/publications/index.html.

[3] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 43.

[4] On appelle ainsi (ou de manière voisine) les concentrations qui ne soulèvent ni problèmes de concurrence horizontaux (addition de parts de marché détenues sur un même marché) ni problèmes de concurrence verticaux (intégration de deux entreprises situées à des stades différents d'une même chaîne de production-distribution). Il s'agit donc de concentrations qui conduisent au regroupement d'entreprises qui produisent des biens soit complémentaires soit sans lien direct entre eux.

[5] A. LOFARO et D. RIDYARD, « Beyond Bork : New Economic Theories of Exclusion in Merger Cases », *ECLR*, 2002, n° 3, pp. 151-153.

interdiction. Ces auteurs ne cherchent pas à condamner l'usage de ces notions mais à l'améliorer en le rendant plus concret. Ils font valoir que ces notions suggèrent un problème : elles expriment l'intuition relative à un type d'effet anticoncurrentiel *possible*, mais cette intuition ne saurait suffire à fonder une décision. Elle doit être formalisée dans un scénario, dont la plausibilité devra être vérifiée et, en cas de contestation, prouvée.

1116. Une autre illustration de l'exigence de motivation dans l'approche économique concerne l'appréciation de l'effet d'une pratique sur le bien-être des consommateurs. C'est alors l'exigence de motivation des jugements de valeur qui est redécouverte par l'analyse économique.

iii. L'exigence de motivation des jugements de valeur dans l'analyse économique

1117. **Intérêts pluriels des consommateurs et motivation.** Les économistes eux-mêmes admettent que la notion d'intérêt des consommateurs, dont il font si grand cas, ne peut être mise en œuvre de manière mécanique et suppose un jugement[1]. Une pratique peut en effet affecter différemment les consommateurs à court terme et à moyen terme, elle peut aussi affecter de manière inégale, voire opposée, différents groupes de consommateurs[2]. Dès lors, pour arriver à une appréciation sur l'effet global de la pratique, des choix doivent nécessairement être faits quant au poids relatif accordé à chacun de ces différents éléments. Ces choix supposent des jugements de valeur : il faut nécessairement accorder un certain poids à chaque groupe de consommateurs affecté de manière spécifique par une pratique, de même qu'il faut mettre en balance l'intérêt actuel et l'intérêt futur des consommateurs. De tels choix peuvent paraître arbitraires. En réalité, ils ne le sont que pour autant qu'ils ne sont pas motivés. La seule manière de rendre acceptable le sacrifice de certains intérêts au profit d'autres intérêts jugés plus importants est en effet de s'en expliquer. Les économistes exposent les jugements de valeur inévitables dans l'appréciation des restrictions de concurrence et reconnaissent que ces jugements ne relèvent pas de l'analyse économique en tant que telle. Ce faisant, ils rejoignent les réflexions de Perelman lorsqu'il écrivait que, « détenteur d'un pouvoir, dans un régime démocratique, le juge doit rendre compte de la manière dont il en use par la motivation »[3].

---

[1] P. REY *et alii*, *op. cit.*, p. 10.

[2] *Ibid*.

[3] Ch. PERELMAN, « La motivation des décisions de justice : Essai de synthèse », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 415-426, p. 422.

1118. **Exemple et perspectives.** Sur un plan plus pratique, la réflexion économique sur le bien-être des consommateurs rejoint aussi celle de l'avocat général Jacobs dans ses conclusions sous l'arrêt *Bronner*[1]. L'avocat général y exposait que, pour apprécier les « justifications objectives » d'un refus de contracter, il était nécessaire de mettre en balance les avantages à court terme que présenterait pour les consommateurs un contrat forcé et les inconvénients à long terme qui pourraient résulter d'une telle intervention du juge[2]. La Cour de justice n'a pas suivi son avocat général sur ce terrain. Elle a préféré couper court à cette discussion en estimant que, en l'espèce, le refus de contracter ne portait pas sur une ressource essentielle[3]. Il n'en reste pas moins que, le jour où le juge acceptera d'examiner de près les allégations relatives à l'effet d'une pratique sur le bien-être des consommateurs, la seule protection contre l'arbitraire consistera, comme le reconnaissent les économistes, dans l'explicitation des choix opérés.

1119. **Conclusion du a.** L'approche économique contemporaine rejoint donc à plusieurs titres l'exigence juridique de motivation, à travers des analyses qui se traduisent assez directement dans les termes du droit : motivation en droit, motivation en fait et motivation des jugements de valeur. Cette rencontre de l'analyse économique avec le droit ne caractérise pas toute approche économique, mais une approche économique particulière, parfois appelée « Post-Chicago ».

b) L'exigence de motivation en économie : une caractéristique distinctive de l'analyse dite « Post-Chicago »

1120. **Chicago et Post-Chicago.** L'approche contemporaine fondée sur la compréhension des stratégies est souvent désignée sous l'appellation « Post-Chicago »[4]. Cette appellation met l'accent sur ce qui distingue cette approche de celle de l'École de Chicago. Il convient à cet égard de préciser que l'approche contemporaine ne nie pas les apports de l'École de Chicago. Plus précisément, un enseignement essentiel en est retenu, à savoir la pertinence accordée aux explications possibles de certains comportements d'entreprises par la poursuite d'une stratégie de gains d'efficience. Ce qui distingue en revanche l'approche contemporaine est le fait que, au lieu de considérer que certains comportements traduisent toujours une stratégie efficiente,

---

[1] Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., C-7/97, Rec. p. I-7791.

[2] Conclusions Jacobs sous *Bronner*, préc., point 57.

[3] Arrêt *Bronner*, préc., point 42.

[4] J. F. BRODLEY, « Post Chicago Economics and Workable Legal Policy », *Antitrust L. J.*, 1995, pp. 683-695. Sauf indication contraire, les explications qui suivent s'appuient sur cet article.

comme par exemple la mise en place d'un système de distribution exclusive, les tenants de l'approche Post-Chicago admettent que les explications des stratégies d'entreprise peuvent être beaucoup plus complexes et variées que cela. Ils soulignent l'utilité de la théorie des jeux pour les étudier. Ces points de divergence ont une importance cruciale du point de vue de l'utilisation judiciaire de l'analyse économique. En un mot, l'économie Post-Chicago nourrit l'imagination du juge et peut être insérée dans sa démarche à travers la motivation[1]. En revanche, dans l'esprit de l'École de Chicago, « le seul rôle dévolu au juge est d'appliquer les principes de l'analyse économique »[2]. Dans cette approche, les motifs de faits et de droit sont surdéterminés par une conception de la « nature des choses » qui neutralise toute tentative de prendre en considération les phénomènes réels qui s'en écarteraient[3].

1121. **Chicago ou la négation du juge et de la motivation.** L'École de Chicago procède par modèles simples et très généraux, qui prédisent des résultats également très généraux[4]. La fermeté et la généralité de ces résultats, qui consistaient par exemple à affirmer que les restrictions verticales ne posaient aucun problème de concurrence, ont séduit la doctrine puis les juges américains dans les années 1980, car elles présentaient l'attrait de la sécurité juridique. Cette sécurité était cependant obtenue par l'effet d'une doctrine autoritaire, qui ne pouvait être mise en œuvre que par la substitution d'un savoir extérieur à la méthode judiciaire. Le juge était censé qualifier les pratiques au regard des qualifications économiques (par exemple « restriction verticale ») et leur appliquer le régime prescrit par la théorie (aucune interdiction). Dans ce schéma, la doctrine économique prend purement et simplement la place de la règle de droit. Assurément, une doctrine de ce type entre en conflit avec les valeurs du système juridique et le rôle des juges, pas seulement aux États-Unis[5].

1122. **Rôle des connaissances personnelles du juge.** Il convient de souligner que la manière dont l'École de Chicago conçoit l'utilisation judiciaire des connaissances

---

[1] L. A. SULLIVAN, « Post-Chicago Economics : Economists, Lawyers, Judges and Enforcement Officials in a Less Determinate Theoretical World », *Antitrust L. J.*, 1995, pp. 669-681. L'auteur débute son article par cette phrase : « Post-Chicago antitrust economics is a world of the imagination », qui fait écho aux propos de G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « L'imagination du juge », *in La procédure en tous ses états, Mélanges Jean Buffet*, Petites Affiches, Paris, 2004, pp. 131-147.

[2] D. GERBER, « Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2006, spéc. p. 114.

[3] V. sur ce thème, P. FORIERS, « La motivation par référence à la nature des choses », *in* Ch. PERELMAN et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 233-249. L'auteur n'insiste pas particulièrement sur cet aspect, mais le mentionne cependant (p. 238).

[4] L. A. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 670.

[5] D. GERBER, *op. cit.*, p. 115.

économiques repose très largement sur les connaissances personnelles du juge[1]. S'agissant de connaissances que le juge n'est pas en mesure de vérifier par l'expérience, il faut plus précisément parler d'endoctrinement ou de « conditionnement du juge »[2]. Parmi toutes les raisons de rejeter une telle approche, nous voudrions en souligner deux. La première tient au risque de consacrer de mauvaises règles de droit et la seconde tient au fait que cette approche évince la contradiction et la motivation.

1123. **Le risque de mauvaises règles.** Un premier motif de rejet de cette approche tient au fait que les connaissances économiques qui, dans la perspective de l'École de Chicago, doivent être inculquées au juge peuvent être fausses. Dans le cas des analyses substantielles de l'École de Chicago, la cause d'erreur la plus fréquente tenait au fait que de nombreuses conclusions procédaient de généralisations amplifiantes à partir d'un modèle dont les conditions de validité étaient en réalité fort peu générales[3]. Traduire en règles jurisprudentielles de fausses généralités ne pouvait que déboucher sur de mauvaises règles de droit.

1124. **Éviction de la contradiction et de la motivation.** Un second motif de rejet de cette approche tient à ce que les prédictions de l'École de Chicago sont si générales qu'elles n'accordent que peu d'importance aux faits d'une espèce particulière. Cela explique qu'il est rare de voir des économistes appartenant à ce courant soutenir des positions opposées lors d'un procès. Comme l'écrit un auteur américain, le point de vue de Chicago l'emporte lorsque le juge est convaincu que la question qui lui est soumise peut être tranchée en appliquant une règle générale sans qu'il soit nécessaire d'ordonner un examen approfondi des faits de l'espèce (examen qui, dans le procès américain, revient en principe au jury)[4]. Évinçant la contradiction sur les faits, l'approche de Chicago ne débouche donc sur aucune exigence de motivation en fait. Considérant que les bonnes règles sont simples et évidentes, cette approche ne débouche pas non plus sur une exigence de motivation en droit.

---

[1] *Supra* n° 894.

[2] Ph. WAQUET, « L'officieux et le non-dit dans le jugement », conférence du 31 mars 2005, Cour de cassation, texte disponible à partir de la page http://www.courdecassation.fr/manifestations/tableau/, p. 9.

[3] L. A. SULLIVAN, *op. cit.*, pp. 671-2, donne l'exemple de l'affirmation des auteurs de Chicago selon laquelle une quantité donnée de pouvoir de marché produit un rendement fixe (ce qui implique que si cette « rente » est déjà extraite sur un marché, elle ne peut être accrue par effet de levier sur un marché adjacent où l'entreprise n'acquiert pas de pouvoir de marché supplémentaire). Cette affirmation, présentée comme très générale, ne peut cependant être soutenue que lorsque trois conditions sont réunies : premièrement, il n'y a pas de régulation des prix dans les marchés concernés, deuxièmement, le produit dominé et le produit non dominé sont complémentaires et utilisés dans des proportions fixes et, troisièmement, le marché connexe est parfaitement concurrentiel avant et après la pratique qui joue sur un effet de levier.

[4] L. A. SULLIVAN, *op. cit.*, p . 677.

1125. **Conclusion sur l'approche de Chicago.** L'approche de Chicago, outre qu'elle néglige l'impartialité du juge et le rôle de la contradiction dans le procès, n'est donc pas une approche qui converge avec l'exigence juridique de motivation.

1126. **L'approche Post-Chicago et le procès.** À l'inverse de l'approche de l'École de Chicago, l'analyse économique « Post-Chicago » ne produit que peu d'énoncés généraux. On le lui a d'ailleurs reproché : ne débouchant pas sur des prédictions suffisamment fermes et générales, elle serait dépourvue d'intérêt pour le procès[1]. Ce jugement nous paraît erroné. C'est au contraire parce que les raisonnements caractéristiques de cette approche sont par nature heuristiques qu'ils sont, selon nous, particulièrement aptes à l'usage judiciaire. Un juge doit en effet découvrir la vérité factuelle. Un raisonnement qui sert à cette découverte est donc exactement ce dont il peut avoir besoin. En d'autres termes, un raisonnement qui expose sous forme de scénario une causalité possible se présente comme un prisme pour permettre de découvrir la causalité à l'œuvre dans un cas particulier. Un tel raisonnement ne supprime pas la discussion sur les faits, il la permet. C'est ce qui explique que les désaccords entre économistes appartenant au courant Post-Chicago ne sont pas rares, y compris à la barre[2].

1127. **Nature des désaccords.** Les désaccords entre économistes de ce courant viennent précisément du fait qu'ils acceptent de se pencher sur l'interprétation de faits complexes. Il s'agit de désaccords raisonnés sur l'interprétation la plus vraisemblable de faits donnés, c'est-à-dire du type même de contradiction qui peut être tranchée par un juge au moyen d'un examen attentif des faits et/ou des explications concurrentes[3]. À la différence d'un désaccord entre un économiste de Chicago et un opposant, qui sont de nature théologique ou portent sur des faits qui, par leur généralité, sont extérieurs à la cause, les arguments opposés de deux économistes Post-Chicago relèvent de la logique juridique. Ce sont des arguments non contraignants mais très importants qui nourrissent la motivation des jugements[4]. Il est hors de doute que l'économie Post-Chicago soulève des difficultés probatoires, mais il est également

---

[1] Dans le contexte américain, le juge est amené, pour se prononcer sur la recevabilité d'une expertise produite par les parties, à trancher la question de savoir si la science de l'expert est de la « bonne science » ou de la « *junk science* ». Pour traiter cette question, un test de qualification a été formulé par la Cour suprême des États-Unis dans son arrêt *Daubert*. Dans ce contexte, il a été avancé que l'économie Post-Chicago ne satisfaisait pas aux critères retenus dans l'arrêt *Daubert*. En ce sens, M. B. COATE et J. H. FISCHER, *Can Post-Chicago Economics survive Daubert ?*, *Akron L. Rev.* 2001, p. 795. Pour une présentation et une discussion de la jurisprudence *Daubert*, O. LECLERC, *Le juge et l'expert*, préc., n° 454 et s., p. 361 et s. et réf. citées *supra* n° 934.

[2] L. A. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 674.

[3] L. A. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 678.

[4] Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, réimpr. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2ème éd., 1999, n° 4 p. 3.

certain que cela vaut mieux que les théories qui reviennent à évincer le rôle des preuves. Trancher en présence d'un doute relève de l'office du juge, qui dispose de techniques pour réduire ce doute ou en tirer les conséquences[1]. En revanche, trancher sur la base de préconceptions, argumentées mais pas toujours démontrées empiriquement, ne peut s'accorder avec l'idée de justice. Du point de vue de la justice, la controverse est infiniment moins dangereuse que l'idéologie.

1128. **Motivation en fait et en droit.** La confrontation des points de vue de l'École de Chicago et du courant Post-Chicago a également une incidence sur la distinction du fait et du droit et donc, pour s'en tenir à la motivation, sur la place de l'argument économique dans les motifs de fait et de droit. L'École de Chicago entend cristalliser le savoir économique dans l'interprétation des règles de droit. Dans cette perspective, l'argument économique vise exclusivement à être repris comme un motif en droit, justifiant une interprétation particulière de la règle. L'approche Post-Chicago vise aussi à contribuer à l'interprétation du droit. Tel est le cas lorsque des économistes proposent une synthèse de différentes analyses stratégiques de nature à être traduites en tests de qualification[2]. La différence avec l'approche de Chicago tient au fait que la proposition des économiste au juge consiste moins en une règle précise qu'en des suggestions d'exigences de motivation. Par ailleurs, l'approche Post-Chicago situe aussi son apport dans l'appréciation des faits[3]. Un auteur a pu en déduire, dans le contexte américain, que des questions qui seraient traitées comme des questions de droit dans la perspective de l'École de Chicago devaient être caractérisées comme des questions de fait dans une perspective Post-Chicago[4]. Il serait cependant erroné de considérer que, dans un contexte européen, la diffusion de l'approche Post-Chicago implique un recul du contrôle de cassation sur les questions de qualification. Au contraire, en ouvrant très largement les questions d'appréciation des faits, cette approche souligne l'importance du contrôle des motifs de fait, qui sont contrôlés au titre du manque de base légale. En acceptant que l'économie ne peut pas prétendre dire les faits en dehors des preuves, cette approche ne fait que renforcer le besoin de schémas de raisonnement, qui sont également l'objet du contrôle de motivation exercé par le juge de cassation.

---

[1] J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 115 et s., p. 180 et s.

[2] Le rapport rendu à la Commission sur l'approche économique de l'article 82 CE répond à cette description. P. REY *et alii*, *An Economic Approach of Article 82*, préc.

[3] L. A. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 679.

[4] L. A. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 680.

1129. **Conclusion du 2.** Les développements qui précèdent ont montré que l'approche économique contemporaine aboutissait, au terme d'une évolution propre à la science économique, à des exigences de motivation très semblables aux exigences juridiques. Ces exigences ne se trouvent pas dans toute approche économique du droit de la concurrence. Elles caractérisent plus spécifiquement l'approche dite Post-Chicago. À la différence de l'École de Chicago, dont l'approche n'est guère compatible avec plusieurs aspects essentiels du procès, ce courant d'analyse propose un mode de raisonnement qui s'accorde profondément avec l'office du juge, en ce que celui-ci consiste à découvrir la vérité à partir de la contradiction. L'approche Post-Chicago ne propose pas des pré-jugements, mais des schémas de raisonnement qui permettent d'organiser la discussion à propos de faits particuliers. La raisonnement par scénarios, caractéristique de cette approche, débouche sur des exigences de motivation en fait et en droit qui s'accordent parfaitement avec le contrôle juridictionnel des motifs, y compris le contrôle de manque de base légale exercé par la Cour de cassation.

1130. **Conclusion du B.** L'exigence de motivation est une exigence juridique qui revêt une importance particulière en droit de la concurrence. Or, au terme d'une évolution autonome de la science économique, l'approche économique contemporaine de la concurrence rejoint cette exigence juridique de motivation. Il se produit donc une rencontre authentique du droit et de l'économie de la concurrence autour d'une exigence commune de motivation. Cette convergence n'est pas seulement une idée générale. Elle est au contraire très précise, puisque le raisonnement par scénarios, caractéristique de l'approche économique contemporaine, se prête à un contrôle des motifs à la fois en fait et en droit. En réalité, l'affinité entre le raisonnement économique en tant qu'objet du contrôle juridictionnel et la technique du contrôle de motivation est si profonde que la théorie du manque de base légale trouve à s'appliquer.

C. Application de la théorie du manque de base légale au contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique

1131. Le manque de base légale, théorisé par Motulsky, permet de censurer l'absence d'une ou plusieurs énonciations nécessaires dans le jugement[1]. Comme l'a démontré le professeur Le Bars dans sa thèse, il peut s'agir d'une insuffisance des motifs de fait ou des motifs de

[1] H. MOTULSKY, « Le "manque de base légale", pierre de touche de la technique juridique », *JCP*, 1949 I.775, reproduit dans *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 31-37, p. 33.

droit[1]. Or, on l'a vu, le raisonnement économique a vocation à s'insérer dans ces deux types de motifs. Il n'est donc pas étonnant que la théorie du manque de base légale trouve à s'appliquer au contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique[2]. On montrera que l'hypothèse de l'insuffisance des motifs de fait (1) et celle de l'insuffisance des motifs de droit (2) s'appliquent toutes deux au contrôle du raisonnement économique.

1. L'insuffisance des motifs de fait appliquée au raisonnement économique

1132. À propos de l'insuffisance des motifs de fait, le professeur Le Bars opère une distinction entre deux hypothèses. Dans la première, la censure s'explique par la circonstance que l'insuffisance des motifs de faits empêche le contrôle de qualification, tandis que, dans la seconde, elle empêche le contrôle des appréciations[3]. Eu égard à l'importance des appréciations économiques en droit de la concurrence, cette distinction est intéressante pour notre propos. On s'attachera donc à montrer que le raisonnement économique défectueux peut être censuré au titre de l'insuffisance des motifs de fait qui empêche le contrôle de qualification (a), mais aussi au titre de l'insuffisance des motifs de fait qui empêche le contrôle des appréciations (b).

a) Le défaut des motifs de fait qui empêche le contrôle de qualification

1133. **Lien avec les tests de qualification.** Le cas où le défaut de motifs de fait empêche le contrôle de qualification constitue l'hypothèse la plus classique de manque de base légale. Elle se rencontre lorsque le juge de cassation est prêt à contrôler la qualification, mais qu'une insuffisance des motifs de fait l'en empêche[4]. Cette hypothèse correspond au cas où le juge de cassation est sûr de son analyse de la qualification. Ce contrôle est donc facilité par l'existence d'un test de qualification[5]. Si un test de qualification complet rend ce contrôle

---

[1] Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 251 et s. p. 189 et s. La question était discutée. À première vue, l'hypothèse d'une censure de l'insuffisance des motifs de droit semblait inutile parce que redondante. Le juge de cassation ayant le pouvoir de suppléer aux motifs de droit manquants, il pouvait soit sauver la décision par une substitution de motifs, soit la casser pour violation de la loi par fausse application. Sur cette question : BORÉ, n° 78.23. Le professeur Le Bars explique la censure de l'insuffisance des motifs en droit par l'idée que l'obligation de motiver les jugements s'entend aussi d'une obligation de motiver en droit. Le manque de base légale pour insuffisance des motifs de droit constitue la sanction de cette obligation. Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 252 et 253, p. 189.

[2] Sur la généralité de la théorie du manque de base légale, qualifiée de « théorie générale de la motivation des jugements », V. J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, préc., n° 78.84.

[3] Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 198 et s., p. 152 et s.

[4] Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 198, p. 152.

[5] Sur cette notion, *supra* n° 721 et s.

particulièrement net, l'existence d'un tel test n'est toutefois pas une condition nécessaire du contrôle.

1134. **Exemple en présence d'un test de qualification complet.** On trouve maints exemples de ce type de contrôle en dehors du droit de la concurrence. Dans cette matière, les exemples ne sont pas toujours nets, car peu de tests de qualification ont été consacrés. Un exemple particulièrement clair ressort de l'arrêt du Conseil d'État *Royal Philips*[1]. Dans cet arrêt, la Haute juridiction administrative définit le test de qualification applicable concernant ce que l'on appelle la théorie ou l'exception de l'entreprise défaillante[2]. En matière de contrôle des concentrations, cette exception justifie à certaines conditions l'autorisation d'une opération de concentration par rachat d'une entreprise défaillante. L'idée générale qui sous-tend cette doctrine est la suivante : même si la concurrence était restreinte à la suite du rachat d'une entreprise défaillante, on ne peut pas toujours dire que c'est l'opération de concentration elle-même qui est la cause de la restriction de concurrence. En effet, dès lors que l'entreprise rachetée était sur le point de faire faillite, elle aurait de toutes façons disparu en tant que concurrent. L'idée générale étant claire, restaient à préciser les conditions auxquelles l'application de cette exception est subordonnée. Le test posé par le Conseil d'État pour appliquer cette théorie consiste en trois conditions cumulatives[3]. Il faut, en premier lieu, que ces difficultés de l'entreprise rachetée soient de nature à entraîner sa disparition rapide en l'absence de reprise. Il est nécessaire, en deuxième lieu, qu'il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence. Enfin, en troisième lieu, il faut s'assurer que la disparition de la société en difficulté ne soit pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée[4]. Examinant la décision du ministre au regard de ce test, le Conseil d'État constate qu'il a « omis de prendre en compte les conséquences négatives que cette concentration pourrait avoir pour les consommateurs (…) de manière

---

[1] C.E. sect. 6 février 2004, Royal Philips/Ministre de l'économie, obs. E. G., *Droit administratif*, 2004, comm. n° 57.

[2] Sur cette notion, V. notamment J. COURATIER, « Fusions et acquisitions dans les industries en crise : une étude comparée de la législation sur la concurrence aux États-Unis et dans la CEE », *RMC*, 1988, n° 319, pp. 396-406 ; K. HAEGEMAN, « L'influence de la loi antitrust américaine sur le droit de la concurrence européen : "L'exception de la société en difficulté" », *Gaz. Pal.*, 14-18 juillet 2000, pp. 1238-1241 ; L. VOGEL, « première consécration de la "failing company defence" dans le cadre du contrôle communautaire des concentrations » , *Contrats, Conc. Conso.*, 1994, comm. n° 174, G. MONTI et E. ROUSSEVA, « Failing Firms in the Framework of E.C. Merger Control Regulation », *E.L. Rev.*, 1999, pp. 38-55.

[3] Une solution proche avait été consacrée en droit communautaire par l'arrêt de la Cour du 31 mars 1998, France/Commission (SCPA), C-68/94, Rec. p. I-1375.

[4] *Royal Philips*, préc.

durable »[1]. L'une des énonciations de fait déclarées nécessaires ayant été omise, la décision est censurée pour un défaut de motif qui correspond très exactement au manque de base légale rendant impossible le contrôle de qualification. L'énonciation claire d'un test de qualification permet ainsi de mettre très nettement en lumière une insuffisance dans les motifs de fait.

1135. **Exemple en présence d'un test de qualification incomplet.** L'existence d'un test complet de qualification n'est toutefois pas une condition nécessaire pour qu'une insuffisance des motifs de fait empêchant le contrôle de qualification soit censurée. Pour que ce contrôle soit possible, il suffit en effet qu'une énonciation nécessaire soit définie, même si toutes ne le sont pas ou pas aussi précisément. La censure d'un manque de base légale en présence d'un test de qualification incomplet est illustrée par un arrêt de la Cour de cassation à propos de la notion d'atteinte grave et immédiate à la concurrence[2]. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence avait ordonné, à titre de mesure conservatoire, la suspension d'une clause d'exclusivité qui, en l'état de l'instruction, paraissait avoir pour effet d'empêcher toute entrée sur le marché du traitement automatisé des coupons de réduction. La Cour d'appel avait annulé cette mesure conservatoire au motif, notamment, que la subsistance de plusieurs sociétés sur le marché excluait toute atteinte grave ou immédiate à l'économie du secteur concerné ou à l'intérêt des consommateurs. En somme, la Cour d'appel avait considéré que, tant qu'il y a des concurrents, il y a de la concurrence. L'arrêt est cassé pour manque de base légale, et ce pour trois raisons. Il lui est reproché, tout d'abord, de n'avoir pas étayé concrètement le constat d'une pluralité de concurrents. Ensuite, et c'est ce qui retient surtout l'attention, il est reproché à la Cour d'appel de n'avoir pas examiné la vraisemblance du maintien sur le marché de plusieurs entreprises. Enfin, il est reproché aux juges du fond de n'avoir pas envisagé les conséquences, pour la concurrence sur le marché, de l'éviction possible de l'entreprise à l'origine de la plainte. À travers ces motifs, la Cour de cassation distingue clairement l'atteinte à la concurrence de l'atteinte au concurrent. Il s'infère en effet de l'arrêt que, selon la chambre commerciale, le maintien provisoire de concurrents n'est pas suffisant pour retenir que la concurrence n'est pas affectée. L'arrêt énonce aussi que, à l'inverse, l'éviction d'une entreprise ne serait pas suffisante pour retenir que la concurrence est affectée. La solution signifie donc que les juges du fond auraient dû se demander non seulement si le comportement en cause allait évincer les concurrents, mais aussi s'il était

[1] En l'espèce, il s'agit d'un motif surabondant, car une autre cause d'illégalité de la décision suffisait à justifier l'annulation.

[2] Cass. com. 12 février 2002, n° 00-10465.

vraisemblable qu'il érige des barrières à l'entrée. Tout en ne précisant pas l'ensemble des énonciations nécessaires pour retenir « une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur concerné ou à l'intérêt des consommateurs », la Cour de cassation censure donc un manque de base légale qui s'entend d'une insuffisance dans le raisonnement économique.

1136. **Conclusion du a.** Ces exemples montrent que, parmi les deux types de manque de base légale qui censurent une insuffisance des motifs de fait, le premier type, qui concerne le défaut des motifs de fait empêchant le contrôle de qualification, s'applique au raisonnement économique. Que ce soit en présence ou non d'un test complet de qualification, ce type de censure est un moyen pour le juge de contrôler la justesse du raisonnement économique qui préside à la qualification. Le second type d'insuffisance des motifs de fait, celle qui rend impossible le contrôle des appréciations, s'applique aussi au raisonnement économique.

b) Le défaut des motifs de fait qui empêche le contrôle des appréciations

1137. Le second type d'insuffisance des motifs de fait identifié par le professeur Le Bars est moins souvent évoqué que le premier. Il concerne, selon les termes de cet auteur, le contrôle minimum de la Cour de cassation sur les appréciations souveraines[1]. L'hypothèse évoque irrésistiblement le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation devant le juge administratif ou communautaire. C'est notamment ce qui la rend particulièrement intéressante en ce qui concerne le contrôle du raisonnement économique en droit de la concurrence. Comme le précise le professeur Le Bars, le contrôle minimum qu'exerce la Cour de cassation sur les appréciations de fait est un contrôle de logique[2]. Ce contrôle porte plus particulièrement sur les inférences d'un fait à un autre qui sont opérées par les juges du fond[3]. Or, comme on l'a vu plus haut, les inférences de fait constituent précisément l'un des éléments de l'appréciation dans lequel intervient le raisonnement économique[4]. Dès lors, le raisonnement économique utilisé à titre de présomption ou d'élément de preuve, dont plusieurs exemples ont été donnés, entre exactement dans l'objet de ce contrôle des inférences de fait.

Le raisonnement économique est également saisi au titre du contrôle de complétude des motifs de droit.

---

[1] Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 223 et s., p. 170 et s., et spéc. n° 240, p. 181.

[2] Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 239, p. 181.

[3] *Ibid*.

[4] *Supra* n° 1020 et s.

2. L'insuffisance des motifs de droit appliquée au raisonnement économique

1138. **Exigence de motivation en droit.** La censure pour insuffisance des motifs de droit peut être comprise comme la sanction de l'obligation de motiver les arrêts en droit[1]. Cette obligation prend sa pleine signification en présence d'un doute sur le droit. En effet, lorsqu'une règle de droit a reçu une interprétation qui n'est plus sérieusement contestée, la motivation précise de l'interprétation du droit par le juge du fond est moins nécessaire. Le juge de cassation n'a pas de raison de sanctionner une motivation sommaire en droit, quand bien même elle serait réduite à un simple visa. En revanche, lorsque le test de qualification qui correspond à une règle de droit n'est pas déterminé, la motivation en droit est nécessaire. Tel est aussi le cas lorsque, bien qu'un test de qualification existe, il subsiste des questions de droit non tranchées[2]. Moins le juge de cassation est certain d'avoir identifié l'interprétation du droit la plus adaptée, plus les raisons de préférer une interprétation à une autre sont déterminantes[3].

1139. **Application en droit de la concurrence.** Ainsi que nous avons eu maintes occasions de le voir, en droit de la concurrence, les doutes sur le droit ne manquent pas. Les tests de qualification sont en effet l'objet de nombreux débats. Pour reprendre un exemple déjà analysé, la question de savoir s'il convient, pour qualifier un comportement de prédatoire,

---

[1] Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 252 et 253, p. 189.

[2] Par exemple, le test de l'arrêt *Bronner* sur le refus d'accès à une ressource essentielle indique que, pour qualifier un bien ou un service de ressource essentielle, il faut démontrer que l'accès à cette ressource est indispensable pour tout entreprise qui souhaite entrer sur le marché. Ceci posé, il reste à savoir comment doit s'opérer la qualification de ressource essentielle. Implique-t-elle de se demander si un concurrent qui recréerait l'infrastructure pourrait générer assez de revenus pour financer le coût de construction ou bien la question pertinente est-elle de savoir si la création de ces produits ou services est économiquement rentable pour une production à une échelle comparable à celle de l'entreprise contrôlant le produit existant ? Sur cette question : A. VANDENCASTEELE et D. WAELBROECK, « Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation ? Quelques commentaires à propos du document de travail de la Commission européenne relatif à l'application de l'article 82 aux abus de monopolisation », *RIDE*, 2006, pp. 87-121, p. 115. La première proposition est celle de la Commission dans son document de travail sur l'article 82 CE et la seconde celle de la Cour dans l'arrêt du 24 avril 2004, IMS Health/NDC Health, C-418/01, p. I-5039, point 29. Sur ce point, V. aussi les conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., C-7/97, Rec. p. I-7791, spéc. point 66. L'avocat général ne prend pas nettement parti sur l'alternative évoquée ci-dessus. D'un côté, il considère que les coûts de duplication doivent être tels que « toute entreprise prudente » serait dissuadée d'entrer sur le marché, ce qui s'applique aussi à une entreprise qui opérerait à une échelle moindre que l'entreprise en place, mais, d'un autre, il indique également qu'il convient d'avoir égard à l'amortissement de l'investissement (qui dépend de l'échelle des opérations) et aux coûts de maintenance (nous traduisons à partir de la version en langue originale de ces conclusions).

[3] J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 3ème éd. 2003-2004, n° 78.92 : « [p]our déterminer les considérations de fait nécessaires des arrêts, la Cour régulatrice est obligée de se référer à une définition de la notion légale considérée ».

d'exiger la démonstration d'une possibilité de récupération des pertes n'est pas tranchée[1]. Dans ce type de débats, le raisonnement économique intervient au soutien d'un test de qualification ou d'un critère de qualification particulier. C'est, par exemple, un raisonnement économique qui conduit à plaider que, en droit, la condition de récupération devrait être traitée comme un fait nécessaire à la qualification de prédation[2]. Le raisonnement économique souffle donc au plaideur un moyen de droit. Sur la base de ce raisonnement, il sera allégué, par exemple, que la décision qui a constaté un comportement de prédation sans constater la possibilité de récupération « manque de base légale »[3]. Comme on l'a vu, la Cour de justice semble douter de la justesse de cette analyse de la qualification. Elle s'est gardée d'ériger la possibilité de récupération en fait nécessaire[4]. Dans une telle hypothèse, le juge de cassation demande à être convaincu de la justesse de l'analyse de la qualification. Il demande à ce que soit exposé *en quoi* la possibilité de récupération est nécessaire en droit. Le raisonnement économique est donc au cœur de la question que le juge de cassation doit trancher pour répondre au moyen de droit du pourvoi. S'il est convaincu par le raisonnement du pourvoi, il prononcera une cassation pour manque de base légale.

1140. **Généralité de la théorie.** Cette remarque fait écho à une observation du professeur Le Bars, qui relevait que la situation du juge, auteur de la décision critiquée, est parallèle à celle de l'auteur du pourvoi, en ce que l'un comme l'autre doivent démontrer la justesse de leur analyse[5]. La remarque était faite à propos de l'insuffisance des motifs de fait. Cependant, l'analyse qui vient d'être faite du rôle du raisonnement économique dans la contestation en droit nous semble montrer que la même observation vaut aussi pour l'insuffisance des motifs de droit. Si cette analyse est juste, il pourrait y avoir moins de différence que ne le pensait le professeur Le Bars entre l'insuffisance des motifs de fait et l'insuffisance des motifs de droit. La contradiction sur le droit dessine en effet aussi les contours de l'obligation de motivation en droit.

1141. **Conclusion du C.** Les développements qui précèdent ont illustré l'applicabilité de la théorie du manque de base légale au contrôle du raisonnement économique. Celui-ci est saisi au titre du contrôle de suffisance des motifs de fait et des motifs de droit. La discussion a

---

[1] *Supra* n° 780 et s.

[2] On a vu que ce raisonnement était contestable (*supra* n° 785 et s.), mais ce qui importe ici est seulement l'existence d'un débat sur le droit.

[3] Ou, si l'on se trouve devant le juge communautaire, qu'elle n'est pas motivée « à suffisance de droit ».

[4] *Supra* n° 788.

[5] Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 452, p. 324.

montré que deux hypothèses de censure pour insuffisance des motifs de fait, distinguées par la doctrine, trouvent toutes deux à s'appliquer : la censure du raisonnement économique est encourue lorsque le manque de motivation en fait empêche soit le contrôle de qualification, soit le contrôle des appréciations. Par ailleurs, le rôle du raisonnement économique dans l'interprétation du droit de la concurrence confère à l'hypothèse de la censure pour défaut de motivation en droit une importance particulière.

1142. **Conclusion de la section 1.** Les développements qui précèdent ont permis de montrer que le contrôle de motivation constituait une technique de contrôle présentant une affinité particulière avec l'objet du contrôle que constitue le raisonnement économique. Cette affinité tient à des raisons générales et particulières. Les raisons générales sont liées à l'unité du contrôle de motivation. Au-delà de la distinction des cas d'ouverture et au-delà de la distinction du fait et du droit, il s'agit d'un contrôle du raisonnement. C'est ce qui en fait, du point de vue du juge, un outil particulièrement adapté pour saisir le raisonnement économique. Les raisons particulières tiennent quant à elles à l'émergence, dans l'analyse économique contemporaine dite Post-Chicago, d'exigences de motivation qui rejoignent très précisément les exigences juridiques. La convergence est si parfaite que la théorie du manque de base légale trouve à s'appliquer au contrôle juridictionnel du raisonnement économique, y compris au-delà de l'instance de cassation, pour laquelle elle avait été élaborée.

1143. L'application de la théorie du manque de base légale au contrôle du raisonnement économique en droit de la concurrence démontre au passage la très grande généralité de cette théorie. Bien qu'elle ne soit pas très connue en droits administratif et communautaire, les exemples qui ont été pris démontrent qu'elle s'y applique également. C'est une théorie générale du contrôle de motivation dont la généralité dépasse la distinction des contentieux. Il en découle une conséquence importante pour notre étude : le raisonnement économique est saisi par une technique juridique très générale. Le juge n'a donc pas besoin d'inventer de nouvelles techniques de contrôle pour saisir le raisonnement économique. Il dispose déjà de tous les outils nécessaires à cet effet. Leur mise en œuvre peut paraître plus compliquée que dans d'autres domaines du droit, mais il n'y a aucune différence de nature entre le contrôle du juge sur le raisonnement économique et le contrôle des motifs pratiqué dans tous les ordres juridictionnels. En réalité, le contrôle de motivation apparaît comme la clé du bon usage du raisonnement économique.

SECTION 2. LE CONTRÔLE DE MOTIVATION OU LE BON USAGE DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE

1144. Dans le premier titre de cette partie, nous avons analysé la contribution du raisonnement économique à la découverte des critères de la qualification et à l'élaboration de tests de qualification. Ces critères et ces tests permettent le contrôle de qualification. L'objet de la présente section est de montrer qu'il est cependant plus prudent que le juge les utilise pour effectuer un contrôle de motivation. Pour ce faire, nous illustrerons l'inadaptation de certains tests de qualification économiques au contrôle de qualification (A), avant d'exposer en quoi, en revanche, ces tests sont de bons outils du contrôle de motivation (B).

A. Des tests inadaptés au contrôle de qualification

1145. **Condition d'opportunité du contrôle de qualification.** Pour être en mesure d'exercer de manière satisfaisante un contrôle de qualification, le juge doit disposer d'une grille d'analyse qui corresponde à la qualification légale, ce que l'on a appelé un test de qualification[1]. Ce n'est pas là une condition toujours remplie en pratique, car il arrive que le juge substitue sa qualification à celle de la décision contrôlée sans exposer en quoi celle-ci était erronée[2]. Cependant, un tel contrôle de qualification n'est pas satisfaisant. Il n'est jamais souhaitable qu'un juge d'appel ou de cassation substitue une qualification à celle d'un premier juge ou d'une autorité de concurrence s'il ne peut expliquer en quoi la qualification initiale était inadaptée. Par ailleurs, il ne serait pas satisfaisant non plus que le contrôle de qualification donne lieu à des explications fluctuantes de la part du juge de cassation. Disposer d'un cadre d'analyse clair et constant, qui permette de justifier le contrôle de qualification, est donc la condition d'un contrôle de qualification raisonné et convaincant. C'est, à notre avis, une condition de *l'opportunité* du contrôle de qualification. Or, en droit de la concurrence, cette condition est rarement satisfaite, car les cadres d'analyse fiables ne sont pas figés.

1146. **Condition rarement remplie.** Comme on l'a vu dans l'exposé de l'approche Post-Chicago, pour être convaincants et fiables, les cadres d'analyse que peut fournir la théorie économique ne peuvent pas être trop déterminés. L'indétermination des conclusions est corrélative à une appréhension de la causalité économique beaucoup plus fine que par le

---

[1] *Supra* n° 721 et s.

[2] M. LONG *et alii*, *Grands arrrêts de la jurisprudence administrative,* p. 172. Sur le degré variable de conceptualisation des qualifications contrôlées par la Cour de cassation, V. J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, préc., n° 65.71, p. 284.

passé. Les études économiques de la vague « Post-Chicago » démontrent que les effets de certaines pratiques dépendent souvent de petites variations de certains paramètres, si bien que l'on ne peut définir de règle générale[1]. Cette caractéristique rend malaisée la traduction de ce type d'analyses en tests qui se prêtent à un contrôle de qualification et convient mieux à forger les outils du contrôle de motivation. En effet, si l'on essaie d'intégrer l'ensemble des facteurs pertinents dans un test de qualification, on arrive à prescrire l'utilisation de faisceaux d'indices peu maniables. Le juge Posner donne un exemple d'une semblable démarche lorsqu'il propose d'adopter, pour caractériser la collusion, un test en deux étapes[2]. Pour procéder à la qualification de collusion[3], cet auteur propose ainsi de commencer par appliquer un « filtre » permettant d'identifier si le marché présente des caractéristiques favorables à la collusion puis, dans un second temps, d'examiner les preuves de collusion. Les faits pertinents à examiner lors de la première étape, l'examen de la structure du marché, sont au nombre de dix-sept, étant précisé que tous ne sont pas pertinents dans toutes les affaires[4]. Comme le juge Posner l'admet, certains de ces facteurs seront relativement faciles à apprécier pour un juge et d'autres beaucoup plus difficiles[5]. Si, au cours de son examen des facteurs favorables à la collusion, le juge n'a pas découvert de preuve tangible de collusion dans l'espèce qui l'occupe, le juge Posner suggère qu'il porte son attention sur quatorze faits pertinents[6]. Il s'agit donc d'une qualification selon la méthode du faisceau d'indices, à partir

---

[1] D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », préc., p. 274-5.

[2] R. POSNER, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2onde éd, 2001, p. 51 et s. Ce passage est commenté dans sa recension de l'ouvrage de Posner par H. HOVENKAMP, « The Rationalization of Antitrust », *Harvard L. Rev.*, 2003, pp. 917-944, spéc. p. 923. La collusion n'est pas plus une qualification juridique en droit américain qu'en droit communautaire ou français et le juge Posner définit la notion en un sens large qui épouse l'acception économique et comprend les accords anticoncurrentiels, les échanges d'information entre concurrents, les fusions horizontales et certaines entreprises communes à plusieurs concurrents.

[3] Il s'agit d'un exemple de ce que nous avons appelé des qualifications intermédiaires. Dans l'analyse du juge Posner, la qualification économique de collusion intervient tant en matière d'accords anticoncurrentiels qu'en matière de contrôle des concentrations.

[4] Ces indices faisant présumer une structure favorable à la collusion sont : le degré de concentration de l'offre, l'absence d'une frange concurrentielle capable d'augmenter la production, le temps relativement long nécessaire à l'entrée sur le marché, l'absence de concentration du côté de la demande, le caractère standardisé et non durable du bien, un ratio élevé entre les coûts fixes et les coûts variables, une structure de coûts et des processus de production similaires parmi les entreprises actives sur le marché, une demande constante ou déclinante, la possibilité de modifier rapidement les prix, l'usage d'enchères sous plis scellés, un marché de dimension locale, l'existence de pratiques légales de coopération et un historique de pratiques anticoncurrentielles.

[5] R. POSNER, *op. cit.*, pp. 71 et 76-77. La remarque s'applique en particulier à l'inélasticité de la demande au prix de concurrence ou l'importance relative de la concurrence hors-prix par rapport à la concurrence par les prix.

[6] Il s'agit de la fixité des parts de marchés relatives, de l'existence de discrimination par les prix généralisée sur le marché, d'échanges d'information, de variation de prix interrégionales, de la présence de soumissions identiques à des marchés publics, des hausses de prix ou baisse de production simultanées qui pourraient s'expliquer par un cartel, de la pratique généralisée de prix fixés par le producteur, de parts de marché

de nombreux indices[1]. Une telle méthode de qualification ne se prête pas à un contrôle de qualification, car elle laisse par nature une grande marge d'appréciation au juge du fond ou à l'autorité de concurrence sur la valeur des différents indices. La cristallisation de pertinences aussi nombreuses que celles que reconnaît l'analyse économique contemporaine n'est pas adaptée au contrôle de qualification.

1147. **Le raisonnement économique outil du contrôle de motivation.** En revanche, l'analyse économique peut être utilisée dans le contrôle de motivation, même lorsqu'elle aboutit à mettre à jour un grand nombre de facteurs pertinents. Pour que le juge trouve dans l'analyse économique un bon outil au service de son contrôle de motivation, il doit respecter une condition : il ne doit pas se saisir des seules conclusions de l'analyse économique, mais des raisonnements économiques eux-mêmes. Autant des tests de qualification qui mettent en œuvre trente indices ne sont pas praticables, autant quelques schémas d'enchaînement causals peuvent être retenus. Le juge qui a connaissance des trois hypothèses de prédation dégagées par l'analyse économique[2] les reconnaîtra plus facilement, même si, dans chaque cas, un assez grand nombre d'éléments de fait doivent être analysés. La motivation qui se réfère à l'une de ces hypothèses pourra être contrôlée par rapport à un schéma connu du juge. Cela ne signifie pas que le juge doit considérer ces schémas comme exhaustifs. C'est précisément parce qu'ils ne le sont peut-être pas qu'il importe de ne pas les figer en outils du contrôle de qualification et de conserver, par conséquent, la flexibilité offerte par le contrôle de motivation. En revanche, une motivation originale par rapport aux schémas connus nécessitera une plus grande attention de la part du juge et devra nécessairement être plus explicite, plus détaillée et plus convaincante pour être considérée comme suffisante. En ce sens, les raisonnements économiques-types facilitent le contrôle de motivation.

1148. **Conclusion du A.** L'analyse économique contemporaine met à jour la pertinence de certains faits pour l'analyse concurrentielle. Cependant, ces faits sont souvent très nombreux, si bien qu'un contrôle de qualification qui s'appuierait sur tant d'éléments de qualification perdrait en lisibilité. L'analyse économique offre aussi des schémas de raisonnement qui permettent de regrouper ces faits. Ces schémas sont des outils particulièrement utiles au juge.

---

décroissantes des principales entreprises, de variations de prix faibles et peu fréquentes, d'une demande élastique par rapport au prix du marché, de tendances particulières du niveau et de la répartition des profits, de prix de marché inversement corrélés au nombre d'entreprises ou à l'élasticité-prix de la demande, de prix déterminés selon la méthode des points de base, de l'existence de pratiques d'exclusion. R. POSNER, *Antitrust Law*, pp. 79-93.

[1] H. HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 924.

[2] *Supra* n° 681 et s.

Ils sont cependant plus adaptés en tant qu'outils du contrôle de motivation qu'en tant qu'outils du contrôle de qualification. Cela tient au fait que les schémas de raisonnement économiques peuvent être complétés ou évoluer. Plutôt que de figer de tels schémas dans un contrôle de qualification, il est donc plus prudent que le juge préfère méthodiquement le contrôle de motivation.

B. La prudence du juge ou les raisons de préférer méthodiquement le contrôle de motivation au contrôle de qualification

1149. **Tentation de l'analyse économique.** Il arrive que l'analyse économique contemporaine, même peu déterministe, dégage des invariants. C'est alors l'accumulation d'analyses de cas qui peut conduire à dégager des constantes. Ainsi, c'est en examinant différents scénarios typiques de prédation qu'un point commun s'est fait jour : il existerait toujours une asymétrie d'information dans les cas de prédation[1]. De tels invariants peuvent fournir un point d'accroche au contrôle de qualification. Cela ne signifie cependant pas qu'il soit toujours judicieux d'en faire des qualifications intermédiaires contrôlées pour elles-mêmes (comme cela a par exemple été fait pour le marché). En effet, l'analyse économique ne dégage souvent des invariants que provisoirement.

1150. **Évolution de l'analyse économique.** Nous avons vu que la jurisprudence communautaire avait cristallisé, dans l'arrêt *AKZO*, un test issu d'une analyse des années 1960, à savoir celle d'Areeda et Turner[2]. Pour sa part, la Cour suprême des États-unis a admis, dans son arrêt *Brooke*, un test de qualification différent, fondé sur une analyse plus récente, qui met en avant deux conditions suffisantes de la prédation : des prix au-dessous d'un certain seuil et une possibilité de récupération des pertes[3]. Alors même que l'intégration de la condition de récupération est discutée en droit communautaire, l'analyse économique produit une nouvelle doctrine de la prédation, différente de celles qui ont respectivement donné naissance au test communautaire et au test américain. Si le juge voulait suivre les dernières analyses économiques, il ne s'agirait plus d'ériger en fait nécessaire la récupération des pertes, mais l'asymétrie d'information. À vouloir figer un schéma de raisonnement dans le contrôle de qualification, le juge risque donc de courir derrière la théorie économique. La seule manière d'échapper aux revirements aussi fréquents que les effets de mode théoriques

---

[1] A. PERROT, « Abus de position dominante, ventes liées, remises », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Les politiques de la concurrence*, La documentation française, 2006, pp. 257-269, 262.

[2] *Supra* n° 775.

[3] *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Corp*., 509 U.S. 209 (1993).

consiste à ne pas faire systématiquement des faits économiquement pertinents des faits juridiquement nécessaires. À cela s'ajoute une autre raison de ne pas traduire directement les analyses économiques sous forme d'outils du contrôle de qualification.

1151. **Sauts logiques.** La seconde raison pour le juge d'exercer sa prudence tient aux sauts logiques. On nous pardonnera de raisonner encore sur l'exemple de la prédation pour l'illustrer. L'analyse économique identifie des conditions *suffisantes* de la prédation[1], mais le contrôle de qualification s'exerce habituellement à travers la définition d'énonciations *nécessaires*. Le désir d'utiliser l'analyse économique pour pousser son contrôle peut donc conduire le juge à traiter des conditions suffisantes comme des conditions nécessaires. Il peut aussi y avoir un certain flottement dans la présentation des résultats de l'analyse économique, conduisant le juge à croire en toute bonne foi qu'il s'agit de conditions nécessaires[2]. Certains auteurs rationalisent ces sauts logiques en disant que, si des conditions suffisantes sont traitées comme des conditions nécessaires, c'est pour tenir compte du « coût des erreurs »[3]. Leur argument est le suivant : si le juge exige que soient réunies des conditions qui sont suffisantes sans être nécessaires, il définit un test plus strict que celui qui s'inférerait directement de l'analyse économique, au risque de laisser impunis des comportements qui restreignent la concurrence au détriment des consommateurs[4]. Ce faisant il fait des « erreurs » de qualification (par rapport à la vérité économique), mais prend en considération leur « coût ». En réalité, l'argument porte sur le sens souhaitable des erreurs plus que sur leur « coût ». Le coût réel de ce type d'erreur étant extrêmement difficile à mesurer, l'argument ne nous paraît pas justifier d'encourager le juge à commettre des erreurs de logique, ce qu'il ferait certainement s'il transformait des conditions (économiquement) suffisantes en conditions (juridiquement) nécessaires.

1152. **Le risque d'éviction du contrôle de motivation.** Enfin, la troisième raison qui doit conduire le juge à la prudence devant les conclusions de l'analyse économique qui se présenteraient comme un outil de contrôle de qualification tient au fait que ce dernier peut

---

[1] D. S. EVANS, « How Economists Can Help Courts Design competition Rules : An EU and US Perspective », *World Competition*, 2005, pp. 93-99, p. 97.

[2] *Supra* n° 780.

[3] D. EVANS, *op. cit.*, note 11, p. 97.

[4] Ce choix ne doit pas être interprété en termes de présomption d'innocence, car cette présomption ne s'applique qu'en présence d'un doute sur la réalisation dans un cas donné des conditions de la culpabilité. Ici, la question porte sur la détermination des conditions de la culpabilité. Il s'agit d'un choix sur le risque concurrentiel socialement supportable. L'analogie est donc avec le législateur qui définit une infraction pénale ou avec l'administration qui définit un niveau de risque sanitaire acceptable.

évincer le contrôle de motivation. Lorsque les conditions dégagées par l'analyse économique sont purement et simplement érigées en faits nécessaires, le raisonnement économique qui a conduit à cette analyse est incorporé à l'analyse de la notion légale et n'a plus à être mené au cas par cas. C'est ce que nous avons observé avec la notion de marché dans la qualification de restriction de concurrence[1]. Une fois le marché érigé en énonciation nécessaire, le juge n'a pas de raison de s'interroger sur ses conditions de pertinence et l'exigence de définition du marché s'étend sans raison.

1153. De manière générale, le raisonnement économique qui conduit à dégager une condition nécessaire ou suffisante peut être subordonné à des conditions de validité. Tel est le cas des analyses de l'École de Chicago, qui proposent des conclusions parfaitement convaincantes à condition de supposer que l'information est parfaite ou que certains marchés sont parfaitement concurrentiels[2]. Lorsque les conclusions de telles analyses sont cristallisées en énonciations nécessaires, il n'est plus tenu compte de ces conditions, qui sont *ipso facto* présumées réunies dans tous les cas[3]. Ce risque doit d'autant moins être sous-estimé que les parties qui se prévalent d'une analyse économique pour plaider une certaine interprétation du droit se garderont parfois d'insister sur les conditions de validité de cette analyse Elles pourront même le faire en toute bonne foi, spécialement s'il s'agit d'analyses récentes, tant il est vrai que c'est souvent après coup que l'analyse économique met à jour les conditions de pertinence plus étroites de certains raisonnements que leurs auteurs avaient cru généraux.

1154. **Exigence méthodique de cohérence.** Une prudence méthodique dans l'utilisation du raisonnement économique aux fins du contrôle juridictionnel consiste à ne pas perdre de vue la cohérence d'ensemble de ce raisonnement. Là encore, la discussion menée précédemment à propos de la prédation l'illustre[4]. Le juge évitera d'accorder une pertinence déplacée à la condition de récupération des pertes s'il est conscient que cette condition se rattache à un raisonnement économique qui postule la rationalité de l'entreprise. Comme nous l'avons vu, la possibilité de récupération des pertes est une condition nécessaire pour que la stratégie de prédation soit rationnelle. Ce critère est donc relatif à l'aspect stratégique, c'est-à-dire *l'intention* de l'entreprise. Dans cette perspective, la possibilité de récupération appréciée *ex ante* n'a pas à être traitée comme une énonciation nécessaire en elle-même, mais comme un

[1] *Supra* n° 494 et s.

[2] A. PERROT, « Abus de position dominante : prédation ventes liées, remises », préc., p. 259.

[3] O. LECLERC parle à ce propos, mais dans le contexte de l'expertise, de « démodalisation » de l'énoncé scientifique. O. LECLERC, *Le juge et l'expert*, préc., n° 123, p.100.

[4] *Supra* n° 781 et s.

élément de preuve de l'intention rationnelle de l'entreprise. Si l'intention est prouvée par d'autres moyens (par exemple par des documents exposant la stratégie de l'entreprise saisis dans ses locaux), il n'y a pas lieu pour le juge d'exiger de l'autorité qu'elle démontre que cette intention correspondait bien à une stratégie rationnelle pour l'entreprise. L'irrationalité éventuelle du comportement n'a pas à être traitée comme une circonstance exonératoire[1]. En présence d'une autre preuve de l'intention, exiger qu'il soit démontré que l'entreprise avait la possibilité de récupérer ses pertes revient à faire du juge un agent de vérification de l'hypothèse de rationalité des entreprises. Cela n'aurait aucun sens.

1155. **Prudence et motivation.** Le juge doit toujours conserver présente à l'esprit la logique du raisonnement économique plutôt que de s'emparer simplement de ses conclusions pour en faire une application mécanique. La manière la plus sûre de le faire consiste pour le juge, fut-il juge de cassation, à s'imposer de parcourir à nouveau dans la motivation de son jugement le raisonnement économique sur lequel il s'appuie pour définir des énonciations nécessaires. En cas de doute sur les conditions de validité du raisonnement économique mettant en avant la pertinence de certains faits, la prudence commande de ne pas accorder à ceux-ci le statut de faits nécessaires, mais d'en tenir compte dans le contrôle de motivation. De cette manière, la pertinence de ces faits ne sera pas reconnue comme acquise, mais comme un objet de démonstration[2].

1156. **Illustration.** Un arrêt récent illustre ce bon usage du raisonnement économique par le juge. Dans l'arrêt *Airtours*, le Tribunal, en formulant le test de qualification de la position dominante collective, avait notamment jugé qu'« une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché »[3] devait être établie. Cette condition est en effet nécessaire pour que la coordination tacite se maintienne dans le temps. L'arrêt précisait que « cette condition intègre donc la notion de représailles en cas de comportement déviant de la

---

[1] En ce sens, en matière d'entente : arrêt du Tribunal du 8 juillet 2004, JFE Engineering Corp., Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp et Sumitomo Metal Industries Ltd/Commission, T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, Rec. p. II-2501, point 185 : « [i]l y a lieu de relever, à cet égard, qu'il serait indifférent, en ce qui concerne l'existence de l'infraction, que la conclusion de l'accord à but anticoncurrentiel retenu par la Commission à l'article 1er de la décision attaquée ait été ou non dans l'intérêt commercial des requérantes japonaises s'il est établi, sur la base des éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission, qu'elles ont effectivement conclu ledit accord ».

[2] Pour un exemple très explicite, V. arrêt du Tribunal du 22 octobre 1997, SCK et FNK/Commission, T-13/95 et T-18/96, Rec. p. II-1739, point 134 : « [l]a Commission étant ainsi en droit de définir des critères concrétisant les exigences de l'article 85, paragraphe 1, du traité dans une situation juridique et économique particulière, il convient d'examiner si les critères auxquels elle se réfère (…) sont pertinents ».

[3] Arrêt du Tribunal du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585, point 62.

ligne d'action commune »[1]. Appliquant cette condition du test de la position dominante collective dans l'affaire *Impala*, la Commission avait focalisé sa décision sur le fait pertinent que constituent les représailles[2], mais en perdant de vue le raisonnement d'ensemble. Ainsi, elle avait estimé qu'aucune position dominante ne pouvait être établie notamment parce qu'aucune mesure de rétorsion ou menace de rétorsion n'avait pu être découverte au cours de l'enquête[3]. Le Tribunal censure cette partie de la motivation en s'appuyant sur le raisonnement économique qui conduit à admettre, mais aussi à conditionner, la pertinence des représailles. Il rappelle que ce ne sont pas les représailles en elles-mêmes qui sont pertinentes, mais l'existence d'un mécanisme efficace de dissuasion de la déviance par rapport au comportement commun[4]. Or si un tel mécanisme existe, il n'a pas besoin d'être mis en œuvre : la simple menace de représailles suffit. Dès lors, l'absence de représailles effectives ne doit pas conduire à écarter l'existence d'un mécanisme de discipline[5]. Ce que censure le Tribunal est donc une erreur dans le raisonnement économique, une erreur d'inférence, qui consiste à tirer une conclusion incorrecte à partir d'un constat en lui-même exact et portant sur une circonstance de fait (les représailles en général) qui peut en elle-même être pertinente[6].

1157. **Le raisonnement économique du juge.** Le type de censure exercé par le Tribunal dans l'arrêt *Impala* correspond à un contrôle de logique, qui incombe sans aucun doute possible aux juges de la légalité, y compris au juge de cassation[7]. Or, ce contrôle n'est possible que si le juge parcourt lui-même à nouveau le raisonnement économique qui a conduit à reconnaître la pertinence de certains faits. Si, en revanche, le juge de la légalité opte

---

[1] *Ibid*.

[2] Les représailles sont des faits pertinents et des faits nécessaires, car, comme l'a indiqué le Tribunal dans l'arrêt *Airtours*, préc., une menace de représailles n'est pas la seule forme concevable d'incitation à la coopération au sein d'un oligopole.

[3] Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2006, Impala/Commission, T-464/04, non encore publié au Recueil, point 463, citant les points 114 à 118 de la décision.

[4] *Impala*, préc., point 466.

[5] *A fortiori* lorsqu'un tel mécanisme est par ailleurs identifié, comme en l'espèce. *Impala*, préc., point 467.

[6] Le Tribunal examine d'office un second raisonnement économique, concevable quoique non invoqué par la Commission, qui pourrait donner aux représailles une pertinence différente dans l'appréciation d'une position dominante collective actuelle (en cause en l'espèce) et dans l'appréciation d'un risque de création d'une position dominante collective future (en cause dans *Airtours*). *Impala*, préc., points 468 et s. Ce raisonnement consiste à dire que l'absence de représailles est effectivement pertinente dans une hypothèse particulière, à savoir celle où un comportement déviant (par exemple une baisse agressive des prix) aurait eu lieu et n'aurait pas été suivie de représailles. Un tel scénario conduirait à conclure à l'absence de mécanisme efficace de discipline au sein de l'oligopole.

[7] Le Tribunal semble hésiter entre la qualification d'erreur de droit ou celle d'erreur manifeste d'appréciation. *Impala*, préc., points 473 et 476. À notre avis, il s'agit clairement d'une erreur de droit.

pour un contrôle mécanique des qualifications, en ne retenant du raisonnement économique que sa conclusion – l'identification des faits pertinents – il risque de faillir à ce devoir de contrôler la logique des décisions qui lui sont soumises. C'est en pratiquant lui-même le raisonnement économique et non en le cristallisant dans des listes figées d'allégations obligatoires que le juge sert le mieux son office. Cet usage vivant du raisonnement économique correspond mieux au contrôle de pertinence et de complétude qu'est le contrôle de motivation qu'au contrôle d'exactitude qu'est le contrôle de qualification[1]. Le manque de base légale n'est donc pas seulement la pierre de touche de la technique juridique, c'est aussi la clé du bon usage judiciaire du raisonnement économique.

1158. **Conclusion de la section 2.** À lire la doctrine économique en droit de la concurrence, on pourrait parfois croire que le raisonnement économique fournit principalement au juge des outils pour le contrôle de qualification. Cette possibilité est à première vue d'autant plus crédible que, comme nous l'avons montré, le raisonnement économique s'insère dans le mécanisme de la qualification[2]. Si le raisonnement économique permet d'élaborer des tests de qualification, n'en découle-t-il pas qu'il fournit aussi les outils du contrôle des qualifications ? Nous pensons que cette conséquence ne doit pas être considérée comme automatique. Dans la présente section, nous avons exposé les raisons de cette opinion. Les analyses économiques sont souvent inadaptées au contrôle de qualification. En outre, elles sont évolutives, si bien que la traduction systématique de ces analyses dans le contrôle de qualification exposerait le juge et les justiciables à des revirements fréquents. Surtout, la raison qui nous semble la plus importante tient au fait que le contrôle de qualification risque, s'il devient mécanique, d'évincer le contrôle de motivation. Or, la condition du bon usage du raisonnement économique par le juge réside dans l'usage effectif du raisonnement et non de ses seules conclusions. C'est en parcourant chaque fois à nouveau le raisonnement qui rend compte de la pertinence des différentes circonstances de fait que le juge sert le plus fidèlement son office et garantit un usage non doctrinaire du raisonnement économique.

1159. **Conclusion du chapitre 2.** Il existe une affinité toute particulière entre la technique du contrôle de motivation et l'usage judiciaire du raisonnement économique. Nous avons vu dans le chapitre précédent que le raisonnement économique entrait dans différents objets du contrôle juridictionnel. Il en résulte qu'il peut *a priori* être saisi par différentes techniques.

---

[1] C'est uniquement en tant que le contrôle de qualification peut être exercé sans se doubler d'un contrôle de motivation qu'il nous paraît à éviter.

[2] *Supra* titre I.

Dans ce chapitre, nous avons montré que le contrôle de motivation était la technique qui permet au juge de saisir le raisonnement économique dans son unité, en tant que raisonnement. Cette affinité de la technique et de l'objet du contrôle s'explique par une convergence profonde entre l'approche économique contemporaine et l'exigence juridique de motivation. Par ailleurs, cette affinité se prolonge sur le plan des outils du contrôle. Le juge peut essayer de tirer de l'analyse économique des tests de qualification et opérer, sur la base de ces tests, un contrôle de qualification, mais il s'agit d'un exercice périlleux. Les tests issus de l'analyse contemporaine ne s'y prêtent pas et cela revient à cristalliser dans des règles de droit un savoir économique qui peut être contingent. En revanche, l'usage des tests de qualification économiques aux fins du contrôle de la motivation est adapté. Le raisonnement économique prend parti sur les faits pertinents et sur les conditions suffisantes pour caractériser certains effets et c'est aussi précisément ce que doit faire le juge qui exerce un contrôle de motivation. La condition du bon usage judiciaire apparaît dès lors résider dans la pratique du raisonnement économique par le juge lui-même. Le juge ne doit pas admettre les arguments économiques comme des arguments d'autorité, ni dans l'interprétation des faits, ni dans celle du droit. Il ne doit évacuer le raisonnement économique ni par le haut, en le cristallisant une fois pour toutes en règle de droit, ni par le bas, en lui déniant *a priori* toute pertinence. Le juge maintient le raisonnement économique à sa juste place en le considérant comme une source ordinaire d'arguments en fait et en droit et sans jamais perdre de vue la cohérence d'ensemble de son propre raisonnement.

CHAPITRE 3. L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL SUR LE RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE

1160. **Grand problème.** La question de l'intensité du contrôle juridictionnel est un « grand problème » qui n'est pas propre au droit de la concurrence[1]. Difficile, cette question est pourtant essentielle, non seulement parce que le sort des procès en dépend, mais aussi, plus généralement, parce qu'elle met en jeu l'office du juge, sa place au regard de la séparation des pouvoirs et la légitimité dont il jouit pour formuler des choix politiques. L'intensité du contrôle juridictionnel – certains auteurs parlent aussi de sa « densité »[2] ou de sa « profondeur »[3] – se prête mal aux théories, précisément en raison de la multiplicité des considérations qui convergent vers cette question. La première difficulté consiste donc à savoir en quels termes l'aborder.

1161. **Choix d'une approche.** Les développements qui précèdent sur le manque de base légale suggèrent de s'intéresser à la manière dont le juge détermine ce qui constitue un motif suffisant. C'est bien là en effet la question essentielle. Toutefois, force est de constater que le débat doctrinal nourri qui s'est fait jour sur l'intensité du contrôle exercé par le juge communautaire en droit de la concurrence n'est pas formulé en ces termes. Dans ce débat, qui concerne au départ le domaine du contrôle des concentrations[4], mais dont les enjeux sont plus

---

[1] V. p.e. M. CAPPELLETTI, « The "Mighty problem" of judicial review and the contribution of comparative analysis », *LIEI*, 1979, n° 2, pp. 1-29 (à propos du contrôle de constitutionnalité des lois).

[2] C. CHAMPALAUNE, « Le contrôle de la proportionnalité de la sanction par la Cour de cassation », *in* G. CANIVET, (dir), *La modernisation du droit de la concurrence,* LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp. 377-394, n° 37, p. 390.

[3] B. SEILLER, *Droit administratif*, préc., p. 234, écrit à propos du juge administratif de la légalité : « Tel le *Nautilus pompilius*, céphalopode marin disposant de ballasts pour choisir la profondeur où il se laisse dériver, le juge administratif actionne le levier de la qualification juridique pour approfondir son contrôle ». Récemment, le Tribunal de première instance à parler de la « portée » du contrôle qu'il exerce : arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, Dresdner Bank e.a./Commission, T-44/02 OP, T-54/02, T-56/02 OP, T-60 OP, T-61/02 OP, non encore publié au Recueil, point 66.

[4] B. VESTERDORF, « Standard of Proof in Merger Cases : Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts », *European Competition Journal*, 2005, pp. 3-33 ; « Certain Reflections on Recent Judgements Reviewing Commission Merger Control Decisions », *in* M. HOSKINS et W. ROBINSON (éd.), *A True European : Essays for judge David Edward*, 2004, pp. 117-144. D. BAILEY, « Standard of Proof in EC Merger Proceedings : A Common Law Perspective », *CML Rev.*, 2003, pp. 845-888. M. COLLINS, « The Burden and Standard of Proof in Competition Litigation and Problems of Judicial Evaluation », *ERA Forum*, 2004, p. 1. H. LEGAL, « Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law », pp. 107-116. *Adde :* M. NICHOLSON, S. CARDELL et B. McKENNA, « The scope of review of merger decisions under community law », *European Competition J.*, 2005, pp. 123-152 ; F. BRUNET et I. GIRGENSON, « La double réforme du contrôle des concentrations », *RTD Eur.*, 2004, pp. 1-31 ; É. de LA

larges[1], la question de l'intensité du contrôle juridictionnel est souvent abordée en termes de « standards de contrôle » (*standard of review*) et de « standards de preuve » (*standard of proof*).

1162. **L'approche en termes de « standards ».** Au premier abord, cette manière de présenter la question de l'intensité du contrôle juridictionnel peut paraître curieuse pour un juriste français[2]. La notion de standard, d'origine anglaise, demeure assez rarement utilisée en France, « probablement à raison du halo de mystère qui entoure la notion »[3]. Elle n'est pas inconnue néanmoins[4]. On appelle parfois « standards » les notions à contenu variable comme « le bon père de famille » en droit civil ou les « circonstances exceptionnelles en droit administratif »[5]. Dans cette acception, la notion de standard désigne ce que l'on peut appeler des normes souples (*soft law*), en tout cas des normes qui laissent une marge d'appréciation à celui qui les applique[6]. En revanche, dans l'emploi qu'en a la doctrine française, la notion ne sert pas à décrire l'activité du juge lui-même[7]. Or, tel est bien le sens des notions de « standard de contrôle » et de « standard de preuve » : la première cherche à désigner l'intensité avec laquelle le juge contrôle une décision qui lui est déférée et la seconde se rapporte à la sévérité avec laquelle le juge apprécie les preuves qui lui sont soumises. On peut donc dire que le débat en termes de standard de preuve et de standard de contrôle est un peu étrange dans une perspective française. Néanmoins on saisit l'idée : il s'agit de dire que le contrôle qu'exerce le juge a lui-même une portée variable. C'est donc bien la question de l'intensité du contrôle juridictionnel qui est posée à travers ces notions et, en cela, elles sont intéressantes. Reste à se demander dans quelle mesure ces notions permettent de rendre

---

SERRE et J. PEYRE, « Le contrôle du juge communautaire sur les décisions d'incompatibilité en matière de contrôle des concentrations : quelques perspectives ouvertes par les arrêts *Schneider* et *Tetra Laval* », *JCP - Cah. dr. ent.*, 2003, n° 3, pp. 1-8.

[1] En ce sens, H. LEGAL, « Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law », préc., spéc. p. 112.

[2] En ce sens, H. LEGAL, *op. cit.*, p. 108.

[3] C. BLOUD-REY, « Standard », *in* D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 1439-1441

[4] Sur la réception de la notion de standard en droit français et le « mouvement du standard » dans les années 1920, V. C. BLOUD-REY, « Standard », préc., p. 1439.

[5] Sur les standards en droit administratif, V. S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), LGDJ, 1980, Bibliothèque de droit public, T. 135.

[6] C. BLOUD-REY, « Standard », préc., p. 1140.

[7] C. BLOUD-REY, « Standard », préc., met en avant la nécessité d'une réflexion pratique sur le travail du juge lorsqu'il applique des standards, mais ne propose pas de conduire cette réflexion à partir de la notion de standard elle-même.

compte de différents degrés de contrôle. Pour cela, il faut se demander plus précisément à quoi elles renvoient.

1163. **Lien avec des notions connues.** Sans avoir de traduction directe en français, les notions de « standard de contrôle » et de « standard de preuve » en évoquent d'autres. Ainsi, la notion de « standard de contrôle » évoque les deux types de contrôle que connaît le contentieux administratif : le « plein contrôle » et le « contrôle restreint »[1]. Quant à la notion de « standard de preuve », elle cherche à saisir ce que, en droit civil français, on a l'habitude de penser en termes de « valeur probante ». Sans être des notions juridiques consacrées en droit français, ces « standards », dont il est beaucoup question, ne sont donc pas non plus intraduisibles dans notre système juridique. Comme souvent, le droit communautaire se présente comme un creuset de traditions juridiques[2], qui invite à croiser des notions empruntées à différents systèmes pour éclairer une question qui se pose dans tous[3].

1164. **Annonce et plan.** Les deux types de « standards » qui viennent d'être présentés fourniront donc les axes de notre analyse de l'intensité du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique. La question sera, dans un premier temps, abordée en termes de standard de contrôle (section 1), puis, dans un second temps, en termes de standards de preuve (section 2). Chemin faisant, il apparaîtra que la discussion en termes de standards dégage des éléments d'explication de l'intensité du contrôle juridictionnel. Cependant, ces éléments ne sont pas eux-mêmes des standards. C'est bien plutôt dans les termes de la question posée par la théorie du manque de base légale que se présente l'explication de la variation d'intensité du contrôle sur le raisonnement économique. En effet, l'analyse révèle que c'est avant tout la nature des énonciations qui semble gouverner l'intensité du contrôle. En ce sens, le contrôle sur le raisonnement économique obéit à des principes généraux, qui sont déclinés selon les

---

[1] Sur ce lien, H. LEGAL, *op. cit.*, p. 109.

[2] Selon les termes mêmes de la Cour de justice, « le droit communautaire [est] issu d'une interpénétration non seulement économique, mais aussi juridique des États membres » (arrêt de la Cour du 18 mai 1982, AM & S/Commission, 155/79, Rec. 1982 p. 1575, point 18).

[3] La question de l'intensité du contrôle juridictionnel ne se pose du reste pas que dans les systèmes nationaux. Sur cette question devant la Cour européenne des droits de l'homme : J. A. BRAUCH, « The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Columbia Journal of European Law*, 2005, pp. 113-150, et devant l'OMC : C.-D. EHLERMAN, « Six Years on the Bench of the "World Trade Court" : Personal Experience as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », *World Trade*, 2002, p. 605, p. 612. R. SPAMANN, « Standard of Review in World Trade Organization Panels in Trade Remedy Cases : a Critical Analysis », *Journal of World Trade*, 2004, pp. 509-555. *Adde* A. ALEMANNO, « What Role for the Judge in Risk Analysis, Judicial Review of Risk-Based Regulation ? », contribution présentée à la conférence ERA *Current Trends in Judicial Review*, Bruxelles 27 avril 2006, spéc. p. 24 et s.

spécificités de l'objet contrôlé. Incidemment, le détour par les « standards » montre qu'il est parfois utile de poser les questions en anglais pour y répondre en français.

SECTION I. L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE VUE À TRAVERS LES STANDARDS DE CONTRÔLE

1165. **Notion de standard de contrôle.** En *common law*, l'expression *standard of review* se réfère tout d'abord à la *judicial review*, c'est-à-dire au contrôle juridictionnel sur les décisions administratives. Ainsi, en droit anglais, le standard applicable au contrôle de légalité des actes administratifs est celui dit de la *Wednesbury unreasonableness*, du nom d'un arrêt célèbre[1]. En ce sens, la notion de standard de contrôle peut être comprise comme un terme générique, dont le « contrôle normal » et le « contrôle restreint » du contentieux administratif français constituent des modalités. La notion de *standard of review* est également utilisée en dehors du contentieux administratif. Ainsi, en droit fédéral américain, on distingue deux degrés dans le contrôle exercé par les Cours d'appel sur les décisions judiciaires de première instance, à savoir, d'une part, la *total deference*, qui permet de ne sanctionner que les *abuse of discretion* et les *manifest errors of fact* et, d'autre part, la *de novo review*, qui correspond à un pouvoir d'évocation du litige[2]. La notion de degré de contrôle incorpore donc ce qui, dans la pratique juridictionnelle française, est appréhendé à la fois à travers la définition de la compétence du juge et les cas d'ouverture. Si l'expression n'est pas très usitée, la notion en revanche n'est pas nouvelle.

1166. **Fonction des standards de contrôle et annonce.** Nommer un standard de contrôle a d'abord une valeur prescriptive : c'est une directive donnée au juge par un texte ou bien une maxime que le juge se donne lui-même et qui exprime une norme du contrôle. C'est une manière de dire au juge jusqu'où il doit aller dans son contrôle. Outre leur valeur prescriptive, les standards de contrôle ont aussi une valeur descriptive (§ 1). Il existe en effet différents standards de contrôle applicables au raisonnement économique, notamment selon la compétence particulière du juge saisi. En revanche la valeur explicative des standards apparaît

---

[1] Court of Appeal, 7-10 novembre 1947, *Associated Provincial Picture Houses v. Wedbnesbury Corporation,* [1948] 1 KB 223, cité par M. BAY et J. RUIZ CALZADO, « *Tetra Laval II :* The Coming of Age in the Judicial Review of Merger Decisions », *World Competition*, 2005, pp. 433-453, p. 443. Ce standard conduit à annuler « toute décision qui est si déraisonnable qu'elle n'aurait pas pu être prise par une personne ou un tribunal convenablement informé et prenant en considération tous les éléments pertinents et seulement ceux-ci », cité par B. VESTERDORF, *op. cit.*, p. 7 (nous traduisons).

[2] A. ALEMANNO, « What Role for the Judge in Risk Analysis, Judicial Review of Risk-Based Regulation ? », préc., p. 25 et s . Les expressions utilisées (p. 27) sont *total deference* et *de novo review*.

limitée (§ 2). Un standard est précisément une notion à contenu variable, qui ne correspond pas à une intensité précise du contrôle.

§ 1. LA VALEUR PRESCRIPTIVE ET DESCRIPTIVE DES STANDARDS DE CONTRÔLE

1167. La notion de standard de contrôle correspond à une préoccupation constante tant de la doctrine que du juge lui-même, à savoir la définition des limites du contrôle juridictionnel. Cette définition a d'abord une vocation prescriptive : il s'agit de tracer la limite de ce que le juge est autorisé à faire. La doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, élaborée en droit administratif et reprise en droit communautaire, illustre cet aspect (A). Fondamentalement normative, la notion de standard de contrôle a aussi une valeur descriptive. Dans un certain nombre de cas, elle permet de rendre compte de différents degrés de contrôle exercés sur le raisonnement économique (B).

A. La valeur prescriptive des standards de contrôle : l'exemple de l'erreur manifeste d'appréciation

1168. Les « standards » ne sont pas l'apanage du droit anglais. Ils sont aussi bien connus du droit français, notamment du droit administratif[1]. Ces notions fonctionnelles servent notamment à concilier des impératifs distincts. Tel est le cas de la notion d'erreur manifeste d'appréciation, qui, dès l'origine, a pour fonction de concilier, d'une part, le respect du pouvoir discrétionnaire de l'administration et, d'autre part, la nécessité d'un contrôle juridictionnel, et ce afin que le pouvoir discrétionnaire ne dégénère pas en arbitraire. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation peut donc être considéré comme un standard de contrôle. En droit administratif français, la doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation se présente comme une maxime jurisprudentielle[2]. Elle est une réponse du juge (2) au problème du contrôle juridictionnel sur les décisions comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (1).

---

[1] S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard, (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, Bibliothèque de droit public, T. 135. Le droit privé connaît aussi de nombreux « standards », comme le « bon père de famille ». De nouveaux standards émergent régulièrement, comme le « consommateur moyen normalement informé et attentif ». Sur les notions à contenu variable, V. *supra* n° 317.

[2] Comme on l'a vu plus haut, en droit communautaire, le contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation se présente d'abord comme une directive adressée au juge par le législateur. V. *supra* n° 1007 et s. Par la suite, le juge communautaire a aussi fait du contrôle restreint sur les appréciations économiques complexes une maxime de son contrôle.

1. Le problème du contrôle juridictionnel sur les décisions économiques comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire

1169. **Énoncé du problème en droit administratif.** Classiquement, le problème du contrôle juridictionnel de type administratif est appréhendé en termes de « pouvoir discrétionnaire ». Par cette expression, les auteurs désignent le pouvoir qu'a l'administration de choisir entre plusieurs décisions légales[1]. La notion de pouvoir discrétionnaire est intimement liée à celle d'opportunité[2]. En effet, le pouvoir discrétionnaire donne à l'administration la liberté nécessaire pour prendre la décision la plus opportune, selon les circonstances. Schématiquement, le pouvoir discrétionnaire est opposé à la « compétence liée », qui désigne la situation dans laquelle l'administration n'a aucune marge de liberté pour déterminer le contenu de sa décision : elle doit prendre une décision dont le contenu est prédéfini[3]. Cependant, les auteurs relèvent aussi que cette distinction tranchée ne rend pas compte de la réalité, qui est plus complexe. Il est alors enseigné que le pouvoir discrétionnaire et la compétence ne s'excluent pas, mais se combinent en un « subtil dosage »[4]. Dans cette conception, le pouvoir discrétionnaire apparaît comme une question de degré[5]. C'est « l'étendue de l'appréciation qui pourra être portée en l'état de la réglementation juridique »[6]. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration met le juge de la légalité face à un dilemme : d'un côté, le juge doit respecter ce pouvoir de l'administration, mais, d'un autre, il est nécessaire d'en contrôler l'exercice pour éviter l'arbitraire[7], assurer un minimum de sécurité juridique[8] et sauvegarder les droits des tiers[1].

---

[1] P.e. B. SEILLER, *Droit administratif*, préc., p. 231.

[2] A. HAURIOU, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *in Mélanges Carré de Malberg*, Topos Verlag, Vaduz et Librairie Duchemin, Paris, 1977, pp. 233-240, p. 233.

[3] B. SEILLER, *op. cit.*, *loc. cit.*

[4] B. SEILLER, *op. cit.*, *loc. cit.*

[5] Nous verrons qu'une autre conception existe, dans laquelle le pouvoir discrétionnaire est distingué du pouvoir d'appréciation. Dans cette seconde conception, seul le pouvoir d'appréciation est une question de degré et la seule question qui se pose à propos du pouvoir discrétionnaire est d'identifier les questions sur lesquelles un tel pouvoir existe. V. *infra* n° 1231 et s.

[6] M. DUBISSON, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1957, p. 38, cité par B. ASSO, « Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la Cour européenne de justice », *RTD Eur.*, 1976, pp. 21-50, et pp. 177-193, p. 22.

[7] M. WALINE, « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE*, 1956, fasc. 10, pp. 25-33, p. 25.

[8] J. DELMAS-MASTRALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, fasc. 22, 1969, pp. 133-160. R. SAVY, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, pp. 3-25, p. 4 ; J.-Y. VINCENT, « L'erreur manifeste d'appréciation », *Revue administrative*, 1971, pp. 407-420, spéc. pp. 409-410.

1170. **Point de vue du juge (1).** Le respect du pouvoir discrétionnaire s'impose au juge pour deux raisons principales, qui correspondent chacune à une justification d'un tel pouvoir. En premier lieu, le pouvoir discrétionnaire se justifie par l'impossibilité pour le législateur de définir *a priori* l'intérêt général, celui-ci se définissant nécessairement de manière progressive par la pratique administrative elle-même[2]. En matière économique, cette justification du pouvoir discrétionnaire est traditionnellement considérée comme importante au regard de la nécessité d'adapter l'action de l'administration aux circonstances économiques changeantes[3]. Dans cette perspective, c'est l'inopportunité de l'intervention du juge dans la conduite d'une politique économique qui est invoquée pour justifier la limitation de son contrôle[4]. En réalité, cette première justification du pouvoir discrétionnaire va très au-delà de la question de l'adaptation de l'action administrative à la conjoncture. Elle est à la fois très générale et ambiguë. Sa généralité tient au fait que, comme le relève un auteur, ce n'est pas l'indétermination de la règle légale, mais son *indéterminabilité* qui justifie le pouvoir discrétionnaire[5]. Nous avons vu toute l'indéterminabilité des règles de concurrence et, en ce sens, cette première justification du pouvoir discrétionnaire s'applique pleinement en cette matière. Cependant, l'indéterminabilité de la règle légale est loin d'être le propre du droit de la concurrence. C'est au contraire une donnée très générale. Or, c'est précisément là ce qui rend ambiguë cette justification traditionnelle du pouvoir discrétionnaire de l'administration. En effet, la même justification, tirée de l'impossibilité pour le législateur de « tout prévoir », est avancée par Portalis, dans son discours préliminaire au Code civil, pour démontrer la nécessité de la jurisprudence[6]. Dans des contextes différents, la même idée justifie donc tantôt le pouvoir de l'administration, tantôt le pouvoir des juges de déterminer la norme au cas

---

[1] A. de LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *Mélanges Waline. Le juge et le droit public*, pp. 531-549, p. 531 ; M. LETOURNEUR, « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE*, 1962, fasc. 16, pp. 51-62, p. 51.

[2] M. WALINE, *op. cit.*, p. 28 ; B. SEILLER, *Droit administratif*, p. 232. *Contra :* A. HAURIOU, *op. cit.*, spéc. p. 234. Hauriou reproche à cette justification du pouvoir discrétionnaire de se situer sur le plan des relations entre normes (la norme supérieure laisserait un degré de liberté à son interprète lorsqu'il forge la norme inférieure). Selon lui, le pouvoir discrétionnaire concerne les relations entre normes et sujets de droit. Le pouvoir discrétionnaire serait à l'administration ce que le principe de liberté individuelle est aux sujets de droit. Dans cette perspective, les lois ne sont pas « des principes d'action », mais des restrictions apportées à l'autonomie » (p. 236).

[3] P.e., J. DELMAS-MESRALET, *op. cit.*, p. 146.

[4] Notamment : L. DELVAUX, *op. cit.*, p. 46 ; J. DELMAS-MESRALLET, *op. cit.*, *loc. cit.* ; R. SAVY, *op. cit.*, p. 4. ; B. ASSO, *op. cit.*, p. 23 ; J-Y. VINCENT, *op. cit.*, pp. 418-419.

[5] S. RIALS, cité par B. SEILLER, *op. cit.*, p. 231.

[6] J.-B. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, Éditions Confluences, Bordeaux, 1999, p. 1 et s.

particulier. Il sera donc difficile de trouver dans cette justification du pouvoir discrétionnaire une véritable limite au contrôle juridictionnel.

1171. **Point de vue du juge (2).** Une seconde justification du pouvoir discrétionnaire tient au caractère technique des décisions qui doivent être prises. Dans ce cas, le contrôle juridictionnel est à la fois plus difficile et particulièrement nécessaire si l'on veut éviter que les considérations techniques ne soient pour l'administration une manière d'échapper à la règle de droit[1]. Du reste, c'est précisément à propos de décisions prises en fonction de considérations techniques que s'est développé le principal outil du contrôle juridictionnel sur le pouvoir discrétionnaire, à savoir le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation[2]. Là encore, les termes du problème s'appliquent à la matière économique. Les considérations économiques sont indubitablement des considérations techniques, au sens où elles supposent un savoir spécialisé[3]. Comme pour toute appréciation technique, il paraît essentiel que l'analyse économique ne soit pas, pour les autorités de concurrence, un moyen de masquer l'arbitraire éventuel de leurs décisions.

1172. **Conclusion du 1.** Les termes dans lesquels la doctrine administrative a depuis longtemps abordé la question du contrôle juridictionnel apparaissent très généraux. Cette généralité a deux conséquences pour notre propos. En premier lieu, le problème théorisé en droit administratif dépasse, par sa portée, le seul contentieux administratif. En ce sens, les réponses qui lui ont été apportées intéressent potentiellement tout juge et non seulement le juge administratif. En second lieu, les interrogations suscitées par le contrôle du pouvoir discrétionnaire concernent très directement le droit de la concurrence, non seulement en raison de la nature administrative d'une partie du contentieux, mais aussi parce que les règles de concurrence sont indéterminables et nécessitent des appréciations techniques. Pour ces deux raisons, la réponse du juge au problème du contrôle sur les actes comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est pertinente du point de vue de l'intensité du contrôle

---

[1] B. KORNPOBST, « L'erreur manifeste », *D.*, 1965, chron. pp. 121-124, spéc. p 123.

[2] L'erreur manifeste s'est d'abord développée dans les contentieux où se posaient des questions d'équivalence : équivalence des parcelles dans le contentieux du remembrement rural, équivalence des rémunérations dans le contentieux de la fonction publique. Sur les premiers arrêts français, V. B. KORNPROBST, *op cit.* et J.-Y.VINCENT, *op. cit.* Sur les premiers arrêts belges et communautaires, V. D. LAGASSE, « Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge administratif », *Administration publique*, 1985, n° 4, pp. 309-315.

[3] D. GÉRADIN et N. PETIT, « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », *RTD Eur*, 2005, pp. 795-837, pp. 796-797 relèvent à cet égard que « le rôle croissant de l'analyse économique (…) a transformé le droit de la concurrence en une matière extrêment technique (…). Cette évolution pourrait avoir pour effet de limiter l'étendue du contrôle juridictionnel exercé par les juridictions généralistes européennes ».

juridictionnel sur le raisonnement économique. Cette réponse, c'est précisément la doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

2. La doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : la réponse du juge au problème du contrôle sur les actes comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire

1173. **Réseau de contrôles.** La réponse progressivement élaborée par le Conseil d'État au problème qui vient d'être rappelé part de quelques principes fondamentaux : tout d'abord, le juge de la légalité contrôle un acte. Cette prémisse permet de distinguer le contrôle d'un acte comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de ce pouvoir discrétionnaire lui-même[1]. Dès lors, tout ce qui, dans un acte, n'est pas l'expression d'un pouvoir discrétionnaire peut être contrôlé. Il en résulte « un réseau de contrôles que la jurisprudence a (…) tissés autour du pouvoir discrétionnaire ». Le pourtour contrôlé est défini à partir des vices de l'acte qui peuvent être recherchés par le juge : incompétence, vice de forme, erreur de fait, erreur de droit, détournement de pouvoir[2]. Le lieu du pouvoir discrétionnaire est alors défini comme l'objet résiduel échappant à ces contrôles[3].

1174. Sur la base de ces principes, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est une doctrine jurisprudentielle née de la volonté du juge administratif de combler une lacune choquante dans le contrôle juridictionnel des actes comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire[4]. Par cette théorie, le juge de l'excès de pouvoir s'est autorisé à contrôler l'appréciation des motifs de la décision critiquée dans des cas où, normalement (en application de la doctrine du contrôle restreint sur les motifs des décisions comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire), il ne se reconnaît pas un tel droit.

1175. **Limitation du contrôle.** Le caractère restreint de ce contrôle est sa légitimation même. Le juge ne s'autorise à contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lorsqu'une appréciation faite par l'administration est entachée d'une erreur « manifeste »[5]. Une telle erreur a pu être définie comme « une erreur (…) qui s'avère si grossière qu'elle ne laisse

---

[1] HAURIOU, cité par A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 533.

[2] *Ibid*.

[3] Selon les termes du professeur de Laubadère : c'est « le choix de la décision en fonction des motifs, c'est-à-dire l'appréciation des faits ». *Ibid*.

[4] A de LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 547. L'auteur cite le président Odent : le juge a « cherché à corriger l'insuffisance de ce contrôle au moins dans les hypothèses où il se trouvait en présence de situations choquantes devant lesquelles il était désarmé ».

[5] A de LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 537.

place à aucun doute »[1]. En termes voisins, un autre auteur définit l'erreur manifeste comme une « contradiction non seulement évidente, mais aussi inexpliquée, entre la décision administrative et les faits de la cause »[2]. Tous s'accordent à considérer que, pour être manifeste, une erreur doit être suffisamment grave pour pouvoir être détectée par un non-spécialiste[3]. En ce sens, la distinction entre erreur manifeste d'appréciation et plein contrôle reflète la distinction entre connaissances générales, que le juge est censé posséder, et connaissances particulières, censées relever de l'expertise[4]. La doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est donc un « mécanisme de secours (…) déclenché en cas d'iniquité patente, de façon à assurer la police de la légalité »[5] lorsque l'administration « est allée au-delà des limites du raisonnable dans le jugement qu'elle a porté sur des éléments d'opportunité »[6]. La fonction de la doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est claire : limiter le contrôle à ce qui est, d'une part, nécessaire pour éviter l'arbitraire et, d'autre part, possible sans empiéter sur le pouvoir discrétionnaire. La limite ultime du contrôle n'est pas non plus douteuse : le juge ne peut substituer son appréciation à celle de l'administration[7]. Ceci étant posé, la théorie du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation révèle la difficulté qu'il y a définir un degré de contrôle[8].

1176. **Difficultés.** La difficulté est, d'abord, d'ordre pratique. Dès lors que le juge commence à s'intéresser aux conditions d'adoption de l'acte, il risque de se livrer à un

---

[1] J.-Y. VINCENT, « L'erreur manifeste d'appréciation », préc., 1971, pp. 407-421, p. 408. Dans le même esprit, le commissaire du gouvernement M. Braibant concluait que « [l]e pouvoir discrétionnaire comporte le droit de se tromper, mais non de commettre une erreur manifeste, c'est-à-dire à la fois apparente et grave » cité par M. LONG *et alii*, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10ème éd., p. 667 (note sous C.E., 2 octobre 1973, *Librairie François Maspéro*, Rec. p. 611, non repris dans la dernière édition de l'ouvrage).

[2] D. LAGASSE, « Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge administratif », préc., n° 21, p. 315.

[3] Pour M. BAUDOIN, « [l']erreur manifeste doit par essence s'imposer aux yeux de tous avec la force et la clarté de l'indiscutable ». Conclusions sous C.E. 6 novembre 1970, *RDP*, 1971, p. 524, cité par J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 379, p. 400.

[4] En ce sens, D. GERBER, « Courts as Economic Experts », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2004, pp. 475-494, p. 481.

[5] Conclusions Baudoin sous C.E., 6 novembre 1970, Sieur Guyé, cité par R. SAVY, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, pp. 3-25, p. 24.

[6] Concl. Braibant citées par LAUBADÈRE, *op. cit.,* p. 540. Ces formulations évoquent nettement la doctrine anglaise de la *Wednesbury unreasonalbleness*. *Supra* n° 1165.

[7] A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 536.

[8] A. JACQUEMIN, « Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique », *in* M. Van de KERCHOVE, *L'interprétation en droit*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 485-404, p. 498, notait à cet égard : « [i]l est alors tentant, soit de se limiter à un contrôle purement formel, soit de s'engager dans une approche franchement normative, qui débouche aisément sur une appréciation singulièrement proche du jugement d'opportunité ».

examen très poussé[1]. La difficulté est aussi théorique. En effet, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation a pu être décrit tantôt en termes d'*étendue*, tantôt en termes d'*intensité* du contrôle. Dans la première perspective, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est décrit comme une composante du « nouveau contrôle minimum »[2], lequel est distingué du contrôle de qualification[3]. Dans la seconde perspective, celle de l'intensité du contrôle, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est présenté comme un degré dans le contrôle de qualification juridique[4]. Dans cette perspective, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un contrôle de la qualification juridique des faits d'intensité plus faible que le contrôle normal de qualification[5].

1177. **Erreur manifeste et intensité du contrôle des motifs.** Cette seconde présentation paraît plus convaincante. En effet, la présentation en termes d'étendue du contrôle repose sur la distinction entre le contrôle des qualifications et le contrôle des appréciations. Or, comme nous l'avons vu dans les développements consacrés aux objets du contrôle, un contrôle de qualification se retrouve au sein même du contrôle des appréciations[6]. Présenter le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation en termes d'intensité du contrôle consiste donc à prendre acte de la continuité entre appréciations et qualifications. Cette considération est d'autant plus importante que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation relève du contrôle des motifs[7], dont nous avons vu qu'il saisit cette continuité. C'est précisément cette appartenance du

---

[1] A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, pp. 534-535, relève que le juge administratif « a entouré ce cœur [l'exercice du choix discrétionnaire] de contrôles plus rapprochés, notamment en faisant porter son contrôle sur les conditions de la décision (toutes les données ont-elles été prises en considération ?) ». Ce contrôle rejoint le principe de bonne administration en droit communautaire, qui permet un contrôle poussé sur l'utilisation par la Commission des données économiques. Sur le principe de bonne administration, V. *supra* n° 1105.

[2] En ce sens, J.-Y. VINCENT, « L'erreur manifeste d'appréciation », préc., p. 416. Pour cet auteur, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un contrôle de l'opportunité de la décision, distinct du contrôle de la légalité, si bien que, pour lui, la question se pose de savoir si le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation doit aussi s'appliquer lorsque le juge contrôle la qualification juridique (p. 417). À travers cette question, l'auteur effleure la distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir d'appréciation, qui nous semble devoir être faite nettement.

[3] J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif,* 19ème éd, 2002, n° 265-1, p. 253 (la présentation a été modifiée sur ce point dans la dernière édition). De même, en droit communautaire, B. ASSO, « Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la Cour européenne de justice », *RTD Eur.*, 1976, pp. 21-50 et pp. 177-193, p. 182, considère que l'erreur manifeste d'appréciation « ne s'identifie pas avec une erreur sur la qualification juridique des faits puisque l'exécutif même, en l'absence d'une norme édictant une condition de fond, possède vis-à-vis des faits une totale liberté d'appréciation ».

[4] En ce sens : B. KORNPOBST, « L'erreur manifeste », préc. p. 123. V. également les références citées en ce sens par J.-Y. VINCENT, *op cit.*, note 44, p. 412.

[5] B. SEILLER, *Droit administratif*, préc., p. 235. En ce sens aussi A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 541 expose : « l'erreur manifeste d'appréciation est bel et bien une erreur d'appréciation des motifs, dont le contrôle se rencontre normalement dans le cas de compétence liée, non de compétence discrétionnaire ».

[6] *Supra* n° 1019.

[7] V. p.e. A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*

contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation au contrôle des motifs qui explique l'ambiguïté de la notion au regard de l'étendue et de l'intensité du contrôle. En effet, comme on l'a vu, le contrôle des motifs s'étend a plusieurs types d'énonciations et il est susceptible de varier en intensité. Tantôt « reflet du contrôle de qualification »[1], il correspond à un contrôle normatif intense, tantôt une méthode de précision de la règle par petites touches[2], il correspond à un contrôle moins approfondi.

1178. **Conclusion du 2.** La doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est une création de la jurisprudence administrative destinée à répondre au problème du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Comme le problème lui-même, cette réponse présente cependant un intérêt très général pour l'étude de l'intensité du contrôle juridictionnel[3]. Les difficultés associées à la théorie du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sont celles de toute théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel sur les motifs.

1179. **Conclusion du A.** Il résulte des développements qui précèdent que la notion d'erreur manifeste d'appréciation est intimement liée à la question de l'intensité du contrôle juridictionnel. Sur un mode prescriptif tout d'abord : le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un « standard » qui prescrit au juge une certaine déférence vis-à-vis des appréciations techniques de l'administration. Sur un mode technique ensuite : le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un contrôle de motivation qui est susceptible de degrés.

1180. Faut-il pour autant en conclure qu'un standard de contrôle, tel que celui du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, a une valeur descriptive ? En d'autres termes, peut-on rendre compte de l'intensité du contrôle (notamment sur le raisonnement économique) à partir de la notion de standard de contrôle ? Il ne faut pas l'exclure, car il existe bien une pluralité de standards de contrôle en droit positif. Ceux-ci peuvent être assez facilement identifiés lorsque des éléments objectifs imposent au juge d'exercer un contrôle plus ou moins intense. De tels éléments objectifs peuvent notamment résulter d'un texte ou bien de la nature particulière de l'office du juge, comme dans le référé. Les développements qui suivent ont pour objet

---

[1] Th. LE BARS, *Le manque de base légale en droit judiciaire privé*, préc., n° 198, p. 152.

[2] J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, préc., n° 78.92.

[3] Pour une proposition de transposition de la notion d'erreur manifeste au contentieux judiciaire (quoique sur une question plus particulière), M.-A. FRISON-ROCHE, « L'erreur du juge », *RTD Civ.*, 2001, 819-832, spéc. p. 830 et s.

d'illustrer la valeur descriptive de la notion de standard de contrôle à travers des exemples particuliers.

B. Valeur descriptive des standards de contrôle : l'existence de différents standards de contrôle sur le raisonnement économique

1181. L'illustration la plus nette de l'existence de différents standards de contrôle sur le raisonnement économique se trouve dans les contentieux particuliers. Un standard de contrôle très faible peut, en premier lieu, être imposé par les textes. C'est ce qu'illustre l'hypothèse du contrôle particulièrement restreint du juge de l'exécution dans le contentieux des enquêtes (1). Un standard de contrôle restreint peut, en second lieu, résulter de la nature particulière du contentieux, comme dans le référé communautaire (2). Cependant, le provisoire n'est pas toujours synonyme de contrôle superficiel, comme en témoigne le standard de contrôle exigeant imposé par le juge français sur les mesures provisoires du Conseil de la concurrence (3).

1. Un standard imposé par un texte : le contrôle particulièrement restreint sur le raisonnement économique dans le contentieux des enquêtes

1182. **Pouvoirs du juge limités par un texte.** La première hypothèse de contrôle très restreint justifié par les limites de l'office du juge concerne le juge de la détention et des libertés dans le contentieux des enquêtes de concurrence diligentées, par exemple, par la Commission. Les inspections de la Commission sont désormais encadrées par l'article 20 du règlement n° 1/2003[1]. Ce texte prévoit que, lorsqu'une entreprise s'oppose aux mesures d'enquête – ou éventuellement à titre préventif pour faire face à l'éventualité d'une telle opposition – la Commission doit demander au juge compétent d'autoriser les opérations d'inspection[2]. Le contrôle que ce juge peut exercer est cependant très superficiel. Codifiant la jurisprudence communautaire sur ce point[3], le règlement n° 1/2003 précise que le juge « contrôle que la décision de la Commission est authentique et que les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives par rapport à l'objet de l'inspection »[4]. Le juge

[1] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE L 1 du 4 janvier 2003, pp. 1-25, art. 20, paragraphe 5.

[2] Règlement n° 1/2003, préc., art. 20, paragraphe 7. Ce devoir existe pour autant qu'il est imposé par le droit national. En droit français, l'obligation de demander une autorisation judiciaire résulte de l'art. L 450-4 C. com. C'est le juge de la liberté et des détentions qui est compétent pour la délivrer.

[3] Arrêt de la Cour du 22 octobre 2002, Roquette Frères, C-94/00, Rec. p. I-9011, spéc. points 54 et 61.

[4] Règlement n° 1/2003, préc., art. 20, paragraphe 8.

peut demander des explications à la Commission[1], mais son pouvoir reste très limité. En effet, il « ne peut ni mettre en cause la nécessité de l'inspection ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission »[2]. Dès lors, même si un raisonnement économique peut entrer dans l'objet du contrôle qu'il est demandé au juge des libertés d'exercer, les moyens de ce contrôle paraissent lui être déniés.

1183. **Objet du contrôle et raisonnement économique.** Lorsqu'il contrôle l'absence d'arbitraire, le juge de la liberté et des détentions « s'assure de l'existence d'indices suffisamment sérieux permettant de suspecter une infraction aux règles de concurrence par l'entreprise concernée »[3]. L'examen du juge portera donc, en général, sur la possibilité d'une restriction de concurrence. On peut penser qu'il est difficile pour un juge de contrôler le lien entre les indices invoqués par la Commission et la possibilité d'une restriction de concurrence sans que soit alléguée ne serait-ce qu'une ébauche de raisonnement liant les indices à une restriction de concurrence. En ce sens, un raisonnement économique entre dans l'objet du contrôle du juge de la liberté et des détentions. En particulier, si l'entreprise qui s'oppose à une mesure d'enquête allègue un raisonnement économique qui permettrait, à partir des données invoquées par la Commission, d'*exclure* toute possibilité d'atteinte à la concurrence, un tel raisonnement serait pertinent pour l'examen qui est demandé au juge.

1184. **Contrôle impossible.** Toutefois, le contrôle que pourrait effectuer le juge sur un tel raisonnement est extrêmement superficiel, sinon même purement théorique. En effet, le texte ne donne pas au juge les moyens d'un tel contrôle, car « la Commission est (seulement) tenue de fournir au juge des explications qui fassent ressortir de manière circonstanciée qu'elle dispose dans son dossier d'éléments et d'indices sérieux permettant de soupçonner des infractions aux règles de concurrence par l'entreprise concernée »[4]. En somme, le juge doit contrôler qu'il existe des indices sérieux de pratiques anticoncurrentielles, mais sans que ces indices soient obligatoirement portés à sa connaissance. Dans ces conditions, seul un contrôle extrêmement superficiel de la pertinence des indices peut être effectué. Il faudrait que les indices invoqués par la Commission soit grossièrement dépourvus de toute pertinence pour que le juge puisse ne pas autoriser la mesure d'enquête sollicitée.

---

[1] *Ibid*.

[2] *Ibid*.

[3] *Roquette*, préc., point 54.

[4] *Roquette*, préc., point 61.

1185. **Objet du contrôle et règles d'expérience économiques.** Outre la possibilité d'une infraction, le juge doit s'assurer de la proportionnalité de la mesure sollicitée. En ce qui concerne cet examen, la Cour de justice a reconnu que le juge devait, sauf à vider ce contrôle de tout contenu, disposer de certaines informations, notamment sur « la gravité de l'infraction suspectée, la nature de l'implication de l'entreprise concernée ou encore l'importance de ce qui est recherché »[1]. La Commission doit donc, « en principe, informer le juge des caractéristiques essentielles de l'infraction suspectée, afin de lui permettre d'en apprécier le degré de gravité, en indiquant le marché présumé en cause et la nature des restrictions de concurrence suspectées, ainsi que le degré d'implication présumé de l'entreprise visée »[2]. Il n'est cependant pas exigé une délimitation précise du marché, ni une qualification juridique exacte[3]. Le contrôle qui est demandé au juge sur la gravité de l'infraction suppose une hiérarchie des restrictions de concurrence, qui s'appuie nécessairement, même si c'est implicitement, sur des règles d'expérience économiques[4]. Cependant, il est pratiquement exclu qu'une discussion s'engage sur ce point devant le juge de la liberté et des détentions. Le contrôle sur l'importance de ce qui est recherché pourrait, en théorie, impliquer l'examen par le juge d'un raisonnement économique, car c'est la pertinence des données recherchées pour la qualification envisagée qui est en cause, mais, là encore, un contrôle poussé n'aura sans doute jamais lieu à ce stade de la procédure, car ce contrôle relève du contrôle de légalité de la décision de mener des investigations, qui appartient au juge communautaire[5]. Du reste, même devant le juge communautaire, le contrôle de légalité sur ces décisions est très superficiel, puisqu'il consiste à s'assurer que la mesure « n'a pas été adoptée en l'absence de toute circonstance de fait susceptible de justifier la vérification »[6].

1186. **Conclusion du 1.** Le juge national qui autorise une perquisition à la demande de la Commission ne vérifie donc la plausibilité des pratiques illicites que de manière très superficielle[7], si bien qu'il contrôle à peine le raisonnement économique. En comparaison, le contrôle restreint du juge communautaire des référés est nettement plus intense.

---

[1] *Roquette*, préc., point 79.

[2] *Roquette*, préc., point 81.

[3] *Roquette*, préc., point 82.

[4] Sur ces règles, V. *infra* n° 869.

[5] Règlement n° 1/2003 préc., art. 20, paragraphe 8.

[6] Arrêt de la Cour du 17 octobre 1989, Dow Chemical Ibérica e.a./Commission, 97/87 à 99/87, Rec. p. 3165, point 52. V. également *Roquette*, préc., point 55.

[7] J. LÉONNET, « Réflexion sur le droit de la preuve en matière de concurrence et de réglementation économique », *Contrats, conc. conso*., 1994, comm. n° 1, n° 12 et jurisprudence citée.

2. Un standard de contrôle restreint imposé par la nature du contentieux : le contrôle *prima facie* du juge communautaire des référés sur le raisonnement économique

1187. **Raisonnement économique en référé.** Le juge communautaire des référés, à la différence de son homologue français, est amené à connaître du raisonnement économique qui sous-tend la décision contrôlée. Cette différence tient à ce que les conditions de fond du référé sont différentes en droit communautaire et en droit français. Les textes prescrivent au juge français de ne s'intéresser qu'aux *conséquences* de la décision qui lui est soumise, et non au raisonnement qui sous-tend la décision[1]. En revanche, le droit communautaire oblige le juge des référés à s'intéresser au *contenu* de la décision qui lui est déférée. La question de l'intensité de son contrôle sur le raisonnement économique de la Commission se pose donc. Pour préciser comment elle se pose, il est nécessaire de revenir brièvement sur les conditions de fond du référé communautaire[2].

1188. **Conditions de fond du référé communautaire.** Pour obtenir la suspension ou toute autre mesure provisoire devant le juge communautaire des référés, le requérant doit démontrer l'urgence, ainsi que « les circonstances de fait et de droit qui justifient à première vue l'octroi de la mesure provisoire »[3]. Ces circonstances sont au nombre de trois et sont cumulatives. Il faut, en premier lieu, établir un risque de préjudice grave et irréparable. En deuxième lieu, il est nécessaire de démontrer un *fumus boni juris*. Cette expression est un peu trompeuse, car, en pratique, le juge des référés n'applique pas une exigence positive « d'apparence de bon droit » ; il vérifie, négativement, que le recours qui fait l'objet de la procédure au principal n'est pas manifestement infondé[4]. Si ces deux conditions sont satisfaites, le juge des référés passe à la troisième et dernière étape de son contrôle. Il met alors en balance les intérêts qui

---

[1] D'après l'art. L 464-8 C. com., le sursis d'une décision du Conseil de la concurrence peut être ordonné si l'exécution de cette décision « est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité ». Il est, certes, théoriquement concevable qu'une partie invoque un raisonnement économique pour justifier le lien de causalité entre l'exécution de la décision et les conséquences excessives alléguées, mais, en pratique, le juge des référés apprécie de manière plus immédiate l'existence de telles conséquences. En ce qui concerne l'examen de la gravité exceptionnelle des faits survenus postérieurement à la décision, aucun raisonnement économique ne semble pouvoir être invoqué pour la démontrer. Le raisonnement économique n'entre pas dans l'objet du contrôle du juge français des référés, qui n'est pas appelé à se prononcer, même superficiellement, sur le raisonnement du Conseil de la concurrence. Dès lors, la question de l'intensité de ce contrôle ne se pose pas.

[2] Cette procédure est prévue par les art. 242 et 243 CE et régie par les art. 104 et 105 du règlement de procédure du Tribunal. C'est le président du Tribunal qui exerce la compétence de juge des référés. Ses ordonnances sont susceptibles d'un pourvoi devant le président de la Cour.

[3] Règlement de procédure du Tribunal, art. 104, paragraphe 2.

[4] Il n'en reste pas moins que, en droit communautaire, le droit d'accès au juge des référés est directement lié au droit substantiel allégué. Pour une discussion critique de cette liaison entre droits processuels et droits substantiels, V. M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits », préc.

s'attachent à l'octroi de la mesure provisoire et ceux qui plaident en faveur de l'exécution immédiate[1].

1189. **Objet du contrôle et raisonnement économique.** L'examen de ces trois conditions ne suppose pas toujours que le juge se penche sur un raisonnement économique, mais cela peut arriver dans certaines circonstances. En matière de concurrence, la condition du référé relative au risque de préjudice grave et irréparable peut s'appliquer à un risque d'évolution irréversible du marché[2]. Pour démontrer un tel risque, il est *a priori* nécessaire d'alléguer un enchaînement de cause à effet au moyen d'un raisonnement économique. Le juge des référés est alors amené à se prononcer sur la vraisemblance du scénario allégué relativement à l'évolution qui serait celle du marché en l'absence de suspension de la décision critiquée. De tels enchaînements causals ne sont cependant pas systématiquement allégués et examinés. En effet, il est parfois jugé évident que l'exécution d'une décision introduirait un bouleversement sur lequel il serait difficile de revenir en cas d'annulation de la décision au fond[3].

1190. L'inclusion du raisonnement économique dans le contrôle effectué au titre du *fumus boni juris* dépend des moyens d'annulation qui sont formulés au fond. Lorsque certains moyens d'annulation sont tirés d'erreurs sur l'analyse économique de la Commission, le juge des référés est amené à examiner s'ils ne sont pas manifestement infondés[4]. Dans la mesure où l'analyse économique s'efforce de préciser les conditions dans lesquelles certaines pratiques sont restrictives de concurrence, il est envisageable qu'une partie invoque un raisonnement économique à l'appui d'une demande de mesures provisoires. Plus particulièrement, le demandeur en référé aura intérêt à alléguer que sont réunies en l'espèce des circonstances qui d'après la théorie économique excluent tout risque pour la concurrence.

---

[1] Jurisprudence constante. V. p.e. Ordonnance du président du Tribunal du 22 décembre 2004, Microsoft/Commission, T-201/04 R, Rec. p. II-4463, points 71 et 72 : « [c]onformément à l'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, une demande en référé doit spécifier les circonstances établissant l'urgence ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue (fumus boni juris) l'octroi de la mesure provisoire à laquelle elle conclut. Ces conditions sont cumulatives, de sorte qu'une demande de sursis à exécution doit être rejetée dès lors que l'une d'elles fait défaut. Le juge des référés procède également, le cas échéant, à la mise en balance des intérêts en présence ».

[2] Ordonnances du président de la Cour du 14 décembre 1982, NSO/Commission, 260/82 R, Rec. p. 4371, point 5, et du 13 juin 1989, Publishers Association/Commission, C-56/89 R, Rec. p. I-1693, point 34. Ordonnance du président du Tribunal du 19 février 1993, Langnese-Iglo et Schöller Lebensmittel/Commission, T-7/93 R et T-9/93 R, Rec. p. II-131, point 40.

[3] Pour un exemple : ordonnance du président du Tribunal du 16 juillet 1992, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e.a./Commission, T-29/92 R, point 31. La décision litigieuse condamnait un système complexe de réglementation professionnelle privée qui régissait depuis des années la participation des entreprises du secteur de la construction à des appels d'offre aux Pays-Bas.

[4] Ordonnance du 16 juillet 1992, préc., point 34. Il semble que, en droit de la concurrence, cette condition soit très généralement satisfaite.

Une entreprise accusée de prix prédatoires pourrait par exemple alléguer que la récupération des pertes aurait été impossible en l'espèce. Le raisonnement économique peut donc entrer dans l'objet du contrôle du *fumus boni juris*, spécialement lorsqu'il conduit à identifier des circonstances qui *excluent* prétendument tout risque d'atteinte à la concurrence.

1191. **Effet du raisonnement économique en référé.** Dans ce type d'allégation, le raisonnement économique est soumis au juge des référés au titre d'un moyen de nullité au fond. Le contrôle qu'exerce le juge des référés sur le sérieux d'un tel moyen est, par hypothèse, moins intense que le contrôle exercé au fond[1]. Il en découle que l'allégation d'un raisonnement économique contribue à l'admission de la demande de référé. En effet, le juge des référés n'étant pas en mesure d'examiner l'allégation dans toute sa complexité, il la considérera comme sérieuse[2]. Cela ne signifie pourtant pas que le juge des référés admet n'importe quel argument économique comme sérieux.

1192. **Standard de contrôle sur le raisonnement économique.** Le juge communautaire des référés exerce un contrôle sur le raisonnement économique allégué. À cet égard, il convient de souligner que la restriction du contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation, applicable au fond, n'est pas transposable au référé. Le président de la Cour a eu l'occasion de le préciser dans son ordonnance *IMS*[3]. Dans cette affaire, la partie intervenante au soutien de la Commission (donc en faveur du maintien de la mesure provisoire) avançait un argument qui ne manquait pas d'ingéniosité. Elle soutenait que, le contrôle du juge communautaire sur les appréciations économiques complexes étant, au fond, limité à l'erreur manifeste d'appréciation, il convenait d'exiger de la partie qui demandait la suspension provisoire d'une décision qu'elle démontre

---

[1] Ordonnance du 16 juillet 1992, préc., point 34.

[2] En ce sens, J.-L. DA CRUZ VILAÇA, « La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire », *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Giuffre, Milan, 1998, vol. II, p. 257-306, spéc. pp. 287-288 : « s'agissant d'affaires complexes relatives à l'application des articles [81], [82], [86] ou [87] du traité CE [...], seule une enquête longue et approfondie, incompatible avec le besoin de rapidité qui caractérise la procédure en référé, permettra normalement de voir plus clair sur le bien ou le mal-fondé des arguments invoqués. Dans un tel domaine, plus que dans tout autre, le test du caractère plausible des moyens et arguments allégués doit être appliqué selon un critère de vraisemblance à première vue qui, sans manquer d'être avisé, doit être assez large. S'agissant d'affaires complexes de cette nature, il sera normalement difficile que les requérants ne passent pas ce test tel qu'il vient d'être mentionné. Effectivement, des arguments tels que ceux tirés des effets (..) sur la concurrence (…) ou encore de la façon dont a été défini le marché pertinent (géographique ou par produit), ne sauraient, en général, être écartés d'un revers de main et demandent, au contraire, une analyse approfondie des faits et des questions juridiques qui, en principe, dépasse les possibilités de jugement du juge des référés. Dans de telles circonstances, la condition relative au *fumus boni juris* peut être considérée comme remplie ». L'auteur, parle d'expérience, puisqu'il a exercé la fonction de juge communautaire des référés en tant que président du Tribunal de première instance.

[3] En ce sens que le juge des référés peut tenir compte du sérieux des moyens invoqués au fond lors de son évaluation de l'urgence et, le cas échéant, de la mise en balance des intérêts, Ordonnance du président de la Cour du 11 avril 2002, NDC Health/IMS Health et Commission, C-481/01 P(R), Rec. p. I-3401, point 63.

un *fumus boni juris* particulièrement convaincant[1]. L'argument procédait donc d'un raisonnement *a fortiori* : dans la mesure où une erreur dans l'appréciation économique doit être évidente pour être censurée au fond, elle devait être particulièrement évidente pour pouvoir être censurée au terme de l'examen « à première vue » du juge des référés. L'argument n'a cependant pas prospéré. Le président de la Cour a en effet jugé que la jurisprudence sur l'erreur manifeste ne saurait être transposée sans nuance au référé, car cela risquerait de réduire de manière excessive la protection juridique au provisoire[2]. En définitive, le contrôle du juge communautaire des référés sur le raisonnement économique dans le cadre de l'examen du *fumus* n'est pas si limité qu'on pouvait le penser au regard du caractère sommaire de la procédure. Les standards qui limitent l'intensité du contrôle ne se cumulent donc pas.

1193. **Conclusion du 2.** Dans le référé communautaire, un raisonnement économique peut être soumis au juge. Il l'est au titre d'un moyen de fond, examiné « à première vue » pour juger de l'admissibilité de la demande en référé. Dans cette hypothèse, le contrôle exercé par le juge sur le raisonnement économique (de la Commission et des parties) est nécessairement moins intense que celui du juge du fond. Cependant, il n'est pas pour autant si limité que l'on pourrait le croire.

1194. Si le caractère provisoire de la décision du juge communautaire ne justifie pas une restriction très forte du contrôle sur le raisonnement économique, il semble que le caractère provisoire de la décision contrôlée ne justifie aucune restriction. Tel est du moins le cas en droit français, où la Cour de cassation exerce un contrôle approfondi sur le raisonnement économique en matière de mesures conservatoires.

3. Un standard de contrôle exigeant imposé par le juge : le contrôle approfondi du juge français sur les mesures conservatoires

1195. **Conditions de fond des mesures conservatoires.** Le Conseil de la concurrence est habilité à prendre des mesures conservatoires qui lui sont demandées ou qui lui paraissent nécessaires[3]. En droit français, les conditions de fond pour l'octroi de ces mesures sont « une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des

[1] En l'espèce, il s'agissait d'une décision elle-même provisoire, mais cette particularité ne semble pas jouer un rôle déterminant dans l'analyse.

[2] NDC Health/IMS Health et Commission, préc., point 58.

[3] Art. L 464-1 C. com.

consommateurs ou à l'entreprise plaignante »[1]. Par ailleurs, les mesures conservatoires doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence[2]. La jurisprudence a apporté diverses précisions à ces conditions, ainsi que sur le contrôle juridictionnel dont elle font l'objet. En premier lieu, la Cour de cassation a précisé qu'un lien de causalité devait être établi entre les pratiques dénoncées et l'atteinte constatée[3]. En second lieu, elle a invité la Cour d'appel à exercer, conformément au texte[4], un contrôle de stricte proportionnalité sur les mesures conservatoires[5]. Les développements qui suivent montrent que les conditions de fond d'octroi des mesures conservatoires impliquent qu'un raisonnement économique entre dans l'objet du contrôle juridictionnel exercé par la Cour d'appel. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de cassation signifie que ce contrôle ne peut pas être superficiel.

1196. **Objet du contrôle et raisonnement économique.** Le lien causal à établir en matière de mesures provisoires entre un comportement et une atteinte à la concurrence doit *a priori* l'être au moyen d'un raisonnement économique. Un tel raisonnement entre alors dans l'objet du contrôle juridictionnel sur les mesures provisoires. Un exemple l'illustrera. L'affaire, qui a déjà été évoquée, concernait le traitement automatique des coupons publicitaires. Le Conseil avait constaté que le marché en cause était dominé par un offreur. La concurrence y était naissante, seules quelques entreprises acheteuses de ce type de services commençant à recourir à un autre prestataire. Le Conseil avait considéré que les pratiques mises en œuvre par l'entreprise dominante étaient de nature à exclure du marché la seule entreprise qui essayait de s'y établir. En l'espèce, cela justifiait, selon le Conseil, l'octroi de mesures provisoires, car, si cette entreprise échouait à pénétrer sur le marché dominé, cet échec pourrait être de nature à décourager toute entrée future. Cela pouvait également, selon le Conseil, décourager à l'avenir les entreprises utilisatrices des services en cause de recourir à

---

[1] *Ibid*.

[2] *Ibid*.

[3] Cass. com. 18 avril 2000, Bull. civ. IV, n° 75, obs. A. MARMONTEL, *D.*, 2000, A.J., 289 ; obs. E. CLAUDEL *RTD Com.*, 2000, p. 636. Cass. com. 14 décembre 2004, n° 02-17012, *Bouygues Telecom Caraïbes/Orange Caraïbe*, obs. É. BARBIER de LA SERRE, *RLC*, 2005/2, n° 157. Cass. com. 8 nov. 2005, *Neuf Télécom/France Télécom* (TV ADSL), obs. C. NOURISSAT, *RLC* 2006/6, n° 461, obs. Ch. CARON et G. DECOCQ, *JCP(E)*, 2006, 1017, n° 17.

[4] L'art. L 464-1 C. com. dispose que les mesures provisoires « doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence ».

[5] Cass. com. 7 avril 1992, Bull. civ. IV, n° 153.

tout autre prestataire que l'entreprise dominante[1]. En d'autres termes, les mesures conservatoires étaient destinées à prévenir la formation d'une réputation de prédateur dans le chef d'une entreprise détenant un quasi-monopole. La Cour d'appel a annulé les mesures conservatoires prononcées par le Conseil dans cette affaire, au motif que, en l'état de la procédure, plusieurs sociétés continuaient de se maintenir sur le marché[2]. Cet arrêt a été cassé pour manque de base légale[3]. La Cour de cassation a jugé que la Cour d'appel ne pouvait annuler les mesures conservatoires en cause sans s'expliquer sur le rejet du raisonnement du Conseil, le maintien de plusieurs concurrents étant à cet égard un motif insuffisant. La Cour de cassation exige donc un contrôle du raisonnement économique justifiant l'octroi de mesures provisoires. Il ne s'agit pas d'un contrôle restreint.

1197. **Standard de contrôle sur le raisonnement économique.** Il résulte de l'arrêt précité que le contrôle de la motivation qui doit être exercé sur les décisions ordonnant des mesures provisoires doit être attentif. La Cour de Cassation a en effet jugé que les mesures provisoires sont justifiées si, « en l'état des éléments produits aux débats, les faits sont *susceptibles de constituer* une pratique prohibée »[4]. La Cour d'appel doit donc s'assurer que le Conseil a exposé en quoi les pratiques en cause présentent un *risque* pour la concurrence. En ce sens, le juge des mesures conservatoires doit exercer un contrôle de motivation non restreint sur le raisonnement économique du Conseil.

1198. **Objet du contrôle et raisonnement économique (2).** Le second volet du contrôle sur les mesures provisoires est un contrôle de proportionnalité entre la mesure provisoire ordonnée et la gravité de l'atteinte immédiate. Ce contrôle ne portera pas toujours sur un raisonnement économique, car l'identification d'un moyen moins restrictif permettant d'obtenir l'effet désiré peut ressortir du bon sens ou de l'analyse d'une convention[5]. Pour autant, tout raisonnement économique n'est pas nécessairement exclu de l'appréciation de proportionnalité. Un exemple l'illustre. Dans une affaire relative à des services de télécommunications, la Cour d'appel de Paris a jugé que des mesures conservatoires définies

---

[1] Décision du Conseil 99-MC-07, du 13 octobre 1999, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Scan Coupon concernant des pratiques mises en œuvre sur le marché du traitement des bons de réduction, BOCCRF n° 20, du 11 décembre 1999. L'affaire a par la suite donné lieu à une condamnation au fond pour violation de l'article L 420-2 C. com., condamnation confirmée par la Cour d'appel : Paris, 1ère ch., sect. H, 4 février 2003, *Sogec Gestion*, BOCCRF n° 4, du 31 mars 2003.

[2] Paris, 16 décembre 1999, 1ère ch., sect. H., *Sogec/Scan Coupon*, BOCCRF n° 1 du 31 janvier 2000.

[3] Cass. com. 12 février 2002, *Scan Coupon*, pourvoi n° 00-10465, inédit.

[4] *Ibid*. La solution soulève la question des exigences probatoires applicables à cette démonstration. On y reviendra à propos des standards de preuve. *Infra* n° 1270 et s.

[5] Paris, 1ère ch., sect. H., 21mai 2002, *TDF*, BOCCRF n° 12, du 22 août 2002, p. 471.

sur la base du principe d'orientation vers les coûts auraient pénalisé de manière excessive l'opérateur en place[1]. Cette appréciation s'appuyait sur une considération relative au domaine d'application du principe d'orientation vers les coûts, limité, selon la Cour d'appel, aux infrastructures essentielles. La qualification d'infrastructure essentielle étant, en l'espèce, « insuffisamment étayée » dans la décision déférée, le principe ne pouvait trouver à s'appliquer[2]. Le raisonnement économique du Conseil de la concurrence est donc soumis à un contrôle de motivation assez poussé au titre du contrôle de proportionnalité, le juge n'hésitant pas à recourir au besoin à ses propres connaissances économiques pour l'exercer.

1199. **Conclusion du 3.** Les exemples analysés en matière de contrôle des mesures provisoires en droit français montrent que la Cour de cassation exige et la Cour d'appel exerce un contrôle poussé sur le raisonnement économique mené par le Conseil de la concurrence pour justifier l'octroi de mesures provisoires. Dans ce contentieux, le raisonnement économique peut être contrôlé à un double titre : il s'agit, d'une part, du raisonnement qui lie le comportement en cause à l'atteinte alléguée et, d'autre part, du raisonnement qui justifie la proportionnalité de la mesure provisoire.

1200. **Conclusion du B.** Les exemples de standards de contrôle plus ou moins exigeants qui viennent d'être analysés montrent qu'il existe parfois un lien entre le standard de contrôle sur le raisonnement économique et une compétence particulière du juge, soit que les textes écartent le juge de tout contrôle effectif en raison du stade auquel il intervient, comme dans le contentieux des enquêtes, soit que le juge lui-même module l'intensité de son contrôle en raison de l'office particulier qu'il exerce, comme dans le cas du référé communautaire. Lorsque la compétence du juge n'est pas limitée, il exerce en revanche un contrôle poussé, même sur les décisions provisoires, comme le montre le contrôle français des mesures conservatoires.

1201. **Conclusion du § 1.** Les analyses qui précèdent démontrent que, outre sa valeur prescriptive, la notion de standard de contrôle a aussi une certaine valeur descriptive de l'intensité du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique. Il existe effectivement différents standards de contrôle applicables au raisonnement économique. Pour autant, la valeur explicative de la notion de standard de contrôle apparaît limitée.

---

[1] *Ibid*.

[2] *Ibid*.

§ 2. LA VALEUR EXPLICATIVE LIMITÉE DES STANDARDS DE CONTRÔLE

1202. **Annonce et plan.** Si les standards de contrôle expliquaient les variations dans l'intensité du contrôle sur le raisonnement économique, on devrait pouvoir associer un degré de contrôle précis à chaque standard. Or, force est de constater qu'un même standard peut recouvrir des degrés de contrôle très différents. Ainsi, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un standard de contrôle compatible avec une intensité variable du contrôle sur le raisonnement économique (A). Sans doute, ce constat n'étonnera pas. En un sens, la valeur explicative limitée de la notion de standard de contrôle résulte de leur nature même de « standards »[1]. Ce sont en effet des notions à contenu variable. Il n'est cependant pas inutile de faire la démonstration de la flexibilité du standard du contrôle de l'erreur manifeste, encore récemment invoqué pour contester la légitimité du juge à exercer un contrôle poussé de motivation sur le raisonnement économique[2]. La présentation du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation comme un standard de contrôle n'est pas fausse, bien au contraire, mais c'est précisément parce qu'elle est juste qu'elle ne permet pas de préciser l'intensité du contrôle exercé sur le raisonnement économique[3]. Comme nous le montrerons, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un *standard* de contrôle compatible avec une intensité variable du contrôle. La faible valeur explicative de ce standard en ce qui concerne l'intensité du contrôle sur le raisonnement économique ne tient pas seulement à des raisons générales communes à tout standard. Elle tient aussi à des raisons propres à la doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (B). Les considérations que ce standard sert à concilier ne sont en effet pas particulièrement pertinentes pour rendre compte du contrôle sur le raisonnement économique en droit de la concurrence. En revanche, d'autres considérations, qui n'interviennent pas dans la mise en œuvre de ce standard, le sont davantage.

A. L'erreur manifeste d'appréciation : un standard compatible avec une intensité variable du contrôle

1203. **Annonce et plan.** Comme nous l'avons dit, la notion de standard de contrôle fait penser au « contrôle restreint » que connaissent le contentieux administratif et

---

[1] S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, *(essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, Bibliothèque de droit public, T. 135.

[2] V. le troisième moyen du pourvoi de la Commission dans l'affaire Tetra Laval. Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 90.

[3] Les réflexions des administrativistes français sur la notion de « standard » ne font pas partie du même champ de références que la notion anglaise de *standard of review*. C'est sans doute ce qui explique que ce rapprochement, qui peut paraître évident au juriste français, n'est pas toujours présent dans les réflexions sur le droit communautaire de la concurrence.

communautaire. En ce sens, la doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, relative à ce contrôle restreint, se présente comme l'explicitation d'un standard de contrôle particulier. Cependant, cette doctrine peine à rendre compte d'une véritable limitation du contrôle. Il semble en effet qu'un contrôle de plus en plus approfondi se soit développé sous l'appellation de contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Si le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est bien un standard de contrôle, c'est donc un exemple qui conduit à douter de la valeur explicative de la notion même de standard de contrôle.

1204. Pour le démontrer, il convient de revenir tout d'abord au contenu qu'a donné la jurisprudence communautaire au principe du « contrôle restreint sur les appréciations économiques complexes » (1). Nous montrerons ensuite que cette doctrine du contrôle restreint n'a pas empêché un approfondissement du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique. Plus précisément, cet approfondissement s'est réalisé par l'évolution du domaine de l'erreur manifeste d'appréciation (2).

1. Le contenu du principe du contrôle restreint sur les appréciations économiques complexes

1205. **Première formulation du principe.** L'origine de la doctrine du contrôle restreint sur les appréciations économiques vient, comme nous l'avons vu, du traité CECA[1]. Dans la formulation de ce principe qu'a retenue la Cour de justice, c'est aux « appréciations économiques complexes » que s'applique le contrôle restreint. C'est en effet sur la complexité de ces appréciations que la Cour s'est appuyée lorsqu'elle a transposé le principe de l'erreur manifeste d'appréciation du traité CECA au traité CE[2]. Dans son arrêt *Consten et Grundig*[3], où elle se prononçait pour la première fois sur les limites du contrôle juridictionnel en matière de concurrence (en l'espèce pour appliquer l'article 81, paragraphe 3, CE), la Cour a en effet jugé que « le contrôle juridictionnel de ces appréciations doit respecter [leur] caractère [complexe] en se limitant à l'examen de la matérialité des faits et des qualifications juridiques que la Commission en déduit »[4].

---

[1] *Supra* n° 1006 et s.

[2] L'argument de la complexité rejoint dans une certaine mesure celui de la technicité, évoqué à propos de l'erreur manifeste d'appréciation. *Supra* n° 1175.

[3] Arrêt de la Cour du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56/64, Rec.1966, p. 429.

[4] *Consten et Gründig*, préc. p. 501.

1206. **Ambiguïté.** L'ambiguïté de la formulation a été relevée[1]. La principale difficulté de cette présentation réside dans la distinction entre appréciations économiques et qualification juridique, censée marquer l'une des limites du contrôle. Dans son arrêt, la Cour ajoute cependant utilement que le contrôle juridictionnel s'entend principalement d'un contrôle des motifs et précise que ceux-ci, en ce qui concerne les appréciations économiques complexes, doivent préciser les « faits et considérations » sur lesquels ces appréciations sont basées[2]. On pourrait en inférer que le juge contrôle que la qualification a été faite au regard des faits pertinents, abstraitement désignés – les qualifications économiques intermédiaires[3] – mais en s'abstenant de contrôler l'interprétation des faits au regard de ces qualifications intermédiaires, qui seraient des « appréciations ». En ce sens, le contrôle restreint des appréciations économiques n'impliquerait pas une renonciation du juge à tout contrôle sur le raisonnement économique. Le contrôle porterait sur le raisonnement dans ses grandes lignes seulement – l'identification des faits pertinents – à l'exclusion du détail – les appréciations relatives à chacun des faits pertinents. Pour reprendre la distinction faite plus haut, le juge contrôlerait les scénarios mais pas la vérification de leur vraisemblance.

1207. **Reformulation du principe dans l'arrêt Remia.** Une formule plus claire que celle de l'arrêt *Consten et Grundig* a été employée l'arrêt *Remia*[4], puis constamment reprise depuis[5]. Dans l'arrêt *Remia*, la Cour rappelle qu'elle exerce de manière générale « un entier contrôle sur le point de savoir si les conditions d'application de l'article [81], paragraphe 1, du traité se trouvent ou non réunies », mais que, en ce qui concerne les « appréciations économiques complexes », son contrôle « se limite nécessairement à la vérification du respect des règles de procédure, du caractère suffisant de la motivation, de l'exactitude matérielle des faits, de

---

[1] D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des communautés européennes*, Thèse Strasbourg, 1998, note 1817, p 529.

[2] *Consten et Gründig*, préc., *loc. cit.*

[3] Sur cette notion, V. *supra* n° 690 et s.

[4] Arrêt du 11 juillet 1985, Remia/Commission, 42/84, Rec. p 2545, point 34.

[5] Conclusions de l'avocat général Tizzano sous l'arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 83 et arrêts de la Cour du 17 novembre 1987, BAT et Reynolds/Commission, 142/84 et 156/84, Rec. p. 4487, point 62 ; du 28 mai 1998, John Deere, C-7/95 P, Rec. p. I- 3111 point 34 ; du 7 janvier 2004, Aalborg Portland, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, point 279. Arrêts du Tribunal du 29 juin 1993, Asia Motor France e.a./Commission, T-7/92, Rec. p. II-669, point 33 ; du 23 février 1994, CB et Europay/Commission, T-39/92 et T-40/92, Rec. p. II-49, point 109 ; du 15 juillet 1994, Matra Hachette/Commission, T-17/93, Rec. p. II-595, point 104 ; du 21 février 1995, SPO e.a./Commission, T-29/92, Rec. p. II-289, point 288 ; du 22 octobre 1997, SCK et FNK/Commission, T-213/95 et T-18/96, Rec. p. II-1739, point 190, du 28 février 2002 Atlantic Container Line, T-395/94, Rec. p. II-875**,** point 257 ; du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods, T-65/98, Rec. p. II-4653, point 80 et du 21 avril 2005, Holcim T-28/03, Rec. p. II-1357, point 95.

l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir »[1]. Cette formulation a été généralisée de manière à inclure l'article 82 CE[2] et elle est reprise en substance en matière de contrôle des concentrations[3]. Le principe du contrôle restreint sur les appréciations économiques complexes a donc une portée tout à fait générale[4]. Il vaut pour toutes les appréciations de ce type que la Commission est amenée à effectuer dans l'application des règles de concurrence.

1208. **Justifications : complexité et pouvoir d'appréciation.** La complexité invoquée par la Cour pour justifier le principe du contrôle restreint, tant dans l'arrêt *Consten et Grundig* que dans l'arrêt *Remia*, ne doit pas être comprise comme une justification autonome de ce contrôle. C'est une circonstance inhérente aux appréciations économiques, qui renforce la justification générale du contrôle restreint, tirée du pouvoir d'appréciation. C'est parce que les appréciations économiques exigées de la Commission sont complexes qu'il est d'autant plus nécessaire que sa marge d'appréciation soit respectée[5]. Il demeure que l'intensité du contrôle dépend de ce qui est perçu comme « complexe ». La complexité désigne en principe ce qui est « composé d'éléments qui entretiennent des rapports nombreux, diversifiés, difficiles à saisir par l'esprit, et présentant souvent des aspects différents »[6]. On ne peut nier que l'adjectif convienne particulièrement bien à l'analyse des effets d'un comportement ou d'une opération sur la concurrence[7]. La causalité qui régit les phénomènes économiques est en effet complexe,

---

[1] *Remia*, préc., point 34.

[2] Arrêt du Tribunal du 30 mars 2000, Kish Glass, T-65/96, Rec. p. II-1885, point 64, dans lequel le Tribunal généralise l'attendu de l'arrêt Remia : « si la juridiction communautaire exerce, de manière générale, un entier contrôle sur le point de savoir si *les conditions d'application des règles de concurrence* se trouvent ou non réunies, le contrôle qu'elle exerce sur les appréciations économiques complexes portées par la Commission doit, toutefois, se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir » (nous soulignons).

[3] Arrêts de la Cour du 31 mars 1998, France e.a./Commission, dit « Kali & Salz », C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375, points 223 et 224, et du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 38. Arrêts du Tribunal du 3 avril 2003, Pétrolessence et SG2R/Commission, T-342/00, Rec. p. II-1161, point 101 ; du 30 septembre 2003, ARD, T-158/00, Rec. p. II-3825, point 329 ; du 21 septembre 2005, EDP/Commission, T-85/05, non encore publié au Recueil, points 63 et point 151 et du 23 février 2006, Cementbouw Handel & Industrie, T-282/02, non encore publié au Recueil, point 197.

[4] Il s'applique également en matière de mesures provisoires. V. arrêt du Tribunal du 24 janvier 1992, La Cinq/Commission, T-44/90, Rec. p. II-1, point 85.

[5] Arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec. p. I- 5469, point 13. V. aussi conclusions de l'avocat général Tizzano sous l'arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 89

[6] *Trésor de la langue française informatisé*, préc.

[7] La définition fait écho à la formule du Tribunal se référant aux « enchaînements de cause à effet (…) mal discernables, incertains et difficiles à établir ». Arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, point 66.

bien qu'elle ne le soit vraisemblablement ni plus ni moins que la causalité qui régit d'autres phénomènes. En outre, les appréciations économiques que doit porter la Commission obligent à des raisonnements contrefactuels, puisqu'il faut, pour l'application de l'article 81 CE, évaluer les effets de l'accord par rapport à la situation qui aurait prévalu en l'absence d'accord[1]. Là encore, ce mode de raisonnement n'est peut-être pas propre aux appréciations économiques[2], mais c'est un facteur indéniable de complexité, tant il est vrai que les situations virtuelles sont plus difficiles à saisir que les situations réelles. Enfin, le caractère prospectif des analyses concurrentielles auxquelles la Commission doit procéder, notamment dans le cadre du contrôle des concentrations, constitue indéniablement un facteur de complexité supplémentaire.

1209. **Faible pouvoir explicatif de la complexité.** Cependant, le caractère « complexe » des appréciations n'est pas un critère très utile pour comprendre l'intensité du contrôle, du moins en tant que facteur de limitation. Ce caractère prêté aux appréciations économiques ne signifie pas que le juge serait incapable de les comprendre[3]. Au besoin, il peut toujours demander des précisions ou des explications à cet effet[4]. En outre, la complexité de la causalité économique est précisément ce que le raisonnement économique cherche à saisir, notamment en explicitant les relations causales, fussent-elles nombreuses, et en sélectionnant celles qui semblent pertinentes. Dès lors, le raisonnement économique, en tant qu'il structure l'appréciation économique complexe, n'est pas la *source* de la complexité, mais *ce qui permet d'avoir prise sur elle*, y compris pour le juge.

1210. **Conclusion du 1.** Dans la doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, telle qu'elle a été formulée par les juridictions communautaires, la limitation du contrôle est justifiée, de manière générale, par l'existence d'une d'appréciation de la Commission et, de manière particulière, par la complexité des appréciations économiques. À la réflexion, cependant, la complexité ne justifie pas grand chose. En effet, on peut se demander comment fixer la limite de ce qui est trop complexe pour être contrôlé. Plus fondamentalement pour

---

[1] *Supra* n° 362, n° 397 et s. et n° 417 et s.

[2] Sur le raisonnement contre-factuel dans l'appréciation de causalité en général, F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Thèse Paris I, 2005.

[3] V. TIILI et J. VANHAMME, « The "Power of Appraisal" (pouvoir d'appréciation) of the Commission of the European Communities vis-à-vis the Powers of Judicial Review of the Communities Court of Justice and Court of First Instance », *Fordham Int'l L. J.*, 1999, pp. 885-901, p. 890. Le premier des deux auteurs parle d'expérience, puisqu'elle exerce les fonctions de juge au Tribunal de première instance des Communautés européennes.

[4] *Ibid*.

notre propos, la limitation du contrôle à raison de la complexité des *appréciations* économiques ne semble pas atteindre le contrôle sur le *raisonnement* économique. En effet, le raisonnement n'est pas la source de la complexité. Il est au contraire ce qui, dans l'appréciation, permet de maîtriser la complexité des faits. Corrélativement, le raisonnement économique est aussi ce qui permet au juge de comprendre et de contrôler les appréciations économiques. En ce sens, le raisonnement économique réduit la complexité et permet un approfondissement du contrôle en fournissant au juge des instruments conceptuels à cette fin. C'est à notre avis ce qui explique que l'on assiste à un approfondissement du contrôle juridictionnel, dans lequel le raisonnement économique est à la fois l'objet et l'outil du contrôle. Cet approfondissement passe par une évolution du domaine assigné au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

2. L'approfondissement du contrôle par l'évolution du domaine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

1211. Le domaine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation évolue. D'un côté, il s'accroît et, de l'autre, il diminue. Il s'accroît, en premier lieu, car ce qui n'était pas contrôlé du tout entre désormais dans le champ du contrôle restreint. L'analyse économique contribue à ce mouvement, car elle rend évidentes des erreurs qui ne l'étaient pas et, partant, permet au juge de les censurer. C'est parce que les limites de l'évidence sont repoussées que le domaine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation s'étend (a). Dans un mouvement inverse, en second lieu, le domaine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation rétrécit. Pour autant que l'on puisse considérer que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation constitue un contrôle distinct du contrôle de qualification, force est de constater que c'est le second qui s'étend, au détriment du premier. Là encore le raisonnement économique a sa part dans cette évolution, car il donne au juge les moyens de l'extension du domaine du droit (b). Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est donc pris dans la tourmente de mouvements contraires, si bien que l'on est conduit à se demander ce qu'il en reste (c).

a) L'accroissement du domaine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sous l'effet des progrès de l'évidence

1212. **Relativité de l'évidence.** L'erreur manifeste est, en principe, une erreur évidente[1]. Or, il peut sembler qu'une erreur au sein d'un raisonnement aussi touffu que l'est fréquemment le raisonnement économique nécessaire à l'application du droit de la concurrence ne présente

[1] *Supra* n° 1175.

que rarement ce caractère[1]. Ce serait oublier que, si le contrôle de l'erreur manifeste doit être autre chose que l'habillage juridique de « l'enthousiasme d'un détective myope »[2], ce standard de contrôle ne saurait justifier un renoncement de la part du juge. À cela s'ajoute le fait que le critère d'évidence est relatif et dépend, en particulier, de la familiarité de l'observateur avec l'objet de son observation[3]. Cela vaut aussi pour le juge[4]. Comme le relève un auteur, « ce qui est indubitable, c'est ce dont personne ne doute au sein de l'institution judiciaire »[5]. À cet égard, les juges du Tribunal de première instance ont montré qu'ils avaient acquis une expérience leur permettant de voir avec évidence ce qu'un observateur moins averti considérerait sans doute comme nécessitant une explication approfondie[6]. De manière générale, la clarté avec laquelle le juge aperçoit les relations entre les notions économiques qui peuvent être invoquées par les parties et les qualifications juridiques qu'il doit appliquer influence nécessairement ce qu'il considère comme évident. Dans cette perspective, le fait que le juge s'explique sur l'évidence – alors que ce n'est en principe pas nécessaire – n'est que le signe de son rôle pédagogique.

1213. **Évidence et motivation.** Le fait que les arrêts du juge communautaire développent une longue motivation pour justifier la censure d'erreurs « manifestes » n'est pas le signe d'une ingénuité du juge. L'association de la motivation à l'évidence peut être comprise comme une reconnaissance du fait que l'argument d'évidence remplit une fonction de

---

[1] Le *Trésor de la langue française* définit l'évidence comme le caractère qui entraîne immédiatement l'assentiment de l'esprit, *soit à partir d'un raisonnement*, soit à partir de la constatation de faits (nous soulignons).

[2] B. KORNPROBST, « L'erreur manifeste », préc., p. 124.

[3] Pour un paléontologue, une erreur de 100 000 ans sur la date d'apparition d'une espèce sera grossière. Pour le non-spécialiste, qui a seulement retenu que tous les dinosaures vivaient il y a très longtemps, une telle erreur passera inaperçue.

[4] Sur ce point, J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 379, p. 400. L'auteur cite notamment le professeur Rials : « le manifeste juridique (…) est susceptible de gradation : il est manifeste pour une catégorie donnée d'individus auxquels on répute les connaissances et les aptitudes normales qui doivent leur être supposées ». S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de la normalité*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, T. 135, p. 135.

[5] J.-F. CÉSARO, *op. cit.*, *loc. cit.*

[6] Par exemple, au point 138 de son arrêt du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, le Tribunal observe : « S'il est vrai que la concentration modifiée permettrait à Sidel, moyennant la présence de Tetra sur le marché des systèmes de fermeture de bouteilles en plastique, d'offrir des lignes PET presque intégrées, *il est évident* que les effets verticaux de l'entrée de Sidel dans ce marché à travers la nouvelle entité, ainsi que de sa disparition concomitante en tant que client potentiel des autres opérateurs déjà actifs sur ce marché, ne seraient que minimes, eu égard à la position relativement faible détenue par Tetra sur ledit marché » (nous soulignons). Sorti de son contexte argumentatif, le constat perd manifestement en évidence, ce qui ne signifie pas qu'il est ingénu.

légitimation[1]. C'est la légitimation de la décision du juge et non l'évidence qui appelle la motivation. L'évidence n'est alors plus qu'un nom donné à ce que le juge s'autorise à censurer. Le critère n'est plus ce qui est peu complexe, mais ce qui relève de l'office du juge. On trouve en droit communautaire maints exemples d'arrêts très motivés censurant une erreur d'appréciation dite manifeste. À titre d'illustration, on en donnera un seul[2].

1214. **Illustration.** Dans son arrêt *Joynson*[3], le Tribunal de première instance avait à connaître d'une décision par laquelle la Commission avait considéré qu'un contrat de bière restreignait la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, mais pouvait être exempté au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE. Le requérant, un ancien exploitant de *pub* lié par un bail et par un contrat d'approvisionnement exclusif à la brasserie qui avait obtenu l'exemption en cause, reprochait à la décision d'être entachée de plusieurs erreurs manifestes d'appréciation[4]. Il critiquait notamment l'application par la Commission de la condition d'amélioration de la distribution prévue par l'article 81, paragraphe 3, CE. Après avoir rappelé les limites de son contrôle[5], le Tribunal examine l'argumentation du requérant. Celui-ci reprochait à la Commission de n'avoir pas adéquatement tenu compte du fait que le contrat-type proposé et les prix imposés par la brasserie aux exploitants de *pub* ne permettaient pas à ces derniers d'avoir une rentabilité similaire à celle des exploitants indépendants concurrents. Le Tribunal commence par situer l'argument dans le raisonnement plus général qui doit être mené pour appliquer l'article 81, paragraphe 3, CE. Après avoir admis (non sans exercer son contrôle sur ce point) la prémisse selon laquelle, en principe, les contrats de bière réalisent un progrès dans la distribution[6], le Tribunal juge que la rentabilité des exploitants liés à la brasserie n'est pertinente que pour autant qu'elle serait de nature à remettre en cause ce progrès. Or, poursuit le Tribunal, dans la mesure où le progrès tient essentiellement à la facilité d'entrée sur le marché que le système procure, ce progrès ne serait remis en cause que si la rentabilité était si faible qu'elle dissuaderait l'entrée. C'est au terme de ce raisonnement que le Tribunal circonscrit la pertinence de l'argument soulevé par le requérant, exclut la pertinence de la question de savoir si la rentabilité des exploitants liés est comparable à celle

---

[1] É. DESMONS, « Sur l'argument d'évidence en droit public », *in* C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, coll. « Études juridiques », vol. 19, Paris, 2004, pp. 179-184, spéc. p. 183.

[2] L'arrêt choisi est très explicite, mais n'a rien d'exceptionnel en ce qui concerne la nature ou l'intensité du contrôle.

[3] Arrêt du Tribunal du 21 mars 2002, Joynson/Commission, T-231/99, Rec. p. II-2085.

[4] *Joynson* préc., point 38 et s.

[5] *Joynson*, préc., point 36.

[6] *Joynson*, préc., points 47-50.

de leurs concurrents[1] et conclut que la Commission n'a pas, en l'espèce, commis d'erreur manifeste d'appréciation[2].

1215. **Proximité avec le contrôle de qualification.** On peut remarquer que, dans cet usage, le standard du contrôle de l'erreur manifeste permet l'appréciation de la pertinence d'une circonstance de fait aux fins de la qualification, en l'occurrence de la qualification de « progrès économique ». Il est alors difficile de voir ce qui distingue le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation du contrôle de la motivation, « le plus intrusif qui soit »[3]. L'erreur contrôlée n'est pas une erreur d'appréciation des faits, mais bien une erreur sur l'appréciation, en droit, de la pertinence d'un fait. Le domaine de l'erreur manifeste est donc étendu à l'erreur de droit. En d'autres termes, le contrôle est très proche d'un contrôle de qualification. En outre, l'erreur d'appréciation n'est rendue évidente que par un raisonnement du juge sur l'interprétation de la règle. C'est en effet ce raisonnement qui permet d'étendre le contrôle jusqu'à l'appréciation du poids respectif de différentes considérations pertinentes devant être mises en balance[4].

1216. **Conclusion du a.** En principe, l'erreur manifeste est une erreur évidente. Elle devrait donc pouvoir être détectée immédiatement, sans raisonnement. Sa censure aurait alors à peine besoin d'être motivée. Ce n'est cependant pas ce qui s'observe. Au contraire, le juge communautaire motive précisément le constat d'erreur et même d'absence d'erreur manifeste d'appréciation. Le domaine de l'erreur manifeste s'en trouve doublement étendu. Il s'étend, en premier lieu, à l'erreur qui mérite une explication. Il s'étend, en second lieu, à l'erreur sur l'appréciation de pertinence d'un fait, c'est-à-dire, en réalité, à une erreur de droit. Dès lors, la distinction entre une erreur de qualification et une erreur manifeste d'appréciation paraît davantage théorique, ou rhétorique, que pratique[5].

1217. C'est pourquoi la frontière entre les deux « domaines » se déplace au gré de l'extension du droit et au détriment du domaine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. L'erreur manifeste s'étend au droit, on vient de le voir, mais, à l'inverse, le

---

[1] *Joynson*, préc, point 52.

[2] *Joynson*, préc, point 54.

[3] M. GERMAIN, « Le juge classique », *in Le juge et l'économie*, Colloque de La Baule, 8-9 juin 2002, *RJC*, 2002, n° spécial, pp. 17-26, p. 23.

[4] V. aussi l'arrêt du Tribunal du 10 octobre 2001, British American Tobacco International/Commission, T-111/00, Rec. p. 2997, point 58.

[5] D. LABETOULLE, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *in La qualification*, *Droits*, 1993, vol. 18, pp. 31-43.

droit s'étend au détriment de l'erreur manifeste. C'est ce second mouvement qu'il convient à présent d'illustrer.

b) Le rétrécissement du domaine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sous l'effet de l'extension du droit : le rôle des contestations

1218. **Rétrécissement du domaine du contrôle restreint.** La lecture de certains arrêts montre que, alors même que le juge communautaire affirme exercer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, il réduit en réalité le domaine de ce contrôle[1]. C'est là un mouvement tout à fait analogue à celui qui a été décrit en droit administratif français. Dans les deux cas, le fait pour le juge de préciser les critères de légalité emporte mécaniquement un rétrécissement du domaine de l'opportunité[2]. Ce domaine étant, par hypothèse, celui du pouvoir discrétionnaire, il est également celui du contrôle restreint. Dès lors, sous l'extension de la légalité, le domaine assigné au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation se réduit comme peau de chagrin.

1219. **Raisons de cette tendance.** Dans la perspective du droit administratif français, l'approfondissement du contrôle est constaté sans être véritablement expliqué. Les auteurs s'efforcent néanmoins de proposer une rationalisation : le contrôle de l'erreur manifeste conviendrait aux situations dans lesquelles l'administration « exerce une compétence discrétionnaire sans être soumise à des conditions légales »[3]. Toutefois, les conditions de possibilité de la « découverte »[4] des conditions légales ne semblent pas avoir retenu l'attention. Il est vrai que, examinée sous l'angle de la séparation des pouvoirs, la question se pose en termes de *légitimité*. En revanche, examinée sous l'angle de la complexité des appréciations (l'autre justification du contrôle restreint), la question se pose davantage en

---

[1] En particulier les arrêts du Tribunal du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585, spéc. points 26 et 32 et du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, spéc. points 132, 140, 283 et 308. Dans son arrêt du 22 octobre 2002, Schneider Electric/Commission, T-310/01, Rec. p. II-04071, le Tribunal évite significativement l'emploi de l'expression « erreur manifeste ». Sur ce point, V. É. de LA SERRE et J. PEYRE, « Le contrôle du juge communautaire sur les décisions d'incompatibilité en matière de contrôle des concentrations : quelques perspectives ouvertes par les arrêts *Schneider* et *Tetra Laval* », *JCP - Cah. dr. ent.*, 2003, n° 3, pp. 1-8, spéc. p. 5.

[2] M. LONG *et alii*, commentaire de C.E., 4 avril 1914, Gomel, *in Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, préc., p. 174 : « Le contrôle de la qualification juridique des faits a pour conséquence de déplacer les frontières de l'opportunité et de la légalité. En disant qu'une mesure n'est légale que si les faits qui en sont le fondement présentent certaines caractéristiques et en examinant celles-ci, le juge fait entrer dans la légalité des considérations qui auraient pu ne relever que de l'opportunité ».

[3] M. LONG *et alii*, *op. cit.*, commentaire de C.E. Ass, 2 novembre 1973, *Librairie François Maspéro*, n° 107, p. 660, spéc. p. 667.

[4] A. de LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », préc., p. 535.

termes de *possibilité* du contrôle. Dans cette perspective, l'impression qui prévaut à la lecture des auteurs de droit administratif est la suivante : le juge étendrait son contrôle pour peu qu'il soit en mesure de le faire.

1220. **Hypothèse : contrôle ce que peut.** L'hypothèse selon laquelle le juge étendrait son contrôle aussi loin qu'il en a la possibilité doit être prise au sérieux. Elle peut par ailleurs être mise en relation avec le raisonnement économique. La relation entre la possibilité pour le juge d'étendre son contrôle et le raisonnement économique passe, à notre avis, par le jeu des contestations[1]. En effet, dans chaque espèce, la possibilité pour le juge d'exercer un contrôle approfondi sur la décision (administrative ou judiciaire) qui lui est déférée dépend du contenu des contestations sur les appréciations économiques. Plus précisément, elle dépend du degré de conceptualisation de la contestation. C'est en effet lorsque le désaccord peut être caractérisé en termes à la fois précis et abstraits que le juge est prié d'exercer un contrôle plus conceptuel, donc plus intense. En cela, le raisonnement économique des parties est une condition de possibilité de l'extension du droit. C'est cependant le raisonnement économique du juge qui réalise cette extension. En effet, le juge ne peut accéder à la demande d'approfondissement de son contrôle sur le raisonnement économique que s'il dispose d'une conceptualisation qui lui paraît suffisamment solide pour qu'il la reprenne à son compte. Dans cette perspective, les variations d'intensité du contrôle de motivation qui peuvent être observées (y compris devant une même juridiction et pour une même qualification juridique[2]) s'expliqueraient par deux facteurs. Le premier tiendrait au degré de conceptualisation des contestations. Le second serait relatif à la disponibilité de tests de qualification, plus ou moins précis, et à leur acceptation par le juge. Le rôle des tests de qualification ayant déjà été longuement discuté, il reste à illustrer le rôle des contestations dans l'approfondissement du contrôle.

1221. **Le rôle des contestations : illustration.** L'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire *Tetra Laval*[3] fournit de nombreux exemples du phénomène d'approfondissement du contrôle de motivation associé à la réception d'un raisonnement

---

[1] Pour autant que nous soyons en mesure d'en juger, le rôle des contestations, si fortement mis en avant par Motulsky, nous semble avoir été assez peu considéré par la doctrine administrative. Sur le rôle des contestations dans la réception du raisonnement économique par le juge, V. G. CANIVET, préface à B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, préc., p. 2.

[2] Ce constat a notamment été dressé à propos de différents types d'abus de position dominante. L'indigence du contrôle de motivation exercé par le Tribunal sur la qualification des rabais fidélisants contraste avec le contrôle beaucoup plus serré qui est exercé sur les pratiques de refus de contracter ou d'exclusivité. J. VENIT, « Article 82 : The Last Frontier – Fighting Fire with Fire ? », *Fordham Int'l L. J.*, 2005, pp. 1157-1178, spéc. pp. 1159-61.

[3] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381.

économique[1]. Les développements qui suivent ont pour objet de montrer, à propos d'un point particulier, le rôle des contestations dans cet approfondissement. Dans la décision ayant donné lieu cette affaire, la Commission avait considéré que l'opération de concentration en cause devait être interdite notamment parce que la nouvelle entité aurait été en mesure d'exercer un « effet de levier », c'est-à-dire de s'appuyer sur le pouvoir de marché dont elle aurait disposé sur certains marchés pour étendre sa domination à d'autres marchés. La contestation ne portait pas sur l'utilisation de la qualification intermédiaire d'effet de levier, mais sur l'appréciation portée en l'espèce par la Commission au regard de cette qualification intermédiaire[2]. Dans la mesure où les critères d'appréciation de l'effet de levier n'avaient jamais été définis précisément, la Commission avait une certaine liberté d'appréciation. On se trouvait donc *a priori* dans le domaine du contrôle de l'erreur manifeste. Cela n'a toutefois pas empêché la contradiction entre les parties de faire ressortir une question conceptuelle qui dépassait les faits de l'espèce.

1222. Il était notamment reproché à la Commission d'avoir admis, en se basant sur des critères différents de ceux qui auraient caractérisé une analyse économique correcte, que, si la concentration avait lieu, des conditions propices à l'exercice d'un effet de levier seraient réunies. Plus précisément, la requérante faisait valoir qu'il était admis en économie que l'effet de levier est favorisé lorsque les biens en cause sont complémentaires. Or, en l'espèce, il était constant que les biens en cause étaient des substituts (qualité qui, en économie est généralement opposée à celle de complément)[3]. La requérante ne prétendait pas que le caractère de bien complémentaire fût une condition *nécessaire* de l'effet de levier[4]. En revanche, elle soutenait que, en l'absence de cette condition favorable à l'effet de levier, la démonstration de la Commission était insuffisante. Une contradiction était donc nouée non seulement sur l'appréciation de la complémentarité en l'espèce, mais aussi sur la question du rôle de la complémentarité des biens dans la qualification intermédiaire d'effet de levier. Pour sa part, en ce qui concerne l'appréciation de la complémentarité en l'espèce, la Commission faisait valoir que, si les biens en cause n'étaient pas complémentaires au sens technique, ils

---

[1] *Tetra Laval/Commission*, préc., points 191 et s.

[2] *Tetra Laval/Commission*, préc., points 163-167.

[3] *Tetra Laval/Commission*, préc., point 164.

[4] L'argument de la requérante semble à cet égard poussé plus loin par le Tribunal lorsque, au point 196, il évoque « la requérante, selon laquelle il n'existe *aucune* possibilité d'exercer un effet de levier d'un marché à l'autre lorsque [les biens] (…) sont (…) [des] substituts » (nous soulignons).

l'étaient en revanche au sens commercial[1]. À nouveau, le débat invitait donc à un approfondissement conceptuel. Par cet argument, en effet, la discussion était amenée sur le terrain de la qualification intermédiaire de complémentarité des biens. La complémentarité commerciale, caractérisée par l'identité des clients, devait-elle alors être assimilée à la complémentarité technique en tant que condition favorable à l'effet de levier ? C'était là une *question de droit au cœur technique de l'appréciation*. La Commission s'appuyait sur la jurisprudence pour soutenir que la complémentarité commerciale devait être assimilée à la complémentarité technique[2]. C'est aussi sur cet argument que s'est appuyé le Tribunal pour lui donner raison[3]. Il demeure que c'est le raisonnement économique des parties qui avait fait jaillir la question de droit dans l'appréciation. Ce raisonnement avait permis d'exposer en quoi la complémentarité est favorable à l'effet de levier. Parce que la question est conceptualisée, le Tribunal est naturellement amené à exercer un contrôle de qualification sur la qualification intermédiaire de biens complémentaires[4].

1223. **Généralisation et perspective.** D'une manière générale, plus les parties avancent des critiques précises à l'encontre des décisions des autorités de concurrence, plus le juge est amené à approfondir son contrôle[5]. À cet égard, la pratique assez systématique consistant, pour les parties à un contentieux communautaire, à demander des études économiques à des experts a très probablement influencé l'approfondissement du contrôle juridictionnel communautaire. Il en ira sans doute de même en France à mesure que la pratique des expertises à la demande des parties se diffusera. En dehors même d'une expertise proprement dite, la collaboration entre économistes et avocats pour dispenser des conseils aux entreprises en amont du procès est susceptible de cibler l'argumentation sur les faiblesses du raisonnement économique qui est combattu, non seulement dans sa structure générale, mais aussi et surtout dans l'usage qui est fait des éléments de preuve[6]. Sous l'effet de

---

[1] *Tetra Laval/Commission*, préc., point 169. Le PET et le carton servent à emballer des liquides.

[2] *Tetra Laval/Commission*, préc., point 169, citant les arrêts *Hilti* et *Tetra Pak II*.

[3] *Tetra Laval/Commission*, préc., point 196.

[4] Il s'agit d'une qualification intermédiaire de troisième degré si l'on considère que la qualification principale est le risque d'effet anticoncurrentiel de la concentration et que la qualification intermédiaire de deuxième degré est l'effet de levier.

[5] Celle-ci est du reste parfois explicite, comme dans l'arrêt *General Electric*, où le Tribunal qualifie d'erreur de droit l'erreur consistant dans la non-prise en considération de l'effet dissuasif de l'article 82 CE. L'arrêt du Tribunal du 13 juillet 2006, Impala/Commission, T-464/04, non encore publié au Recueil, en est une autre illustration récente. La requérante s'appuie sur le test de qualification consacré dans l'arrêt *Airtours* pour contester chaque élément de l'appréciation d'une position collective (points 45 et s.).

[6] W. R. JENTES, « Defining the Role of the Economist – A Lawyer Perspective », *Antitrust L. J.*, 1979, pp. 1838-1843, p. 1839.

l'économisation des contestations, le juge est conduit à procéder à une extension du droit[1]. Par cette extension du droit, le contrôle sur le raisonnement économique devient plus intense, indépendamment de la réaffirmation d'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

1224. **Conclusion du A.** Le standard du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ne permet donc pas d'expliquer la variation de l'intensité du contrôle sur le raisonnement économique. En cela, c'est bien un standard, c'est-à-dire une norme souple, pouvant recouvrir, selon les situations, plusieurs significations. La raison essentielle pour laquelle la notion d'erreur manifeste d'appréciation ne permet pas de rendre compte de l'intensité réelle du contrôle exercé sous cette appellation tient au fait que cette notion ne saisit pas le moteur de l'approfondissement du contrôle, qui réside dans les contestations et leur précision conceptuelle croissante. Il y a aussi d'autres raisons à la valeur explicative limitée du standard de contrôle restreint que constitue le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

B. Les raisons de la valeur explicative limitée du standard de contrôle restreint

1225. En dehors du fait que la théorie du contrôle restreint laisse de côté le rôle des contestations, sa valeur explicative limitée tient aussi à ses fondements. La doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ne prend en effet sens que par rapport au principe du respect par le juge des prérogatives de l'administration et à la notion de pouvoir discrétionnaire, deux notions qui peuvent difficilement décrire de façon concrète l'intensité du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique. C'est donc en raison de l'accent mis sur des facteurs peu explicatifs que la doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ne peut rendre précisément compte de l'intensité du contrôle (1). Nous verrons que la dynamique du contrôle juridictionnel ne peut s'expliquer par des facteurs qui existent préalablement au contrôle lui-même : c'est dans l'obligation de motivation que se joue l'intensité du contrôle. Le seul autre facteur pertinent pour une théorie du contrôle paraît être l'office du juge (2).

[1] Pour un exemple d'extension explicite du contrôle en droit, V. arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, point 311. Le Tribunal qualifie d'erreur de droit une erreur qu'il avait qualifié d'erreur manifeste d'appréciation dans son arrêt *Tetra Laval*, préc., point 162 (erreur consistant à ne pas prendre en considération l'effet dissuasif de l'article 82 CE dans l'analyse prospective d'une opération de concentration).

1. L'accent mis sur des facteurs peu explicatifs pour le contrôle sur le raisonnement économique

1226. Deux justifications sont au fondement du contrôle restreint : la répartition des pouvoirs entre le juge et l'administration et le pouvoir discrétionnaire[1]. Or, le premier n'a qu'une faible portée explicative quant au degré précis de contrôle exercé par le juge (a). Par ailleurs, la notion de pouvoir discrétionnaire est une justification ambiguë de la limitation du contrôle juridictionnel (b). Cette ambiguïté n'est peut-être pas propre au droit de la concurrence, mais elle y est nettement révélée. Le juge ne peut donc trouver dans ces justifications un guide pour l'application concrète de ce standard de contrôle.

a) La faible portée explicative de la répartition des pouvoirs entre le juge et l'administration

1227. **La répartition des pouvoirs en droit communautaire : traité CECA.** La question de la répartition équilibrée des pouvoirs entre le juge et l'administration fut, on l'a vu, au cœur des négociations du traité CECA sur la question du contrôle juridictionnel[2]. Dans le système mis en place par ce traité, c'est en substance une exigence de séparation des pouvoirs qui constitue la première justification du contrôle restreint énoncé à l'article 33 CECA[3]. L'argument déjà mentionné du caractère conjoncturel de l'intervention économique de l'administration était invoqué. C'est parce que la Haute Autorité avait la responsabilité d'une politique conjoncturelle du marché du charbon et parce que le juge « ne [pouvait] s'arroger le pouvoir d'orienter la politique économique »[4] que son contrôle sur les appréciations économiques devait nécessairement être restreint.

1228. **Transposition au traité CE.** Comme le traité de Rome ne contenait aucune précision semblable à celle de l'article 33 CECA sur l'appréciation des faits et circonstances économiques[5], on a pu se demander si la jurisprudence développée en application du traité

---

[1] En ce sens, H. LEGAL, « Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law », préc., spéc. p. 116 souligne l'enjeu du débat communautaire sur les standards de contrôle au regard de la séparation des pouvoirs.

[2] *Supra* n° 1008.

[3] En ce sens, L. DELVAUX, « Le contrôle de la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier sur les faits et circonstances économiques », *Annales de Droit et de Sciences Politique*, 1958, T. XVIII, n° 1, pp. 41-58. V. aussi les conclusions de l'avocat général Roemer sous l'arrêt du 21 mars 1955, Pays-Bas/Haute Autorité, 6-54, Rec. pp. 230-262, spéc. pp. 246-248.

[4] ULE, « Verwaltungsgerichte überstaatlicher une internationaler Organisationen », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1953, p. 491, cité par l'avocat général Roemer dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour du 21 mars 1955, Pays Bas/Haute Autorité, 6-54, Rec. pp. 230-262, spéc. p. 247.

[5] Le professeur Boulouis a avancé l'hypothèse que c'est le classicisme dont avait fait preuve la Cour dans le contrôle de légalité au cours des premières années de son existence qui aurait amené les rédacteurs du traité CEE

CECA sur le contrôle restreint devait être transposée au traité CE. La plupart des auteurs ont considéré qu'une interprétation *a contrario* des dispositions du traité CE sur le pouvoir de la Cour de justice (actuel article 230 CE) serait erronée[1]. Telle fut également la position de la Cour, commune à la Communauté du charbon et de l'acier et à la Communauté économique européenne[2], qui a transposé les principes développés à propos du traité CECA dans sa jurisprudence sous le traité CE, d'abord en matière agricole[3], puis à toutes les appréciations économiques complexes[4], y compris en matière de concurrence[5]. Un avocat général à la Cour de justice a pu l'expliquer en disant qu'il était difficile d'apercevoir une raison de principe qui soit de nature à justifier une compétence différente de la Cour dans le domaine de l'un et l'autre traités[6]. De fait, la répartition équilibrée des pouvoirs entre le juge et l'administration joue encore un rôle essentiel dans la justification du contrôle restreint. La jurisprudence

---

à ne pas conserver cet article. J. BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence : Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des communautés européennes » *in Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, pp 149-162, p 160. Du même auteur « Rapport sur le juge communautaire » in Travaux de l'Association Capitant, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, T. XXII, 1970, pp. 252-259, p. 257. Sur ce point, V. également, D. RITLENG, *op. cit.*, n° 618, p 528.

[1] En ce sens, R. SAVY, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, pp 3-25, p. 21 ; B. VAN DER ESCH, *Pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif européen et contrôle juridictionnel*, Kluwer, coll. Europese Monografieën, Deventer, 1968, p. 73 (ouvrage également publié chez Dalloz-Sirey, Paris, 1968) ; B. ASSO, « Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la Cour européenne de justice », *RTD Eur.*, 1976, n° 1, pp. 21-50, et n° 2, pp 177-193 se range également à cette opinion, p. 178 en dépit de la formule ambiguë utilisée p. 26. *Contra :* J.-P COLIN, *Le gouvernement des juges*, spéc. p. 275 et F. RIGAUX, « Le Pouvoir d'appréciation de la Cour de Justice des Communautés européennes à l'égard des faits » *in Miscellanea W. J. Ganshof Van der Meersch*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1972, t. II, pp 365-381, spéc. n° 7, p. 368, où l'auteur souligne qu'on ne doit pas supposer l'article 33 CECA comme implicitement applicable aux autres traités.

[2] Ph. MANIN, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Pédone, Paris, 2004, n° 17, p 9.

[3] Les arrêts de la Cour du 14 mars 1973, Westzucker Est, 57/72, Rec. p. 321, point 3, et du 18 mars 1975, Deuka/Evst, 78/74, Rec. p. 421, points 8 et 9, énoncent que la Commission jouit, pour la mise en œuvre de la politique agricole commune, d'une liberté d'appréciation importante, et que, dès lors, « les juridictions ne sauraient substituer leurs appréciations à celles de l'autorité compétente ; elles doivent se limiter à examiner si ces dernières seraient entachées d'erreur manifeste ou de détournement de pouvoir ». Dans ses arrêts du 22 janvier 1976, Balkan Export Import, 55/75, Rec. p. 19, point 8, et du 25 mai 1978, Racke, 136/77, Rec. p. 1245, point 4, la Cour précise que, « [e]n cas d'évaluation d'une situation économique complexe, l'administration jouit d'un large pouvoir d'appréciation. Dans ce cas, le juge se limite à examiner si l' exercice d'une telle compétence n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou de détournement de pouvoir, ou si l'autorité administrative en question n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation ».

[4] En ce sens, G. BEBR, *Development of Judicial Control of the European Communities*, Nijhoff, La Haye, 1981, pp. 137-138. B. ASSO, *op cit.*, p. 47, et références citées. K.P.E. LASOK, « Judicial Review of Issues of Fact in Competition Cases », *ECLR*, 1983, pp. 85-96, spéc. p. 88 et références citées. D. RITLENG, *op. cit.* n° 619 et s., p. 528 et s.

[5] Arrêt de la Cour du 2 octobre 2003, Thyssen Stahl/Commission, C-194/99 P, Rec. p. 10821, point 79. Il est vrai que, dans cette affaire, le traité CECA et le traité CE étaient tous deux applicables.

[6] F. JACOBS, « Court of Justice Review of Competition Cases », *in* B. Hawk (éd.), *Fordham Corp. L. Inst*, 1987, pp. 541-577, spéc. p. 549.

communautaire se réfère toujours à elle pour justifier les limites au contrôle juridictionnel exercé sur les décisions de la Commission[1].

1229. **Interrogations.** Bien que cet argument soit invoqué en droit de la concurrence, on peut se demander s'il est, dans ce domaine, aussi fort qu'il peut l'être dans d'autres. Historiquement, l'une des justifications de l'interférence limitée du juge avec les pouvoirs de la Commission tient au fait que celle-ci est en charge de politiques de gestion sectorielle. Dans le traité CECA il s'agissait de l'administration de la production de charbon et d'acier. Dans le traité CE, on peut penser à la politique agricole commune. Par comparaison, la politique de concurrence, bien qu'elle constitue l'une des missions imposées à la Commission en vue d'orienter le comportement des entreprises[2], apparaît moins conjoncturelle que structurelle. En ce sens, on a pu dire que le droit de la concurrence était la constitution économique du droit communautaire[3]. Ainsi, sous bien des aspects, le droit de la concurrence, à la différence des politiques de régulation sectorielle, n'appelle pas une supervision constante et adaptative qui, par nature, ne pourrait être exercée que par une administration (ou une autorité indépendante) et non par un juge. Si ce constat peut appeler des nuances dans le cas du contrôle des concentrations[4], en revanche, dans le droit des pratiques anticoncurrentielles, la répartition des pouvoirs entre le juge et l'administration est sujette à discussion, car la mise en cause de libertés économiques fondamentales et le caractère quasi-pénal des infractions constatées par la Commission sont de nature à justifier un rôle plus actif du juge. Cela se traduit du reste notamment par la compétence reconnue aux juges nationaux pour appliquer les articles 81 et 82 CE. À cet égard, le règlement n° 1/2003, qui consacre la compétence des juges nationaux pour appliquer également l'article 81, paragraphe 3, CE confirme que, dans le système communautaire, l'application du droit de la concurrence en première instance n'est pas un domaine réservé à la Commission.

---

[1] V. p.e. arrêt du Tribunal du 10 mars 1992, SIV/Commission, T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. p. II-1403, point 319 ; du 3 avril 2003, Petrolessence et SG2R/Commission, T-342/00, Rec. p. II-1161, point 101, du 23 février 2006, Cementbouw Handel & Industrie, T-282/02, non encore publié au Recueil, point 197 ; conclusions de l'avocat général Tizzano sous l'arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 89.

[2] Arrêt de la Cour du 7 juin 1983, Musique Diffusion française, 100 à 103/80, Rec. p. 1825, point 105.

[3] D. BRIAND-MÉDÉLO, « Droit de la concurrence, droit constitutionnel substantiel de l'Union européenne », *RTD Com.*, 2004, p. 205.

[4] B. VESTERDORF, « Standard of Proof… », *op. cit.* p. 9, souligne que, dans ce domaine, la séparation des pouvoirs est claire. Ce principe peut cependant être appliqué de façon plus ouverte dans d'autres systèmes. Par exemple, dans le système fédéral des États-Unis, seul un juge peut interdire une opération de concentration.

1230. **Question de principe et question de degré.** Mais, surtout, au-delà de ces considérations, force est de constater que la nécessité pour le juge de ne pas substituer son appréciation à celle de la Commission ne va pas au-delà de la justification de principe : elle ne dévoile pas les modalités concrètes de variation du contrôle opéré sur la Commission. Cela pourrait expliquer en partie le fait que, dans ce domaine, la doctrine du contrôle restreint apparaît comme une limite assez floue au contrôle juridictionnel. À cela s'ajoute le fait que la seconde justification du contrôle limité, qui est tirée de l'existence d'un « pouvoir discrétionnaire » de la Commission, se révèle également ambiguë.

b) Pouvoir discrétionnaire : une justification ambiguë à la limitation du contrôle juridictionnel

1231. **Pouvoir discrétionnaire et pouvoir d'appréciation.** Lorsque nous avons présenté la doctrine de l'erreur manifeste d'appréciation[1], nous l'avons fait dans les termes qu'utilisent la majorité des auteurs en droit administratif, c'est-à-dire sans distinguer la notion de pouvoir discrétionnaire de celle de pouvoir d'appréciation[2]. Cette distinction n'est pas non plus faite par la Cour de justice, comme en témoigne le passage suivant de l'arrêt *Kali & Salz* : la Cour y juge que « les règles de fond du règlement, et en particulier son article 2, confèrent à la Commission un certain *pouvoir discrétionnaire*, notamment pour ce qui est des appréciations d'ordre économique »[3], et en déduit que « le contrôle par le juge communautaire de l'exercice d'un *tel pouvoir, qui est essentiel dans la définition des règles* en matière de concentrations, doit être effectué compte tenu de la *marge d'appréciation* que sous-tendent les normes de caractère économique faisant partie du régime des concentrations »[4]. Le passage témoigne du fait que pouvoir discrétionnaire et pouvoir d'appréciation ne sont pas distingués[5].

---

[1] *Supra* n° 1173.

[2] P.e. A. de LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », préc.

[3] Arrêt du 31 mars 1998, France e.a./Commission, dit «Kali & Salz», C-68/94 et C-30/95, Rec. p I-1375, point 223.

[4] *Kali & Salz*, préc., point 224 (nous soulignons).

[5] L'expression de « marge discrétionnaire » parfois utilisée par les juridictions communautaires, l'atteste également. V. par exemple l'arrêt du Tribunal du 21 mars 2002, Joynson/Commission, T-231/99, Rec. p. II-2085, point 44 où l'expression est employée au sens de marge d'appréciation (il s'agissait pour la Commission de déterminer si, dans le cadre de contrats de brasseries, le désavantage subi par les exploitants de *pub* du fait de prix plus élevés que ceux consentis à d'autres contractants était ou non compensé par les avantages qu'ils recevaient par ailleurs du fait de leur situation contractuelle.

1232. Pourtant certains auteurs distinguent les deux notions et soulignent la portée de cette distinction du point de vue du contrôle juridictionnel[1]. Il convient donc de la présenter (i). Il apparaîtra qu'elle conduit à dédoubler la question de l'intensité du contrôle. Si l'on retient cette distinction, il faut en effet, d'une part, expliquer l'intensité du contrôle sur le pouvoir d'appréciation (ii) et, d'autre part, identifier le lieu du pouvoir discrétionnaire (iii). Nous verrons que, sur le premier point, il est possible de formuler des hypothèses, mais que, sur le second, aucune réponse ne peut être donnée.

i. Le pouvoir discrétionnaire distingué du pouvoir d'appréciation

1233. **Distinction.** Le pouvoir discrétionnaire est le pouvoir de choisir entre plusieurs décisions légales[2]. Il s'oppose au pouvoir lié, qui se rencontre lorsque l'autorité publique n'est pas libre de choisir le contenu de sa décision, mais doit prendre une décision donnée lorsque certains critères légaux sont réunis. Cependant, comme nous l'avons dit, la situation la plus fréquente est celle dans laquelle l'administration doit décider selon des conditions légales (élément de pouvoir lié), mais ces conditions légales sont elles mêmes formulées en termes vagues. Elles renvoient à des « faits dont on doit simplement prendre connaissance et pour lesquels il ne saurait y avoir de conceptions différentes »[3], de sorte que l'obligation de respecter certains critères légaux laisse une certaine liberté à l'administration. C'est cette marge d'interprétation dans l'application de critère légaux que l'on appellera pouvoir d'appréciation. L'appellation de pouvoir discrétionnaire est alors réservé au pouvoir de décider sans se référer à des critères préétablis.

1234. Cette distinction rejoint la théorie de Dworkin, qui distingue plusieurs sens de la notion de pouvoir discrétionnaire, dont un sens fort et un sens faible[4]. Au sens faible, qui correspond au pouvoir d'appréciation tel qu'il vient d'être défini, le pouvoir discrétionnaire désigne pour cet auteur « le pouvoir d'interpréter les règles dont l'application n'est pas

---

[1] D. BAILEY, « Scope of Judicial Review under Article 81 EC », *CML Rev.*, 2004, pp. 1327-1360, spéc. pp. 1338-9.

[2] P.e. J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif général*, Dalloz, coll. « Précis », 21ème éd., 2006, n° 406, p. 353. Cette conception n'est pas propre au droit français. V. E. BREEN, « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », *RFDA*, 2003, pp. 1174, spéc. p. 1161.

[3] Conclusions de l'avocat général Roemer sous l'arrêt de la Cour du 21 mars 1955, Pays-Bas/Haute Autorité, Rec., p. 201, spéc. p. 245. V. aussi B. ASSO, *op. cit.*, p. 22, qui distingue, d'une part, le pouvoir discrétionnaire « dans le cas où l'administration est libre de définir le contenu de l'acte » et, d'autre part, « la liberté discrétionnaire » dans « le travail d'appréciation » (il s'agit de l'appréciation nécessaire pour vérifier que les conditions légales, en présence sont réunies).

[4] E. BREEN, *op. cit.* pp. 1161-2. Dworkin distingue trois sens. Seuls deux paraissent pertinents pour la discussion relative à l'intensité du contrôle juridictionnel. Le troisième sens se réfère à la question de la distribution des compétences entre autorités administratives.

mécanique mais demande qu'un jugement s'exerce »[1]. Au sens fort, le pouvoir discrétionnaire « implique que l'autorité publique ait le pouvoir non seulement d'interpréter les règles ou les principes, mais de les poser »[2]. Dans le passage cité plus haut de l'arrêt *Kali&Saltz*, la Cour semble se référer aux deux sens à la fois : au sens fort lorsqu'elle parle de définition des règles et au sens faible lorsqu'elle parle de leur application.

1235. **Incidence sur le contrôle juridictionnel.** La distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir d'appréciation est prolongée, dans la perspective du contrôle juridictionnel, par la thèse selon laquelle le pouvoir discrétionnaire ne justifie pas un contrôle d'intensité limitée, mais une absence totale de contrôle, tandis que le pouvoir d'appréciation justifie seulement une intensité moindre du contrôle juridictionnel[3]. Cette thèse a été soutenue par l'avocat général Poiarès Maduro, qui a conclu que « l'appréciation de l'opportunité d'une mesure qui relève du pouvoir discrétionnaire d'une institution sort des limites d'un simple contrôle de légalité, quelle que soit son intensité »[4]. Cette manière de présenter les choses déplace et dédouble la question classiquement présentée comme celle du « contrôle du pouvoir discrétionnaire »[5]. La question de l'intensité du contrôle est, d'une part, déplacée du pouvoir discrétionnaire vers le pouvoir d'appréciation. En effet, une fois précisé que la question du contrôle ne se pose que pour le pouvoir d'appréciation, la question de l'intensité du contrôle sur cette appréciation n'est pas résolue. La question du contrôle est, d'autre part, dédoublée, car la distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir d'appréciation doit être mise en œuvre. Cela suppose de pouvoir déterminer ce qui relève du pouvoir discrétionnaire et ce qui

---

[1] E. BREEN, *op. cit.*, p. 1161.

[2] E. BREEN*, op. cit.*, *loc. cit.*

[3] Dans cette perspective, on ne dira plus, comme le professeur de Laubadère (*op. cit*., p. 535) que le pouvoir discrétionnaire n'est susceptible que d'un contrôle minimum, dont relève l'erreur manifeste d'appréciation, tandis que, en présence d'un pouvoir lié, le juge peut « découvrir » des conditions légales.

[4] Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro sous l'arrêt de la Cour du 22 février 2005, Commission/T-mobile, Rec., p. I-1283, point 78. La question soulevée dans l'affaire max.mobil était particulièrement délicate. Il s'agissait du pouvoir de la Commission d'adresser « en tant que de besoin » à un État une décision prescrivant des « mesures appropriées » sur le fondement de l'article 86, paragraphe 3 CE. Le Tribunal, dans son arrêt du 20 janvier 2002 max.mobil/Commission, T-54/99, Rec. p. II-313, point 56, avait jugé que ce pouvoir, bien que discrétionnaire, n'était pas exclusif de tout contrôle. Il avait jugé que la Commission avait une obligation d'examen diligent et impartial de tous les éléments qui lui étaient soumis, ainsi qu'une obligation de motivation, dont le juge communautaire vérifiait le respect au terme d'un contrôle restreint. L'avocat général Poiares Maduro avait conclu en faveur de la recevabilité des actions dirigées contre le rejet de ce type de plainte et, donc, en faveur d'un contrôle juridictionnel. Dans son arrêt (préc.), points 69 et 70, la Cour a tranché dans le sens de l'absence complète de contrôle (irrecevabilité de l'action en annulation d'un particulier contre le refus de donner suite à sa plainte, même lorsqu'il aurait un intérêt direct et individuel à l'annulation de la décision).

[5] Pour reprendre la formule de A de LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », préc.

relève du pouvoir d'appréciation. On aboutit donc à deux questions au lieu d'une : « comment rendre compte de l'intensité du contrôle sur le pouvoir d'appréciation ? » et « quel est le lieu du pouvoir discrétionnaire ? »[1]. Ces deux questions seront abordées successivement.

ii. L'intensité du contrôle sur le pouvoir d'appréciation

1236. En ce qui concerne l'intensité du contrôle sur le pouvoir d'appréciation, un constat s'impose et une hypothèse peut être formulée. Le constat est celui d'un approfondissement du contrôle.

1237. **Contrôle poussé sur le pouvoir d'appréciation.** Ce constat n'est nulle part plus net qu'en matière de contrôle des concentrations, là même où l'arrêt *Kali & Saltz* insistait sur le pouvoir discrétionnaire. Ainsi, dans son arrêt *Tetra Laval*[2], le Tribunal, approuvé par la Cour[3], a été très loin dans la précision des règles auxquelles était soumis le pouvoir de décision de la Commission. Loin de considérer que l'appréciation des faits devait être abandonnée à la Commission, le Tribunal prend position sur trois degrés successifs d'analyse[4]. Il valide tout d'abord l'utilisation de la notion d'effet de levier[5] comme qualification intermédiaire pour apprécier la restriction de concurrence (premier degré d'analyse)[6]. Ensuite, il se prononce sur les critères à mettre en œuvre pour apprécier les faits au regard de cette qualification intermédiaire (deuxième degré d'analyse). En l'occurrence, le critère du « lien étroit » entre les marchés est consacré[7]. Enfin, le Tribunal se prononce sur les critères d'appréciation au regard de cette notion (troisième degré d'analyse) et admet quatre critères : l'appartenance des entreprises concurrentes au même secteur, la destination des produits à des usages similaires, la présence simultanée des fournisseurs du produit caractéristique du marché dominé sur le marché non encore dominé et l'existence d'un recoupement non négligeable et appelé à devenir plus important encore entre des clientèles des deux produits[8]. On pourrait avoir

---

[1] Dans les termes de la distinction de Dworkin, cela revient à se demander quelle est l'intensité du contrôle sur le pouvoir d'interpréter les règles et comment identifier le pouvoir de poser des principes.

[2] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381.

[3] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987.

[4] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, point 192.

[5] L'effet de levier peut être défini comme celui qui est recherché par une entreprise qui détient une position dominante sur un marché et veut, en prenant appui sur celle-ci, étendre sa domination à un autre marché. Cela peut se faire de plusieurs manières, par exemple par des ventes liées ou des remises groupées.

[6] *Tetra Laval*, T-5/02, préc., point 192.

[7] *Ibid*.

[8] *Ibid*.

l'impression d'une contradiction avec l'arrêt *Kali &* Salz. Comment parler de « pouvoir discrétionnaire » alors que le juge précise si finement la règle de décision ?

1238. **Hypothèse.** Cette apparente contradiction souligne la nécessité de distinguer plusieurs hypothèses. La distinction proposée par certains auteurs entre pouvoir de définir des règles et pouvoir d'interpréter des règles ne semble pas à même de rendre compte du contrôle qu'exerce réellement le juge. En effet, la Commission, dans sa décision, interprète le texte de l'article 2 du règlement sur les concentrations et, par là même, définit des règles de décision. Le juge ne contrôle pas seulement l'appréciation au regard des règles de décision que la Commission s'est données, mais aussi la définition de ces règles. En réalité, la seule distinction qui paraît essentielle est celle que l'on peut faire entre un pouvoir de décider sans règle et un pouvoir de définir les règles de décision (qui est en même temps un pouvoir d'interprétation des règles légales). Un pouvoir de décider sans règle se rencontre, par exemple, lorsque la Commission peut décider en pure opportunité d'engager ou non une action contre un État membre au titre de l'article 86 CE[1]. Dans ce cas, le contrôle est interdit, mais aussi impossible. En revanche, en ce qui concerne l'application des règles de fond, c'est d'un pouvoir de définir les règles de décision qu'il s'agit, comme l'a du reste dit la Cour dans l'arrêt *Kali & Salz*[2].

1239. **Obligation de motiver et possibilité du contrôle.** Cette distinction se reflète dans l'obligation de motiver. L'autorité qui dispose d'un pouvoir de décider sans règle n'a en effet pas à motiver sa décision, qui ne peut alors pas être contrôlée. En revanche, si elle a le pouvoir de définir des règles, elle doit rendre compte par sa motivation de la manière dont elle use de ce pouvoir. C'est le pouvoir de *jurisdictio* qui est reconnu à la Commission qui fonde l'obligation de motiver et rend possible le contrôle juridictionnel[3]. C'est en effet parce que la Commission expose par un raisonnement les règles selon lesquelles elle effectue son appréciation que le juge peut s'en saisir. En ce sens, l'intégration d'un raisonnement économique dans les décisions de la Commission, en ce qu'il structure la motivation, donne prise au contrôle juridictionnel et explique son approfondissement.

---

[1] L'article 86 CE oblige les États à ne maintenir à l'égard des entreprises publiques ou des entreprises titulaires de droits spéciaux ou exclusifs aucune mesure contraire aux règles de concurrence contenues dans le traité. Sur le pouvoir discrétionnaire de la Commission en ce qui concerne la mise en œuvre de cette disposition, V. l'arrêt de la Cour du 22 février 2005, Commission/T-Mobile, préc., point 69 : « il découle du libellé du paragraphe 3 de l'article 90, du traité [devenu l'article 86 CE] et de l'économie de l'ensemble des dispositions de cet article que la Commission n'est pas tenue d'engager une action au sens desdites dispositions ».

[2] Cité *supra* n° 1231.

[3] La même idée est développée par T. LE BARS, *op. cit.*, n° 293, p. 212.

1240. **Conclusion partielle : la possibilité du contrôle.** La distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir d'appréciation permet de s'approcher de ce qui explique réellement le contrôle juridictionnel. En effet, le pouvoir discrétionnaire, si on le définit comme le pouvoir de décider sans règle, est aussi un pouvoir de décider sans motifs. Un tel pouvoir ne justifie pas une limitation du contrôle. Il rend le contrôle impossible. En revanche, le pouvoir d'appréciation peut se comprendre comme un pouvoir de définir des règles pour l'application de critères légaux vagues. Un tel pouvoir appelle alors un devoir de motivation et c'est celle-ci qui permet le contrôle. L'analyse proposée s'éloigne donc de la question de la légitimité du contrôle. C'est la possibilité du contrôle qui nous paraît déterminante. Cependant, la question de la légitimité ne peut être évacuée. C'est la seconde question qui est rendue nécessaire par la distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir d'appréciation. Elle renvoie à la difficulté d'identifier le lieu du pouvoir discrétionnaire

iii. La difficulté d'identifier le lieu du pouvoir discrétionnaire

1241. **Le critère du pouvoir discrétionnaire.** La distinction proposée par l'avocat général Poiarès Maduro entre le pouvoir discrétionnaire non contrôlé et un pouvoir d'appréciation contrôlé soulève la question de savoir s'il y a, pour le juge, un moyen de distinguer *a priori* ce qui relève d'un pouvoir discrétionnaire. Cette question est généralement – et à juste titre – abordée en termes de légitimité[1]. À cet égard, il a été soutenu que c'est la nature politique du choix en cause qui devait constituer le critère limitatif du contrôle juridictionnel[2]. Ce critère est séduisant, mais il nous semble très difficile à mettre en œuvre, car les choix « politiques » sont difficiles à isoler des autres[3]. En particulier, il est difficile de soutenir que la sévérité

---

[1] A. de LAUBADÈRE, préc. pp. 543-4 et *infra* n° 1244. Il est difficile d'aborder cette question en termes techniques, mais on peut observer qu'il existe des techniques de contrôle plus adaptées au contrôle marginal du pouvoir discrétionnaire et d'autres qui sont plus adaptées au contrôle du pouvoir d'appréciation. L'obligation d'examen diligent et impartial de tous les éléments qui lui étaient soumis, telle qu'imposée à la Commission dans l'arrêt *max.mobil* (préc.), est une technique de contrôle qui ne touche pas aux critères de décision mais à la méthode de décision. En revanche, dans le contrôle du pouvoir d'appréciation, c'est l'interprétation des critères d'appréciation qui est précisée. L'obligation d'examen diligent et impartial s'entend aussi d'une obligation d'examiner personnellement les éléments de preuve. Ainsi, dans l'affaire *Impala*, la Commission n'aurait pas dû laisser aux économistes des parties le soin de calculer les remises promotionnelles moyennes, elle aurait dû le faire elle-même. Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2006, Impala/Commission, T-464/04, non encore publié au Recueil, point 452.

[2] V. TIILI et J. VANHAMME, « The "Power of Appraisal" (pouvoir d'appréciation) of the Commission of the European Communities vis-à-vis the Powers of Judicial Review of the Communities Court of Justice and Court of First Instance », *Fordham Int'l L. J.*, 1999, pp. 885-901, p. 890. En ce sens aussi, J. BOULOUIS, « Rapport sur le juge communautaire », *in Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, Travaux de l'Association Capitant, T. XXII, 1970, pp. 252-259, p. 258.

[3] Sur la nécessité pour le juge d'effectuer des choix de « politique du droit » et de les exposer pour justifier sa décision, G. BELLUSSI, « La justification en droit », *in* H. HUBIEN (éd.), Le raisonnement juridique, Actes du congrès de Bruxelles, 30 août – 3 septembre 1971, Bruylant 1971, pp. 229-232, spéc. p. 230. En dépit de la

relative exercée sur différentes pratiques relève d'un choix politique non contrôlé, tandis que la caractérisation d'une pratique concertée ou d'un abus de position dominante ne contient pas de choix politique et se prête à un contrôle illimité de qualification[1]. Un exemple illustrera ce propos : la question de savoir si le maintien d'un concurrent moins efficace est ou non favorable à l'intérêt des consommateurs pourrait se poser comme une question de qualification à propos de l'abus de position dominante[2]. Bien qu'elle puisse être une question relative à la qualification juridique des faits, elle « renvoie en fait à une question épineuse, celle de savoir sur quel horizon temporel on cherche à préserver le surplus des consommateurs »[3], ce qui relève d'un véritable choix politique[4]. De façon similaire, alors même que le marché pertinent est une qualification intermédiaire contrôlée, la délimitation du marché dépend de jugements de valeurs implicites sur les effets à court terme et à long terme des pratiques en cause[5]. Les choix politiques ne sont pas partout[6], mais on ne peut pas non plus leur assigner un lieu distinct des appréciations économiques ou de la qualification

---

rhétorique marxiste de l'auteur, qui a nettement vieilli, l'idée paraît juste. V. aussi A. JACQUEMIN, « Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique », *in* M. Van de KERCHOVE, *L'interprétation en droit*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 485-404, spéc. pp. 500-501. L'auteur souligne que les magistrats, qui ne le demandent pourtant pas à gouverner, peuvent être facilement amenés à connaître des questions politiques, lesquelles supposent des choix entre des intérêts ou entre des valeurs. Il envisage deux possibilités : soit le magistrat peut déduire de la loi (par exemple par une interprétation systémique) une hiérarchie implicite des intérêts ou des valeurs et, dans ce cas, il peut trancher la question sans qu'on l'accuse de gouverner ; soit il ne le peut pas et deux attitudes sont possibles. Soit il ne tranche pas (l'arrêt *Bronner* dans lequel la Cour a évité de trancher la question politique de la préservation de l'incitation à investir constitue un exemple de cette attitude. V. *Supra* n° 78), soit il tranche d'une manière concrète et strictement limitée à l'espèce. Reconnaissant implicitement la difficulté de raisonner en termes de séparation des pouvoirs dans le contexte communautaire, certains auteurs posent la question en termes pragmatiques et avancent que les choix politiques seront plus rapidement clarifiés s'ils sont faits par la Commission que par la jurisprudence. En ce sens, E. PAULIS, *in* C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds), *European Competition Law Annual 2000 : The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 3ème partie, Courts and judges, Panel discussion, p. 517.

[1] V. TIILI et J. VANHAMME, *op. cit., loc. cit.*

[2] La Commission envisageant d'utiliser le test du concurrent aussi efficient, on peut imaginer que le juge communautaire soit amené à se prononcer sur cette question. V. Commission, *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, préc., notamment point 63.

[3] A. PERROT, « Abus de position dominante, vente liées, remises », *in* D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Les politiques de la concurrence*, La documentation française, 2006, pp. 257-269, p. 261.

[4] Déjà sur les choix politiques demandés au juge à travers son obligation de trancher certains litiges en appliquant une règle de droit qui vise l'intérêt des consommateurs (en matière de baux commerciaux) B. OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français » *in La juge en présence de problèmes économiques*, préc. pp. 184-211, spéc. pp. 198-9. L'auteur note que le juge est saisi « d'un véritable problème de gouvernement » (p. 198) et qu'il « fait des choix qui ne sont pas prédéterminés par la loi » (p. 199).

[5] F. JENNY, « Competition Law Enforcement : Is Economic Expertise Necessary ? », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998, pp. 185-201, p. 201.

[6] V. TIILI et J. VANHAMME, *op. cit.*, p. 898.

juridique. Les choix politiques se logent au cœur des appréciations dont dépend la qualification.

1242. **Conclusion partielle.** La distinction entre un pouvoir discrétionnaire non contrôlé et un pouvoir d'appréciation contrôlé permet de rendre compte de l'existence d'un contrôle poussé sur les appréciations économiques. À cet égard, le raisonnement économique mis en œuvre par l'autorité de concurrence dans la motivation de ses décisions apparaît déterminant dans l'approfondissement du contrôle. En revanche, la distinction ne permet pas de rendre compte d'éventuelles questions non contrôlées. Il n'est en effet pas toujours possible de distinguer entre des questions de principe, qui relèveraient de choix politiques, et les questions de qualification, qui relèveraient du contrôle juridictionnel. Dès lors, le pouvoir discrétionnaire ne peut être une explication opératoire pour caractériser les degrés d'intensité du contrôle juridictionnel. Cette intensité paraît dépendre principalement de la *possibilité* du contrôle, qui est directement liée à la motivation. Par les exigences de motivation qu'il formule en réponse aux contestations dont il est saisi, le juge est donc maître de l'approfondissement de son contrôle. Il n'y a pas de limite intrinsèque ou préalable à cet approfondissement.

1243. **Conclusion du 1.** Le standard du contrôle restreint qu'exprime la théorie du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation met l'accent, d'une part, sur la répartition des pouvoirs entre le juge et l'administration et, d'autre part, sur le pouvoir d'appréciation. Or, ces considérations ont l'une et l'autre un faible pouvoir explicatif de l'intensité du contrôle. La première propose une justification de principe et non des critères d'intensité. Le pouvoir discrétionnaire est également difficile à saisir. La distinction proposée par certains auteurs entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir d'appréciation ne suffit pas à rendre compte des bornes du contrôle juridictionnel. Celui-ci s'approfondit en réalité au gré des contestations qui appellent des exigences de motivation toujours plus circonstanciées. La seule limite qui paraît subsister réside ainsi dans la conception que le juge se fait de son office.

2. L'autre facteur pertinent pour une théorie du contrôle juridictionnel : l'office du juge

1244. **Office du juge en droit de la concurrence.** La réflexion qui a été menée sur les offices du juge apporte un éclairage sur l'intensité du contrôle juridictionnel. Comme nous l'avons dit, la notion d'office n'est pas une notion technique. Cette notion renvoie à ce qui est

demandé au juge[1]. Il s'agit donc avant tout d'une représentation de sa fonction. Cette représentation résulte notamment des tâches que le législateur lui confie. Lorsqu'il est demandé au juge de mettre en balance des intérêts et de préserver des équilibres, son office est très différent et plus complexe que celui d'un juge dont le rôle se limite à appliquer des dispositions qui définissent nettement des droits subjectifs[2].

1245. C'est bien un tel office qui revient au juge de la concurrence. En dehors de l'hypothèse très explicite du juge communautaire des référés, qui opère formellement une « balance des intérêts »[3], le juge qui applique les articles 81 ou 82 CE arbitre constamment, fût-ce implicitement, entre des intérêts divergents[4]. Tel est le cas lorsqu'il se prononce, en application de l'article 81, paragraphe 3, CE, sur l'attribution aux consommateurs d'une part « équitable » du « progrès économique » qui résulte d'un accord entre entreprises. Tel est encore le cas lorsqu'il lui est demandé, pour appliquer l'article 82 CE, de dire si le fruit d'un investissement constitue une infrastructure essentielle[5]. Il s'agit alors, comme on l'a vu, d'arbitrer non seulement entre les intérêts divergents des concurrents, mais aussi entre intérêts divergents de consommateurs appartenant à différents groupes ou entre consommateurs présents et futurs[6].

1246. **Incidence de l'office du juge sur le contrôle.** On peut penser que la conception que le juge se fait de son office, en particulier de sa propre légitimité à arbitrer entre des intérêts divergents, influence l'intensité du contrôle à travers la décision de traiter une question comme une question d'appréciation (soumise à un contrôle restreint) ou comme une question de qualification juridique (soumise à un contrôle normal). Ce ressort du jugement sur le degré de contrôle approprié est révélé par l'opinion que d'autres acteurs que le juge se font de son office. À cet égard, le pourvoi formé par la Commission dans l'affaire *Tetra Laval* était

---

[1] Sur les offices du juge, V. *supra* n° 41.

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », *in Jean Foyer auteur et législateur. Leges Tulit, Jura Docuit, Écrits en hommage à Jean Foyer*, pp. 463-476, parle « d'office de régulation ». F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur », *in* P. GÉRARD, M. van de KERCHOVE et F. OST (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1983, pp. 1-70, parle de « juge-entraîneur ». V. aussi J. VAN COMPERNOLLE, « Du syllogisme à la pondération des intérêts », *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, vol. XXII, Bruxelles, 1993, pp. 495-506.

[3] C'est la troisième condition de fond du référé communautaire. Sur ce point, V. *supra* n° 11881.

[4] Sur ce point, A. JACQUEMIN, « Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique », *in* M. Van de KERCHOVE, *L'interprétation en droit*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 485-404, p. 492.

[5] Conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 26 novembre 1998, Bronner/Commission, C-7/97, Rec. p.I-7791, point 57.

[6] *Supra* n° 1111.

particulièrement explicite. En effet, selon la Commission elle-même, l'enjeu de ce pourvoi était de défendre sa conception de l'office du juge communautaire plus restrictive que celle que le Tribunal de première instance avait mise en œuvre dans l'arrêt qu'elle critiquait[1]. À travers les moyens pris de la mise en œuvre par le Tribunal d'exigences de preuves excessives[2] et d'un critère de contrôle juridictionnel erroné[3], la Commission cherchait à faire juger par la Cour que le Tribunal était sorti de son rôle en modifiant, par sa décision, l'équilibre établi par le législateur communautaire entre l'intérêt des entreprises qui cherchent à fusionner et celui des consommateurs[4]. Le rejet par la Cour des moyens de la Commission sur le terrain de la preuve et du degré de contrôle[5] peut donc aussi s'interpréter comme une précision relative à la conception que la Cour se fait de l'office des juridictions communautaires. L'arrêt confirme que le Tribunal n'a pas le devoir de limiter son contrôle sur les appréciations de fait à raison de l'éventuel effet de ce contrôle sur l'équilibre des intérêts en présence. Indirectement, c'est donc la légitimité des juridictions communautaires à prendre part à la détermination des équilibres recherchés par les règles de concurrence qu'affirme la Cour.

1247. Ce lien entre la conception que l'on se fait de l'office du juge et la profondeur du contrôle que l'on est prêt à accepter avait du reste déjà été mis en lumière par le professeur de Laubadère en matière administrative[6]. Constatant que la théorie du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, d'une part, et la technique du bilan, d'autre part, représentaient un net approfondissement du contrôle, cet auteur se demandait s'il était concevable de rendre compte de ces nouvelles modalités du contrôle juridictionnel en disant que le pouvoir contrôlé n'avait que l'apparence d'un pouvoir discrétionnaire et était, en réalité, un pouvoir lié, dont la

---

[1] Communiqué de presse de la Commission du 20 décembre 2002, « La Commission se pourvoit devant la Cour européenne de justice (sic) contre l'arrêt du TPI rendu dans l'affaire *Tetra Laval-Sidel* », IP/02/1952, cité par B. VESTERDORF, « Strandards of Proof… », préc., p. 5.

[2] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, points 19 et s. (premier moyen).

[3] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, points 90 et s. (troisième moyen).

[4] Le communiqué (préc.) est très explicite : « La Commission estime que le TPI a exigé un niveau de preuve disproportionné pour les décisions interdisant les concentrations. De ce fait, il a rompu l'équilibre entre les intérêts des parties à la concentration et la protection des consommateurs prévue par le règlement sur les concentrations. À cet égard, le TPI est également sorti de son rôle, qui est d'examiner les décisions administratives de la Commission afin de vérifier qu'elles ne comportent pas d'erreurs manifestes en ce qui concerne les faits ou le raisonnement, et non de substituer son opinion sur l'affaire à celle de la Commission ».

[5] C'est principalement dans la discussion du premier moyen que l'on trouve les éléments de réponse de la Cour tant sur l'intensité du contrôle que sur l'exigence de preuve. *Tetra Laval*, préc., spéc. points 39 et 41.

[6] A. de LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », préc.

loi n'aurait par précisé toutes les conditions d'exercice[1]. Il rejetait cette hypothèse, non seulement pour des raisons de cohérence[2], mais aussi pour des raisons de légitimité. Ne ménageant pas le légicentrisme, cet auteur jugeait qu'« on peut accepter que le juge "lie" lui-même les compétences que la loi a laissées apparemment discrétionnaires », mais, ajoute-t-il immédiatement, « il est difficile d'admettre qu'il puisse le faire discrétionnairement »[3]. La raison de ce jugement tient à ce que, de l'avis de l'auteur et, comme il prend soin de le préciser, « selon une opinion assez générale », le juge n'a pas la légitimité pour imposer des règles là où le législateur n'a pas voulu le faire, sauf lorsque « le juge [peut déduire] les motifs des objectifs et intentions suffisamment claires de la loi » ou qu'il protège les libertés publiques ou le droit de propriété[4]. La même remarque vaut pour la Commission lorsqu'elle use de son pouvoir de définir des règles.

1248. **La conception du juge de son propre office.** L'intensité du contrôle acceptable dépend donc de la conception que l'on se fait de l'office du juge. Cela vaut pour l'observateur, mais aussi pour le juge lui-même. C'est sans doute ce qui rend si difficile toute « théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel »[5], car ces conceptions varient d'un juge à l'autre et dans le temps. Tout au plus peut-on formuler une remarque. La légitimité du juge n'existe pas *a priori*. Elle doit sans cesse être construite[6].

1249. **Aspects institutionnels.** Des choix institutionnels peuvent poser les premières pierres de cette construction. Ainsi, la spécialisation des juges dans les affaires de concurrence les rend relativement plus légitimes à exercer un contrôle approfondi sur les jugements qui leur sont déférés comme sur les preuves qui leurs sont présentées. D'autres circonstances entourant la création d'une juridiction peuvent aussi être pertinentes. Ainsi, l'ardeur du Tribunal de première instance à exercer un contrôle poussé sur les preuves économiques se comprend, car cette juridiction a été créée précisément pour traiter des questions de fait complexes[7]. À cet égard, le processus de légitimation est cumulatif, la légitimité du Tribunal

---

[1] A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 543.

[2] L'argument du pouvoir lié caché prouve trop, car il justifie un contrôle normal et ne rend pas compte de la limitation du contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation.

[3] A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 544.

[4] A. de LAUBADÈRE, *op. cit. loc. cit.*

[5] D. SIMON, « Une théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel est-elle possible ? », *Europe*, 2000, chron. n°4, pp. 3-5.

[6] M.-F. PETIT, « La légitimité du juge est à construire sans cesse », discours de rentrée de la présidente du tribunal de grande instance de Nanterre, *P.A.*, 13 janvier 2004, pp. 3-7.

[7] Décision du Conseil du 25 octobre 1988, JOCE L 319, p. 1. Sur l'inadéquation des habitudes de fonctionnement de la Cour aux affaires nécessitant l'appréciation de faits complexes, notamment en ce qui

dans ce domaine étant confortée par l'expérience accumulée, spécialement à travers les affaires de concurrence[1]. Cette expérience est parfois invoquée en faveur d'une extension des compétences du Tribunal aux questions préjudicielles, qui peuvent, dans certaines matières, également nécessiter un examen détaillé de faits complexes[2]. La logique institutionnelle ne confère cependant pas une légitimité définitive.

1250. **Motivation.** La légitimité est construite au jour le jour par la qualité de la motivation des jugements, spécialement sur les questions qui (indépendamment de leur qualification comme questions d'appréciation des faits ou questions de qualification) impliquent des arbitrages sur les intérêts. En ce sens, la Cour de cassation française se trouve *a priori* dans une position inconfortable, puisque, d'une part, elle entend à la fois jouer un rôle actif dans la détermination du droit de la concurrence[3] et, d'autre part, la motivation de ses arrêts demeure bridée tant par la tradition de concision[4] que par les conditions matérielles dans lesquelles elle doit juger[5]. Pour échapper à ce dilemme, la Cour de cassation développe et anime une activité doctrinale qui participe incontestablement de la construction d'une légitimité judiciaire à connaître des questions complexes du droit de la concurrence[6]. Cette activité n'est toutefois que préparatoire, car c'est, en définitive, par la qualité de ses arrêts que le juge fait la preuve de sa légitimité.

---

concerne l'instruction et l'expertise, J. BIANCARELLI, « La Création du Tribunal de première instance des Communautés européennes : un luxe ou une nécessité », *RTD Eur.*, 1990, n° 1, pp. 1-25, spéc. p. 17 et référence citée. Sur les conséquences de la mission particulière du Tribunal sur le degré de contrôle qu'il doit exercer sur les preuves : conclusions du juge Vesterdorf faisant fonction d'avocat général présentées le 10 juillet 1991 dans les affaires Rhône Poulenc e.a./Commission, T-1/89 à T-4/89 et T-6/89 à T-15/89, Rec. p. II-867.

[1] Pour une description vivante de cette expérience, C. BELLAMY, « The Court of First Instance : A Day in the Life of a Judge », *in Liber Amicorum in Honour of Lord Gordon Slynn of Hadley*, 2000, vol. 1, pp. 81-96, spéc. pp. 86-87.

[2] B. VESTERDORF, « Être à même de donner une réponse utile au juge national peut demander une connaissance approfondie du marché », Entretien, *RLC*, 2006/7, n° 531. Déjà en ce sens, H. RASMUSEN, commentaire sur V. CHRISTIANOS, « The Court of First Instance and the New judicial Organization of the European Communities », *in* S. A. PAPPAS, *The Court of First Instance of the European Communities : History – Organisation – Procedure*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1990, pp. 53-59, pp. 56.

[3] G. CANIVET, « Le juge joue un rôle majeur dans l'élaboration d'une politique de concurrence », *Gaz. Pal.*, 20-21 janvier 2006, pp. 3-6.

[4] On peut remarquer que les arrêts rendus par la chambre commerciale en matière de concurrence sont cependant comparativement plus longs que les arrêts rendus en d'autres matières par la Cour de cassation.

[5] En 2005, la Cour de cassation a jugé 24 776 affaires civiles et 7 826 affaires pénales. La Cour de justice a clôturé 574 affaires et le Tribunal de première instance 610. Sources : Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2005. Rapport annuel de la Cour de justice des communautés européennes pour 2005. Bien entendu, ces chiffres globaux recouvrent, pour chacune des juridictions, des affaires de natures très différentes, mais les ordres de grandeur sont si différents que cela reste malgré tout significatif.

[6] Notamment Cycles de conférences *Droit et économie de la concurrence*, http://www.courdecassation.fr et G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2006.

1251. **Conclusion du 2.** L'office du juge fait partie des aspects difficilement saisissables de la vie du droit. Il s'agit pourtant d'un aspect important dans la dynamique du contrôle juridictionnel. Son importance est d'autant plus grande qu'il n'existe pas de limite objective à l'approfondissement du contrôle de motivation. La conception qu'a le juge de sa propre légitimité à effectuer des choix de principe, notamment sur l'équilibre à maintenir entre des intérêts divergents, fait donc nécessairement partie des explications de l'intensité du contrôle juridictionnel.

1252. **Conclusion du B.** Il existe en droit communautaire un standard du contrôle restreint, qui s'exprime dans la doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Cette doctrine fonde les limites du contrôle sur la répartition des pouvoirs entre le juge et l'administration, ainsi que sur la notion de pouvoir discrétionnaire. Or, le premier principe est dépourvu de force explicative quant aux variations concrètes de l'intensité du contrôle. Par ailleurs, la notion de pouvoir discrétionnaire, qui sert à définir la limite du contrôle juridictionnel, se révèle fuyante. Un progrès dans l'analyse du contrôle juridictionnel est permis par la distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir d'appréciation, mais il demeure impossible de distinguer *a priori* les questions qui relèveraient du pouvoir discrétionnaire. La dynamique d'approfondissement du contrôle juridictionnel trouve à la fois sa source et son expression dans les exigences de motivation que le juge définit. Celles-ci sont issues des contestations dont le juge est saisi et filtrées par la conception qu'il se fait de son propre office.

1253. **Conclusion du § 2.** Les développements qui précèdent ont montré que la valeur explicative limitée du standard du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation tient à plusieurs raisons. Tout d'abord, la notion même de standard de contrôle renvoie à une norme adaptable. En ce sens, un standard de contrôle, quel qu'il soit, ne peut, à lui seul, rendre compte de l'intensité du contrôle. Il est ainsi nécessaire d'identifier les facteurs qui rendent son application plus ou moins stricte. À cet égard, nous avons montré que le facteur déterminant au regard duquel le juge adapte l'intensité de son contrôle de motivation tient au rôle des contestations. Par ailleurs, il existe des raisons spécifiques à la théorie du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation qui expliquent qu'elle ne suffise pas à rendre compte des véritables limites du contrôle juridictionnel. Cette doctrine lie l'intensité limitée du contrôle à une question de légitimité, ce qui est effectivement le cœur de la question, mais aborde la question de la légitimité dans des termes peu opératoires. L'équilibre des pouvoirs entre le juge et l'administration ainsi que le pouvoir discrétionnaire sont, dans la doctrine du contrôle

de l'erreur manifeste d'appréciation, les deux principes limitatifs. Or, le premier principe n'a qu'une portée explicative limitée sur les variations concrètes du contrôle en droit de la concurrence. Quant au pouvoir discrétionnaire, les distinctions conceptuelles qui ont été proposées n'ont pas pour effet d'en faire une réalité qui s'imposerait au juge. C'est le juge lui même qui délimite l'étendue du pouvoir discrétionnaire dans le mouvement même du contrôle de motivation qu'il exerce. Finalement, ce sont les réflexions sur l'office du juge qui amènent au plus près de la dimension politique indépassable du contrôle juridictionnel.

1254. **Conclusion de la section I.** La notion de standard de contrôle est une manière d'aborder la question de l'intensité du contrôle qui n'est pas sans intérêt. À travers sa dimension prescriptive, elle touche au cœur du problème, celui de la légitimité du juge à exercer son contrôle sur des décisions administratives qui comportent une dimension politique et/ou technique et sont par ailleurs complexes. La notion de standard de contrôle n'est, par ailleurs, pas dépourvue d'une certaine valeur descriptive, spécialement dans les contentieux particuliers. Il existe différents standards applicables au raisonnement économique qui caractérisent ces contentieux. Cependant, la notion de standard de contrôle n'a qu'une valeur explicative limitée. Cela est illustré par l'intensité variable du contrôle exercé sur le raisonnement économique par le juge communautaire en application du standard du contrôle de l'erreur manifeste. Ce constat peut être expliqué par la nature même d'un standard, qui est une notion à contenu variable. Il faut donc définir en dehors du standard ce qui fait réellement varier le contrôle. Nous avons vu qu'il s'agissait des contestations. La faible valeur explicative du standard de l'erreur manifeste d'appréciation s'explique aussi par le fait qu'il met l'accent sur des éléments qui ne déterminent pas véritablement l'intensité du contrôle, tandis qu'il ignore le mécanisme de légitimation du contrôle juridictionnel.

1255. Il convient à présent de se tourner vers un autre type de « standards », également au cœur du débat sur l'intensité du contrôle juridictionnel en droit communautaire de la concurrence, les « standards de preuve ».

SECTION II. L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE VUE À TRAVERS LES STANDARDS DE PREUVE

1256. Le débat qui s'est établi en droit communautaire à propos du contrôle juridictionnel sur les décisions de la Commission en matière de contrôle des concentrations et, plus largement, en droit de la concurrence, s'articule autant autour de la notion de « standard de

preuve » que de la notion de « standard de contrôle »[1]. La question de la preuve est effectivement au cœur des interrogations sur le rôle du juge en droit de la concurrence en général et sur son appréhension du raisonnement économique en particulier. Ainsi, lorsqu'il ne formule pas d'exigences probatoires particulières, on l'accuse de tourner le dos à l'approche économique et de vider de sa substance le contrôle de motivation[2]. Inversement, lorsqu'il s'intéresse de près au raisonnement probatoire, certains doutent qu'il soit encore dans son rôle de juge de la légalité[3]. Les exigences probatoires du juge sont donc une composante essentielle de l'intensité de son contrôle sur le raisonnement économique. C'est précisément ce à quoi renvoie la notion de « standard de preuve ».

1257. **Notion de standard de preuve : première approche.** Le « standard de preuve » a pu être défini comme « la quantité de preuve qu'il est nécessaire d'apporter pour gagner son procès »[4]. Il s'agit d'une notion distincte de celle de standard de contrôle, bien qu'elle lui soit liée[5]. Les notions sont distinctes, car il est théoriquement possible de dire qu'un standard de preuve exigeant s'applique alors même que le juge exerce un contrôle restreint[6]. Les standards sont par ailleurs distincts, car les prescriptions qu'ils énoncent ont des destinataires différents : le standard de preuve s'adresse avant tout à l'auteur de la décision, tandis que le standard de contrôle s'adresse au juge qui peut être saisi de la légalité de cette décision[7]. Les deux standards n'en sont pas moins intimement liés. En effet, si le juge maintient une exigence de preuve élevée, mais relâche son contrôle, c'est comme s'il relâchait ses exigences de preuve[8].

---

[1] V. les références citées *supra* n° 1161.

[2] Nous en avons vu une illustration à propos de l'absence d'exigence de preuve circonstanciée d'une atteinte aux intérêts du consommateurs en matière de rabais fidélisants. *Supra* n° 174.

[3] Telle était la thèse de la Commission dans son pourvoi dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987. V. aussi H. LEGAL, « Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction », *Concurrences*, n° 2-2005, pp. 1-2.

[4] « The amount of evidence which a plaintiff (or prosecuting attorney in a criminal case) must present in a trial in order to win », définition citée par B. VESTERDORF, « Standard of Proof… », préc., p. 5.

[5] B. VESTERDORF, « Standard of proof… », préc., p. 8 ; D. BAILEY, « Standard of Proof in EC Merger Proceedings : A Common Law Perspective », préc., p. 850 ; H. LEGAL, *op. cit.*, p. 5.

[6] On verra néanmoins que la distinction n'est pas seulement théorique. L'hypothèse inverse d'un standard de preuve faible combiné avec un standard de contrôle élevé nous paraît exprimer une clarification souhaitable du droit français en matière de contrôle sur les mesures provisoires. Sur ce point, *infra* n° 1195 et s.

[7] B. VESTERDORF, « Standard of Proof in Merger Cases : Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts », préc., p. 7.

[8] B. VESTERDORF, *op. cit.*, pp. 7-8.

1258. **Annonce et plan.** Tout comme la notion de standard de contrôle, la notion de standard de preuve touche au cœur des interrogations concernant l'intensité du contrôle juridictionnel. Pour autant, elle a, plus encore peut être que la notion de standard de contrôle, une valeur descriptive incertaine (§ 1). En dépit de cela, la recherche des standards de preuve révèle des éléments de variation de l'intensité du contrôle juridictionnel. Ceux-ci ne sont toutefois pas définis par le juge en termes de standards de preuve (§ 2). Ils sont relatifs au contenu des énonciations à prouver.

§ 1. LA VALEUR DESCRIPTIVE INCERTAINE DE LA NOTION DE STANDARD DE PREUVE

1259. Si la notion de standard de preuve est empruntée à la *common law*, elle peut néanmoins être transposée au-delà de cette dernière (A). Sa généralité ne signifie toutefois pas qu'elle soit opératoire pour définir, en droit communautaire ou en droit français, les exigences probatoires qui portent sur le raisonnement économique. Il est en effet difficile de déterminer les standards de preuve applicables en droit de la concurrence (B).

A. La notion de standard de preuve au-delà de la *common law*

1260. **Notion de standard de preuve en *common law.*** En *common law*, on distingue principalement deux standards selon la matière concernée[1]. Le standard de preuve en matière civile est la *balance of probabilities*, ce qui signifie qu'il faut prouver que les faits allégués sont « plus probables qu'improbables » (*more probable than not*)[2], tandis que, en matière criminelle, le standard applicable est *beyond any reasonable doubt* : il faut être suffisamment convaincant pour ôter tout doute raisonnable au juge (ou au jury)[3]. Ces indications permettent de préciser la définition citée plus haut. Le standard de preuve est une « quantité de preuve » qui est déterminée non en elle-même, mais d'après l'effet de conviction qui doit être créé dans l'esprit du juge.

---

[1] Sans préjudice de la possibilité de standards intermédiaires.

[2] Littéralement ce standard signifie que celui sur qui pèse la charge de la preuve doit démontrer que la version des faits qu'il avance a plus de 50 % de chances d'être vraie. C'est ainsi que certains auteurs présentent ce standard. B. VESTERDORF, *op. cit.*, *loc. cit.* En droit américain on parle de *preponderance of evidence*, (*Black Law Dictionary*, abridged 6th edition, « *Standard of Proof* »), ce qui se définit comme l'exigence d'avoir des preuves plus convaincantes que celles présentées par la partie adverse (même ouvrage, « *preponderance of evidence* »). Sans que les auteurs relèvent une distinction entre les deux standards, on peut remarquer que les deux définitions ne sont pas équivalentes : ce n'est pas la même chose de juger que ce que A dit est probablement vrai à plus de 50 % ou de juger que ce que dit A est plus crédible que ce que dit B. La seconde définition paraît refléter davantage la démarche du juge.

[3] Sur ce standard, J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, *op. cit.*, n° 11, p. 26.

1261. **Notion innommée en droit français.** Les manuels français présentent le droit de la preuve en distinguant l'objet de la preuve, la charge de la preuve et les modes de preuves[1], ou seulement ces deux derniers aspects[2], mais les auteurs ne font qu'exceptionnellement mention d'« exigences de preuve » ou de « standards de preuve »[3]. L'absence quasi-générale de la notion de standard de preuve dans la doctrine française ne signifie cependant pas que le phénomène sous-jacent est inconnu du droit français. L'article 353 du code de procédure pénale, relatif à « l'intime conviction », exprime ainsi une exigence de preuve très comparable aux standards anglais, puisqu'elle est décrite du point de vue du juge. On trouve aussi des dispositions relatives aux exigences de preuve en droit civil. Ainsi, l'article 1353 du Code civil commande au juge de n'admettre que des présomptions « graves précises et concordantes ». D'autres dispositions du Code civil se réfèrent à des « indices graves »[4]. La notion de standard de preuve est encore sous-jacente dans l'article 1347 du Code civil consacré aux commencements de preuve par écrit. On peut en effet dire que la vraisemblance qui est attachée à ces éléments de preuve ne suffit pas à satisfaire le standard de preuve applicable[5].

1262. Le droit administratif connaît également la notion de standard de preuve sans la nommer : lorsqu'on dit que le juge administratif allège le fardeau de la preuve qui pèse sur le demandeur[6], on désigne en réalité la pratique qui consiste à faire passer la charge de la preuve sur le défendeur alors même que le demandeur n'a apporté que des éléments de preuve qui ne

---

[1] F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 7ème éd, 2006, n° 568, p. 466.

[2] J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 27ème éd., PUF, coll. Thémis, n° 175 et s., p. 348 et s. ; B. STARK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 5ème éd. Litec, 2000, n° 1522, p. 564.

[3] V. cependant, H. MOTUSLKY, *Principes*, n° 123, p. 136, qui distingue « l'étendue de la preuve » et « l'intensité de la preuve ». Pour un emploi récent en droit de la concurrence : J. RIFFAULT-SILK, « Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond », *RLC* 2006/6, n° 473, à la p. 88. V. SÉLINSKY, « Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux », *RLC*, 2006/6, n° 488, n ° 6, p. 124 ; V. aussi, du même auteur, « Standards de preuve de la concertation illicite dans le cadre d'ententes horizontales renforcées par des ententes verticales », *RLC*, 2006/8, n° 547 ; N. JALABERT-DOURY, « Les déclarations en droit de la concurrence : la preuve d'infraction peut-elle se satisfaire de "certitudes probables" ? », *Concurrences*, n° 2-2005, pp. 41-17, n° 16, p. 43.

[4] On trouve la plupart de ces dispositions dans les parties du Code civil relatives à l'opposition au mariage et à la filiation : « indices sérieux laissant présumer qu'un mariage célébré à l'étranger encourt la nullité » (art 170-1 C. civ.), « indices sérieux laissant présumer (…) que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé » (art.175-2 C. civ.). On peut aussi citer l'art 323 C. civ. qui se réfère à des « présomptions ou indices *assez graves pour* [déterminer la filiation] » et l'art. 336 C. civ. qui se réfère à des « indices rendant [la filiation] vraisemblable ». Des « présomptions ou indices graves » sont encore mentionnés aux art. 340 et 341 C. civ.

[5] Comme le note D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD Civ.*, 1993, pp. 499-533, p. 502, le rôle du complément de preuve consiste à « permettre l'accession au seuil de vraisemblance probatoire minimum », soit, dans la terminologie que nous proposons d'adopter, à satisfaire le standard de preuve.

[6] Ch. DEBBASCH, *op. cit.*, p. 44 et références citées.

satisfont qu'un standard de preuve très bas (par exemple en fournissant un commencement de preuve par écrit). La notion de standard de preuve, si elle n'a pas jusqu'ici été mise en avant par la doctrine, n'est donc pas étrangère au droit français.

1263. **Standard de preuve et normalité.** En droit français, la notion de standard de preuve se traduit en termes de « valeur probante ». Cette traduction permet d'apercevoir le lien entre la notion de standard de preuve et l'idée de « normalité », déjà évoquée à propos des règles d'expérience[1]. En effet, la valeur probante n'est pas une propriété intrinsèque des preuves. Une telle conception caractérisait le système de la preuve légale dans l'ancien droit, où la valeur de différentes preuves était « tarifée »[2]. Cette approche de la preuve n'a plus aujourd'hui qu'une place résiduelle, dans la seule hypothèse où la loi établit des présomptions[3]. Désormais, le principe est au contraire celui de l'appréciation souveraine par le juge de la valeur des éléments de preuve qui lui sont soumis[4]. De même, en droit pénal, c'est l'intime conviction du juge qui est le critère de la preuve suffisante[5]. Le standard de preuve ne peut donc pas désigner objectivement une « quantité de preuve », il désigne nécessairement l'effet de conviction des preuves dans l'esprit du juge. Or, dans la formation de cette conviction, l'idée que se fait le juge d'une situation « normale » est déterminante.

1264. L'importance de la « normalité », telle qu'elle est perçue par le juge, a été mise en avant par plusieurs auteurs en droit français[6]. Elle rejoint la formule d'un juge anglais, selon laquelle il faut déployer beaucoup plus d'efforts pour convaincre un juge que l'on a vu une lionne dans un parc urbain que pour le convaincre qu'on y a vu un berger allemand[7]. Qu'on

---

[1] *Supra* n° 869 et s.

[2] Selon l'expression de M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, PUF, coll. Thémis, 2001, n° 220, p. 347. Dans le droit médiéval, la valeur des différents types de preuves était en effet exprimée de manière numérique : il fallait additionner des demi-preuves, des quarts ou des huitièmes de preuve pour parvenir à une preuve entière. Sur ce point, V. Y. MAUSEN, *« Veritatis Adjutor ». La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XII^e^-XIV^e^ siècles)*, thèse Paris II, 2002. Une semblable conception objective de la preuve transparaît dans un arrêt ancien de la Cour de justice à travers l'expression « preuve complète ». Arrêt de la Cour du 21 mars 1955, Pays-Bas/Commission, 6/54, Rec. 1954-55, p. 201, p. 225 (jugeant qu'une telle preuve n'était pas requise au soutien d'un moyen pris de la violation manifeste du traité dans le cadre de l'article 33 CECA).

[3] Art 1353 C. civ. : « [l]es présomptions *qui ne sont point établies par la loi*, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat ».

[4] F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 5^ème^ éd., 2000, n° 584, p. 586.

[5] M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 221 et s., p. 348 et s. V. aussi J.-D. BREDIN, « Le doute et l'intime conviction », *Droits*, 1996, pp. 21-30.

[6] Sans développer explicitement cette idée, le professeur Le Bars la mentionne dans son analyse de l'intensité du contrôle de motivation, Th. LE BARS, *op. cit.*, n° 310, p. 228. Elle transparaît aux n° 430 et s. à propos des débats sur la force probante. V. aussi S. RIALS, thèse préc.

[7] Lord Hoffmann dans *Secretary of State for Home Department v. Rehman* [2002] 3 WLR 877, p. 895, cité par B. VESTERDORF, « Standard of Proof in Merger cases : Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts », *European Competition Journal*, 2005, pp. 3-32, p. 24.

aboutisse à cette idée par la notion de standard de preuve ou par tout autre moyen, l'idée elle-même nous paraît essentielle pour comprendre l'intensité du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique. C'est en effet parce que rencontrer un berger allemand correspond à une situation « normale » dans un parc que l'allégation correspondante n'a pas besoin d'être étayée par un luxe de preuves particulier. Cette allégation est vraisemblable, non intrinsèquement, mais compte tenu des connaissances et de l'expérience du juge. De la même manière, l'allégation selon laquelle des rabais fidélisants n'ont pas nécessairement d'effets néfastes sur le bien-être des consommateurs paraîtra vraisemblable à un juge qui s'est préalablement convaincu des analyses économiques sur cette question[1]. C'est, si l'on ose dire, la connaissance économique du juge qui lui fait apercevoir une lionne plutôt qu'un chien dans les allégations des parties et le conduit à leur appliquer des exigences de preuves plus ou moins élevées.

1265. Les auteurs qui citent cette formule le font pour distinguer la notion de « standard de preuve » de celle d'effort probatoire. À standard de preuve constant, expliquent-ils, l'effort nécessaire est plus grand pour celui qui allègue avoir vu une lionne que pour celui qui allègue avoir vu un chien. Il nous semble que cette distinction souligne surtout le peu de pouvoir explicatif de la notion de standard de preuve sur l'intensité du contrôle. En effet, ce qui compte pour comprendre les exigences du juge, ce sont les efforts probatoires qu'il demande aux parties et non un standard abstrait. À cet égard, la notion de « valeur probante », qui renvoie plus directement à la « normalité », est peut-être plus proche de l'explication des variations dans l'intensité du contrôle juridictionnel que ne l'est celle de « standard de preuve ».

1266. **Conclusion du A.** La notion de standard de preuve est souvent invoquée dans le débat relatif au contrôle qu'exerce le juge communautaire sur les appréciations économiques en droit de la concurrence. Cette notion innommée en droit français désigne une réalité commune à tous les systèmes juridiques, à savoir l'exigence à l'aune de laquelle le juge apprécie les preuves qui lui sont soumises. En elle-même, la notion de standard de preuve ne paraît pas particulièrement utile pour rendre compte des variations de cette exigence selon les situations. En revanche, la discussion autour de cette notion, tout comme la comparaison avec la notion de force probante fait apparaître un élément essentiel pour comprendre l'intensité du contrôle juridictionnel, à savoir l'idée que le juge se fait de la « normalité ».

---

[1] *Supra* n° 173 et s.

1267. La notion de standard de preuve apparaît par ailleurs difficile à appliquer. Il est en effet très difficile d'identifier le ou les standards de preuve qui seraient applicables en droit de la concurrence.

B. La difficulté d'identifier le(s) standard(s) de preuve applicable(s) en droit de la concurrence

1268. Pour autant qu'il convienne de décrire le droit français en termes de standards de preuve, c'est le standard du droit civil, celui des indices graves précis et concordants, qui est applicable devant le Conseil de la concurrence[1]. Néanmoins, en droit français comme en droit communautaire, l'identification du standard de preuve applicable se révèle difficile. Cette difficulté peut être illustrée à partir de l'exemple particulier du contrôle des mesures provisoires en droit français (1), mais aussi par l'interrogation plus générale qui subsiste en droit communautaire sur le ou les standards de preuve applicables en matière de concurrence (2).

1. Difficulté de déterminer le standard de preuve applicable en droit français dans le domaine des mesures provisoires

1269. **Question ouverte.** La question du contrôle sur le raisonnement économique en matière de mesures provisoires a été abordée plus haut du point de vue du standard de contrôle[2]. On a vu que la Cour de cassation exerçait, dans cette hypothèse, un contrôle poussé de la motivation sur le raisonnement économique. La solution déjà discutée laisse cependant entière la question du standard de preuve. En effet, la Cour de cassation a jugé que les mesures provisoires étaient justifiées si, « en l'état des éléments produits aux débats, les faits sont *susceptibles de constituer* une pratique prohibée ». Or, cette formule ne donne pas, en elle-même, d'indication sur l'exigence de preuve applicable[3]. Elle ne signifie pas que l'infraction doit très probablement être constituée, mais elle ne signifie pas non plus qu'il suffit d'une possibilité d'infraction. Du reste, les exigences de preuve pourraient théoriquement être différentes selon les différentes infractions, voire selon les éléments

---

[1] V. p.e décision 06-D-03 bis du Conseil de la concurrence du 9 mars 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation, point 689, obs. V. SÉLINSKY, *RLC*, 2006/8, n° 547. Le Conseil cite Cass. com. 8 décembre 1992, en ce sens que la preuve d'une entente ne peut résulter que « d'indices variés, dans la mesure où, après recoupement, ils constituent un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes ».

[2] *Supra* n° 1195 et s.

[3] Cass. com. 14 décembre 2004, n° 02-17012, Bouygues Telecom Caraïbes/Orange Caraïbes, obs. É. BARBIER de LA SERRE, *RLC*, 2005/2, n° 157. Cass. com. 8 nov. 2005, Neuf Télécom/France Télécom (TV ADSL), obs. C. NOURISSAT, *RLC* 2006/6, n° 461, obs. Ch. CARON et G. DECOCQ, JCP(E), 2006, 1017, n° 17.

constitutifs d'infraction. L'effet étant *a priori* plus difficile à rapporter que l'objet, le juge pourrait appliquer des exigences de preuve différentes pour tenir compte de cette difficulté. En droit positif, la question n'est pas tranchée.

1270. **Standard faible et principe de précaution au provisoire.** La position de la Cour d'appel sur cette question semble avoir évolué. Naguère encore, la Cour d'appel admettait la légalité d'une décision prononçant des mesures conservatoires dès lors qu'il n'était *pas exclu* que les pratiques constituent une infraction[1]. Ce standard de preuve peu exigeant revenait à admettre, à juste titre, un principe de précaution au provisoire[2]. Comme en matière de santé publique, où ce principe est applicable, le doute n'empêchait pas le Conseil de la concurrence de prendre une mesure de sauvegarde de la concurrence. L'application d'un principe de précaution au provisoire semble d'autant plus justifiée qu'il est parfois appliqué au principal, en matière d'abus de position dominante, en ce sens que seul un effet possible sur la concurrence peut suffire[3].

1271. **Standard fort et analogie avec le référé.** Dans un second temps, la Cour d'appel a appliqué un standard beaucoup plus sévère. Elle s'est éloignée d'une analogie avec le principe de précaution au profit d'une analogie avec le référé, qui n'autorise la décision qu'en l'absence de « contestation sérieuse »[4] ou en présence d'un « trouble manifestement illicite »[5].

---

[1] Tel était le standard appliquée par la Cour d'appel. V. p.e. Paris, 1ère ch., sect. H., 15 mars 1999, France Télécom/Numéricâble, BOCCRF n° 10, du 3 juin 1999.

[2] Sur le niveau de preuve requis en liaison avec le principe de précaution en droit communautaire (en matière de décision de retrait d'autorisation d'un médicament), V. l'arrêt de la Cour du 5 mai 1998, Royaume-Uni/Commission, C-180/96, Rec. p. I-2265, point 99, et arrêt du Tribunal du 16 juillet 1998, Bergaderm et Goupil/Commission, T-199/96, Rec. p. II-2805, point 66 (jugeant que, « dans le domaine de la santé publique, le principe de précaution implique que, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de précaution sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »). V. aussi l'arrêt du Tribunal du 26 novembre 2002, Artedogan, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec. p. II-4945, spéc. points 191 et 192 (jugeant que « le fait d'admettre que, en cas d'incertitude scientifique, des doutes raisonnables concernant l'efficacité ou l'innocuité d'un médicament sont susceptibles de justifier une mesure de précaution ne saurait être assimilé à un renversement de la charge de la preuve » et que « l'autorité compétente peut se limiter à fournir, conformément au régime commun du droit de la preuve, des indices sérieux et concluants, qui, sans écarter l'incertitude scientifique, permettent raisonnablement de douter de l'innocuité et/ou de l'efficacité du médicament »).

[3] Arrêt de la Cour du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94, Rec. p. I-5951, point 44 : « [l']objet recherché, qui est de préserver une concurrence non faussée, ne permet pas d'attendre qu'une telle stratégie [de prédation] aboutisse à l'élimination effective des concurrents ». V. aussi Arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, point 239 : « [a]ux fins de l'établissement d'une violation de l'article 82 CE, il suffit de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet ». V. aussi l'arrêt du Tribunal d 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, Rec. p. II-5917, point 293.

[4] Art. 872 NCPC.

[5] Art. 873 NCPC.

En effet, seule une telle analogie paraît à même de rendre compte des arrêts dans lesquels la Cour d'appel a annulé des mesures provisoires au motif que le Conseil « se serait contenté de constater qu'il n'était *pas exclu* que les pratiques en cause soient constitutives d'un abus »[1]. C'est encore l'ombre du référé qui plane sur l'arrêt qui retient qu'il doit exister « une *présomption d'infraction raisonnablement forte* » pour que le Conseil puisse ordonner des mesures conservatoires[2]. Pour poser un standard de preuve aussi élevé, la Cour d'appel a certes pu s'inspirer d'un arrêt plus ancien de la chambre commerciale, dont la solution repose explicitement sur une analogie entre les mesures conservatoires prononcées par le Conseil de la concurrence et le référé commercial[3], mais cette solution ne reflète plus la position de la Cour de cassation[4].

1272. **Incertitude.** Il règne donc une certaine incertitude sur le standard de preuve applicable dans ce domaine. Dans un arrêt récent rendu en matière de mesures provisoires, la Cour d'appel n'a pas particulièrement clarifié la question. L'arrêt énonce en effet un principe compatible avec tous les standards de preuves imaginables, selon lequel « une mesure conservatoire peut être prononcée pour prévenir une atteinte lorsque celle-ci doit être considérée comme certaine, ce qui est le cas en l'espèce »[5]. La question difficile concerne précisément les cas où l'atteinte n'est pas certaine. En outre, la Cour d'appel ne reprend pas explicitement à son compte la formule de la Cour de cassation, dans la mesure où elle ne constate pas que les pratiques étaient « susceptibles » de constituer une infraction. Une clarification est donc nécessaire sur la question des exigences de preuve en matière de mesures conservatoires.

---

[1] Paris, 1ère ch. H., 31 janvier 2006, MLP/NMPP, non encore publié au BOCCRF, note V. SÉLINSKY, « La prévention des atteintes à la concurrence pouvant prendre appui sur des droits de propriété intellectuelle », *RLC,* 2006/7, n° 498 ; (nous soulignons).

[2] Paris, 28 janvier 2005, Orange caraïbe, BOCCRF n° 6, du 23 juin 2005.

[3] Cass. com. 1992, 7 avril 1992, Sté Concurrence, Bull. civ. IV, n° 153, p. 107. Dans cet arrêt, la chambre commerciale juge que les mesures conservatoires sont « subordonnées à l'existence d'agissements illicites constitutifs de pratiques prohibées » et que la présence des contestations sérieuses empêchait à elle seule l'adoption de mesures conservatoires.

[4] Obs. sous Cass. com. 8 novembre 2005, Bull. civ. IV, n° 220, *in* Cour de cassation, *Rapport 2005*, Quatrième partie, « Jurisprudence de la Cour », Titre IV « Les activités commerciales et financières », partie B. bis « droit de la concurrence » (omise du recueil imprimé, mais disponible sur le site internet de la Cour de cassation http://www.courdecassation.fr/_rapport/rapport05/jurisprud/activites_eco/droit_concurrence.htm. Pour une comparaison des conditions du référé de droit commun avec les conditions d'octroi des mesures conservatoires par le Conseil de la Concurrence, E. CLAUDEL, « La processualisation du droit de la concurrence » *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ coll. Droit et économie, 2006, pp. 285-313, spéc. p. 303

[5] Paris, 1ère ch., sect. H., 9 mai 2006, SAEM et NMPP/MLP, non encore publié.

1273. **Opinion.** Il nous paraît clair qu'il ne saurait être exigé du Conseil qu'il établisse l'existence d'une pratique anticoncurrentielle avec le même degré de certitude que lors de l'examen au fond, car ce serait empêcher toute action du Conseil au provisoire[1]. Il faut donc que les exigences de preuve dans cette matière ne soient pas trop élevées[2]. Elles peuvent du reste être limitées sans pour autant que les mesures risquent d'être arbitraires, puisqu'un contrôle ferme de la motivation est exercé. Pour autant que le contrôle des preuves puisse être distingué du contrôle des motifs, le bon équilibre paraît devoir être recherché dans la combinaison d'un contrôle exigeant de la motivation, qui porterait sur l'identification d'un scénario anticoncurrentiel, avec un contrôle des preuves moins fort sur la vérification de la vraisemblance du scénario.

1274. La difficulté d'identifier le standard de preuve applicable n'est propre ni au contentieux des mesures provisoires ni au droit français. Elle est également illustrée en droit communautaire dans le contentieux au fond. À cet égard, on ne peut guère que dresser un état des questions.

2. Le standard de preuve en droit communautaire de la concurrence : état des questions

1275. **Silence des textes.** En droit communautaire, il existe très peu de dispositions sur la preuve[3] et aucune sur le standard de preuve, ce qui n'a pas manqué d'étonner certains auteurs de *common law*[4]. Dans le silence des textes, le juge communautaire a dû se prononcer sur la question de savoir ce qui constituait une preuve « à suffisance de droit »[5]. La détermination

---

[1] Dans son arrêt Cass. com. 8 nov. 2005, Neuf Télécom/France Télécom (TV ADSL), préc., la Cour de cassation juge que c'est à juste titre que le pourvoi critique le motif par lequel la Cour d'appel a subordonné le prononcé de mesures conservatoires par le Conseil à l'existence d'une entente ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ou l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, faisant ainsi une fausse application de l'article L 464-1 du Code de commerce.

[2] On peut remarquer que, si le standard de preuve est l'impossibilité d'exclure l'existence d'un infraction, le raisonnement économique pourra, dans certain cas, jouer un rôle important dans le référé, précisément lorsqu'il dégage des conditions qui permettent d'exclure tout effet anticoncurrentiel, c'est-à-dire des *conditions nécessaires* à l'effet restrictif sur la concurrence. Pour un exemple, V. *supra* la discussion sur les « indices forts » de prédation, n° 802 et s. Il faudrait dans ce cas que le juge applique un standard de preuve élevé aux indices forts. En effet, un doute sur la présence des circonstances qui permettent d'exclure l'effet anticoncurrentiel signifie qu'on ne peut exclure un tel risque.

[3] Sur ce point et pour un panorama très complet des règles de preuves qu'il est possible d'inférer de la jurisprudence communautaire, V. LASOK, *European Court of Justice Practice and Procedure*, 2nd ed., Butterworth, Londres, 1994. Chap. 13 « Rules of Evidence ».

[4] J. M. JOSHUA, « Proof in Contested EEC Competition Cases : A Comparison with the Rules of Evidence », *E.L.Rev.*, 1987, pp. 315-353, spéc. pp. 316-317.

[5] Par exemple, arrêt de la Cour du 16 décembre 1975, Suiker Unie, 40 à 48, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, Rec. p. 1663, point 179 : « les pièces évoquées démontrent à suffisance de droit qu'en tout état de cause, SU et CSM ont entendu écarter le risque d'une concurrence de la part de RT ». V. aussi arrêt du Tribunal du 6 juin 2002,

d'un standard de preuve paraissait nécessaire, ne serait-ce que pour appliquer le principe de la présomption d'innocence. En effet, si « l'existence d'un doute dans l'esprit du juge doit profiter à l'entreprise destinataire de la décision constatant une infraction »[1], encore faut-il déterminer quel degré de doute conduit à l'annulation de la décision. De fait, certains arrêts mentionnent le « degré de preuve »[2], le « standard de preuve »[3], le « niveau de preuve »[4] requis ou encore « [l'exigence d'] un niveau de preuve et [d'] une qualité de preuve »[5]. On trouve aussi des références à l'idée de force probante dans certains textes communautaires[6]. Pour autant, le niveau de preuve requis n'est pas clairement énoncé et il est bien difficile d'inférer de la jurisprudence un standard de preuve un tant soit peu précis[7]. Si l'on cherche à déterminer quel standard de preuve est appliqué par le juge communautaire en droit de la concurrence, on en trouve au minimum deux.

1276. **Standard faible.** Le premier peut être qualifié de faible. Il semble s'appliquer à certaines allégations en particulier. Ainsi, à l'appui d'une allégation de violation des droits de

---

Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2545, point 120 : « [la Commission] n'a pas établi à suffisance de droit son appréciation selon laquelle il existait déjà dans ce secteur une tendance à la domination collective ». Comme on l'a déjà noté, l'expression « à suffisance de droit » n'est pas utilisée de manière systématique, puisqu'elle désigne parfois le manque de base légale résultant de l'omission d'un élément de motivation jugé nécessaire : « pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une position dominante collective, la Commission doit également établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels, ainsi que des consommateurs, ne remettrait pas en cause la ligne d'action commune » (même arrêt, point 62 *in fine*).

[1] Arrêt de la Cour du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec., p. 207, point 265. Arrêt du Tribunal du 8 juillet 2004, JFE Engineering Corp. e. a./Commission, T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, Rec. p. II-2501, point 177 ; arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, Dresdner Bank e.a./Commission, T-44/02 OP, T-54/02, T-56/02 OP, T-60 OP, T-61/02 OP, non encore publié au Recueil, point 60.

[2] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 27. V. aussi l'ordonnance du Tribunal du 29 octobre 2004, Schneider Electric/Commission, T-310/00 DEP, non publiée, point 36.

[3] Arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, A. 4) « sur le standard de preuve et l'étendue du contrôle effectué par le juge communautaire » (intitulé introduisant les points 57 et s.).

[4] Conclusions de l'avocat général Tizzano sous *Tetra Laval*, préc., points 67 et 71.

[5] Arrêt de la Cour *Tetra Laval*, préc., point 37.

[6] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE L 1, du 4 janvier 2003, p. 1, 5ème considérant, p. 2. V. aussi la communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, JOCE C 45, du 19 février 2002, p. 3, spéc. considérants 20 et s., sur la « valeur ajoutée » de la preuve proposée par l'entreprise qui dénonce une entente. La réduction d'amende est proportionnelle à cette « valeur ajoutée ».

[7] La jurisprudence étudiée par K. P. E. LASOK, *European Court Practice*, préc. le montre. Il répertorie(p. 429) plusieurs formulations de standard de preuve proposées au fil des affaires, notamment dans les conclusions des avocats généraux : la « certitude raisonnable », proposée par l'avocat général Gand (conclusions sous l'arrêt de la Cour du 8 février 1966, Acciaierie e Ferriere Pugliese/Haute Autorité, Rec., p. 1, point 12), « les présomptions graves précises et concordantes non contredites par des présomptions contraires » (arrêt du 16 juin 1971, Durraffour/Conseil, Rec. p. 515, point 30). L'auteur en vient à se demander si chaque juge applique le standard de preuve en vigueur dans son système juridique (p. 430).

la défense, il suffit de prouver une simple possibilité que la non-divulgation de documents ait pu influencer le déroulement de la procédure et le contenu de la décision[1]. On peut faire l'hypothèse que le standard faible s'applique à raison de la position procédurale des parties, qui ont la charge de réfuter l'interprétation avancée par la Commission. C'est en effet un corollaire du principe de présomption d'innocence : il suffit à l'accusé de jeter le doute sur l'explication proposée sans devoir démontrer que l'explication alternative est particulièrement probable[2].

1277. **Standard « civil ».** Le second standard de preuve identifiable peut être rapproché soit du standard civil anglais (*balance of probabilities*), soit de ce qui serait le standard civil français (indices graves, précis et concordants). Ainsi, pour soutenir l'allégation selon laquelle une concentration de conglomérat aurait un effet néfaste sur la concurrence, il faut prouver que les enchaînements causals postulés seront réalisés « selon toute vraisemblance »[3] ou encore que ces enchaînements sont « ceux dont la probabilité est la plus forte »[4]. Certains auteurs y ont vu un standard de preuve équivalent à la *balance of probabilities*[5]. En faveur d'un standard de preuve inspiré du droit civil, on peut aussi citer les arrêts assez nombreux, principalement rendus en matière d'ententes, qui mentionnent un « faisceau d'indices sérieux, précis et concordants »[6] ou énoncent que la Commission doit faire état « de preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction que l'infraction a été commise »[7].

---

[1] Tel est le standard applicable en matière de violation des droits de la défense : « afin de constater une violation des droits de la défense, il suffit qu'il soit établi que la non-divulgation des documents en question a pu influencer, au détriment de la requérante, le déroulement de la procédure et le contenu de la décision attaquée ». Arrêt du Tribunal du 29 juin 1995, ICI/Commission, T-36/91, Rec. p. II-1901, point 78 ; du 20 avril 1999, LVM/Commission, T-305/94, Rec. p. II-931, point 1021 ; du 28 avril 1999, Endemol/Commission, T-221/95, Rec. p. II-1299, point 65 et du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, point 90.

[2] Arrêt de la Cour du 28 mars 1984, Compagnie royale asturienne des mines et Rheiznik/Commission, 29/83 et 30/83, Rec. p. 1679, point 16 : « le raisonnement de la Commission est fondé sur la supposition que les faits établis ne peuvent être expliqués autrement qu'en fonction d'une concertation entre les deux entreprises. En présence d'une telle argumentation, il suffit aux requérantes d'établir des circonstances qui donnent un éclairage différent aux faits établis par la Commission et qui permettent ainsi de substituer une autre explication à celle retenue par la décision attaquée ».

[3] Arrêt de la Cour du 31 mars 1998, France e.a./Commission, dit « Kali & Salz », C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375, point 221 ; Arrêts du Tribunal du 25 mars1999, Gencor/Commission, T-102/96, Rec. p. II-753, point 162 ; du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585, point 63, et *Tetra Laval*, préc., point 153.

[4] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 43.

[5] En ce sens, M. BAY et J. RUIZ CALZADO, « *Tetra Laval II :* The Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions », *World Competition*, 2005, pp. 433-453, p. 448.

[6] Arrêt *SIV* préc., point 167.

[7] Arrêts du Tribunal du 10 mars 1992, SIV e.a./Commission, T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. p. II-1403, points 193 à 195, 198 à 202, 205 à 210, 220 à 232, 249 à 250 ; du 6 juillet 2000, Volkswagen/Commission, T-62/98, Rec. p. II-2707, points 43 et 72 ; du 8 juillet 2004, JFE Engineering Corp. e. a./Commission, T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, Rec. p. II-2501, point 179 et jurisprudence citée, et, en dernier lieu, *Dresdner Bank*, préc., point 62.

1278. **Standard de preuve « pénal ».** Il faut cependant mentionner un doute sur l'applicabilité d'un standard de preuve civil, en tant que celui-ci serait distinct, comme c'est le cas en *common law*, d'un standard de preuve pénal. En effet, en ce qui concerne les décisions infligeant des sanctions, certains avocats généraux ont conclu que, à raison du caractère quasi-pénal des sanctions infligées, il incombe à la Commission d'établir l'existence des circonstances qu'elle avance « au-delà de tout doute raisonnable »[1]. La nature pénale ou quasi-pénale des sanctions encourues a aussi été invoquée pour justifier un « haut niveau d'exigence en matière de preuve »[2]. L'hypothèse d'un standard de preuve pénal applicable aux allégations de la Commission permettrait de rendre compte du standard de preuve faible applicable à la réfutation des allégations de la Commission. En effet si la Commission doit prouver ses allégations « au-delà de tout doute raisonnable », il s'ensuit nécessairement qu'il suffit pour la partie qui conteste la décision de jeter un doute raisonnable sur les motifs de la décision. Cependant, l'existence d'un tel standard ne paraît pas attestée.

1279. **Confusion.** La conciliation du standard de preuve « civil », qui est avéré, et d'un standard de preuve « pénal » serait du reste difficile. Les avocats généraux qui ont conclu en faveur d'un standard pénal fondent cette exigence sur la nature quasi-pénale des sanctions. Dans cette perspective, il faudrait considérer qu'un tel standard s'applique spécialement aux décisions qui prononcent des sanctions en application des articles 81 et 82 CE, tandis qu'un standard de preuve civil s'appliquerait en matière de contrôle des concentrations, le refus d'autorisation étant alors distingué d'une sanction. Cette hypothèse est cependant contredite par les arrêts cités[3], qui appliquent le standard « civil » en matière d'ententes comme en matière de concentrations.

1280. **Hypothèse.** L'hypothèse de l'applicabilité générale du standard de preuve « civil » est renforcée par la considération des pratiques nationales. En effet, devant les juges de *common law,* c'est le standard propre à la matière civile qui est applicable au droit de la concurrence[4].

---

[1] Conclusions de l'avocat général Darmon sous l'arrêt de la Cour du 31 mars 1993, Ahlström Osakeytiö e.a./Commission, dit « Pâte de bois II », C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec. p. I-1307, point 195.

[2] Conclusions du juge Vesterdorf faisant fonction d'avocat général sous l'arrêt du Tribunal du 24 octobre 1991, Rhône Poulenc e.a/Commission, T-1/89 à T-4/89 et T-6 à T-15/89, Rec. p. II-867.

[3] *Supra* au n° 1277.

[4] Décision du juge Park dans le second jugement de la High Court of England and Wales dans l'affaire *Crehan*, cité par G. CUMMING, « Procedural Consequences of the Crehan judgement in Enforcement of EC Competition Law by the English Courts », *RLC*, 2005/5, n° 404, à la page 108. Le standard de la *balance of probabilities* est également appliqué par le juge irlandais en matière de concurrence. En ce sens, décision du juge McKechnie du 27 juillet, *Competition Authority v. Beef Industry Development Society (BIDS)*, High Court, spec. point 126.

La même observation vaut en ce qui concerne le Conseil de la concurrence[1]. En faveur de l'application d'un standard de preuve unique, on peut aussi avancer la nature identique des questions qui se posent en matière d'abus de position dominante et en matière de contrôle des concentrations. L'appréciation de l'effet d'un comportement unilatéral sur la concurrence au titre de l'article 82 CE requiert aussi une analyse prospective, puisqu'un effet potentiel peut suffire à la qualification d'abus. On peut donc penser que la seule solution cohérente consiste à dire qu'un même standard de preuve est applicable de manière générale en droit de la concurrence.

1281. **Conclusion du 2 et du B.** Il est difficile d'identifier un standard de preuve en droit communautaire de la concurrence. La seule hypothèse cohérente serait celle d'un standard « civil ». Cette conclusion n'a toutefois rien de réjouissant du point de vue de la question qui nous occupe, car elle signifie que la notion de standard de preuve ne permet pas de rendre compte des variations dans l'intensité du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique. En effet, si le même standard de preuve est applicable pour toutes les décisions rendues en matière de concurrence, les variations dans le contrôle juridictionnel ne peuvent être imputables à des standards différents. On en vient à se demander si ce n'est pas la question qui est mal posée, précisément parce qu'elle l'est en termes de standard de preuve. Si cette notion existe en *common law*, on retire l'impression que, en droit communautaire et, plus récemment en droit français, elle est une projection des commentateurs sur les arrêts. Certes, pour peu qu'on les lise en cherchant des standards de preuve, les arrêts contiennent des formulations qui évoquent de tels standards. Il n'est cependant pas certain que les juges communautaires et français raisonnent en ces termes[2].

1282. **Conclusion du § 1.** La recherche de standards de preuve apparaît donc largement infructueuse. Il est difficile de déterminer quels standards sont applicables, s'ils dépendent de la règle applicable, de la position procédurale des parties ou d'autres critères. Surtout, même lorsque l'on parvient à nommer le standard qui serait applicable à la matière, c'est précisément son applicabilité générale qui empêche de rendre compte des variations dans l'intensité du contrôle sur le raisonnement économique en termes de standard de preuve. Pour

---

[1] V. p.e. la décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-03 bis du 9 mars 2006, obs. V. SÉLINSKY, préc. Au point 689 de sa décision, le Conseil cite un arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1992, dans lequel la chambre commerciale affirme que les indices d'une pratique concertée doivent, pris ensemble, former un « un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes ».

[2] Le Tribunal, dans son arrêt du 27 septembre 2006, Dresdner Bank e.a./Commission, préc, point 63, rappelle que le juge apprécie globalement un faisceau d'indices et que chaque élément de preuve, considéré individuellement, n'a pas à répondre au critère de preuves « précises et concordantes ».

autant, les contestations sur le niveau de preuve requis et les réponses qu'elles ont reçu de la part des juges permettent de dégager des éléments de variation de l'intensité du contrôle sur le raisonnement économique.

§ 2. LES ÉLÉMENTS DE VARIATION DE L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE DÉFINIS EN DEHORS DES STANDARDS

1283. Les « standards » n'aident pas vraiment à comprendre l'intensité du contrôle sur le raisonnement économique. Cependant, chemin faisant, la recherche des standards a permis de dégager des éléments déterminants de la variation du contrôle sur le raisonnement économique. Le juge communautaire n'a pas défini de standard de preuve, mais la jurisprudence a dégagé des éléments qui permettent de rendre compte des exigences de preuve particulières. L'intensité des exigences de preuve dépend tout simplement du contenu des allégations (A). Parmi les éléments pertinents de ce contenu, il faut souligner le rôle de la complexité : celle-ci n'est pas un facteur de limitation du contrôle, comme le veut la doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, mais, au contraire, un facteur de renforcement des exigences de preuve. Par ailleurs, la « normalité économique », telle qu'elle est appréhendée par le juge, joue un rôle important. Plus généralement, c'est le raisonnement économique qui apparaît comme un facteur de variation sur le contrôle juridictionnel (B).

A. L'intensité des exigences de preuve, fonction du contenu des allégations

1284. **La nature des allégations.** Lorsque la Cour de justice a été amenée à répondre au grief d'un contrôle excessif du juge communautaire sur les preuves, elle n'a pas répondu sur le terrain des standards, mais sur celui de la nature des allégations. Plus précisément, c'est, d'une part, le caractère économiquement vraisemblable de l'allégation et, d'autre part, le caractère prospectif des appréciations qui ont été distingués par le juge communautaire comme des caractéristiques pertinentes pour déterminer les exigences de preuves.

1285. **Illustration.** Les deux caractéristiques, substantielle et temporelle, étaient simultanément présentes dans l'affaire *Tetra Laval*, puisqu'il s'agissait de savoir si la Commission avait prouvé à suffisance de droit qu'une concentration de conglomérat (substance) présentait pour l'avenir (temporalité) un risque concurrentiel. Dans son arrêt, le Tribunal de première instance s'était attaché à la nature particulière de ces concentrations pour exiger des « preuves solides » au soutien de l'allégation selon laquelle la concentration

aurait un effet restrictif sur la concurrence[1]. Cette exigence probatoire était motivée par deux considérations. La première était une analogie entre la nature des effets de conglomérat et la situation de position dominante collective, pour lesquelles des exigences de preuves élevées avaient été formulées dans la jurisprudence[2]. C'est donc la nature économique semblable des deux situations qui justifiait un traitement identique au regard des exigences de preuve. Une seconde considération, également relative à la nature des effets de conglomérat, venait étayer l'exigence formulée par le Tribunal. S'appuyant sur l'autorité de « la doctrine économique », le Tribunal affirmait que « les effets d'une concentration de type conglomérat [sont] souvent considérés comme neutres, voire bénéfiques, au regard de la concurrence sur les marchés affectés »[3]. C'est donc le *contenu économique de l'allégation* qui déterminait les exigences de preuves. Comme cela a été dit plus haut, c'est l'idée que se fait le juge de la normalité économique, en l'espèce au regard de la doctrine citée par les parties, qui le rend plus ou moins exigeant sur les preuves. À ces considérations de substance, propres aux effets de conglomérat, s'ajoutait une considération temporelle : les effets postulés par la Commission ne se seraient produits « qu'après un certain laps de temps ». Le Tribunal en concluait que l'analyse prospective [de la Commission] devait, sans préjudice de sa marge d'appréciation, être *particulièrement plausible* »[4].

1286. **Fonction de la preuve.** Cet arrêt a pu être lu comme exprimant des exigences de preuve renforcées pour les appréciations prospectives en général et les concentrations de conglomérat en particulier, voire un changement du standard de contrôle juridictionnel[5]. C'est précisément une lecture en termes de « standard de preuve » qui a conduit la Commission a former un pourvoi dans cet affaire[6]. Les motifs pour lesquels la Cour a rejeté le pourvoi sont intéressants, car ils confirment que ce n'est pas la notion de standard de preuve qui gouverne

---

[1] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, point 155.

[2] *Ibid*. citant les arrêts *Kali & Saltz*, point 222, et *Airtours*, point 32.

[3] *Ibid*.

[4] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, point 162 (nous soulignons).

[5] V. à cet égard les questions soulevées par H. LEGAL « Standard of Proof and Standard of Judicial Review in EU Competition Law », préc.

[6] Les arguments de la Commission sur ce point, tels qu'ils résultent de l'arrêt de la Cour, sont pris de ce que « l'exigence de "preuves solides" ("convincing evidence") diffère matériellement, en degré et en nature, tant de l'obligation de fournir des éléments "significatifs et concordants", comme il résulte de l'arrêt Kali & Salz, précité, que du principe selon lequel l'appréciation de la Commission doit être admise s'il n'est pas démontré qu'elle est manifestement erronée. Le degré de preuve serait différent car, contrairement à l'exigence de preuves solides ("convincing evidence"), celle d'éléments significatifs et concordants n'exclut pas la possibilité qu'un autre organisme parvienne à une conclusion différente s'il avait compétence pour statuer sur la question. Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 27.

l'appréciation des preuves par le juge, mais la nature des allégations. La Cour a en effet jugé que, « si le Tribunal a précisé (…) que la démonstration d'effets de conglomérat anticoncurrentiels (…) nécessite un examen précis, étayé par des preuves solides (« *convincing evidence* »), (…) il n'a en aucune manière ajouté une condition relative au degré de preuve requis, mais a simplement rappelé la *fonction essentielle de la preuve,* qui est de convaincre du bien-fondé d'une thèse ou, comme en l'espèce, d'une décision en matière de concentrations ». En délaissant la notion de standard de preuve invoquée par la Commission pour revenir à la fonction de la preuve, la Cour rappelle que le point important n'est pas le standard de preuve, mais l'effet de conviction produit par les preuves sur l'esprit du juge. Pour reprendre la distinction faite à plusieurs reprises, ce n'est pas le standard de preuve qui est en cause, mais l'effort probatoire nécessaire pour satisfaire un standard de preuve normal, ni plus ni moins élevé que d'habitude[1].

1287. **Facteurs pertinents.** Tout ce qui rend les allégations douteuses conduit donc à des exigences de preuves particulières et à un approfondissement du contrôle sur le raisonnement économique : l'éloignement dans le temps, la complexité de la causalité économique invoquée et le caractère économiquement anormal de l'effet postulé.

1288. **Temporalité.** C'est parce qu'il est intrinsèquement plus difficile de prouver le futur que le passé[2], que l'effort probatoire exigé est plus grand.

1289. **Complexité**. Comme nous l'avons dit plus haut, l'argument de la complexité, qui est invoqué dans la doctrine du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation comme une justification du contrôle restreint, se renverse[3]. La complexité ne justifie pas un contrôle restreint. Au contraire, c'est précisément parce que des enchaînements causals nombreux et complexes sont moins évidents que des enchaînement simples que le juge exige qu'ils soient particulièrement motivés et soutenus par des preuves convaincantes. Le Tribunal le dit on ne peut plus clairement : c'est lorsque « les enchaînements de cause à effet [sont] mal discernables, incertains et difficiles à établir » que « la qualité des éléments de preuve (…) est particulièrement importante, ces éléments devant conforter les appréciations de la

---

[1] En ce sens : M. JOHNSSON, « Standard of review in Community Law : What Wider Lessons from Tetra Laval ? », Conférence ERA, *Current Trends in the judicial Review of EC Regulatory Acts*, Bruxelles, 27 avril 2006, spéc. p. 6.

[2] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, points 42-44. Sur cette distinction, V. aussi l'arrêt du Tribunal du 13 juillet 2006, Impala/Commission, T-464/04, non encore publié au Recueil, point 250.

[3] *Supra* n° 1208 et s.

Commission selon lesquelles, (…) le scénario d'évolution économique sur lequel cette institution se fonde serait plausible »[1]. Ce faisant, le juge délaisse peut être la théorie habituelle, mais il ne fait que remplir son office de protecteur du justiciable contre l'arbitraire. Il s'agit en effet de ne pas laisser à l'autorité de concurrence la possibilité de se réfugier derrière la complexité de la causalité économique. Telle est la raison d'être de l'exigence formulée par la Cour lorsqu'elle dit que la Commission doit exposer un scénario causal cohérent et étayé par des preuves solides[2]. Si cette analyse est juste, il faut donc considérer que la complexité de l'analyse économique menée par l'autorité de concurrence, loin de justifier un contrôle restreint, explique au contraire le renforcement du contrôle.

1290. Outre la complexité et la temporalité, un dernier facteur explique l'intensité variable du contrôle juridictionnel. Il s'agit de l'idée que le juge se fait de la normalité économique.

1291. **Normalité.** Comme cela a été souligné à plusieurs reprises, l'intensité du contrôle sur les preuves dépend nécessairement de la conception qu'a le juge de la normalité économique. C'est lorsque le juge est sceptique sur la vraisemblance de certains faits ou enchaînements causals qu'il faut davantage d'explications pour le convaincre. Ce dernier facteur de variation du contrôle souligne le rôle de la doctrine économique dans la formation des exigences de motivation du juge. Les connaissances du juge, qu'elles soient préalables ou acquises à l'occasion de l'affaire, déterminent sa perception de la « normalité » économique et, partant, les exigences de preuve auxquelles il soumet différentes allégations[3]. Cela souligne aussi le fait que les progrès dans la compréhension de certains mécanismes économiques pourraient et devraient conduire le juge à modifier son appréhension de la normalité et à moduler en conséquence ses exigences de preuves.

1292. **Conclusion du A.** Dans l'affaire *Tetra Laval*, le pourvoi déposé par la Commission invitait la Cour de justice à modérer le standard de preuve prétendument retenu par le Tribunal. La Cour n'a pas répondu sur ce terrain. Ce faisant, elle a rendu un arrêt qui paraît livrer des enseignements très généraux sur ce qui fait varier les exigences de preuve du juge. La dimension temporelle des faits allégués et la complexité des allégations sont des facteurs explicatifs d'exigences renforcées de la part du juge. Il convient d'insister sur le fait que cette

---

[1] Arrêts Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, point 44, et du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil, point 66.

[2] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, préc., points 154-156 : ce passage souligne la nécessité de formuler un scénario pour rendre compte d'un enchaînement causal complexe.

[3] Sur les connaissances économiques personnelles du juge, V. *supra* n° 894 et s.

perspective est inverse de celle qui est adoptée dans la théorie du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Dans cette théorie (régulièrement rappelée par la Cour elle-même), la complexité justifie une limitation du contrôle juridictionnel. Nous avons démontré que la complexité des allégations est, au contraire, un facteur de renforcement des exigences de preuve. Par ailleurs, un troisième facteur permet de rendre compte de ces exigences : c'est l'idée que se fait le juge de la normalité économique.

1293. Si l'on peut tirer de cette dernière observation une conclusion pratique, c'est peut-être la suivante. L'égalité des justiciables commande la cohérence dans les exigences de preuves. Il semble que, en droit de la concurrence, la satisfaction de cette exigence passe par une socle de connaissances économiques qui serait commun aux différents juges chargés d'appliquer les règles de concurrence.

1294. Après avoir analysé les différents éléments qui permettent de rendre compte de l'intensité variable du contrôle juridictionnel sur les preuves, il reste à montrer que le raisonnement économique exerce un effet réflexif sur le contrôle : il est lui-même un facteur d'explication de l'intensité de ce contrôle.

B. Le raisonnement économique comme facteur d'explication de l'intensité du contrôle

1295. **Annonce et plan.** Le raisonnement économique des autorités de concurrence, des parties ou de la doctrine influence de plusieurs manières l'intensité du contrôle juridictionnel. Le raisonnement économique des autorités de concurrence a une influence en tant que facteur de nouveauté dans l'interprétation. Le contrôle juridictionnel s'approfondit alors en raison du principe très général selon lequel toute pratique décisionnelle nouvelle doit être particulièrement motivée. Dans ce cas, l'approfondissement résulte donc de la nouveauté juridique qu'introduit le raisonnement économique (1). En second lieu, le raisonnement économique nourrit plus généralement l'intensification du contrôle du juge. En structurant les allégations et en conceptualisant les questions d'appréciation, il constitue, comme on l'a vu, un instrument d'extension de la légalité[1]. Sans revenir sur ce point, il convient de souligner que le raisonnement économique est aussi la source d'une influence doctrinale en faveur d'un contrôle renforcé de motivation (2). On peut alors se demander quelle est la limite à l'approfondissement du contrôle juridictionnel. Il nous semble qu'elle tient à l'office du juge (3).

[1] *Supra* n° 1218 et s.

1. Le raisonnement économique, facteur de nouveauté de l'interprétation

1296. **Motivation et nouveauté.** L'obligation de motivation est appréciée en fonction de la conformité de la décision déférée à la pratique décisionnelle. La Cour a en effet jugé que, « [s]i une décision qui se place dans la ligne d'une pratique décisionnelle constante peut être motivée d'une manière sommaire, notamment par une référence à cette pratique, il incombe à la Commission de développer son raisonnement d'une manière explicite lorsqu'une décision va sensiblement plus loin que les décisions précédentes »[1]. Une exigence de motivation particulièrement explicite s'impose donc lorsque l'autorité de concurrence adopte un raisonnement économique nouveau.

1297. On sait que, lorsque la Commission envisage un changement d'approche de grande ampleur, elle provoque une discussion en publiant un livre vert, puis fixe sa position dans des lignes directrices[2]. Dans cette hypothèse, la motivation peut se référer aux lignes directrices, qui ont, à cette fin, une valeur comparable à celle d'une pratique décisionnelle établie[3]. On pourrait croire que les lignes directrices ont une autorité un peu supérieure à celle d'une pratique décisionnelle, car elles sont en général le fruit d'une large concertation. Cependant, même dans ce cas, le Tribunal contrôle les justifications apportées par la Commission au choix des prémisses de son raisonnement économique d'ensemble[4]. Il en va *a fortiori* ainsi en l'absence de lignes directrices, dès lors qu'aucune motivation par renvoi n'est possible dans ce cas. Cette exigence est entièrement justifiée, car, en soumettant à l'exigence de motivation renforcée la réception d'un raisonnement économique, elle permet d'éviter qu'un argument d'économiste ne soit employé comme un argument d'autorité[5].

---

[1] Arrêt de la Cour du 26 novembre 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique, 73/74, Rec. p. 1491.

[2] Telle fut la démarche suivie en ce qui concerne les restrictions verticales (la consultation fut initiée par un livre vert, *La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*, COM(96) 721, janvier 1997). Telle est la démarche actuellement entreprise en ce qui concerne la « révision » de (l'interprétation de) l'article 82 CE. Le document de discussion produit par la commission ainsi que les commentaires reçus sont accessibles sur le site de la Commission http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article_82_review.html.

[3] Les lignes directrices apparaissent sous cet angle comme une nouvelle hypothèse de « résurgence du rescrit », par laquelle l'administration crée des attentes légitimes sur l'interprétation du droit. B. OPPETIT, « La résurgence du rescrit », *D.*, 1991, chron. p. 105.

[4] V. par exemple arrêt du Tribunal du 21 mars 2002, Joynson/Commission, T-231/99, Rec. p. II-2085, points 48-49. Le Tribunal relève que la Commission a *à juste titre* admis dans le règlement d'exemption (cité note préc.) que les accords de fourniture exclusive de bière présentaient des avantages et qu'elle s'y est *à juste titre* référée dans sa décision.

[5] G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (dir.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, préc.

1298. Cette exigence s'applique notamment lorsqu'un raisonnement économique conduirait au redécoupage d'une qualification ou d'une qualification intermédiaire. La Commission dispose d'un pouvoir de *jurisdictio*, mais doit se justifier lorsque, en l'exerçant, elle déjoue les attentes légitimes. En revanche, elle pourrait, pour prendre un exemple déjà analysé, considérer que la manière de présenter les faits au soutien d'une allégation de prédation mérite d'être modifiée[1]. Si elle était par exemple convaincue de la pertinence d'un critère qui a été proposé par la doctrine économique – par exemple le critère de l'inégale dépendance du financement du prédateur et de la proie présumée à leurs résultats de court terme respectifs[2] – rien ne l'empêcherait de l'utiliser dans sa décision, à condition d'exposer en quoi ce critère est pertinent. De même, l'obligation de motivation renforcée s'appliquerait à l'adoption d'une nouvelle méthode de calcul des coûts, notamment en matière de prédation, ou à une nouvelle approche du dommage en matière de sanction. Plus généralement, l'obligation renforcée de motivation s'applique à tout raisonnement économique qui entraîne une modification dans la méthode d'appréciation des faits au regard des qualifications principales ou intermédiaires.

1299. **Conclusion du 1.** En tant que les raisonnements économiques proposés par la doctrine économique sont adoptés par les autorités de concurrence et conduisent à des approches nouvelles de la qualification, ils sont soumis à l'exigence de motivation renforcée qui s'applique à toute pratique décisionnelle nouvelle. Par ailleurs, la doctrine économique s'adresse également directement au juge pour l'inviter à approfondir son contrôle de motivation.

2. Le raisonnement économique comme invitation au renforcement du contrôle de motivation

1300. Le raisonnement économique est aussi un instrument critique de l'appréciation par les auditoires de la décision de justice de la suffisance de sa motivation. De longue date, les commentateurs s'appuient sur l'analyse économique pour critiquer l'insuffisante motivation des arrêts des juridictions communautaires. Ainsi, René Joliet (qui n'était pas encore juge à la Cour de justice[3]) écrivait-il a propos de l'arrêt rendu dans l'affaire des matières colorantes que, « si l'arrêt *ICI* révèle que la Cour de justice est disposée à entendre des arguments fondés sur la théorie économique, il n'emporte pas la conviction quant à la qualité des analyses que

[1] *Supra* n° 687.

[2] *Supra* n° 684.

[3] Réné Joliet a été juge à la Cour de justice 1984 à 1995.

la Cour a effectuées »[1]. L'auteur reprochait à la Cour de citer des caractéristiques du marché sans exposer *en quoi* elles constituaient des indices concluants d'une concertation[2]. Ce que l'auteur reprochait en substance à la Cour était de ne pas avoir énoncé ce que nous avons appelé un scénario anticoncurrentiel. Le même type de reproche a pu être adressé à l'arrêt *Kali & Salz*[3]. Dans cet arrêt, la Cour reprochait à la Commission de n'avoir pas prouvé à suffisance de droit le risque de position dominante collective. Plus précisément, elle lui reprochait de ne pas avoir tenu compte de certains facteurs (asymétries, absence de liens structurels et pression concurrentielle de la frange). Cependant, elle n'explique pas en quoi chacun de ces facteurs contribue en l'espèce à amoindrir le risque concurrentiel[4]. Les exemples pourraient être multipliés[5]. Récemment encore, une critique du même ordre fut adressée aux arrêts *Michelin II*[6] et *British Airways*[7]. À cet égard, un auteur a relevé le contraste entre les énonciations qui, dans ces arrêts, semblent exiger une analyse économique rigoureuse et la manière dont ces mêmes exigences sont traitées dans la suite de ces mêmes arrêts[8]. La doctrine pousse souvent le juge à prolonger son contrôle de motivation par un contrôle des preuves aussi exigeant.

1301. Si le contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique ne peut s'arrêter au contrôle des motifs de droit et doit s'approfondir dans le contrôle des motifs de fait et dans le contrôle des preuves, c'est parce que le raisonnement économique fait précisément le lien entre le droit et les faits. Pour autant, la perspective de l'approfondissement du contrôle peut

---

[1] R. JOLIET, « La notion de pratique concertée et l'arrêt ICI dans une perspective comparative », *Cahiers de droit européen*, 1972, pp. 251-287, p. 278.

[2] JOLIET, *op. cit.*, p. 277. Cp. Sur, la même question des facteurs favorables à l'interdépendance oligopolistique (quoique dans le cadre de l'appréciation d'une position dominante collective), arrêt du Tribunal du 13 juillet 2006, Impala/Commission, T-464/04, non encore publié au Recueil, points 338 et s., où le Tribunal examine tour à tour les dix facteurs avancés par la Commission dans sa communication des griefs en précisant en quoi ils sont pertinents. Par exemple, le caractère public des prix est pertinent parce qu'il permet une surveillance mutuelle (point 338).

[3] J. VENIT, « Two Steps Forward and No Steps Back : Economic Analysis and Oligopolistic Dominance After *Kali & Salz* », *CML Rev.*, 1998, vol. 35, pp. 1101-1134, p. 1113.

[4] J. VENIT, préc.

[5] P.e. V. KORAH, « Tetra Pak II – Lack of Reasoning in the Court's judgment », *ECLR*, 1997, n° 2, pp. 98-103.

[6] Arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071.

[7] Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, Rec. p. II-5917. Sur ces deux arrêts, V. notamment les références citées *supra* n° 751.

[8] J. VENIT, « Article 82 : The Last Frontier – Fighting Fire with Fire ?, *Fordham Int'l L. J.*, 2005, pp. 1157-1178, spéc. p. 1158. L'auteur se réfère notamment au point 60 de l'arrêt *Michelin II*, où est exposée ce qui ressemble à un test de qualification en deux temps (selon lequel, premièrement, il faudrait examiner la justification du comportement en termes de coût et, deuxièmement, examiner ses effets).

paraître inquiétante, car le contrôle de la pertinence, de la complétude et de la cohérence des motifs[1] peut *a priori* se démultiplier à la mesure du raisonnement économique lui-même.

3. Quelles limites au contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique ?

1302. Le contrôle des motifs se démultiplie-t-il à l'infini à mesure que le raisonnement économique propose de nouveaux tests ou de nouvelles qualifications intermédiaires ? À cette question, deux éléments de réponse peuvent être apportés. Le premier tient à l'office du juge (a) et le second à son pragmatisme ou, en termes plus choisis, à la préséance qu'il accorde à la cohérence sur l'exactitude du raisonnement contrôlé (b).

a) Limite tenant à l'office du juge

1303. **Absence de limite tenant au contentieux de la légalité.** Dans la perspective du contrôle restreint que connaissent le droit communautaire et le droit administratif, il est traditionnellement enseigné que la limite ultime du contrôle de légalité tient à l'interdiction pour le juge de substituer sa décision à celle de l'administration. Cependant, nous avons vu que les limites traditionnellement assignées au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation avaient tendance à se dissoudre. En réalité, le contrôle obéit à la même logique que le contrôle de manque de base légale : il s'approfondit au gré des contestations. Le contrôle du juge administratif de la légalité ne serait donc pas, par principe, moins intense que celui du juge qui a le pouvoir de réformer la décision qui lui est déférée. En réalité, le constat n'est pas tellement nouveau. Marcel Waline avait déjà exposé pourquoi l'interdiction faite à certains juges de substituer leur décision à celle qu'ils contrôlent n'est pas une vraie limite quant à l'intensité du contrôle. Cet auteur expliquait que le juge de l'excès de pouvoir (qui ne peut substituer sa décision) n'a pas moins de pouvoir que le juge de plein contentieux (qui le peut), pour la raison simple que la limitation du pouvoir du juge exerçant un contrôle de légalité porte sur le seul dispositif de l'arrêt qu'il rend et non sur ses motifs. Ainsi, l'intensité du contrôle n'est pas relative à la variété de ce que le juge peut ordonner, mais au degré d'élaboration de la motivation. Le juge qui reprend les motifs de la décision qui lui est déférée sans exposer nettement en quoi ils sont pertinents ou, à l'inverse, censure une décision sans expliquer en quoi ses motifs sont erronés, n'exerce pas un contrôle approfondi quand bien même il disposerait d'un pouvoir de réformation. L'intensité du contrôle ne dépend donc pas

[1] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 39, Arrêt du Tribunal du14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, point 187).

des pouvoirs du juge, mais du degré de conceptualisation des contestations, de la possibilité pour le juge d'y répondre de manière motivée et de sa volonté de le faire, et c'est là, on l'a dit, que le raisonnement économique intervient. Il suggère aux parties des contestations, au juge des motivations et, relayé par la doctrine, il encourage le juge à approfondir son contrôle.

1304. **Véritable limite.** La vraie limite du contrôle sur le raisonnement économique tient à notre avis au fait que le juge ne substitue pas son *raisonnement* à celui qui sous-tend la décision contrôlée. Il contrôle la pertinence des éléments que le raisonnement lie les uns aux autres, il contrôle la cohérence logique du scénario, il contrôle encore la vraisemblance du scénario élaboré, mais il ne contrôle pas la justesse du raisonnement qui forme le scénario. Cette proposition peut être illustrée par le contrôle du juge communautaire sur le choix par la Commission des différents scénarios anticoncurrentiels.

1305. **Illustration.** Pour reprendre l'exemple, désormais familier, du scénario de l'effet de levier dans l'arrêt *Tetra Laval*, le Tribunal de première instance considère implicitement que la Commission peut à bon droit prendre en considération les modalités d'exercice d'un effet de levier telles qu'elles résultent d'une analyse économique *a priori*, qu'il lui appartient de mener et qu'il ne contrôle pas dans le détail. Son analyse sur ce point est très brève. Le Tribunal se borne à contrôler l'admissibilité des facteurs pris en considération par la Commission pour bâtir son scénario, sans examiner la question de savoir si d'autres facteurs auraient été plus pertinents. Il n'exerce donc pas de contrôle de complétude sur ces motifs. Le Tribunal ne s'autoriserait très certainement ni à reprocher à la Commission d'avoir envisagé un scénario (ce serait du reste vain, puisqu'il peut lui reprocher de l'avoir retenu à tort), ni à lui reprocher de ne pas avoir envisagé un scénario qui aurait mérité de l'être. Il s'agit cette fois d'une limite inhérente à l'office du juge.

1306. **L'office du juge comme limite commune aux différents contentieux.** La véritable limite du contrôle juridictionnel ne nous semble pas propre au juge de la légalité, mais à tout juge. Aucun principe juridique ne semble interdire au juge de plein contentieux d'élaborer lui-même des scénarios qu'il estime mieux fondés que ceux de l'autorité de concurrence. La Cour d'appel de Paris aurait par exemple ce pouvoir. Cependant, on peut penser que l'élaboration de scénarios relève par excellence de la contribution des économistes à l'application du droit de la concurrence et que la spécialisation des juges ne doit pas aller jusqu'à les transformer en experts. La limite du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique ne dépend donc pas tant de la compétence du juge, au sens juridique, que d'une déférence raisonnable à une compétence, au sens technique, celle des économistes. Cette limite s'applique aussi au

contentieux purement privé de la concurrence. C'est alors la distinction du rôle du juge et des parties qui explique l'absence de contrôle sur les scénarios : ce n'est tout simplement pas le rôle du juge de construire les allégations.

1307. Une seconde limite au contrôle des motifs sur le raisonnement économique tient au pragmatisme du juge. Lorsque le contrôle des motifs implique des vérifications trop complexes, il y renonce.

b) Le pragmatisme dans le contrôle des motifs ou la préséance de l'exigence de cohérence sur l'exigence d'exactitude

1308. Sur cette question encore, l'arrêt *Tetra Laval*[1] est riche d'enseignements. En effet, il illustre la manière dont un juge de cassation limite le contrôle qui peut être exercé au titre du contrôle des motifs sur le raisonnement économique.

1309. **Refus d'un objet de preuve trop spéculatif.** On se souvient que, dans cette affaire, le Tribunal de première instance avait censuré une insuffisance de motifs tout à fait analogue à un « manque de base légale », puisqu'il considérait que la Commission aurait dû prendre en considération, dans son analyse du comportement probable de l'entreprise issue de l'opération de concentration en cause, l'ensemble des incitations qui auraient pesé sur cette entité[2]. Le Tribunal avait jugé que ces incitations devaient être appréciées, d'une part, au regard de l'obligation qu'aurait eu l'entreprise fusionnée de ne pas contrevenir à l'article 82 CE et, d'autre part, de son obligation de respecter des engagements présentés à la Commission pour obtenir l'autorisation de l'opération de concentration. L'arrêt est censuré par la Cour de justice sur le premier point, au motif que le Tribunal ne pouvait exiger la prise en compte par la Commission de l'effet dissuasif de l'article 82 CE[3]. La censure est justifiée par la circonstance que la preuve de l'effet dissuasif de l'article 82 CE serait impossible parce que fondée sur des considérations « trop spéculatives »[4]. Ainsi, la Cour a jugé qu'il ne pouvait être exigé de la Commission qu'elle qualifie par avance, au regard de l'article 82 CE, une pratique hypothétique que pourrait adopter une entreprise issue de l'opération de concentration qui lui

---

[1] Arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987.

[2] Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, points 156-161. Il s'agissait de l'analyse des incitations qu'aurait eu l'entreprise issue de l'opération de concentration en cause à adopter certains comportements, notamment des pratiques de ventes liées.

[3] Arrêt de la Cour 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, préc., point 78. La Cour admet en revanche que le Tribunal a titre reproché à juste à la Commission de ne pas avoir tenu compte des incitations créées par les engagements proposés (points 85 à 88).

[4] *Commission/Tetra Laval*, préc., points 75 à 78.

a été notifiée. Plus précisément, elle a souligné qu'il ne pouvait pas être demandé à la Commission de tenir compte de la probabilité de détection et de sanction de cette pratique par elle-même et dans chacun des ordres juridiques nationaux. Outre les considérations déjà évoquées sur la contrariété de cet objet de preuve à l'ordre public processuel, on peut penser que la Cour a aussi anticipé le caractère inextricable du contrôle de motivation qu'impliquerait une telle exigence. En refusant les exigences probatoires sur l'analyse des incitations, la Cour a voulu mettre un point d'arrêt au contrôle du raisonnement économique au titre du contrôle des motifs.

1310. **Maintien du raisonnement économique.** À cet égard, la postérité de cette jurisprudence est intéressante. Saisi d'une question similaire à l'occasion de l'affaire *General Electric*[1], le Tribunal de première instance a tiré les conséquences de l'arrêt *Tetra Laval* de la Cour, tout en maintenant sa position initiale quant à la pertinence, en droit, de l'effet dissuasif de l'article 82 CE pour apprécier la vraisemblance d'un comportement qui, s'il était adopté par l'entité fusionnée, causerait une restriction de concurrence. Le Tribunal a jugé que l'arrêt de la Cour impliquait seulement que l'étendue de l'obligation de motivation de la Commission sur l'effet dissuasif devait être limitée selon un principe de raison. Ainsi, le Tribunal confirme l'obligation pour la Commission de prendre en considération, lorsqu'elle apprécie la vraisemblance d'un scénario anticoncurrentiel, tant les incitations positives (perspectives de profit) que les incitations négatives, y compris l'illégalité prévisible du comportement postulé[2]. En revanche, l'étendue de cette obligation est limitée et, en particulier, n'inclut pas un examen détaillé de la probabilité de sanction de ces comportements selon tous les systèmes nationaux potentiellement concernés[3]. Il suffit que la Commission « [identifie] les comportements qu'elle prévoit »[4] et « [tienne] compte de l'effet dissuasif que pourrait avoir leur éventuel caractère clairement ou très probablement illicite au regard du droit communautaire »[5]. L'objet de preuve trop spéculatif n'est plus exigé, mais le raisonnement en termes d'incitations est maintenu.

1311. **L'équilibre trouvé : la cohérence sans l'extrême précision.** Pris ensemble, l'arrêt *Tetra Laval* de la Cour et l'arrêt *General Electric* du Tribunal illustrent à la fois la crainte qui

---

[1] Arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, non encore publié au Recueil.

[2] *General Electric*, préc., point 73.

[3] *General Electric*, préc., points 73 à 75.

[4] *General Electric*, préc., T-210/01, point 75.

[5] *Ibid.*

peut naître de l'application du contrôle du manque de base légale au raisonnement économique et le type de remède qu'il est possible d'y apporter. La crainte concerne la possibilité que le contrôle de motivation soit sans fin. Elle est fondée, car l'adoption d'une analyse économique complète débouche souvent sur des charges d'allégation et de preuve excessivement lourdes. Il faut donc, d'une manière ou d'une autre, limiter la prolifération des énonciations nécessaires. Pour autant, la solution qui consiste à dénier toute pertinence à des faits qui du point de vue de l'analyse économique sont pertinents ne serait pas non plus satisfaisante. Le remède qui est trouvé par les juges consiste donc à maintenir une exigence de cohérence du raisonnement tout en admettant une limite à l'exigence de motivation.

1312. Dans l'exemple considéré, l'exigence de cohérence explique que, si l'on tient compte des incitations à adopter un comportement, il faut aussi tenir compte des incitations à ne pas l'adopter. Sans cela, l'approche serait partiale. En l'occurrence, la solution aurait été nettement biaisée en faveur de l'interdiction des opérations de concentration. Elle aurait en outre été paradoxale, puisque c'est un facteur juridique dont la pertinence pour l'analyse économique aurait été rejetée, et l'aurait été par un juge. C'est sans doute ce qui explique l'interprétation créative de l'arrêt *Tetra Laval* par le Tribunal. Il tient compte de la solution posée par la Cour, mais dans la stricte limite du maintien de la cohérence du raisonnement économique, qu'il refuse d'amputer d'un élément essentiel. La solution adoptée par le Tribunal dans l'arrêt *General Electric* paraît équilibrée, car elle conserve la cohérence du raisonnement économique tout en coupant court pour l'avenir aux contestations considérées comme trop subtiles (eu égard au temps imparti à la Commission pour prendre ses décisions en matière de contrôle des concentrations). En somme, la solution revient à exiger une analyse cohérente des incitations, sans qu'il soit interdit de négliger certains aspects particulièrement difficiles à prouver. La solution au problème du contrôle infini est trouvée dans la préséance accordée à la cohérence du raisonnement sur sa complétude.

1313. **Conclusion du B.** Par un effet de miroir, le raisonnement économique apparaît comme un facteur d'approfondissement du contrôle juridictionnel … sur le raisonnement économique. Cela tient à deux raisons. La première réside dans le fait que le raisonnement économique est un facteur de nouveauté dans la pratique décisionnelle et c'est alors en tant que facteur susceptible de surprendre les attentes légitimes des justiciables qu'il est soumis à un contrôle renforcé. La seconde raison passe par le dialogue qui s'établit entre le juge et la doctrine. Les auteurs qui s'appuient sur des approches économiques sont conduits à plaider en faveur d'un contrôle de motivation et des preuves toujours plus poussé. Le juge ne peut

cependant laisser le raisonnement économique nourrir sans fin le contrôle qu'il exerce. Il faut trouver une limite. Celle-ci ne réside pas dans une doctrine qui serait spécifique au juge de la légalité, comme le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle réside dans l'office du juge. Celui-ci n'est pas un économiste et il n'est pas non plus une partie. Pour ces deux raisons, il ne lui appartient pas de bâtir des scénarios à propos des faits. Il lui appartient seulement, et c'est déjà beaucoup, de contrôler la pertinence et la cohérence des motifs contenus dans les décisions qui lui sont déférées.

1314. **Conclusion du § 2.** Des développements qui précèdent, il ressort que l'intensité du contrôle sur le raisonnement économique résulte d'une pluralité de facteurs. Pour l'essentiel, il s'agit de facteurs non spécifiques au raisonnement économique, qui sont simplement déclenchés par le raisonnement économique. Sur le terrain de la preuve, la nature des allégations à prouver, leur complexité, leur temporalité et leur « normalité » gouvernent les exigences de preuves. Sur le terrain du droit, le raisonnement économique déclenche aussi des facteurs ordinaires d'approfondissement du contrôle. Ainsi, le degré de précision et de conceptualisation des contestations est, en général, un facteur d'approfondissement du contrôle des motifs. C'est en tant qu'il permet de conceptualiser les questions d'appréciation que le raisonnement économique préside, à travers le jeu des contestations, à l'approfondissement du contrôle en droit. De même, le raisonnement économique déclenche un mécanisme ordinaire de renforcement du contrôle de motivation en tant qu'il est un facteur de nouveauté dans l'interprétation du droit.

1315. Le raisonnement économique influence ensuite de manière autonome l'intensité du contrôle. Tout d'abord, par un effet réflexif, l'analyse économique forge les contours de la « normalité économique » qui pourra être invoquée devant le juge pour influencer sa propre conception de cette normalité et, par conséquent, l'intensité de son contrôle sur les allégations économiques. Outre cette influence directe ou indirecte sur les connaissances du juge, le raisonnement économique est également un facteur contextuel du jugement. La doctrine économique constitue un facteur qui favorise une conception audacieuse de l'office du juge et l'encourage à renforcer son contrôle de motivation. Finalement, devant tant de facteurs d'approfondissement du contrôle, c'est la question de la limite du contrôle du juge sur le raisonnement économique qui se pose. Il semble qu'elle se trouve dans l'office du juge.

1316. **Conclusion de la section II.** Poser la question de l'intensité du contrôle en termes de standard de preuve ne permet pas de la résoudre. La notion de standard de preuve, comme celle de standard de contrôle, tend à obscurcir la véritable dynamique qui préside à

l'approfondissement du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique. Cette dynamique tient avant tout aux contestations. Les exigences de preuves dépendent du contenu des allégations et non de standards qui seraient constants. C'est pourquoi le raisonnement économique n'est pas seulement un objet du contrôle juridictionnel, mais aussi un facteur de son approfondissement.

1317. **Conclusion du chapitre 3.** La question de l'intensité du contrôle sur le raisonnement économique est révélée mais non résolue par le recours à des standards. L'analyse montre que ce sont finalement des éléments assez classiques qui permettent de rendre compte de la modulation par le juge de l'intensité de son contrôle. Motulsky considérait que la détermination des énonciations nécessaires dépendait, d'une part, de l'analyse de la règle et, d'autre part, des contestations. Ces remarques rendent compte d'une bonne part de nos conclusions. Les contestations inspirées par le raisonnement économique constituent le moteur de l'approfondissement du contrôle. En ce sens, le raisonnement économique préside à la demande de contrôle approfondi. Le raisonnement économique intervient aussi dans l'interprétation de la règle de droit, à travers les propositions de tests de qualification. En ce sens, il offre au juge les outils de son contrôle.

1318. **Conclusion du titre II.** Nous avons montré dans ce titre que le raisonnement économique se présentait au contrôle du juge à plusieurs titres : il entre dans différents objets du contrôle juridictionnel, et dans certains plus que d'autres. Le raisonnement économique n'est donc pas, du point de vue du juge, un objet *sui generis*. C'est une source ordinaire d'arguments, qui donne lieu en particulier mais non exclusivement à un contrôle au titre des appréciations de fait et de la qualification juridique des faits. En second lieu, nous avons montré que le juge disposait d'une technique particulièrement adaptée au contrôle du raisonnement économique. Il s'agit du contrôle de motivation, théorisé en droit privé sous le nom de contrôle du manque de base légale. Là encore, le raisonnement économique n'est donc pas un facteur de bouleversement, puisqu'il est saisi par les outils ordinaires du contrôle. Tout au plus le prisme du raisonnement économique révèle-t-il la dynamique commune des contrôles juridictionnels, au-delà de la diversité des contentieux. En ce qui concerne l'intensité du contrôle sur le raisonnement économique, nous avons précisément vu qu'une théorie spécifique au contentieux de type administratif, comme la théorie du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, avait peine à rendre compte de l'intensité variable du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique. Pas davantage les notions de standard de contrôle ou de standard de preuve, souvent mises en avant en droit communautaire, n'ont

paru très fructueuses pour rendre compte de l'intensité du contrôle. La dynamique qui préside à l'approfondissement du contrôle sur le raisonnement économique prend sa source dans les éléments qui se retrouvent dans tout procès : les contestations des parties et les conceptions du juge.

1319. **Conclusion de la seconde partie.** Dans le premier titre de cette partie, nous avons montré quelle place revenait au raisonnement économique dans l'élaboration du jugement. Le raisonnement économique est pour le juge un outil de qualification juridique des faits. Le juge peut s'inspirer de raisonnements économiques pour identifier les faits pertinents (les éléments de la qualification). Il peut aussi s'appuyer sur des raisonnements économiques pour préciser les liens qui doivent être démontrés entre les différents éléments d'une qualification. Il s'agit alors de définir ce que nous avons appelé un test de qualification et qui correspond à la structure de la qualification. Nous avons également mis en lumière le rôle des connaissances économiques qui, indépendamment du raisonnement proprement dit, interviennent à différents moments essentiels du jugement : dans l'appréciation des preuves et dans l'admission de présomptions. Dans certains cas, les connaissances économiques personnelles du juge peuvent aussi intervenir dans l'interprétation du droit. Ces connaissances ne sont pas nécessairement théoriques. Elles peuvent porter sur des données de faits qui, par leur généralité, dépassent les faits de la cause. Il peut aussi s'agir de conceptions relatives à des enchaînements causals normaux. Pour ces raisons, nous avons nommé ces connaissances économiques du juge « règles d'expérience économiques ». L'importance de ces règles d'expérience justifie une attention particulière à l'information des juges sur les connaissances économiques empiriques disponibles. Cette information peut relever pour partie de la formation des juges. Elle doit pouvoir aussi être apportée au procès. À cet égard, l'institution de l'*amicus curiae* présente un intérêt. Cependant, on ne peut se contenter de s'intéresser à la qualité de l'information économique dont disposent les juges. Il est essentiel que la contradiction soit assurée sur tous les éléments qui concourent à la formation du jugement, y compris les connaissances préalables du juge.

1320. Dans le second titre de cette partie, nous avons examiné l'incidence de la place du raisonnement économique dans le jugement du point de vue du contrôle juridictionnel. Il est apparu que le raisonnement économique entrait dans plusieurs objets du contrôle. C'est principalement au titre des appréciations et des qualifications que le raisonnement économique est contrôlé. Du point de vue des techniques de contrôle, le contrôle de motivation, théorisé en droit privé sous le nom de contrôle de manque de base légale, est la

technique privilégiée par laquelle le juge peut saisir le raisonnement économique. Cela tient à une affinité profonde entre l'objet et la technique de contrôle. En effet, l'approche économique contemporaine des restrictions de concurrence retrouve d'elle-même l'exigence juridique de motivation. Le contrôle de motivation est donc, au sens fort, le contrôle qui *convient* au raisonnement économique. Cela démontre qu'aucune innovation de technique juridique n'est nécessaire pour que le juge puisse adéquatement traiter les contestations dont il est saisi, même lorsqu'elles sont économiquement sophistiquées. Après avoir repéré la place du raisonnement économique parmi les objets du contrôle juridictionnel et établi quelle technique de contrôle était la plus appropriée, il restait à s'interroger sur l'intensité du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique. Cette interrogation était la plus délicate, tant la question est en elle-même difficile et débattue. Nous sommes partis du débat qui se déroule en droit communautaire et qui est formulé en termes de « standard de contrôle » et de « standard de preuve ». Cette manière peu familière d'aborder la question du contrôle juridictionnel s'est révélée intéressante quoique non conclusive. En réalité, la notion de standard de contrôle peut difficilement rendre compte à elle seule de l'intensité du contrôle. En effet tout standard est une notion à contenu variable. Dès lors, ce qui importe est moins la formulation du standard lui-même (par exemple « contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ») que la découverte des facteurs qui font varier l'application de ce standard. À cet égard, nous avons montré que le facteur déterminant était celui qui se trouve au cœur de la théorie du manque de base légale, à savoir les contestations. C'est en réponse aux contestations que le juge approfondit son contrôle de motivation sur le raisonnement économique des autorités de concurrence. Il n'existe pas de facteur limitatif objectif à l'approfondissement du contrôle, mais seulement la conception que le juge se fait de son propre office.

1321. En ce qui concerne la notion de standard de preuve, nous avons vu qu'elle ne permettait pas non plus à elle seule d'expliquer l'intensité du contrôle juridictionnel. En revanche, la discussion qui s'est établie sur le standard de preuve, y compris dans le prétoire des juridictions communautaires, a conduit à mettre en lumière les éléments qui rendent compte de la variation des exigences de preuve formulées par le juge. Ces éléments tiennent à la fois aux parties et au juge. En effet, les exigences de preuve dépendent de l'objet des l'allégations et de l'idée que se fait le juge de leur originalité par rapport à la normalité économique. On retrouve donc l'importance des connaissances personnelles du juge.

1322. Les conclusions auxquelles nous parvenons conduisent donc à souligner que les allégations et les preuves contenant des raisonnements économiques n'ont aucune spécificité du point de vue du juge. Elles sont appréhendées à partir d'une technique de contrôle qui n'est pas spécifique et s'adapte parfaitement au raisonnement économique. Par ailleurs, l'intensité du contrôle sur les motifs et sur les preuves dépend de facteurs qui ne sont pas propres au raisonnement économique mais aux parties et à leurs allégations, ainsi qu'au juge et à ses connaissances et conceptions.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1323. Le droit de la concurrence se présente comme une matière extrêmement spécialisée et sa technicité est particulièrement déroutante pour le juriste. En effet, l'économie n'est pas un savoir technique ordinaire. Son rôle dans le contentieux de la concurrence n'est pas comparable à celui qui revient, par exemple, au savoir médical dans le contentieux de la responsabilité des médecins ou au savoir architectural dans le contentieux de la construction. En effet, l'économie n'intervient pas seulement dans la connaissance de certains faits, elle s'insère dans le droit lui-même. Cela peut porter à craindre que les juristes en général et les juges en particulier ne soient dépossédés des règles de droit. La présente étude a démontré que cette crainte était infondée. Elle confirme et prolonge le propos rassurant de l'avocat général Lagrange, qui disait de l'économie qu'elle n'était pas une science exacte, mais n'était pas non plus une science occulte[1]. En effet, nous avons montré que l'économie ne défiait pas la rationalité juridique et ne remettait pas en cause la méthode du juge. Le juge peut au contraire se saisir du raisonnement économique selon des techniques juridiques ordinaires, qui n'ont rien de spécifique au droit de la concurrence.

1324. Pour parvenir à cette conclusion, nous avons tout d'abord envisagé les obstacles qui paraissaient s'opposer à la réception de raisonnements économiques par le juge. Trois types d'obstacles ont été successivement examinés. Le premier tient au fait que les raisonnements économiques reposent sur des prémisses normatives : les économistes postulent que les règles de droit de la concurrence poursuivent certaines finalités. Or, le juge doit appliquer les textes, dont rien ne dit qu'ils reflètent nécessairement les conceptions des économistes. Il était donc envisageable que le juge ne puisse accepter le raisonnement économique sans faillir à son devoir d'appliquer les textes. Nous avons démontré que tel n'était pas le cas. Du point de vue du juge, les prémisses normatives des économistes ne sont pas acceptables à titre exclusif, mais, au vu des règles du droit de la concurrence, elles sont acceptables. Il en résulte que le raisonnement économique peut légitimement former une partie du raisonnement judiciaire.

1325. Le deuxième type d'obstacle examiné tient aux méthodes de raisonnement. On oppose parfois la logique juridique et la logique économique, au motif que la première serait déductive (car tournée vers le syllogisme judiciaire), tandis que la seconde serait inductive (car elle part des conséquences pour en inférer à la règle). Il arrive aussi que l'on oppose une

[1] *Supra*, n° 1, p. 1.

logique qualitative, qui serait celle du droit, à une logique quantitative, qui serait celle de l'économie. Nous avons montré que ces oppositions étaient superficielles et fausses. Il existe au contraire de véritables points de rencontre entre le raisonnement économique et le raisonnement juridique. L'un et l'autre relèvent d'un logique commune, qui est une logique de l'argumentation. Le juge peut donc admettre un raisonnement économique en ne dénaturant ni sa propre méthode, ni le raisonnement économique.

1326. Enfin, le troisième type d'obstacle qui a été envisagé concerne les tensions qui peuvent exister entre certains principes juridiques et certains raisonnements économiques. Nous avons montré que de telles tensions pouvaient exister notamment au regard du principe de sécurité juridique et du principe de présomption d'innocence. Elles ne sont cependant pas générales et commandent au contraire une approche au cas par cas : tout dépend du raisonnement économique particulier qui est en cause. Le juge doit ainsi faire preuve d'une prudence circonstanciée à l'égard des raisonnements économiques qui lui sont présentés. Avant de les faire siens, il doit s'assurer que les solutions qui en découlent n'ont pas pour effet de contrarier les principes dont il assure le respect. Il doit également être attentif aux difficultés de preuve qui peuvent résulter de l'adoption d'une approche économique.

1327. Ce premier volet de l'analyse, consacré aux obstacles à la réception du raisonnement économique, conduisait donc à conclure qu'aucun des obstacles concevables n'était général ou absolu. Il en résultait que le juge pouvait faire preuve d'ouverture à l'égard du raisonnement économique.

1328. Nous avons constaté que cette ouverture était réelle. Elle l'est, en premier lieu, lorsque l'interprétation des notions vagues du droit de la concurrence appelle nécessairement un apport économique. Tel est le cas de la notion-clé de restriction de concurrence. À cet égard, nous avons montré que la jurisprudence reflétait, dans une mesure variable, différents apports théoriques de l'économie. En second lieu, l'ouverture du juge à l'économie s'observe aussi dans des hypothèses où les textes auraient pu ne pas y conduire, comme à propos de la notion de marché. Les développements consacrés à la manière dont les juges utilisent cette notion ont par ailleurs permis de montrer que la réception d'une *notion* économique n'allait pas nécessairement de pair avec la réception d'un *raisonnement* économique. Le juge peut, dans certains emplois d'une notion comme celle de marché, se détacher du raisonnement économique dans lequel elle prend sens. À ce stade de la réflexion, il était donc permis de conclure que la réception du raisonnement économique était réelle, mais pas systématique ni toujours cohérente.

1329. La première partie de cette étude a ainsi permis d'apporter une réponse aux interrogations relatives à la légitimité et à la possibilité de réception du raisonnement économique. À la question consistant à se demander *si* le juge peut admettre un raisonnement économique (au double de sens de « pouvoir »), la réponse est affirmative : le juge y est autorisé par les textes et il le fait effectivement. Cette conclusion débouchait cependant sur une autre question, à savoir : *comment* le juge intègre-t-il le raisonnement économique à sa propre méthode ?

1330. La réponse à cette question passe par un constat sur le statut de l'économie. Du point de vue du juge de la concurrence, l'économie se présente comme une doctrine des faits pertinents. Le raisonnement économique sert donc à identifier ces faits, ce qui correspond très précisément à l'une des tâches du juge lorsqu'il doit procéder à la qualification juridique des faits. D'un point de vue technique, le raisonnement économique peut servir à désigner certains éléments de la qualification et/ou la structure d'ensemble de la qualification. Nous avons proposé de désigner ces deux modalités d'insertion du raisonnement économique respectivement comme la consécration de *qualifications intermédiaires* et de *tests de qualification*. D'un point de vue plus général, on peut dire que le raisonnement économique trouve à s'insérer dans le raisonnement judiciaire au stade de la recherche des prémisses du syllogisme. Il résulte aussi de l'analyse proposée que la réception de raisonnements économiques par le juge ne suppose pas de techniques nouvelles. Elle se fait à travers les outils habituels de la qualification, dont la richesse est révélée, et selon une méthode qui n'est pas propre au droit de la concurrence. Cette analyse permet de conclure que le juge n'est pas instrumentalisé par la théorie économique qui aurait conquis le droit ; il instrumentalise au contraire le raisonnement économique pour remplir son office.

1331. L'usage du raisonnement économique dans l'opération de qualification soulève par ailleurs certaines questions procédurales. Deux sont apparues comme étant particulièrement importantes. La première concerne l'organisation de la contradiction sur tous les éléments du raisonnement économique conduisant à la qualification. Aucun outil procédural nouveau n'est nécessaire pour cela. Tout au plus doit-on attirer l'attention sur une exigence qui découle du principe du contradictoire : il faut que le juge organise la contradiction sur ses connaissances économiques personnelles lorsqu'il s'en sert à titre de règles d'expérience pour parvenir à la solution du litige. La seconde question d'ordre procédural concerne les modalités selon lesquelles des connaissances économiques peuvent être apportées au procès. À cet égard, il a été souligné que l'expertise n'était pas une modalité adaptée à tous les usages du

raisonnement économique, car celui-ci ne sert pas seulement à l'appréciation des faits, mais aussi à l'interprétation du droit. Partant, l'utilité qui s'attacherait à l'organisation de l'audition par les tribunaux d'*amici curiae* a été soulignée.

1332. Une fois établi le fait que la place du raisonnement économique dans le raisonnement du juge se situe au cœur même de la décision judiciaire, à savoir dans la qualification juridique des faits, il restait à s'interroger sur la manière dont le contrôle juridictionnel s'exerce sur le raisonnement économique. À cet égard, nous avons montré que la technique de contrôle la plus adaptée au raisonnement économique était le contrôle de motivation. Cela tient à une affinité profonde entre cette technique de contrôle et le type de raisonnement économique qui peut éclairer la qualification des faits. Cette conclusion conduit par ailleurs à souligner la parenté qui existe entre le contentieux judiciaire et le contentieux de type administratif lorsqu'ils sont envisagés du point de vue du raisonnement économique. En effet, la théorie qui explique le mieux le contrôle exercé dans le contentieux communautaire, qui est de type administratif, est la théorie du manque de base légale, élaborée à l'origine pour rendre compte du contrôle de cassation. Cette théorie fait du contrôle des motifs exercé par le juge le reflet des contestations formulées par les parties[1]. L'analyse proposée montre que, au-delà de la diversité des contentieux, l'intensité du contrôle des motifs à travers lesquels le raisonnement économique est saisi s'explique en effet avant tout par le jeu des contestations. La théorie du manque de base légale n'est donc pas seulement la pierre de touche de la technique juridique, elle est aussi la clé du contrôle juridictionnel sur le raisonnement économique.

[1] H. MOTULSKY, « Le "manque de base légale", pierre de touche de la technique juridique », *JCP*, 1949, I-775, repris dans *Écrits*, Dalloz, 1973, préf. G. CORNU et J. FOYER, pp. 31-37, spéc. p. 35.

BIBLIOGRAPHIE

1. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

ALLAND, D., et **RIALS, S.,** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF et Lamy, 2003.

BELLAMY, C., et **CHILD, G.,** *Common Market Law of Competition*, Sweet & Maxwell, 5e éd., 2001.

BERAUD, A., et **FACARELLO, G.,** *Nouvelle histoire de la pensée économique*, La découverte, 2000.

BISHOP, S., et **WALKER, M.,** *The Economics of EC Competition Law*, 2e éd., Sweet&Maxwell, Londres, 2002.

BLAISE, J.-B., *Droit des affaires*, LGDJ, coll. « manuel », 3e éd., 2002.

BLASSELLE, R., *Traité de droit européen de la concurrence*, Publisud, 2002, T. 1.

BORÉ, J., et **BORÉ, L.,** *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 3e éd. 2003-2004.

BOULOUIS, J., CHEVALLIER, R.-M., FASQUELLE, D., et **BLANQUET, M.,** *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, T.2, 5e éd., Dalloz 2002.

BOULOUIS, J., et **DARMON, M.,** *Contentieux communautaire*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 1997.

BOUTARD-LABARDE, M.-C., et **CANIVET, G.,** *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994.

BOY, L., *Droit économique*, L'Hermès, 2002.

BRAULT, D., *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, coll. « Droit des affaires », Paris, 2004.

CADIET, L., et **JEULAND, E.,** *Droit judiciaire privé,* Litec, 4e éd., 2004.

CARBONNIER, J., *Droit civil*, vol. 1, PUF, coll. « Quadrige », 2004.

CARBONNIER, J., *Introduction au droit*, PUF, coll. « Thémis », 27e éd., 2002.

CARLTON, D., et **PERLOFF, J.,** *Économie industrielle*, trad. fr. F. MAZEROLLE, De Boeck, 1998.

CHAPUS, R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 9e éd. 2001.

COMBE, E., *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, coll « Précis », 1re éd. 2005.

CORNU, G., *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3e éd., 2005.

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2e éd. 2001.

DE LAUBADÈRE , A., **VENEZIA, J.-Cl.,** et **GAUDEMET, Y.,** *Droit administratif*, 17e éd., LDGJ, coll. « manuel », 2002.

DECOCQ, A., et **DECOCQ, G.,** *Droit de la concurrence interne et communautaire*, LGDJ, coll. « manuel », 2002.

DIDIER, P., et **DIDIER, Ph.,** *Droit commercial*, Economica, 2006.

EHLERMANN, C.-D., et **ATANASIU, I.,** *European Competition Law Annual 2004 : The Relationship between Competition Law and (Liberal) Professions*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

FARJAT, G., *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, 1re éd. 1971.

FAULL, J., et **NIKPAY, A.,** (éd.), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999.

FRISON-ROCHE, M.-A., et **PAYET, M.-S.,** *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll « Précis », 1re 2006.

GAVALDA, Ch., et **PARLÉANI, G.,** *Droit européen des affaires*, 4e édition, Litec, 2002.

GLAIS, M., et **LAURENT, Ph.,** *Traité d'économie et de droit de la* concurrence, PUF, 1982.

GUINCHARD, S., BANDRAC, M., DELICOSTOPOULOS, C. S., DELICOSTOPOULOS, I. S., DOUCHY-OUDOT, M., FERRAND, F., LAGARDE, X., MAGNIER, V., RUIZ FABRI, H., SINOPOLI, L. et **SOREL, J.-M,** *Droit processuel : Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, coll. « Précis », 3e éd., Paris, 2005.

GUINCHARD, S., *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, coll. « Dalloz action », éd. 2005-2006.

JOBARD-BACHELLIER, M.-N., et **BACHELLIER, X.,** *La technique de cassation*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 5e éd., 2003.

JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français*, 3e éd., Paris, Sirey, 1938-1940, 3 vol.

KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7th ed., Hart Publishing, 2000.

LAFFÉRIÈRE, É., *Traité de droit administratif*, T. I, 2e éd., 1896.

LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P. et **GENEVOIS, B.,** *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 15e édition, 2005.

LUCAS DE LEYSSAC, Cl., et **PARLÉANI, G.,** *Droit du marché*, PUF, coll. « Thémis », 2002.

MANIN, Ph., *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Pédone, 2004.

NICINSKY, S., *Droit public de la concurrence*, LGDJ, coll. « système », 2005.

PERELMAN, Ch., *Logique juridique: nouvelle rhéorique*, 2e éd., Dalloz, coll « Bibliothèque Dalloz », 1999.

PESCATORE, P., *Introduction à la science du droit*, Office des publications officielles, Luxembourg, 1960.

POSNER, R., *Antitrust Law*, 2e éd., University of Chicago Press, Chicago, 2001.

PUTMAN, E., *Contentieux économique*, PUF, coll. « Thémis », 1998.

RASSAT, M.-L., *Traité de procédure pénale*, PUF, coll. « Thémis », 2001.

RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966.

RIVERO, J., et **WALINE, J.,** *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 21e éd., 2006.

ROLAND, H., et **BOYER, L.,** *Adages du droit français*, Litec, 1999.

SCHAPIRA, J., LE TALLEC, G., BLAISE, J.-B., et **IDOT, L.,** *Droit européen des affaires*, T. 1, PUF, Thémis, 5e éd., 1999, p. 219.

SELLIER, B., *Droit administratif*, T. 2. L'action administrative, Flammarion, coll. Champs Université, 2e éd., 2005.

SERRA, Y., *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1993.

STARK, B., ROLAND, H., et **BOYER, L.,** *Introduction au droit*, 5e éd. Litec, 2000.

TERRE, F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 7e éd., 2006.

VINCENT, J., et **GUINCHARD, S.,** *Procédure civile*, Dalloz, coll. « Précis », 27e éd., 2003.

VOGEL, L., *Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2006.

WAELBROECK, M., et **FRIGNANI, A.,** *Commentaire J. Mégret, le droit de la CE,* vol. 4, *Concurrence,* Éditions de l'Université de Bruxelles, 2e éd. 1997.

WALINE, M., *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4ème éd., Sirey, 1946.

WHISH, R., *Competition Law,* Butterworth, 4e éd., Londres, 2001.

2. OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES, TRAVAUX COLLECTIFS

ALEMANNO, A., *Trade In Food : Regulatory and Judicial Approaches to Food Risks in the EC and the WTO*, Cameron May, Londres, 2007, à paraître

AMATO, G., *Antitrust and the Bound of Power*, Hart Publishing 1997.

AREEDA, P., et **KAPLOW, L.,** *Antitrust Analysis : Problems, Text, Cases,* Boston : Little Brown, 1988.

AREEDA, P., et **TURNER, D.,** *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Little Brown, Boston, 1978.

ARENDT, A., *La crise de la culture*, Gallimard, coll. « Folio Essai », 1989.

BACHELARD, G., *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938.

BADINTER, R., et **BREYER, S.** (à l'initiative de), *Les Entretiens de Provence : le juge dans la société contemporaine,* Publications de la Sorbonne et Fayard, coll. « Droit économique », 2003.

BEBR, G., *Development of Judicial Control of the European Communities*, Nijhoff, La Haye, 1981.

BELLIS, J.-F. (éd.), *La politique communautaire de la concurrence face à la mondialisation et à l'élargissement de l'Union européenne*, Session d'études 1999 de l'Institut Universitaire International Luxembourg, vol. 32, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001.

BÉNABENT, A., *La chance et le droit,* LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 128, 1973.

BÉRANGER, F., *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, PUAM, 2003, préf. Ch. ATIAS.

BESSONE, M., *La justice*, (recueil de textes), Flammarion, coll. « Corpus », n° 3050, 2000.

BIDAUD, L., *La délimitation du marché en droit français de la concurrence*, Litec, 2001.

BIENAYMÉ, A., *Principes de concurrence,* Economica, 1998.

BISHOP, S., et **WALKER, M.,** *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, Maxwell, 2002.

BLACK, J., *Rules and Regulators*, OUP, Oxford, 1997.

BLAUG, M., *The Methodology of Economics or How Economists Explain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.

BORÉ, L., *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, Paris, 1997.

BORK, R. H., *The Antitrust Paradox*, Free Press, 1993.

BOUDON, R., *Le juste et le vrai : Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Fayard, 1995.

BOUTERSE, R. B., *Competition and Integration : What Goals Count ?*, Kluwer, 2000.

BRAULT, D., *L'État et l'esprit de la concurrence en France*, Economica, 1987.

CALVANI, T., et **SIEGFRIED, J.,** *Economic Analysis and Antitrust Law*, Little Brown, 1979.

CANIVET, G. (dir), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006.

CÉSARO, J.-F., *Le doute en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2003.

CHAGNY, M., *Droit de la concurrence et droit des* obligations, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », T. 32, 2004.

CHAMBERLAIN, E. H., *Théorie de la concurrence monopolistique*, PUF, 1953.

CHAMBERLAIN, E. H., *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1933.

CHAPUT, Y. (dir.), *Clientèle et concurrence. Approche juridique du marché*, Litec, coll. « Le droit des affaires », 2000.

CHAUVAUD, F., *Experts et expertise judiciaire. France XIX^e^ et XX^e^ siècles*, Presses Universitaires de Rennes.

CLAMOUR, G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérénnité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », T. 51, 2006.

CLARK, J. M., *Competition as a Dynamic Process*, Brookings Institution, Washington D. C, 1961.

COOK, C. J., et **KERSE, C. S.,** *E.C. Merger Control*, Sweet & Maxwell, Londres, 3^e^ éd., 2000.

COURNOT, A., *Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses,* Calmann-Lévy, coll. « Les fondateurs », Paris, 1974.

COUSIN, V., *Cours d'histoire de la philosophie moderne*, T. 2, 1847.

CREDA, *Seuils légaux et dimensions de l'entreprise. Droits commercial, fiscal, social et économique*, Litec, coll. « droit des affaires », 1990.

CRISTIN-BELMONT, S., *Essai sur la position dominante collective en droit communautaire*, thèse Lyon III, 1999, Presses Universitaire du Septentrion, coll. « Thèses à la carte », 2002.

D'AMBRA, D., *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 236, 1994.

DABIN, J., *Doctrine générale de l'État. Éléments de philosophie politique,* Bruxelles et Paris, 1939.

DALBIGNAT-DEHARO, G., *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'institut André Tunc », T. 2, préf. L. CADIET.

DELICOSTOPOULOS, C., *L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire*, LGDJ, coll « Bibliothèque de droit privé », T. 364, 2002.

DESCHENAUX, H., « La distinction du fait et du droit dans la procédure de recours au tribunal fédéral » (Suisse), Fribourg, 1948.

DORANDEU, N., *Le dommage concurrentiel*, Presses universitaires de Perpignan, coll. « Études », préf. Y. SERRA, Perpignan, 2000.

DORIAN-DUBAN, M., *L'analyse économique du règlement des conflits : application au droit civil français*, thèse Nancy II, 2000.

DUBISSON, M., *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1957.

DUROCHER, A. (dir.), *Les conférences de consensus. Base méthodologique pour leur réalisation en France*, Paris, ANAES, 1999, disponible sur le site : http://www.anaes.fr.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (dir.), *Le droit communautaire de l'environnement : mise en œuvre et perspectives*, La documentation française, Paris, 1998.

DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

EHLERMANN, C.-D., et **ATANASIU, I.,** (éds), *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of Dominant Position ?*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

EHLERMANN, C.-D., et **ATANASIU, I.,** (éds), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2001.

EISNER, M. A., *Antitrust and the Triumph of Economics: Institutions, Expertise and Policy*, University of North Carolina Press, 1991.

ENCAOUA, D., et **GUESNERIE, R.,** *Politiques de la concurrence*, La documentation française, 2006.

FARJAT, G., *Pour un droit économique*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2004.

FASQUELLE, D., *Droit américain et droit communautaire des ententes : Étude de la règle de raison*, GLN-Joly, 1992.

FAURÉ, V., L'apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », T. 42, 2005.

FERRIER, D., et **FERRÉ, D.,** *Droit du contrôle des concentrations*, Dalloz, coll. « référence », 2004.

FOX, E. M., et **HALVERSON, T.** (éds), *Antitrust Policy in Transition : The Convergence of Law and Economics*, ABA Press, 1984.

FRISON-ROCHE, M.-A., *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988.

GABSZEWICZ, J., *La concurrence imparfaite*, La Découverte, coll. « Repères », Paris, 2003.

GARAPON, A., *L'âne portant des reliques : essai sur le rituel judiciaire*, Le centurion, coll. « Justice humaine », 1985, préf. J. CARBONNIER.

GAVIL, A. I., *An Antitrust Anthology*, Anderson Publishing, 1996.

GELLHORN, E., et **KOVACIC, W. H.,** *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West Publishing, St Paul, Minneapolis, 4e éd., 1994.

GÉNY, F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif,* 1899, réimpr de la seconde éd. (1919), LGDJ, 1996.

GÉRARD, P., VAN DE KERCHOVE, M., et **OST, F.** (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Facultés universitaire de Saint Louis, Bruxelles, 1983.

GERBER, D., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

GHESTIN, J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

GRANGER, G.-G., *Méthodologie économique*, Paris, PUF, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1955.

GREENE, W. H., *Économétrie*, 5e éd. fr. sous la direction de SCHLACHER, D., Pearson éducation, 2005.

HAARSCHER, G., INGBER, L., et **VANDER ELST, R.,** (dir.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Nemesis, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », T. 4, Bruxelles, 1988.

HAUSMAN, D., *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

HILDEBRAND, D., *The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules*, Kluwer Law International, coll. European Monographs, vol. 17, 2onde éd., La Haye 2002.

IVAINER, Th., *L'interprétation des faits en droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1988, préf. J. CARBONNIER.

IZORCHE, M.-L., *Le raisonnement juridique*, PUF, coll. « Thémis », 2001.

JACQUEMIN, A., et **REMICHE, B.,** *Les magistratures économiques et la crise*, Centre de Recherche et d'Information Socio-politiques, Bruxelles, 1984.

JACQUEMIN, A., et **SCHRANS, G.,** *La magistrature économique*, Oyez et Bruylant, 1976.

JACQUEMIN, A., et **SCHRANS, G.,** *Le droit économique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4e éd., 1974.

JANVILLE, T., *La qualification juridique des faits*, PUAM, 2004, préf. S. GUINCHARD.

JESTAZ, Ph., et **JAMIN, Ch.,** *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004.

JOBARD-BACHELLIER, M.-N., et **BACHELLIER, X.,** *La technique de cassation*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2003.

JOLIET, R., *The Rule of Reason in Antitrust Law*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967.

JONES, C., et **VAN DER WOUDE, M.,** *E.C. Competition Law Handbook*, 2003/2004 edition, Londres, Sweet & Maxwell, 2003.

KATZ, D., *Juge administratif et droit de la concurrence*, préf. L. GRARD, PUAM, 2004.

KIRAT, T., *Économie du droit*, La découverte, coll. « Repères », 1999.

KLEIWÄCHTER, F., *Die Kartellen*, Insbruck, 1883.

KORNPROBST, B., *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1959.

KUHN, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1970.

KWOKA, J. E., et **WHITE, L. J.,** *The Antitrust Revolution : Economics, Competition, Policy*, 3e éd., 1999.

LAGARDE, X., *Réflexions critiques sur le droit de la preuve*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 239.

LASOK, K.P.E., European Court of Justice : Practice and Procedure, Butterworth, 2e éd., 1994.

LE BARS, T., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LDGJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 270.

LECLERC, O., *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 443, 2005.

LECOURT, A., *Le juge et l'économie*, PUAM, 2004, préf. SAINTOURENS, B.

LEMENICIER, B., *Économie du droit*, Éd. Cujas, 1991.

LEVET, J.-L., *L'économie industrielle en évolution. Les faits face aux théories*, Economica, 2004.

LIANOS, I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique : l'exemple du traitement des relations verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, Thèse Strasbourg, 2004.

LYON-CAEN, A., C*ontrôle de la croissance des entreprises par les autorités publiques*, Thèse Paris II, 1975.

MACKAAY, E., *L'analyse économique du droit*, Éd. Thémis et Bruylant, Montréal et Bruxelles, 2000.

MAITRE, G., La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, L.G.D.J., coll. « Droit et Économie », 2005.

MAJONE, J.-D., *L'Union européenne, un État régulateur*, Paris, Montchrestien, 1995.

MALAURIE-VIGNAL, M., *L'abus de position dominante*, LGDJ, coll. Systèmes, 2002

MARIN, D., et **CLAM, J.,** (dir.), *Les Transformations de la régulation juridique*, LDGJ, coll. « Droit et société », 1998.

MARIS, B., *Antimanuel d'économie*, éditions Bréal, Paris, 2003.

MARSHALL, A., *Principles of Economics,* Londres, Macmillan, 8e éd., 1966.

MAUSEN, Y., *"Veritatis Adjutor". La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XIIe-XIVe siècles)*, thèse Paris II, 2002.

MEKKI, M., *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 411, préf. J. GHESTIN.

MENURET, J.-J., *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2002, préf. P. DELVOLVÉ.

MERCURO, S., et **MEDEMA, S.,** *Economics and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

MOLFESSIS, N. (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le premier président Canivet, Litec, 2004.

MOLFESSIS, N., *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2005, coll. « Études juridiques ».

MONNET, J., *Mémoires*, Fayard, 1976, réimpr. 2004.

MOTULSKY, H., « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Études de droit contemporain*, 1959.

MOTULSKY, H., *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973.

MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002 (réimpr.).

MOUNIN, G., *Les problèmes théoriques de la traduction*, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, Paris, 1963.

MOUSSERON, J.-M., et **SÉLINSKY, V.,** *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, 2e éd., 1988.

NARAYAN-FOURMENT, H., *L'approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix (dans les ventes commerciales et les contrats-cadre)*, PUAM, 2003.

NORMAND, J., *Le juge et le litige*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 65, 1965.

NOURRISSAT, C., et **WTTERWULGHE, R.,** *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004.

O'DONOGHUE, R. et **PADILLA, J. A.,** *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

OGUS, A., et **FAURE, M.,** *Économie du droit : le cas français*, Éd. Panthéon-Assas, coll. « droit comparé », 2002.

OLÉRON, P., *Le raisonnement*, PUF, QSJ, n° 1671, 1996.

PAYET, M.-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, Paris, 2001.

PELKMANS, J., *Market Integration in the European Community*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1984.

PERELMAN, Ch., et **VANDER ELST, R.,** *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles, 1984.

PERELMAN, Ch., *Le problème des lacunes en droit*, Études publiées par C. PERELMAN, Bruylant, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », Bruxelles, 1968.

PERELMAN, Ch., *Logique juridique : Nouvelle rhétorique*, 2e éd., réimpr. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 1999.

PERROT, A. (éd), *Réglementation et concurrence*, Economica, 1997.

PHLIPS, L., *Predatory Pricing*, Office des publications des communautés européennes, Luxembourg, 1987.

PHLIPS, L., *Predatory Pricing*, Rapport pour la Commission européenne, Office des publications des communautés européennes, Luxembourg, 1987.

PORTALIS, J.–B., *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, Éditions Confluences, Bordeaux, 1999.

POSNER, R. A., *Antitrust Law*, 2e éd., University Of Chicago Press, 2001.

POSNER, R. A., *Antitrust Law: an Economic perspective*, 1976.

PRIEUR, J. (dir.), *Seuils légaux et dimension de l'entreprise*. Droits commercial, fiscal, social et économique, Litec, coll « Droit de l'entreprise », Paris, 1990.

RIALS, S., *Le juge administratif français et la technique du standard*, (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), LGDJ, 1980, Bibliothèque de droit public, T. 135.

RIGAUX, F., *La nature du contrôle de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966.

RITLENG, D., *Le contrôle de la légalité des actes communautaire par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des communautés européennes*, Thèse Strasbourg, 1998.

ROBBINS, L., *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 1932, 2e éd. 1935, London Macmillan.

ROBINSON, J., *L'Économie de la concurrence imparfaite*, Dunod, 1969, coll. « Finance et économie appliquée », T. 49, traduction de *Economics of Imperfect Competition*, Macmillan, 1969.

ROBINSON, J., *The Economics of Imperfect Competition*, MacMillan, Londres, 2e éd. 1966, trad. française Dunod, 1969.

RUEFF, J., « La Cour et l'économie politique », *in Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, C. Heyman, Cologne, 1965.

RUEFF, J., *Œuvres complètes,* T. I, *De l'aube au crépuscule, Autobiographie*, Plon, Paris, 1977.

SALOP, S. (éd.), *Strategic Predation and Antitrust Analysis*, Federal Trade Commission, Washington, D. C., 1981.

SANSON-HERMITTE, M.-A., *Droit européen de la concurrence : cohérence économique, sécurité juridique*, Librairie technique, 1981, préf. B. GOLDMAN.

SINGER, E. M., *Antitrust Economics*, Selected Legal Cases and Economic Models, Prentice-Hall, 1968.

SMITH, A., *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, (trad. française P. TAÏEB, PUF, 1995).

SOUTY, F., *Le droit de la concurrence de l'union européenne*, 2e éd, Montchrestien, coll. « Clefs », 1999.

STOFFEL-MUNCK, Ph., *L'abus dans le contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 337, 2000.

SULLIVAN, L. A., *Handbook of the Law of Antitrust*, St. Paul, West Publishing Co., 1977, Hornbook Series.

SUNSTEIN, C., *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Boston, 2000.

TERRÉ, F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957.

TEUBNER, G., *Le Droit : un système autopoïétique*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1993.

VAN DE KERCHOVE, M., et **OST, F.,** *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Coll. Les voies du droit, Paris, 1992.

VAN BESIEN, B., *Les barrières à l'entrée et la concurrence potentielle dans le droit communautaire de la concurrence*, Thèse Paris I, 1998, Presses universitaires du Septentrion, Coll. Thèse à la carte, Villeneuve d'Asq, 2002.

VAN DAMME, J. A. (dir.), *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, De Tempel, Bruges, 1977.

VAN DEN BERGH, R. J., et **CAMESASCA, P. D.,** *European Competition Law and Economics*, Sweet & Maxwell, 2001.

VAN DER ESCH, B., *Pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif européen et contrôle juridictionnel*, Kluwer, Deventer, 1968.

VAN DROOGHENBROECK, J.-F., *Cassation et juridiction : Iura dicit Curia*, Bruylant et LGDJ, coll. « Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain », T. 41, Bruxelles et Paris, 2004, préf. J. VAN COMPERNOLLE.

VIALLARD, V., *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations. Étude comparée des droits communautaire et américain*, thèse Paris I, 2005.

VOGEL, L. *Droit de la concurrence et concentration économique. Étude comparative*, Economica, 1988, préf. B. GOLDMAN.

WALRAS, L., *Œuvres économiques complètes*, T. VIII, Paris, Economica, 1988.

WALRAS, A., *Principes mathématiques de la théorie des richesses*, Hachette, Paris, 1938.

WEBER, M., « L'objectivité de la connaissance dans les science et dans la politique sociale (1904), *in Essais sur la théorie de la science*, trad J. FREUND, Paris 1965.

WELLER, CH. (ÉD.), PORTER, M., STAUDHAMMER, P. et S. STERN, *Unique Value : Competition Based on Innovation Creating Unique Value*, Alas Books, Ashland, 2005.

WILLGERODT, H., et **PEACOCK, A.** (éd.), *Germany's Social Market Economy : Origins and Evolution*, MacMillan, Londres, 1989.

ZOLLER, É., *Le droit des États-Unis*, PUF, coll. QSJ, n° 1159, 2001

3. ARTICLES DE DOCTRINE ET NOTES DE JURISPRUDENCE

ADELMAN, M. A., *Economic Aspects of Bethlehem Opinion*, *Va. L. Rev*., 1959, 684.

AGUILA, Y., « L'officieux et le non-dit dans le jugement », Conférence du 31 mars 2005, Cour de cassation, http://www.courdecassation.fr/manifestations/tableau.

AHDAR, R., « Consumer, Redistribution of Income and the Purpose of Competition Law », *ECLR*, 2002, pp. 341-353.

AHLBORN, A., EVANS, E., et **PADILLA, J.,** « The Antitrust Economics of Bundling : A Farewell to *per se* illegality », *Antitrust Bulletin*, 2004, p. 287.

ALEMANNO, A., « What Role for the Judge in Risk Analysis, Judicial Review of Risk-Based Regulation », Conférence ERA *Current Trends in Judicial Review*, Bruxelles 27 avril 2006.

ALFANDARI, E., et **JEANTIN, M.,** obs. sous Paris, 1er octobre 1980, *RTD Com.*, 1981, p. 791.

CHAMPAUD, Cl., « Caractères du droit de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence Consommation*, 1991, fasc. 30.

DEFFOSSEZ, M., « Dépens », *J-Cl. Procédure civile*, fasc. 523.

FRISON-ROCHE, M.-A., Application de la loi par le juge (commentaire de l'article 5 du Code civil), *J-Cl. Civil*, 1995.

PERDRIAU, A., « Le contrôle normatif du fond du droit », *J-Cl. Procédure civile*, fasc. 792 (1998).

LEHMANN, R., « Les qualifications », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 531 (1988).

ALONSO, J. B., « Market Definition in the Community's Merger Control Policy », *ECLR*, 1994, pp. 195-208.

ALTON, R. M., KEARL, J. R., et **VAUGHAN, M. B.,** « Is There a Consensus Among Economists in the 1990's ? », *AER*, mai 1992, n° 2, pp. 203-209.

AMMAR, D., « Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD Civ.*, 1993, pp. 499-533.

ANCEL, B., « Qualification », *Répertoire Dalloz International*, 1998.

ANDRE, A., « Evidence before the European Court of Justice, With Special reference to the Grundig/Consten Decision », *CML Rev*, 1967, pp. 35-49.

AREEDA, P., « Introduction to Antitrust Economics », *Antitrust L. J.*, 1983 vol. 52, p. 536.

AREEDA, P., « Essential Facilities, An Epithet in Need of Limiting Principles », *Antitrust L. J.*, 1989, pp. 841-853.

AREEDA, P., et **TURNER, R.,** « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act » *Harvard L. Rev.*, 1975, p. 697.

ARHEL, P., « Les lignes directrices de la DGCCRF sur les concentrations », *JCP(E)*, 2005, n° 35, pp. 1359-1360.

ARHEL, P., « Restrictions verticales, le marché pertinent », *P.A.*, 6 octobre 2000, p. 6.

ARHEL, P., obs. sous arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, *P.A.*, 2004, nº 22, pp. 7-9.

ARHEL, P., obs. sous arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, *P.A.*, 2004, nº 53, p. 13-15.

ARHEL, P., obs. sous Paris, 1ère chambre H, 18 février 2003, CGE c. SAUR, BOCCRF n° 5 du 20 mai 2003, *JCP (E)*, n° 14, pp. 612-615.

ARMAND-PREVOST, M., « Quel profil pour un juge économique en France ? », *in Mélanges Pierre Bézard*, Petites Affiches et Montchrestien, 2002**,** pp. 33-40.

ARMITAGE, T. C., « Economic Efficiency as a Legal Norm », *Research in Law and Economics*, 1985, pp. 1-27.

ARNULL, A., « Interpretation and Precedent in English and Community Law : Evidence of Cross-fertilisation ? », *in* ANDENAS, M. (éd), *English Public Law and the Common Law of Europe*, Londres, Key Haven Publishing, 1998. pp. 93-130.

ARNULL, A., « Interpretation and Precedent in European Community Law », *in* ANDENAS, M., et JACOBS, F. (éds.), *European Community Law in the English Courts*, Oxford, OUP, 1998, pp. 115-136.

ARNULL, A., « Judicial Review of Economic Discretion in the European Community », *New Law Journal*, 23 mars 1984, pp. 287-289.

ARNULL, A., « Owning up to Fallibility : Precedent and the Court of Justice », *CML Rev.*, 1993, pp. 247-266.

AROWOLO, O., « Application of the Concept of Barriers to Entry Under Article 82 of the EC Treaty : is there a Case for Review ? », *ECLR*, 2005, n° 5, pp. 247-257.

ASSO, B., « Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la Cour européenne de justice », *RTD Eur.*, 1976, n° 1, pp. 21-50, et n° 2, pp. 177-193.

AYRES, I., « Rationalizing Cluster Markets », *Yale L. Rev.*, 1985, p. 109-125.

BADEN-FULLER, C. W., « Article 86 EEC : Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position », *ECLR*, 1979, pp. 422-441.

BAILEY, D., « Scope of Judicial Review under Article 81 EC », *CML Rev.*, 2004, pp. 1327-1360.

BAILEY, D., « Standard of Proof in EC Merger Proceedings : A Common Law Perspective », *CML Rev.*, 2003, pp. 845-888.

BAIN, J. S., « Relation of profit rate to Industry concentration : American Manufacturing », *Quarterly Journal of Economics*, 1951, p. 293.

BAKER, S, et **COSCELLI, A.,** « The Role of Market Shares in differentiated Product Markets », *ECLR*, 1999, pp. 412-419.

BARBIER DE LA SERRE, É., « Le juge, l'autorité et la clémence », *RLC* 2006/8, n° 585.

BARBIER DE LA SERRE, É., « Les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes », *RLC*, 2006/9, n° 620.

BARBIER DE LA SERRE, É., et **NOURRISSAT, C.,** note sous Paris, 1ère ch. C, 18 novembre 2004, n° 2002/19606, Thalès c/ Euromissile, « Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre », *RLC*, 2005/2, n° 150.

BARBIER DE LA SERRE, É., note sous arrêt de la Cour du 31 mai 2005, Syfait e.a./GlaxoSmithKline plc., C-53/03, Rec. p. I-4609, « Les autorités nationales de concurrence et le renvoi préjudiciel : les enseignements ambigus de l'arrêt *Syfait*, *RLC*, 2005/4, n° 299.

BARBIER DE LA SERRE, É., obs. sous arrêt de la Cour du 17 février 2005, Viacom/Giotto, C-143/03, non encore publié au Recueil, *RLC*, 2005/3, n° 230.

BARBIER DE LA SERRE, É., obs. sous arrêt du Tribunal du 5 avril 2006, Degussa/Commission, T-279/02, non encore publié au Recueil, *RLC* 8/2006, n° 565.

BARBIER DE LA SERRE, É., obs. sous arrêt du Tribunal du 8 juillet 2004, JFE Engineering Corp., Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp et Sumitomo Metal Industries Ltd/Commission, T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *RLC*, 2004/1, n° 76.

BARBIER DE LA SERRE, É., obs. sous Cass. com., 14 décembre 2004, n° 02-17012, Bouygues Telecom Caraïbes/Orange Caraïbe, Bull. civ. IV, n° 225, p. 254, *RLC*, 2005/2, n° 157.

BARBIER DE LA SERRE, É., obs. sous Cour EDH, 3 juin 2004, req. n° 69042/01, Neste c/ Russie, *RLC*, 2004/1, n° 77.

BARBIER DE LA SERRE, É., obs. sous ordonnance du Tribunal du 28 juin 2004, *Airtours*, T-342/99 DEP, *RLC*, 2004/1, n° 75.

BARCELO, J., « Precedent in European Community Law », *in* MacCormick, N., Summers, R. S., Goodhart, A. L. (éds.), *Interpreting Precedent : A Comparative Study (Applied Legal Philosophy)*, Londres, Dartmouth, 1997, pp. 407-436.

BARRE, R., « L'analyse économique au service de la science et de la politique économique », *Critique*, 1952, p. 331.

BATIFFOL, H., « Observations sur la preuve des faits » *in* PERELMAN, Ch., et FORIERS, P., (dir.), *La preuve en droit*, Travaux du Centre National de Recherches Logiques, Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 303-314.

BATIFFOL, H., « Questions de l'interprétation juridique », *APD*, T. 18, *L'interprétation en droit*, 1972, pp. 2-27.

BAUDENBACHER, C. et **HIGGINS, I.,** « Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration », *Columbia Journal of European Law*, 2002, pp. 1-17.

BAUER-BERNET, H., « Notions indéterminées et droit communautaire » *in Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 269-296.

BAUMAN, M. G., et **GODECK, P. E.,** « Could and Would Understood : Critical Elasticities and The Merger Guidelines », *Antitrust Bulletin*, 1995, p. 885.

BAUMOL, W., « Predation and the Logic of Average Variable Cost Test », *JLE*, 1996, p. 49.

BAUMOL, W., « Quasi-Permanence of Price Reduction : A Policy for Prevention of Predatory Pricing », *Yale L. J.*, 1979, p. 1.

BAY, M., et **RUIZ CALZADO, J.,** « *Tetra Laval II :* The Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions », *World Competition*, 2005, pp. 433-453.

BAZEX, M., « Le juge administratif et l'application du droit national et communautaire de la concurrence: contenu et spécificités », *Rev. Conc. Conso*., 2000, n°116, pp. 11-13.

BAZEX, M., et **THIRY, B.,** *RFDA*, 1999, p. 777, note sous C.E. 9 avril 1999, The Coca-Cola Company.

BELLAMY, C., « Le juge contrôleur du régulateur », *Régulateurs et juges*, *P.A.*, 23 janvier 2003, n° spécial, pp. 38-40.

BELLAMY, C., « The Court of First Instance : A Day in the Life of a Judge », *in Liber Amicorum in Honour of Lord Gordon Slynn of Hadley*, 2000, vol. 1, pp. 81-96.

BELLET, P., « Servitudes et liberté du juge : les articles 4 et 5 du code civil français », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Études publiées par VASSART, P., sous la direction de HAARSCHER, G., INGBER, L., et VANDER ELST, R., Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Éd. Nemesis, 1988.

BELLUSSI, G., « La justification en droit », *in* HUBIEN, H. (éd.), *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès de Bruxelles, 30 août – 3 septembre 1971, Bruylant 1971, pp. 229-232.

BENZONI, L., « Fondements de l'analyse économique des restrictions verticales », *Rev. Conc. conso.*, 2005, n° 151, pp. 7-10.

BENZONI, L., « Les enseignements de l'analyse économique », *in Les prix prédateurs comme obstacles à la concurrence*, Atelier de la concurrence du 17 novembre 1999, *Rev. Conc. Conso*, 2000, n° 113, pp. 8-10.

BERAUD, A., « Jevons, Marshall et Edgeworth : les néoclassiques anglais », *in* BERAUD, A., et FACARELLO, G. (dir), *Nouvelle histoire de la pensée économique*, T. 2, La découverte, 2000, pp. 367-448.

BERGMAN, M., « The Bronner Case – A Turning Point in the Essential Facilities Doctrine ?, *ECLR*, 2000, pp. 59-63.

BERNITZ, U., « Remarks on the Relationship between Competition Policy and Consumer Policy », *in* GOYENS, M. (éd.) *E.C. Competition Policy and the Consumer Interest,* Proceedings of the Third European Workshop on Consumer Law, Louvain-la-Neuve, 10-11 mai 1984, Cabay-Bruylant 1985, p. 101.

BÉZARD, P., « Le nouveau visage du juge économique et financier », *in Droit et vie des affaires : Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, coll. Le droit des affaires, 1997, pp. 147-167.

BIANCARELLI, J., « La Création du Tribunal de première instance des Communautés européennes : un luxe ou une nécessité », *RTD Eur.*, 1990, n° 1, pp. 1-25.

BIDAUD, L., « La question des ventes intégrées et la délimitation du marché pertinent dans la concentration Schneider/Legrand », *Contrats Conc. Conso*., 2004, n° 4, p. 12.

BIENAYMÉ, A., « La problématique du sujet », Exposé introductif à l'Atelier de réflexion du 19 octobre 1995, « L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence », *Rev. Conc. Conso*., 1996, n° 90, p. 10.

BIENAYMÉ, A., « Le progrès économique en droit de la concurrence », *Rev. conc. conso*., 1996, n° 94, p. 3.

BILGER, F., *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'économie politique », T. 5, 1964, pp. 78-79.

BISHOP, S., et **MARDSEN, S.,** « The Article 82 Discussion Paper : A Missed Opportunity », *European Competition Journal,* 2006, n° 1, pp. 1-5.

BISHOP, S., et **RIDYARD, D.,** « EC Vertical Restraints Guidelines : Effects-Based or Per Se Policy? », *ECLR*, 2002 pp. 35-38.

BLACK, J., « Reviewing Regulatory Rules : Responding to Hybridisation » *in Commercial Regulation and Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 123-157.

BLACKSTONE, W. T., « Criteria of Adequacy for Judicial Reasoning », *in* HUBIEN, H. (éd.), *Le raisonnement juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1971, pp. 233-242.

BLAISE, J.-B., « L'utilisation de la règle de raison », *in Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1993, p. 85.

BLONDEL, Ph., « Le fait source du droit », *Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, pp. 203-221.

BOCK, B., « Ethical Consideration for an Antitrust Economist : An Economist's View », *ALJ*, 1979, pp. 1875-1880.

BOLARD, G., « Les faits tirés du dossier », *Mélanges J. Normand*, pp. 45-50.

BOLTON, P., BRODLEY, J., et **RIODRAN, M.,** « Predatory Pricing : Strategic Theory and Legal Policy », *Georgetown Law Journal*, 2000, vol. 88, n° 8, pp. 2239-2330.

BOLTON, P., et **Sharfstein, D. S.,** « A Theory of Predation based on Agency Problems in Financial Contracting », *AER*, 1990, p. 80.

BOLZE, Ch., obs. sous arrêt de la Cour du 28 février 1991, Stergios Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, *RTD Com*., 1992, pp. 296-300.

BÖM, F., EUCKEN, W., et **GROSSMANN-DOERTH, H.,** *in Ordnung der Wirtschaft 2*, Kohlhammer, Stuttgart et Berlin, 1936, traduction anglaise sous le titre « The Ordo Manifesto of 1936 », *in* WILLGERODT, H., et PEACOCK, A. (éd.), *Germany's Social Market Economy : Origins and Evolution*, MacMillan, Londres, 1989, pp. 15-26.

BONASSIÈS, P., « Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen » *in Études dédiées à Alex Weill* , Dalloz et Litec, 1983*,* p. 51.

BONNARD, R., « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *Mélanges Carré de Malberg*, Topos et Duchemin, Vaduz et Paris, 1977, pp. 3-29.

BORÉ, L., « Pour mieux réparer les préjudices collectifs : une « class action » à la française ? », *Gaz. Pal*., 29 septembre 2001, p. 5 et s.

BORK, R. H., « The Role of the Courts in Applying Economics », *Antitrust L. J*., 1985, pp. 21-26.

BOSCO, D., obs. sous arrêt du Tribunal du 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6) e.a./Commission, T-112/99, Rec. II-2464, *Droit 21*, 2001, AJ n° 476.

BOUDON, R., « Esquisse d'une théorie de la rationalité », *in Le juste et le vrai : Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Fayard, 1995, pp. 527-563.

BOULANGER, F., « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD Civ.*, 1966, pp. 736-754.

BOULOC, B., « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », *Rev. Sc. Crim.*, 1985, pp. 463-473.

BOULOUIS, J., « À propos de la fonction normative de la jurisprudence : Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des communautés européennes » *in Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, pp. 149-162.

BOULOUIS, J., « Droit économique », *in Mélanges Drago*, p. 175.

BOULOUIS, J., « Rapport sur le juge communautaire » in Travaux de l'Association Capitant, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, T. XXII, 1970, pp. 252-259.

BOULOUIS, J., Chronique « Cour de justice de la communauté européenne du charbon et de l'acier », *Annuaire français de droit international*, 1955, pp. 312-324.

BOULOUIS, J., Chronique de jurisprudence Cour de justice de la CECA (1ers arrêts), *Annuaire français de droit international*, 1955, pp. 312-324.

BOUTARD-LABARDE, M.-Ch., « Droit communautaire et droit français de la concurrence : points de divergence », BICC n° 364, du 1er avril 1993.

BOUTARD-LABARDE, M.-Ch., et **BUREAU, D.,** « La délimitation du marché pertinent », *RJDA*, 1993, n° 11, pp. 743-750.

BOUTARD-LABARDE, M.-Ch., et **SAINT-ESTEBEN, R.,** « Réflexions sur le seuil de "sensibilité" en droit de la concurrence », *JCP (E)*, 1988, II 15406.

BOUZAT, G., note sous Cass. com. 25 avril 1989, Laboratoires Vichy et Ruby Bull. Civ. IV, n° 135, *RTD Com*, 1989, n° 3, p. 574.

BOY, L., « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence », *RIDE*, 2005, pp. 27-50.

BOY, L., « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *JCP (G.)*, 2004, I-166.

BOY, L., « Réflexions sur "le droit de la régulation" », *D.*, 2001, Chron. p. 3031.

BRAUCH, J. A., « The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Columbia Journal of European Law*, 2005, pp. 113-150.

BRAULT, D., « Concurrence et concentration, réflexions à partir de l'expérience américaine », *Le Droit et les affaires*, 23 octobre 1967, n° 117, doc. XLV.

BREALEY, M., « The Burden of Proof before the European Court », *E.L.Rev*, 1985, p. 250.

BREDIN, J.-D., « Le doute et l'intime conviction », *Droits*, 1996, pp. 21-30.

BREEN, E., « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », *RFDA*, 2003, pp. 1174.

BREWER, S., « Exemplary Reasoning : Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy », *Harvard L. Rev.*, 1996, pp. 923-1028.

BREWER, S., « Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process », *Yale Law Journal*, 1998, pp. 1535-1681.

BREYER, S., *Economic Reasoning and Judicial Review*, AEI-Brookings Joint Centre 2003 Distinguished Lecture, AEI Press, Washington D.C., 2004, http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840.

BRIAND-MÉDÉLO, D., « Droit de la concurrence, droit constitutionnel substantiel de d'Union européenne », *RTD com*, 2004, p. 205.

BROCHIER, H., « L'économie comme science positive et normative », *in* A. D'AUTUME ET J. CARTELIER (éd.), *L'économie devient-elle une science dure ?*, Economica, 1995, coll. « Grands débats », pp. 38-54.

BRODLEY, F., « Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technical Progress », *N.Y. L. Rev*., 1987, pp. 1020-1053.

BRODLEY, J., « Post Chicago Economics and Workable Legal Policy », *Antitrust L. J.*, 1995, pp. 683-695.

BRODLEY, J., BOLTON, P., et **RIORDAN, M.,** « Predatory Pricing : Strategic Theory and Legal Policy », *Georgetown L. J.*, 2000, pp. 2239-2330.

BRODLEY, J., BOLTON, P., et **RIORDAN, M.,** « Predatory Pricing ; Response to Critique and further Elaboration », *Georgetown L. J.*, 2001, p. 2485.

BROZEN, Y., « Competition, Efficiency and Antitrust », *Journal of World Trade*, 1969, pp. 659-670.

BRUNET, F., et **GIRGENSON, I.,** « La double réforme du contrôle des concentrations », *RTD Eur*., 2004, pp. 1-31.

BRUNT, M., « Antitrust in the Courts : The Role of Economics and of Economists », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998 (HAWK, B., éd., 1999), pp. 357-367.

BUIGUES, P., « Les lignes directrices dans l'évaluation des concentrations horizontales », *Rev. Conc. Conso*., 2005, n° 137, pp. 9-15.

CABALLERO, F., *« Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », RTD civ*., 1985.

CABRILLAC, M., « Le rôle du juge en présence de problèmes économiques en droit commercial français », *in* Travaux de l'Association Capitant, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, T. XXII, 1970, pp. 152-166.

CADIET, L., « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636, du 15 mars 2006.

CADIET, L., « L'économie des conventions relatives à la solution des litiges », *in* DEFFAINS, B. (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2000, pp. 313-331.

CADOU, E., note sous Cass. Com., 5 octobre 1999, Bull. civ. IV, n° 158, p. 133, concl. LAFORTUNE, M.-A., *JCP (G)*, 2000, n° 7/8, p. 309.

CALAIS-AULOY, J., « La loi Royer et les consommateurs », *D.*, 1974, chron., pp. 91-94.

CALVET, H., « Abus de position dominante : plaidoyer pour le bien-être du consommateur », *RLC*, 2005, n° 4, pp. 131-138, Étude n° 337.

CAMESCASCA, P. D., et **VAN DEN BERGH, R.,** « Achilles Uncovered : Revisiting the European Commission's 1997 Market Definition Notice », *Antitrust Bull.*, 2002, pp. 143-186.

CANIVET, G., « L'organisation des juridictions nationales pour l'application du droit communautaire de la concurrence », *Concurrences*, n° 1-2004, pp. 21-28.

CANIVET, G., « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD Civ*., 2005, pp. 33-71.

CANIVET, G., « The Role of the Judge », *in* EHLERMANN, C.-D., et LAUDATI, L. L. (éds), *Robert Schuman Centre Annual on Competition Law 1996*, Kluwer Law International, 1997, pp. 325-333.

CANIVET, G., « Conclusions générales », *in Régulateurs et juges*, *P.A.*, 23 janvier 2003, n° spécial, pp. 50-55.

CANIVET, G., « De l'efficacité de la politique de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 26-28 janvier 2003, pp. 83-89.

CANIVET, G., « Des obstacles juridiques à l'action de groupe », Colloque UFC – Que choisir du 10 novembre 2005, *Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice*, texte disponible sur le site de la Cour de cassation http://www.courdecassation.fr/ rubrique « publications ».

CANIVET, G., « Économie de la justice et procès équitable », *JCP (G)*, 2001, I, p. 2085.

CANIVET, G., « L'expertise en droit de la concurrence », *in* FRISON-ROCHE, M.-A., et MAZEAUD, D., (coord.), *L'expertise*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, pp. 51-61.

CANIVET, G., « La formation du juge à l'économique », *RJC*, 2002, pp. 63-73.

CANIVET, G., « Le juge et les autorités de marché », *RJC*, 1992, pp. 185-204.

CANIVET, G., « Le juge joue un rôle majeur dans l'élaboration d'une politique de concurrence », *Gaz. Pal.*, 20-21 janvier 2006, pp. 3-6.

CANIVET, G., « Le juge, le droit et l'économie », *Droit et justice* (lettre de la mission de rechercher Droit et Justice), 2004.

CANIVET, G., « Propos sans valeur ni portée à propos de la clientèle en droit de la concurrence… et ailleurs », *in* Colloque du CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, 6 décembre 2000, *Gaz. Pal.*, *Cah. dr. conc.*, n° 313-314, du 9-10 novembre 2001.

CANIVET, G., Avant-Propos, *in La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ coll. « Droit et économie », 2006, p. VII.

CANIVET, G., DEFFAINS, B., et **FRISON-ROCHE, M.-A.** (dir), *Analyse économique du droit : Quelques points d'accroche*, cycle de conférences Chaire régulation et Cour de cassation, *P.A.*, n° 99, du 19 mai 2005.

CANIVET, G., et **CHAMPALAUME, C.,** « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », *in Mélanges Pierre Bézard*, Petites Affiches et Montchrestien, 2002, pp. 257-272.

CANIVET, G., et **MOLFESSIS, N.,** « L'imagination du juge », *in La procédure en tous ses états, Mélanges Jean Buffet*, Petites Affiches, Paris, 2004, pp. 131-147.

CANIVET, G., préface à DEFFAINS, B. (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2000, p. 1.

CAPPELLETTI, M., « The "Mighty problem" of judicial review and the contribution of comparative analysis », *LIEI*, 1979, n° 2, pp. 1-29.

CAPRICE, S., et **PHILIPPE, J.,** « Les relations verticales », *in* PERROT, A. (éd.), *Réglementation et concurrence*, Economica, 1997, pp. 147-171.

CARBONNIER, J., « *De minimis* », *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, pp. 28-37.

CARBONNIER, J., « Les notions à contenu variable en droit français de la famille », *in Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 99-112.

CARLTON, D., et **WALDMAN, M.,** « How Economics Can Improve Antitrust Doctrine towards Tie-in Sales : Comment on Jean Tirole's "Analysis of Tying Cases : A Primer" », *Competition Policy International*, 2005, n° 1, pp. 27-40.

CARON, C. et **DECOCQ, G.,** obs. sous C.E., 3ème et 8ème sous-section réunies, 27 juillet 2005, Fiducial II, *JCP(E)*, 2006, 1017, n° 18.

CARON, C., et **DECOCQ, G**., obs. sous Cass. com. 8 nov. 2005, JCP(E), 2006, 1017, n° 17.

CAUSIN, E., « La preuve et l'interprétation en droit privé » *in La preuve en droit,* Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant. Coll. Travaux du centre national de recherche de logique, Bruxelles, 1981, pp. 197-236.

CAYLA, O., « La qualification ou la vérité du droit », *in La qualification*, *Droits*, vol. 18, 1993, pp. 3-18.

CERHEXE, E., « L'interprétation de l'article 86 du traité de Rome et les premières décisions de la Commission », *Cah. dr. eur.*, 1972, p. 289.

CHAGNY, M., « La pratique de "ciseau tarifaire" dans la téléphonie devant la Cour de cassation : à propos de l'objet de la preuve à administrer », Communication Commerce Électronique, 2006, n° 9, pp. 40-42.

CHAGNY, M., « Vues plurielles sur le contentieux des dommages concurrentiels », *RLC* 2005/5, n° 390.

CHAMBERLAIN, E. H., « Product Heterogeneity and public Choice», *American Economic Review* (Papers and Proceedings), 1950, vol. 40, p. 85**.**

CHAMPALAUME, C., « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence », *in Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2001, introduction.

CHAMPAUD, Cl., « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, Chron. pp. 215-220.

CHAMPAUD, Cl., « L'apport du droit de la concurrence au droit économique », *RTD Eur.*, 1987, p. 557.

CHAMPAUD, Cl., « L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies », *Justices*, 1995, n° 1, p. 64.

CHAPUS, R., « Qu'est ce qu'une juridiction : la réponse de la jurisprudence administrative », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, pp. 265-297.

CHARD, J. S., « The Economics of the application of Article 85 to Selective Distribution Systems », *European L. Rev*., 1982, pp. 83-102.

CHÉROT, J.-Y., « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA*, 2000, 687-696.

CHEVALLIER, J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices*, 1995, n° 1, p. 81.

CHEVALLIER, J., « Remarques sur les utilisations par le juge de ses informations personnelles », *RTDciv.*, 1962, pp. 5-19.

CHEYNEL, B., « Spécialisation des juridictions judiciaires, c'est désormais chose faite », *RLC*, 2006/6, n° 462.

CHEYNEL, B., obs. sur le décret d'application : n° 2005-1756 du 30 décembre 2005, JO 31 décembre 2005, p. 2831, *RLC*, 2006/6, n° 462.

CHRISTIANSEN, A., et **KERBER, W.,** « Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of "Per Se Rules vs Rule of Reason" », *Journal of Competition L. and Econ.*, 2006, pp. 215-244.

CLARK, J., « Mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence », *in Le droit de la concurrence dans les instances judiciaires, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence*, 1999, pp. 148-159.

CLARK, J., « Toward a Concept of Workable Competition », *AER*, juin 1940, vol. XXX n° 2, pp. 241-256.

CLAUDEL, E., obs. sous Cass. com., 18 avril 2000, Bull. civ. IV, n° 75, *RTD com.*, 200, 636.

CLAUDEL, E., « La processualisation du droit de la concurrence » *in* CANIVET, G. (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ coll. « Droit et économie », 2006, pp. 285-313.

CLAUDEL, E., « Les grandes tendances du droit de la concurrence en 2005 », *L'année 2005 et le droit de la concurrence*, Conférence AFEC, 2 février 2006, Cour de cassation ; http://www.courdecassation.fr/manifestations/conference/conferences_2006/afec_2005_concurrence/mme_claudel.pdf.

CLAUDEL, E., note sous Paris, 1ère chambre H, 18 février 2003, CGE c. SAUR, BOCCRF n° 5, du 20 mai 2003, *RTD com.*, 2004, pp. 83-87.

COASE, R. H., « Industrial Organisation : A proposal for research », *in* FUCHS, V. R. (éd.), *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization,* 1972, p. 67.

COATE, M. B., et **FISCHER, J. H.,** *Can Post-Chicago Economics survive Daubert ?*, *Akron L. Rev*. 2001, p. 795.

COATES, M. B., « An Analysis of Three Market Approaches»*, Research in Law and Economics*, vol. 9, 1986, pp. 29-43.

COLIN, J.-P. , *Le gouvernement des juges dans les communautés européennes*, LGDJ, 1966, p. 311.

COLLINS, M., « The Burden and Standard of Proof in Competition Litigation and Problems of Judicial Evaluation », *ERA Forum*, 2004, p. 1.

COMBE, E., « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *RIDE*, 2006, pp. 9-44.

COMPETITION LAW FORUM'S ARTICLE 82 REVIEW GROUP, « The Reform of Article 82 : Comment on the DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses », *European Competition Journal,* 2006, n° 1, pp. 169-175.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE, « Le marché pertinent », Rapport d'activité 2001, pp. 89-108.

CONSTANTINESCO, L.-J., « La Constitution économique de la C.E.E. », *RTD. Eur.*, 1977, n° 2, p. 266.

CONSTANTINESCO, V. et **SIMON, D.,** obs. sous arrêt de la Cour du 28 février 1991, Stergios Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, *J.D.I.*, 1992, p. 419-422.

COOKE, J., « Judicial method and technique in Anti-Trust Litigation », conférence Sydney, 18-20 mars 2005.

COOPER, J., FROEB, L., O'BRIEN, D., et **VITA, M.,** « Vertical Restrictions and Competition Policy : What About the Evidence ? », *Competition Policy International*, 2005, vol. 1, n° 2, pp. 45-63.

COPPENS, PH., « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit », *in* CHAPUT, Y., *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, 2002, pp. 207-222.

CORDEL, G., « Behavoural Economic Analysis of Collective Bargaining Agreements under EC Antitrust Law », *ECLR*, 2006, pp. 28-39.

CORDIER-FÉRON, L., « Refus de licence d'une entreprise en position dominante n'est pas abusif: la Cour réaffirme la jurisprudence Magill », *Gaz. Pal*., 2005, 1, jurisp. p. 35.

CORNU, G. (dir.), « *Amicus curiae* », *in Vocabulaire juridique*, 2e éd., PUF, 2001.

CORNU, G., Rapport de Synthèse, *in Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Xe colloque des Instituts d'Études Judiciaires, Paris, 1976, pp. 121-123.

COUR DE CASSATION, « Innovation technologique et concurrence », *in* Cour de cassation, pp. 67-86.

COUR DE CASSATION, obs. sous . com. 22 mai 2001, Bull. civ. IV, n° 97, *Rapport de la Cour de cassation 2001*, pp. 415-416.

COUR DE CASSATION, obs. sous Cass. com. 6 décembre 2005, Société des Caves et producteurs réunis de Roquefort, Bull. civ. IV, n° 358, *Rapport Annuel 2005* (section omise dans la version imprimée mais disponible sur le site http://www.courdecassation.fr).

COURATIER, J., « Fusions et acquisitions dans les industries en crise : une étude comparée de la législation sur la concurrence aux États-Unis et dans la CEE », *RMC*, 1988, n° 319, pp. 396-406.

CROCIONI, P., « The Hypothetical Monopolist Test : What it Can and Cannot Tell You », *ECLR*, 2002, pp. 354-362.

CROZE, H., « Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation », *Mélanges Malaurie*, pp. 181-198.

CUMMING, G., « Procedural Consequences of the Crehan judgement in Enforcement of EC Competition Law by the English Courts », *RLC*, 2005/5, n° 404.

DA CRUZ VILAÇA, J.-L., « La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire », *in Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, 1998, vol. II, Milan, Giuffré, 1998, p. 257-306.

DABIN, J., préface à RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, 1966.

DALENS, G., obs. sous arrêt de la Cour du 28 février 1991, Stergios Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, *Rev. conc. conso*, 1991, p. 35-38.

DANET, D., « Le droit antitrust doit-il être "économiquement correct" ? », *D. Aff*., 1996, n° 43, pp. 1370-1376.

DANET, D., « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *RIDE*, 1993, pp. 4-27.

DANET, D., « Le Conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou juridiction innomée », *RIDE*, 1991, n°1, pp. 3-17.

DANGE, K., et **FRECH, H. E.,** « Critical Thinking About "Critical Loss" in Antitrust », *Antitrust Bulletin*, 2001, p. 339.

DE GRAMONT, D., « Propos impertinents sur le marché pertinent dans le droit de l'union », *Dalloz Affaires* 1996, n° 5.

DE JONG, H. W., « Aspects économiques du comportement parallèle sur le marché », *Cah. dr. eur.*, 1971, pp. 550-560.

DE JONG, H. W., « The relevant Market », *in* VAN DAMME, J. A. (dir.), *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, De Tempel, Bruges, 1977, pp. 525-437.

DE LA SERRE, É., et **PEYRE, J.,** « Le contrôle du juge communautaire sur les décisions d'incompatibilité en matière de contrôle des concentrations : quelques perspectives ouvertes par les arrêts *Schneider* et *Tetra Laval* », *JCP - Cah. dr. ent.*, 2003, n° 3, pp. 1-8.

DE LAUBADÈRE, A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *in Mélanges Waline. Le juge et le droit public*, Pichon et Durand-Auzias-LGDJ, Paris, 1974, T. II, pp. 531-549.

DEBBASCH, CH., « La charge de la preuve dans le contentieux administratif », *D.*, 1983, Chron. pp. 43-50.

DECOCQ, A., et **PÉDAMON, M.,** « L'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence-consommation*, 1987, n° spécial 1 bis.

DECOCQ, G., « Les conditions d'utilisation du test de ciseau tarifaire », *Contrats conc. Conso.*, 2006, n° 7, pp. 31-32.

DECOCQ, G., « Probatio Diabolica », *Contrats conc. conso.*, 2000, n° 6, Repère 6.

DEFFAINS, B., et **DORIAT-DUBAN, M.,** « Le temps de la justice : analyse économique de la durée des litiges selon leur mode de règlement *», in Le droit et l'économie : quelles rencontres ?*, Éditions du CNRS, 2000.

DEFFAINS, B., « Économie de la justice », *in* CADIET, L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2005.

DEGUELDRE, J.-M., GRAMBLAT, et **L., HERBIÈRE, M.,** obs. sous Cass., ass. plén., 5 février 1999, Oury, *Gaz. Pal*., 24 février 1999, pp. 34-37.

DEHARO, G., « L'articulation du savoir et du pouvoir dans le prétoire », *Gaz. Pal.*, 21 et 22 septembre 2005, pp. 3-10.

DEKKERS, R., « Le fait et le droit : Problèmes qu'ils posent », *in Le fait et le droit : études de Logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 7-14.

DELMAS-MARTY, M., « La preuve pénale », *in La Preuve, Droits*, PUF, 1996, pp. 53-65.

DELMAS-MASTRALET, J., « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, fasc. 22, 1969, pp. 133-160.

DELON, A., « Notion de régulation et droit de l'économie », *Annales de la régulation*, 2006, vol. 1, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'institut André Tunc, T. 9, 2006, pp. 1-43.

DELVAUX, L., « Le contrôle de la Cour de justice de la communauté européenne du charbon et de l'acier sur les faits et les circonstances économiques, *Annales de Droit et de Science Politique*, 1958, T. XVIII- n°1, pp. 41-58.

DEMEESTERE, R., « La détermination des coûts en comptabilité et contrôle de gestion », *in Le prix prédateur comme obstacle à la concurrence*, Atelier de la Concurrence du 17 novembre 1999, *Rev. conc. conso*., 2000, n° 113, pp. 21-23.

DERAINS, Y., « L'arbitre, la Commission et la Cour : Question de procédure », *Gaz. Pal.* 28-29 mai 2003, pp. 1520-1523.

DESAI, K. S., « Limitations on the Use of Economic Analysis in E.C. Competition Law Proceedings – Part 1, *ECLR*, 2002, n° 10, pp. 524-529.

DESMONS, É., « Sur l'argument d'évidence en droit public », *in* PUIGELIER, C. (dir.), *La preuve*, Economica, coll. « Études juridiques », vol. 19, Paris, 2004, pp. 179-184.

DHAEYER, B., et **THILMANY, J.,** « La protection du consommateur en droit antitrust européen », *RTD Eur*., 1978, pp. 223-249.

DIENY, E., « Industrie pharmaceutique et droit de la concurrence : entre présent et futur », *Contrats conc. conso*., août-septembre 2006, p. 5.

DOLMANS, M., « The Concept of Abuse under Article 82 EC : Profit Sacrifice or Proportionality Test ? », *Global Competition Law Centre*, Seconde conférence annuelle, Bruxelles, 16-17 juin 2005.

DOLMANS, M., et **GRAF, T.,** « Analysis of Tying Under Article 82 EC : The European Commission's Microsoft Decision in Perspective*, World* Competition, 2005, pp. 225-244.

DOUVRELEUR, O., « Une voie de recours « *sui generis* » : le recours contre les décisions du Conseil de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 1988, 1, doctr., p. 179.

DOWNES, T. A., « Significantly Impeding Effective Competition : Substantive Appraisal under the Merger Regulation », *ELDR*, 1994, pp. 286-203.

DRAGO, R., « Le contrôle du juge administratif sur la politique économique », *in Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1972, pp. 455-475.

DRAGO, R., « Le juge judiciaire, juge administratif », *RFDA*, 1990, pp. 757-763.

DRAI, P., « Le monde des affaires et ses juges », *RJC*, 1990, p. 329.

DREXL, J., « IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases », *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2004, pp.788-808.

DU JARDIN, J., « Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation (1990-2003) », *Pasicrisie belge*, 2003/12, pp. 1-87.

DU MARAIS, B., note sous C. E. 20 juillet 2005, Société Fiducial informatique e.a., *Gaz. Pal.*, 12-14 mars 2006, pp. 50-54.

DUE, O., « Pourquoi cette solution ? (De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes » *in Festschrift für Ulrich Eveling*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995, vol. I, pp. 273-282.

DUMARCAY, F., obs. sous Cass. com. 10 mai 2006, *Etna France/France Telecom* et *Ministre de l'économie/Etna France*, pourvois n° 05-14.501 et 05-15.187, *RLC*, 2006/8, n° 555.

DUPEYROUX, J.-J., « Sécurité sociale et médecine expéditive », *D.*, 1960, Chron. p. 43.

EASTERBROOK, F., « Predatory Pricing Strategies and Counterstrategy », *University of Chicago L. Rev.*, 1981, p. 263.

EASTERBROOK, F., « The Limits of Antitrust », *Texas L. Rev.,* 1984, p. 1.

EDMOND, G., « After Objectivity : Expert Evidence and Procedural Reform », *Sydney L. Rev.*, 2003, pp. 131-163 ; http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLRev/2003/8.html.

EDWARDS, C., « Conglomerate Bigness as a Source of Power » *in Business concentration and Pricing Policy*, Princeton University Press, 1955, pp. 331-359.

EHLERMANN, C.-D., « Le projet de lignes directrices sur l'application de l'article 82 CE », *Concurrences*, n° 2-2006, p. 1.

EHLERMANN, C.-D., « Six Years on the Bench of the "World Trade Court" : Personal Experience as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », *World Trade*, 2002, p. 605.

EHLERMANN, C.-D., « The Contribution to EC competition policy to the single market », *CML Rev.*, 1992, pp. 257-282.

EHLERMANN, C.-D., préface à LONBAY, J., *Frontiers of Competition Law*, Londres 1994.

EILMANSBERGER, T., « How to Distinguish Good from Bad Competition Under Article 82 EC : In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses », *CML Rev.*, 2005, pp. 129-177.

ELHAUGE, E., « Defining Better Monopolization Standards », *Stanford L. Rev.*, 2003, pp. 253-344.

ELHAUGE, E., « Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory - and the Implications for Defining Costs and Market Power », Yale L. J.,2003, pp. 681-827.

ELLIS, J. J. A., « L'interprétation du mot "affecter" dans l'article 85 §1er, du traité de la Communauté économique européenne par rapport aux mots "empêcher", "restreindre", ou "fausser le jeu de la concurrence" », *D.* 1963, Chron. p. 221.

ELLIS, J. J. A., « Les règles de concurrence du Traité de Rome applicable aux entreprises », *RTD Eur*, 1963, pp. 299-328.

ELLIS, J. J. A., « Source material for Article 85(1) of the EEC Treaty », *Fordham L. Rev.*, 1963, pp. 278.

ELZINGA, K. G., « The Goals of Antitrust : Other than Competition and Efficiency, What Else Counts ? », *U. Pa. L. Rev*., 1977, p. 1194-1195.

ELZINGA, K. G., et **HOGARTY, T. F.,** « The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits », *Antitrust Bull*., 1973, p. 45.

ELZINGA, K. G., et **MILLS, D.,** « Predatory Pricing and Strategic Theory », *Georgetown L. J.*, 2001, p. 2475.

ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « L'analyse économique du droit est-elle une source du droit ? », *RTD civ.*, 2006, pp. 505-510.

ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTDciv*. 2005, pp. 88-93.

ENCINAS DE MUNAGORRI, R., *The Problem of Geographic Market Delineation Revisited*: *The Case of Coal*, *Antitrust Bull.*, 1978, p. 1.

ENGISCH, K., « Le fait et le droit en droit allemand », *in Le fait et le droit. Études de logique juridique*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1961, pp. 20-50.

ETNER, F., « Les origines de la pensée néoclassique », *in* A. BÉRAUD et G. FACCARELLO (dir.), *Nouvelle histoire de la pensée économique*, T. 2 : *Des premiers mouvements socialistes aux néoclassiques*, La Découverte, Paris, 2000, pp. 271-293.

ETTER, B., « The Assessment of Mergers in the EC under the Concept of Collective Dominance: An Analysis of the Recent Decisions and Judgments – by an Economic Approach », *Journal of World Competition*, 2000, pp. 103-139.

EVANS, D. S., « How Economists Can Help Courts Design Rules : An EU and US Perspective », *World Competition*, 2005, pp. 93-99.

EVANS, D. S., et **GRAVE, C.,** « The Changing Role of Economics in Competition Policy Decisions by the European Commission during the Monti Years », *Competition Policy International*, 2005, n° 1, pp. 133-149.

FASQUELLE, D., et **MÉSA, R.,** « Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominantes », *Concurrences*, n° 1-2006, pp. 33-38.

FENNER, G. M., « The *Daubert* Handbook : The Case, its Essential Dilemma and its Progeny », *Creghton L. Rev.*, 1996, p. 9393.

FINE, F., « The appraisal Criteria of the Merger Control Regulation », *ECLR*, 1991, p. 148.

FISHER, F., « Diagnosing Monopoly » et « Horizontal Mergers : Triage and Treatment », *in* MONTZ, J. (éd.) *Industrial Organization, Economics and Law: Collected Papers of Franklin M. Fisher*, New York, Harvester, 1990.

FISHWICK, F., « Definition of monopoly power in the antitrust policies of the United Kingdom and the European Community », *Antitrust Bull.* 1989, pp. 451-488.

FLÉCHEUX, O., note sous Cass. Com., 5 octobre 1999, Bull. civ. IV, n° 158, p. 133, concl. LAFORTUNE, M.-A., *Gaz. Pal.*, 2 décembre1999, n° 336, p. 2.

FLYNN, J. J., « The Reagan administration's antitrust policy, "original intent" and the legislative history of the Sherman Act », *Antitrust Bull*., 1988, p. 259 et s.

FORIERS, P., « La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation de Belgique », *in Le fait et le droit*. Études de logique juridique, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1961.

FORIERS, P., « La motivation par référence à la nature des choses », *in* PERELMAN, Ch., et FORIERS, P., *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 233-249.

FORRESTER, I., « Article 82 : Remedies in Search of a Theory ? », *Fordham Int'l L. J.*, 2005, pp. 919-951.

FORRESTER, I., et **NORALL, C.,** « The Laicization of Community Law : self-help and the rule of reason : how competition law is and could be applied », *CML Rev.* 1984; pp. 11-51.

FORWOOD, N., « The Content and Meaning of Article 81(3) EC, *ERA-Forum*, 2004/1, pp. 27-38.

FOUNTOUKAKOS, K., et **RYAN, S.,** « A New Substantive Test for EU Merger Control », *ECLR*, 2005, pp. 277-296.

FOX, E., et **SULLIVAN, L.,** « Antitrust – Retrospective and Prospective : Where Are We Coming From ? Where Are We Going ? », *N.Y.U. L. Rev*., 1987, pp. 936-987.

FOX, E., « "We Protect Competition, You Protect Competitors" », *World Competition*, 2003, n° 2, pp. 149-165.

FOX, E., « How to Protect Competition without Protecting Competitors ? », *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I. (éd.), *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of a Dominant Position?*, pp. 69-77.

FOX, E., « Monopolization and Dominance in the United States and in the European Community : Efficiency, Opportunity and Fairness », *Notre Dame L. Rev.*, 1986, p. 981.

FOX, E., « What is Harm to Competition ? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect », *Antitrust L. J.*, 2002, vol. 70, pp. 371-411.

FRIDEN, G., « Quelques réflexions sur la recevabilité d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance », *R.A.E-L.E.A*, 2000, p. 234.

FRIEDMAN, M., « La méthodologie de l'économie positive », *in Essais d'économie positive* (1953), trad. G. MILLIÈRE, Litec, Paris, 1995, pp. 5-30.

FRISON-ROCHE, M.-A., « L'erreur du juge », *RTD Civ*., 2001, 819-832.

FRISON-ROCHE, M.-A., « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, chron., pp. 53-57.

FRISON-ROCHE, M.-A., « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », *in* D'AMBRA, D., BENOÎT-ROHMER, F., et GREWE, C. (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Nemesis et Bruylant, coll. « Droit et justice », T. 49, 2003, pp. 1-23.

FRISON-ROCHE, M.-A., « À propos du règlement communautaire sur l'application des articles 81 et 82 du Traité : variation sur les lois de modernisation », *in* CANIVET, G. (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2006, pp. 30-38.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire », *in* CHAPUT, Y. (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, 2002, pp. 45-60.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, Chron., pp. 126-129.

FRISON-ROCHE, M.-A., « L'erreur du juge », *RTD civ*.,2001, pp. 819-832.

FRISON-ROCHE, M.-A., « La procédure de l'expertise », *in* FRISON-ROCHE, M.-A., et MAZEAUD, D. *L'expertise*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1995, pp. 87-103.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Le Conseil de la concurrence et ses concurrents », *Gaz. Pal.*, 1997. 1, pp. 282-283.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Le droit de la régulation », *D.* 2001, Chron., pp. 610-616.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Le juge du marché », *in Le juge de l'économie*, *RJC*, 2002, n° spécial colloque de la Baule, pp. 44-60.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Le juge et la régulation économique », *Annonces de la Seine*, 22 mai 2000, n° 36, pp. 1-3.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Le juge et le sentiment de justice » in *Le juge et le droit de l'économie : Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Petites Affiches et Montchrestien, Paris, 2004, pp. 41-53.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Les offices du juge », *in Jean Foyer auteur et législateur. Leges Tulit, Jura Docuit*, *Écrits en hommage à Jean Foyer*, pp. 463-476.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Les principes originels de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA*, p. 483, n° 34 p. 487.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Une typologie des analogies dans les systèmes juridiques ("bonnes" et "mauvaises" analogies en droit) », RRJ, 1995, pp 1043-1052.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », *in L'ordre concurrentiel : Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éd. Frison-Roche, pp. 581-591.

FRISON-ROCHE, M.-A., avant-propos à la réédition de MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, 2002.

FRISON-ROCHE, M.-A., et **GARÉ, T.,** « Les droits de la défense en matière pénale », *in Libertés et droits fondamentaux*, 9e éd., 2003 (non repris dans la dernière édition).

FROEB, L. M., et **WERDEN, G. J.,** « Residual Demand Estimation for Market Delineation: Complications and Limitations », *Review of Industrial Organization*, 1991, p. 57.

FROMONT, M., « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », *AJDA*, 1966, pp. 588-593.

FRYDMAN, B., « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », *in* KIRAT, T., et SERVERIN, E. (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS éditions, pp. 25-41.

FUDENBERG, D., et **TIROLE, J.,** « A Theory of Exit in Duopoly », *Econometrica*, 1986, p. 943.

FURSE, M., « Market Definition : The Draft Commission Notice », *ECLR*, vol. 6, 1997, p. 378.

FURSE, M., « The Role of Competition Policy : A Survey », *ECLR*, 1996, n° 4, p. 250.

GAFFARD, J.-L, « Innovation et concurrence : retour sur les fondements des politiques anti-trust », *Rev. Conc. Conso.*, 1995, pp. 18-31.

GARAUD, É., obs. sous Cass., ass. plén., 5 février 1999, Oury, *JCP(G)*,1999, II-10 057.

GARELLO, P., « L'inexécution du contrat en droit français : les apports de la théorie économique », *in* DEFFAINS, B. (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2000, pp. 227-242,

GAUDEMET, Y., « Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », *JCP (G)*, 1999, I-188, n° 1.

GAUTIER, P.-Y., obs. sous Cass. civ. 1, 18 novembre 1997, *RTDciv*, 1998, p. 402.

GAVALDA, Ch., et **LUCAS DE LEYSSAC, Cl.,** obs. sous Paris, 1er octobre 1980, *D.* 1983, IR p. 222.

GAVALDA, Ch., note sous Cass. com., 10 mars 1992, *France Loisirs*, Bull civ. IV, n° 111, *D.* 1992, p. 355.

GAVALDA, Ch., et **LUCAS DE LEYSSAC, Cl.,** obs. sous Cass. com. 10 juillet 1989, Bull. civ. IV, p. 145, *D.* 1990, somm. 107.

GAVALDA, Ch., et **PARLEANI, G.,** note sous Cass. com., 10 juillet 1989, Bodson, Bull. civ. IV, n° 216, p. 145, *P.A.*, 22 décembre 1989, n°153, p. 13.

GAVALDA, Ch., et **PARLEANI, G.,** obs. sous arrêt de la Cour du 14 novembre 1996, Tetra Pak, C-333/96, Rec., p. I-5987, *JCP (E)*, 1997, I-663.

GAVIL, I., « After *Daubert* : Discerning the Increasingly Fine Line Between the Admissibility and Sufficiency of Expert Testimony in Antitrust Litigation », *Antitrust L. J.*, 1997, p. 711.

GAVIL, I., « Defining Reliable Forensic Economics in the Post-*Daubert/Kumho Tire* Era », *Washington & Lee L. Rev.*, 2000, pp. 831-878.

GÉRADIN, D., « Limiting the Scope of Article 82 EC : What Can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgement in Trinko in the Wake of Microsoft; IMS and Deutsche Telekom? », *CML Rev.*, 2004, pp. 1519-1553.

GÉRADIN, D., et **PETIT, N.,** « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », *RTD Eur*., 2005, pp. 795-837.

GÉRADIN, D., « Prêt pour une révolution ? », *in Quelle réforme pour l'article 82 CE ?*, *Concurrences*, n° 4-2005, pp. 16-17.

GÉRARD, D., « Merger Control Policy : How to give Meaningful Consideration to Efficiency Claims », *CML Rev.*, 2003, pp. 1367-1412.

GÉRARD, Ph., « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur », *in* VAN DE KERCHOVE, M., *L'interprétation en droit: approche pluridisciplinaire*, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 51-95.

GERBER, D., « Courts as Economic Experts in European Merger Law », *Fordham Corp. L. Inst.* 2004, pp. 475-494.

GERBER, D., « Law and the Abuse of Economic Power in Europe », *Tulane L. Rev.*, 1987, pp. 57-107.

GERBER, D., « Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence », *in* CANIVET, G. (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2006, pp. 107-129.

GERBER, D., « Rethinking the Monopolist's Duty to Deal : A Legal and Economic Critique of the Doctrine of Essential Facilities », *Virginia L. Rev.*, 1998, p. 1069.

GERBER, D., Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence », *in* CANIVET, G. (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp. 107-129.

GERMAIN, M., « Interrogations juridiques », *in* CANIVET, G., et FRISON-ROCHE, M.-A. (dir.), Analyse économique du droit : Quelques points d'accroche, *P.A.*, 19 mai 2005, n° 99, pp. 65-66.

GERMAIN, M., « Pluralisme et droit économique », *APD*, 2005, pp. 235-242.

GERMAIN, M., « Le juge classique », *in Le juge et l'économie*, Colloque de La Baule, 8-9 juin 2002, *RJC*, 2002, n° spécial, pp. 17-26, p. 23.

GHESTIN, J., obs. sous Cass. Ch. Mixte, 23 nov. 2004, 4 arrêts, Bull. 2004 mixte n° 4, p. 9, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP (G)* 2005 I-111.

GIRGENSON, I., obs. sous arrêts du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, et Honeywell/Commission, T-209, non encore publiés au Recueil, *RLC*, 2006/01, n° 411.

GIVRY, L., et **DE LA LAURENCIE, J.-P.,** « Les arrêts du TPICE ; le contrôle des concentrations… sous contrôle », *Lamy droit économique*, 2003, n° 159, pp. 1-7.

GJIDARA, S., « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *P.A.*, 26 mai 2004, n° 105, pp. 3-20.

GLADER, M., « Innovation and the Antitrust Guidelines on Horizontal Cooperation », *World Competition*, 2001, pp. 515-540.

GLAIS, M, « Analyse typologique des ententes illicites soumises à l'appréciation des autorités de concurrence françaises et communautaires », *Revue d'Économie industrielle*, 1993, n° 63, pp. 45-83.

GLAIS, M, « Convergences et divergences dans les analyses économiques américaines et européennes des projets de concentration », *Revue conc. conso.*, 2003, n° 133, pp. 31-49.

GLAIS, M, « Définition du marché de référence dans le droit de la concurrence » in *Rev. int. conc.*, 1993, n° 1, p. 36.

GLAIS, M, « Définition du marché de référence dans le droit de la concurrence », 1993, *Revue internationale de la concurrence*, n° 171-172.

GLAIS, M, « L'échange d'information : jusqu'où aller ? », *Rev. Conc. Conso.*, 1994, n° 81, pp. 6-14.

GLAIS, M, « Les concepts de "relevant market" et de "dépendance économique" au regard de l'article 86 du Traité de Rome », *RMC*, 1987, n° 306, pp. 203-206.

GLAIS, M, « Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle (française et européenne) », *Revue économique*, 1987, pp. 75-115.

GLAIS, M, « Les pratiques discriminatoires dans les relations entre fournisseurs et distributeurs », *Revue d'économie industrielle*, 1995, n°72, pp. 81-97.

GLAIS, M, Introduction, *in Revue d'Économie industrielle*, n° spécial *Politique de la concurrence*, 1993, n° 63, p. 5.

GOETEYN, G., JANSSENS, T., MAVROGHENIS, S., PIERGIOVANNI, M., REED, E., et **RIDYARD, D.,** *Predatory Pricing*, Research Paper on Modernisation of Article 82 EC, Global Competition Law Centre, Working paper, juin 2005, disponible sur http://www.coleurop.be/gclc, rubrique « research ».

GOHIN, O., « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *in La fonction de juger*, *Droits*, 1989, n°9, pp. 93-105.

GOLDMAN, B., note sous l'arrêt de la Cour du 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, Rec. p. 619, *J.D.I.*, 1973, pp. 924-942.

GOLDMAN, B., préface à la thèse de DUBOIS, J.-P. , *La position dominante et son abus dans l'article 86 du traité de la C.E.E.*, Paris, Librairies Techniques, 1968.

GOLDMAN, B., préface à la thèse de VOGEL, L., *Droit de la concurrence et concentration économique. Étude comparative*, Economica, 1988

GOLDNADEL, J.-M., « L'introduction des class actions en France », *Gaz. Pal.*, 25-27 septembre 2005, pp. 3-6.

GONZÁLEZ-DÍAZ, F. E., « Some Reflections on the Notion of Ancillary Restraints Under EC Competition Law », *Fordham Corp. L. Inst.* 1995 p. 328.

GORÉ, F., « La comptabilité commerciale et le droit », *Dix ans de conférences d'agrégation. Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, pp. 89-100.

GREENFIELD, J., « The Use of Experts from the Plaintiff's Perspective », *ALJ,* 1992, pp. 339-347.

GREENFIELD, J., « Discovery From Experts in Antitrust Litigation », *ALJ*, 1979, pp. 1855-1868.

GUDIN, C.-E., « Qu'est devenu le consommateur en droit communautaire de la concurrence ? », *R.A.E. – L.E.A.*, 1998, p. 221-233.

GUDIN, C.-E., « Réflexion sur la définition et la preuve de l'entente en droit communautaire », *Revue des affaires européennes*, 1996, pp. 117-135.

GUERRIEN, B., « Le cadre d'analyse économique : le raisonnement économique », *Comprendre l'économie 1. Concepts et mécanismes*, *Cahiers français*, n° 315, juill-août 2003, pp. 3-7.

GUERRIEN, B., « Le modèle de concurrence parfaite », *Découverte de la microéconomie, Cahiers Français* n° 254, jan-fév. 1992, pp. 4-9.

GUERRIEN, B., « Le raisonnement économique », *in Comprendre l'économie, 1. Concepts et mécanismes*, *Cahiers français*, 2003, n° 315, pp. 3-7.

GUERSENT, O., « L'autorité de concurrence et l'analyse économique », *in L'analyse économique, serviteur ou maître du droit de la concurrence ?*, *Rev. Conc. Conso.*, 2003, n° 134, pp. 24-27.

GUESNERIE, R., « La modélisation en économie théorique : évolution et problèmes », *in* D'AUTUMNE, A., et CARTELIER, J. (éd.), *L'économie devient-elle une science dure ?*, Economica 1995, Coll. Grands Débats, pp. 92-98.

GUINCHARD, S., « L'action de groupe à la Française », *RIDC*, 1990 n° 2, p. 599.

GUINCHARD, S., « Une class action à la française », *D.*, 2005, p. 2180.

GUSTAVSON, M., et **HOSEINIAN, F.,** « Private Enforcement of EC Law : Swedish Supreme Court Judgment on the Validity of Follow-on Contracts », *ECLR*, 2006, pp. 5-9.

GUYOMAR, M., et **COLLIN, P.,** obs. sous C.E. sect, 20 octobre 2000, Sté Habib Bank Ltd., *AJDA*, 200, chron. p. 1001.

GYSELEN, L., « Le juge national face aux règles de concurrence communautaires applicables aux entreprises », *JT Droit européen*, 1993, n° 2, pp. 25-33.

GYSELEN, L., « Vertical Restraints and the Distribution Process : Strength and Weakness of the Free Rider Rationale under E.E.C. Competition Law », *CML Rev*. 1984, pp. 647-668.

HABERGER, A. C., « Three Basic Postulates for Applied Welfare Economics : An Interpretive Essay », Journal of Economic Literature, 1971, vol. 9, n° 3.

HAEGEMAN, K., « L'influence de la loi antitrust américaine sur le droit de la concurrence européen : "L'exception de la société en difficulté" », *Gaz. Pal.*, 14-18 juillet 2000, pp. 1238-1241.

HAGELSTEEN, M.-D., « Les professions libérales et le droit de la concurrence », *Droit Administratif*, 2006, n° 3, p. 6.

HAMEL, J., note sous Req. 20 octobre 1920, *S.* 1922, 201.

HARBORD, D., et **VON GRAEVENITZ, G.,** « Market Definition in Oligopolistic Markets : Some Anomalies », *ECLR*, 2000, n° 3, pp. 151-158.

HARRIS, B. C., et **SIMMONS, J. J.,** « Focusing Market Definition : How Much Substitution is necessary ? », Research in Law and Economics, 1989, 2, pp. 207-226.

HARRIS, B. C., et **SIMMONS, J. J.,** « The often-forgotten role of price-cost margins in antitrust analysis », *International Merger Law*, n° 6, p. 1-3.

HARRIS, B. C., et **VELJANOVSKI, C.,** « Critical Loss Analysis: Its Growing Use in Competition Law », *ECLR,* 2003, pp. 213-218.

HARVARD LAW REVIEW (NOTE ANONYME), « Reliable Evaluation of Expert Testimony », *Harvard L. Rev.*, 2003, pp. 2142-2163.

HAUDEVILLE, B., « La finalité de la politique de la concurrence: promouvoir l'égalité ou l'équité », *Rev. Conc. Conso.*, 1995, n° 85, pp. 46-53.

HAURIOU, A., « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *in Mélanges Carré de Malberg*, Topos Verlag, Vaduz et Librairie Duchemin, Paris, 1977, pp. 233-240.

HAUSER, J., Cass. civ., 1ère, 28 mars 2000, *RTD civ*, 2000.

HAWK, B., « À propos de la "concurrence par les mérites" : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 33.

HAWK, B., « Analyse comparative de l'article 82 du traité CE et de la section 2 du Sherman Act », *in* CANIVET, G. (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp.131-149.

HAWK, B., « Antitrust in the EEC – The First Decade », *Fordham. L. Rev*., 1972, p. 229.

HAWK, B., « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la communauté économique européenne ? », *RTD Eur*, 1989, p. 5-44.

HAWK, B., « System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law », *CML Rev*., 1995, pp. 973-989.

HAWK, B., et **DENAIJER, N.,** « The Development of Article 81 and 82 EC Treaty : Legal Certainty », *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I. (éd), *Competition Law Annual*, 2000, *The Modernisation of Competition Law*, pp. 137.

HÉBRAUD, P., Rapport introductif, *in La logique judiciaire*, 5e colloque des IEJ (Paris, 18-20 mai 1967), PUF, 1969, pp. 26-70.

HEIMLER, A., « Below-Cost Pricing and Loyalty-Inducing Discounts : Are They Restrictive and, If So, When ? », *Competition Policy Int'l*, 2005, n° 2, pp. 149-172.

HEIT, J., « The justifiability of the ECJ's wide approach of the concept of "barriers to entry" », *ECLR*, 2006, n° 3, p. 117.

HEMPHILL, C. S., « The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses », *Stanford L. Rev.*, 2001, vol. 53, pp. 1581-1612.

HEN, C., La motivation des actes des institutions communautaires, *Cah. dr. eur.*, 1977, pp. 49-91.

HERMITTE, M.-A., obs. sous arrêt de la Cour du 28 février 1991, Stergios Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, *J.D.I.*, 1991, p. 485-487.

HINOJOSA MARTINEZ, L. M., « Predatory Pricing Literature under European Competition Law: the AKZO Case », *LIEI*, 1993/2, pp. 95-128.

HOET, P., « Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire : sur la surestimation du "marché en cause" dans la détermination de la position dominante de l'article 86 CEE », *RMC*, 1989, n° 325, pp. 135-157.

HOTELLING, H., « Stability in competition », *Economic Journal*, 1929, pp. 41-57.

HOVENKAMP, H., « The Rationalization of Antitrust », *Harvard L. Rev.,* 2003, pp. 917-944.

HOWARD, M. N., « The Neutral Expert : a plausible threat to justice », pp. 98-105.

IDOT, L., « Abus de position dominante : du nouveau sur la conciliation entre concurrence et droit de propriété intellectuelle », *Europe*, 2004, comm. nº 214.

IDOT, L., « Arbitrage et droit communautaire », *RDAI*, 1996, pp. 561-591.

IDOT, L., « Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu », *Europe*, 2002, n° 5, p. 5-8.

IDOT, L. « Coopération entre les ANC et le juge communautaire », note sous l'arrêt de la Cour du 31 mai 2005, Syfait e.a./GlaxoSmithKline plc., C-53/03, Rec. p. I-4609, *Europe*, 2005, comm. nº 256.

IDOT, L., « Droits exclusifs et abus de position dominante (à propos de quelques développements récents) », *P.A.*, 2005, n° 235, pp. 5-14.

IDOT, L., « Environnement et droit communautaire de la concurrence », *JCP(G)*, 1995, I-3852.

IDOT, L., « France », *in* CAHILL, D., et COOKE, J. D., *The Modernisation of EC Competition Law Enforcement in the EU – FIDE 2004, National Reports*, Cambridge University Press, 2004, pp. 151-185.

IDOT, L., « La modernisation du droit communautaire de la concurrence, adoption par le Conseil du nouveau règlement relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 CE, Aperçu rapide », *JCP (G)*, 2003, p. 1.

IDOT, L., « La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 § 3 CE », », *in* CANIVET, G. (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2006, pp. 85-104.

IDOT, L., « La réforme du droit antitrust en Europe : un an de pratique. À propos du colloque de Bruxelles des 10-11 mars 2005 », *Europe*, 2005, n° 4, pp. 6-9.

IDOT, L., « Le nouveau "Règlement CE sur les concentrations" », *Europe*, 2004, n° 3, pp. 3-7.

IDOT, L., « Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE-Honeywell : reflexions de juriste… », *Concurrences*, n° 2-2005, pp. 31-40.

IDOT, L., « Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement 1/2003 : convergence confirmée, mais surtout centralisation surprenante », *Europe*, 2006, n° 2, comm. n° 5.

IDOT, L., « Quelques exemples de la difficulté du juge du contrat à appréhender le droit de la concurrence et le règlement n° 2790/99 », *Revue des contrats*, 2005, n° 4, pp. 1033-1036.

IDOT, L., BURGER, L., PARTASIDES, C., BOVET, C., KNOEPFLER, F., RUIZ-JARABO COLOMER, D., et **MERKT, B.,** « Ordre public, concurrence et arbitrage », *Concurrences*, n° 3-2006, pp. 10-32.

IDOT, L., obs. sous arrêt de la Cour du 14 novembre 1996, Tetra Pak, C-333/96, Rec., p. I-5987, *Europe*, 1997, comm. n° 17.

IDOT, L., obs. sous arrêt de la Cour du 16 mars 2000, Compagnie maritime belge/Commission, C-395/96, Rec. p. I-1365, *Europe*, 2000, n° 143.

IDOT, L., note sous arrêt de la Cour du 31 mai 2005, Syfait e.a./GlaxoSmithKline plc., C-53/03, Rec. p. I-4609, Europe, 2005, comm. n° 23.

IDOT, L., obs. sous arrêt du Tribunal du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, Rec. p. II-5917, Europe, 2004, comm. nº 45.

IDOT, L., obs. sous arrêt du Tribunal du 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6) e.a./Commission, T-112/99, Rec. II-2464, *Europe*, 2001, comm. n° 327.

IDOT, L., obs. sous arrêt du Tribunal du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec. p. II-4853, *Europe*, 2003, comm. nº 403.

IDOT, L., obs. sous arrêt du Tribunal du 30 mars 2000, Kish Glas/Commission, T-65/96, Rec. p. II-1885, *Europe*, 2000, comm. n° 142.

IDOT, L., obs. sous arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, *Europe*, 2003, comm. nº 364.

ISRAEL, J.-J., « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », *in Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, pp. 315-332.

JACOBS, F., « Court of Justice Review of Competition Cases », *in* HAWK, B., (éd.), *Fordham Corp. L. Inst*, 1987, pp. 541-577.

JACOBS, F., « Proposals for Reform in the Organisation and Procedure of the Court of Justice of the European Communities », *in Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlag, 1987, p. 295.

JACQUEMIN, A., « Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique », *in* VAN DE KERCHOVE, M., *L'interprétation en droit*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 485-404.

JACQUEMIN, A., « Le droit économique, serviteur de l'économie ? », *RTD com.*, 1972, pp. 283-295.

JACQUEMIN, A., « The Criterion of Economic Performance in the Antitrust Policies of the United States and the European Economic Community », *CML Rev*., 1970, p. 205.

JACQUEMIN, A., et **SCHRANS, G.,** « Éléments structurels d'une magistrature économique », *RTD com*, 1977, pp. 421-434.

JAFFE, L. L., « Judicial Review : Question of Law », *Harvard L. Rev*., 1955, pp. 139-276.

JAFFE, L. L., « Judicial Review : Question of Fact », *Harvard L. Rev*., 1956, pp. 1020-1056.

JALABERT-DOURY, N., « Les déclarations en droit de la concurrence : la preuve d'infraction peut-elle se satisfaire de "certitudes probables" ? », *Concurrences*, n° 2-2005, pp. 41-47.

JAMIN, Ch., « Économie et droit », *in* ALLAND, D., et RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF et Lamy, 2003, p. 578-581

JAMIN, Ch., « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », *BICC*, n° 596, du 15 avril 2004, disponible sur le site http://www.courdecassation.fr.

JEANTET, F.-Ch., obs. sous Cass. Com. 8 mai 1973, Garoche c. Stricker, Bull. civ. IV, n°167, p. 145, *JCP*, 1973, II.17497.

JEANTET, F.-Ch., « Aspects du droit économique », *Dix ans de conférences d'agrégation. Études de droit commercial offertes à J. Hamel*, Paris, 1961, pp. 33-46.

JENNY, F., « Un économiste à la Cour », *Concurrences*, n° 1-2005, pp. 5-8.

JENNY, F., « Competition and Efficiency », *Fordham Corp. L. Inst*. 1993 (HAWK, B., éd. 1994), p. 199.

JENNY, F., « Competition Law Enforcement : Is Economic Expertise Really Necesssary ? », *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998, chap. 11, pp. 185-201.

JENNY, F., « Droit européen de la concurrence et efficience économique », *Revue d'économie industrielle*, n° 63, 1993, pp. 193-206.

JENNY, F., « Economic Analysis, Antitrust Law and the Oligopoly Problem », *European Business Organization Law Review*, 2000, pp. 41-57.

JENNY, F., « French Competition Policy in Perspective », *Fordham. Corp. L. Inst.*, 1987 (HAWK, B., éd. 1988), pp. 301-322.

JENNY, F., « L'influence du droit européen de la concurrence et des concentrations sur la structure et le fonctionnement des sociétés », *RJC*, 2001, pp. 501-574.

JENNY, F., « Les barrières à l'entrée : un concept qui se lézarde ? », *RLC*, 2005/5, p. 3.

JENNY, F., « Les relations entre le droit et l'économie dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *Gaz. Pal*., 1997. 1, pp. 260-261.

JENNY, F., « Un économiste à la Cour », entretien, *Concurrences*, n° 1-2005, pp. 5-8.

JENNY, F., *in* « The Role of Courts : judicial review of competition authorities and private actions » (table ronde), *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998 (HAWK, B., éd. 1999), pp. 497-523.

JENNY, F., *in* Colloque du CREDA du 6 décembre 2000, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, *Gaz. Pal.*, *Cah. dr. conc.*, n° 313-314 du 9-10 novembre 2001, Rec. pp. 1640-1724.

JENNY, F., préface à la thèse de BIDAUD, L., *La délimitation du marché en droit français de la concurrence*, Litec, 2001.

JENTES, W. R., « Defining the Role of the Economist – A Lawyer Perspective », *Antitrust L. J.*, 1979, pp. 1838-1843.

JEULAND, E., « Les moyens juridiques d'établissement des faits », *in Les prix prédateurs comme obstacles à la concurrence*, Atelier de la concurrence du 17 novembre 1999, *Rev. Conc. Conso*, 2000, n° 113, pp. 24-27.

JÈZE, G., obs. sous CE, 14 janvier 1916, *Camino*, Rec. p. 15, concl. CORNEILLE, *RDP*, 1917, p. 463.

JOHNSON, F. I., « Market Definition under the Merger Guidelines: Critical Demand Elasticities », *Research in Law and Economic*s, 1989, pp. 235-246.

JOHNSON, F. I., « Two approaches to Market Definition under the Merger Guidelines », *Research in Law and Economics*, 1989, pp. 227-234.

JOHNSSON, M., « Standard of review in Community Law : What Wider Lessons from Tetra Laval ? », Conférence ERA, *Current Trends in the judicial Review of EC Regulatory Acts*, Bruxelles, 27 avril 2006.

JOLIET, R., « La notion de pratique concertée et l'arrêt ICI dans une perspective comparative », *Cah. dr. eur.*, 1972, pp. 251-287.

JOLIET, R., « Monopolisation et abus de position dominante. Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome », *RTD Eur.* 1969, pp. 646-696.

JOSHUA, J. M., « Proof in Contested EEC Competition Cases : A Comparison with the Rules of Evidence », *E.L.Rev.*, 1987, pp. 315-353.

JOSKOW, P. L., et **KLEVORICK, A. K.,** « A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy », *Yale L. J.*, 1979, p. 213.

KALLAUGHER, J., et **SHER, B.,** « Anticompetitive Rebates Revisited : Anticompetitive Effects and Exclusionary Abuses under Article 82 », *ECLR*, 2004, pp. 263-285.

KATSH, S. M., « Ethical Considerations in the Use of Economists in Antitrust Cases : A Lawyer's Perspective », *ALJ*, 1979, pp. 1869-1874.

KATZ, M., et **SHAPIRO, C.,** « Critical Loss : Let's Tell the Whole Story », *Antitrust Magazine*, Printemps 2003, pp. 49-56.

KAUPER, T. E., « The Problem of Market Definition under EC Competition Law », *Fordham International L. J.*, 1997, pp. 1682-1767.

KAYSEN, C., « An Economist as the judge's law clerk in Sherman Act cases », *ALJ*, 1958, pp. 43-49.

KEYTE, J. A., « Market Definition and Differentiated Products : The Need for a Workable Standard », *Antirust Law Journal*, vol. 63, 1995, pp. 697-748.

KINGDON, J. S., « Economic Arguments in Anti-Trust Cases : An American Litigator's Perspective, *ECLR*, 1987, pp. 371-385.

KIRAT, T., « Action juridique et calcul économique : regards d'économie du droit », *in* KIRAT, T., et SERVERIN, E., *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, 2000, pp. 43-58.

KOCMUT, M., « Efficiency Considerations and Merger Control – Quo Vadis Commission ?, *ECLR*, 2006, pp. 19-27.

KOMNINOS, A, « Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement », *World Competition*, 2001, pp. 211-238.

KOMNINOS, A, « Non-Competition Concerns Resolution of Conflicts in Integrated Article 81 EC », *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I., *European Competition Law Annual 2004 : The Relationship between Competition Law and (Liberal) Professions*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 451-472.

KOMNINOS, A, et **FORRESTER, I.,** « Agenda de Lisbonne et le droit de la concurrence », *Concurrences*, n° 3-2006, pp. 1-2.

KOOPANS, T., « Stare Decisis in European Law », *in Juridisch Stippelwerk*, Kluwer, 1991, pp. 309-325.

KORAH, V., « Concept of Dominant Position within the meaning of Article 86 », *CML Rev.*, 1980, pp. 395-414.

KORAH, V., « EEC Competition Law – Legal Form or Economic Efficiency », *Current Legal Problems*, 1986, vol. 39 p. 85.

KORAH, V., « From Legal Form toward Economic Efficiency – Article 85(1) of the EEC Treaty in Contrast to U.S. Antitrust », *The Antitrust Bulletin*, 1990, vol. 35, n° 4, p. 1009-1036.

KORAH, V., « Rise and Fall of Provisional Validity – The need for a Rule of Reason in EEC Antitrust », *Northwestern J. of Int'l L. & Bus.* 1981, p. 320.

KORAH, V., « Tetra Pak II – Lack of Reasoning in Court's judgment », *ECLR*, 1997, n° 2, pp. 98-103.

KORAH, V., « The judgement in Delimitis : A Milestone towards a realistic assessment of the effects of an agreement – or a damp squib? », *EIPR*, 1992, p. 167-176.

KOTTKE, F. J., « Simultaneous Price Fluctuation as a Test of the Significance of Product Substitution », *Antitrust Bulletin*, 1960, pp. 627-631.

KOVAR, R., « Concurrence déloyale et droit communautaire de la concurrence », *in La concurrence déloyale*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2001, p. 109.

KOVAR, R., « Le droit communautaire et la règle de raison », *RTD Eur.*, 1987, p. 237.

KOVAR, R., « Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE », *D.*, 2003, p. 478.

KOVAR, R., obs. sous arrêt de la Cour du 28 février 1991, Stergios Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, *RTD Eur*., 1991, p. 494-509.

KRATTENMAKER, T. G., « Per Se Violations in Antitrust Law : Confusing Offenses with Defenses », *Geo. L. Rev.*, 1988, p. 165.

KÜHN, K.-U., STILLMAN, R., et **CAFFARA, C.,** « Economic Theories of Bundling and their Policy Implications in Abuse Cases : An Assessment in the Light of the Microsoft Case », *European Competition Journal*, 2005, pp. 85-121.

LABETOULLE, D., « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *in La qualification*, *Droits*, 1993, vol. 18, pp. 31-43.

LAFORTUNE, M.-A., obs. sous Cass., Ass. plén., 5 février 1999, Oury, *Gaz. Pal.*, 24 février 1999, n° 55, pp. 8-33.

LAGASSE, D., « Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge administratif », *Administration publique*, 1985, n° 4, pp. 309-315.

LAGE, S. M., « Community Policy on Discriminatory Pricing : A practitioner's Perspective » *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I. (éd)*, European Competition Law Annual*, 2003, Hart, Oxford 2006, p. 16.

LAKATOS, I., « Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes» (1970), *in* LAKATOS, I., *Philosophical Papers,* Cambridge, Cambridge University Press, 1987, 2 vol., pp. 8-101.

LALLEMENT, J., « Prix et équilibre selon Léon Walras », *in* BÉRAUD, A. et FACARELLO, G., *Nouvelle histoire de la pensée économique*, T. II, *Des premiers mouvements socialistes aux néoclassiques*, La Découverte, 2000, pp. 449-497.

LANCASTER, K., « New approach to consumer theory », *Journal of Political Economy*, 1966, pp. 132-57.

LANDE, R. H., « The Rise and (coming) Fall of Efficiency as the Rule in Antitrust », *Antitrust Bull.* 1988, vol. 33, p. 429.

LANDE, R., « Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust : The Efficiency Interpretation Challenged », *Hastings L. Journal*, pp. 67-151.

LANDES, W. M., et **POSNER, R. A.,** *Market Power in Antitrust Cases*, *Harvard L. Rev.*, 1981, p. 937-996.

LANGENFELD, J., et **LI, W.,** « The use and Misuse of Critical Loss Analysis », *Antitrust Bulletin*, 2001, p. 299.

LARGUIER, J., « La preuve d'un fait négatif », *RTDCiv.*, 1953, pp. 1-48.

LASOK, K.P.E., « Judicial Review of Issues of Fact in Competition Cases », *ECLR*, 1983, pp. 85-96.

LAUDE, A., obs. sous Req. 20 octobre 1920, *Grands arrêts du droit des affaires,* n° 8, p. 90.

LAURENT, PH., « La légitimation de l'entente par l'article 85 §3 du traité de Rome », *D.* ,1979, Chron. p. 197.

LAURENT, PH., « Qualification et preuve de la pratique concertée », obs. sous arrêt du Tribunal du 24 octobre 1991, T-2/89, Petrofina/Commission, *Contrats conc. conso.*, mars 1992, pp. 1-2.

LAURIN, Y., « L'*amicus curiae* », *JCP (G)*, 1992 I.3603, n° 9, p. 347.

LAURIN, Y., note sous Paris, 16 octobre 1992, *X c/ Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le virus VIH*, *D.*, 1993, jurisp., p. 172.

LAURIN, Y., note sous Paris, 21 juin et 6 juillet 1988, *Hudon*, *D.*, 1989, Jurisp., p. 341.

LAZERGES, C., « La présomption d'innocence », *in* CABRILLAC, R., FRISON-ROCHE, M-A., et REVET, T. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 12e éd., 2006, pp. 509-522.

LE MORE, P., « Droit allemand de la concurrence : les révolutions silencieuses de l'été 2005 », *RDAI*, 2005, n° 5, pp. 651-660.

LE NABASQUE, H., obs. sous Cass., Ass. plén., 5 février 1999, Oury, *Revue des sociétés*, 1999, n° 3, pp. 621-629.

LE, N., « What does "Capable of Eliminating all Competition" Mean ? », *ECLR*, 2005, pp. 6-10.

LEARY, T. B., « The Significance of Variety in Antitrust Analysis », *Antitrust L. J.*, 2001, p. 1007.

LECOURT, R., « La concurrence devant le juge », *Gaz. Pal.*, 1973, doctr., pp. 741-748.

LEFF, A. A., « Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism », *Virginia L. Rev.*, 1974, vol. 60, p. 451.

LEGAL, H., « Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction », *Concurrences*, n° 2-2005, pp. 1-2.

LEGAL, H., « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ? », *Concurrences*, n° 1-2006, pp. 69-73.

LEGAL, H., « Standard of Proof and Standard of Judicial Review in EU Competition Law, *Fordham Corp. L. Inst. 2005* (éd. HAWK, B., 2006), chap. 5.

LEGEAIS, D., *RTD com*., 2004, pp. 796-797, obs. sous Cass. com., 23 juin 2004, CNEP, Bull. Civ. IV n° 132, p. 134.

LÉONNET, J., « Réflexion sur le droit de la preuve en matière de concurrence et de réglementation économique », *Contrats, conc. conso*., 1994, comm. n° 1.

LERNER, A., « The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power », *Review of Economic Studies*, vol. 1, 1934, p. 157.

LESQUINS, J.-L., « L'ordonnance de 1986, la concurrence et la loyauté », *Rev. Conc. Conso*., 1995, n° 85, pp. 55-65.

LESUEUR DE GIVRY, E., « La création d'un outil de soutien méthodologique à l'intention des juridictions du fond », BICC n° 597, du 1er mai 2004.

LETOURNEUR, M., « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE*, 1962, fasc. 16, pp. 51-62.

LEVY, N., « Tetra Pak II : Stretching the Limits of Article 86 ? », *ECLR*, 1995, pp. 104-109.

LINDON, R., « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP (G),* 1975, I-2681.

LIPSEY, R. G., et **LANCASTER, K.,** « The General Theory of Second Best », *Review of Economic Studies*, 1956, pp. 11-32.

LITNER, C., « Les réformes de la procédure civile : critiques et perspectives », *Procédures*, 2006, pp. 9-10.

LOEWENTHAL, P.-J., « The Defence of "Objective justification" in the Application of Article 82 EC », *World Competition*, 2005, pp. 455-477.

LOFARO, A., et **RIDYARD, D.,** « Beyond Bork : New Economic Theories of Exclusion in Merger Cases », *ECLR*, 2002, n° 3, pp. 151-153.

LOFARO, A., et **RIDYARD, D.,** « Switching Costs and Merger Assessment : Don't Move the Goalposts », *ECLR*, 2003, n° 6, pp. 268-271.

LONDON, C., « Concurrence et environnement : une entente écologiquement rationnelle ? », *RTD Eur.*, 2003, pp. 267-286.

LORDON, F., « La rationalité en question : théorie des jeux et rationalité », *in Les nouvelles théories économiques, Cahiers français*, n° 272, La documentation française, juill-sept. 1995, pp. 64-71.

LOUIS, P. et **ALLAM, H.,** *Excessive Pricing*, GCLC Research Paper on the Modernisation of Article 82 EC, juin 2005.

LOUSSOUARN, Y., et **BREDIN, J.-D.,** « La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire », *D.*, 1963, Chron., pp. 33-40.

LOVDAHL GORMSEN, L., « Article 82 EC : Where are we coming from and where are we going to ? », *Competition L. R.*, 2006, n° 2, pp. 5-25.

LOWE, PH. « DG Competition's Review of the Policy on Abuse of Dominance », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2003 (B. Hawk, éd. 2004), pp. 163-173.

LOWE, PH., « *DG Competition's Review of Abuse of Dominance* », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2003, (HAWK, B., éd. 2004), pp. 163-173.

LOWE, PH., et **HELD, A.,** « Modernisation and Beyond : The Role of Competition Policy in Driving Economic Growth », *European Competition Journal*, mars 2005, pp. 35-40.

LUCAS DE LEYSSAC, Cl., « Arbitrage et concurrence : Retour sur Eco Swiss », *Concurrences*, n° 1-2005, p. 1.

LUCAS DE LEYSSAC, Cl., « Délimitation du marché pertinent et ententes », Colloque du CREDA, *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, 6 décembre 2000, *Gaz. Pal.*, *Cah. dr. conc.*, n° 313-314, du 9-10 novembre 2001, pp. 18-22.

LUCAS DE LEYSSAC, Cl., « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », *RJ Com.*, 1992, p. 346.

LUCAS DE LEYSSAC, Cl., « Le droit actuel et ses incertitudes », *in Le prix prédateur comme obstacle à la concurrence*, Atelier de la Concurrence du 17 novembre 1999, *Rev. conc. conso*., 2000, n° 113, pp. 11-14.

LUCAS DE LEYSSAC, Cl., « Rapport de synthèse », *La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles*, *P.A.*, 20 janvier 2005, p. 65.

LUGARD, H., « Vertical restraints under EC Competition Law : A Horizontal Approach », *ECLR*, 1996, p. 166.

MADDALON, P., « Paquet Altmark : quelle sécurité juridique ? », *Contrats conc., conso*., avr. 2006, p. 18.

MAINGUY, D., « Première approche : la place du droit de la concurrence dans le droit privé », *JPC (E), Cah. dr. ent.*, 200, n° 3, p. 1.

MAISEL, L. C., « Submarkets in Merger and Monopolization Cases », *Georgetown Law Journal*, 1983, p. 39-71.

MAISL, H., « La protection des consommateurs face au droit de la concurrence et aux droits spécialisés », *Rev. Conc. Conso.*, 1996, n° 90, pp. 39-45.

MAJORAS, J., « You Want to Do What ? », conférence prononcée à IBA – 8th Annual Competition Conference, Fiesole, 17 septembre 2004.

MALAURIE-VIGNAL, M., « Le consommateur et le droit de la concurrence », *Contrats conc. conso.*, 2005, Repère n° 10.

MALAURIE-VIGNAL, M., « Sécurité juridique, efficacité et cohérence », *Contrats conc. conso.*, 2006, n° 10, Repère n° 9.

MALAURIE-VIGNAL, M., obs. sous Cass. com. 22 mai 2001, REP, Bull. Civ. IV, n° 97, Rapport de la Cour de cassation 2001, pp. 415-416, *Contrats conc. conso.*, 2001, n° 10, comm. n° 135.

MALAURIE-VIGNAL, M., obs. sous Cass. com. 25 janvier 2000, Héli-Inter, *Contrats conc. conso.*, 2000, n° 4, p. 14.

MALAURIE-VIGNAL, M., obs. sous Cass. com., 26 février 2002, CNE, *Contrats conc. conso.*, 2002, comm. n° 126.

MALAURIE-VIGNAL, M., obs. sous Cass. com., 27 septembre 2005, Société Béton travaux e.a., *Contrats conc. conso.*, 2002, comm. n° 208.

MALAURIE-VIGNAL, M., obs. sous Paris, 1ère chambre H, 18 février 2003, CGE c. SAUR, BOCCRF n° 5, du 20 mai 2003, *Contrats conc. conso.*, 2004, n° 1, pp. 20-21.

MALFERRARI, L., « Annulment actions by Third Parties Against Decisions of the Italian Competition Authority Held Admissible. Change in the Italian Case Law : Only a Positive Development or the Opening of a Pandora's Box ? », *ECLR*, 2006, n° 2, pp. 74-81.

MALINVAUD, E., « L'économie s'est rapprochée des sciences dures, mouvement irréversible mais achevé », *in* d'Autume, A. et Cartelier, J., *L'économie devient-elle une science dure ?*, Economica, coll. « Grands débats », 1995, pp. 9-17.

MARENCO, G., « La notion de restriction de concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes », *in Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 1217-1245.

MARMONTEL, A., obs. sous Cass. com., 18 avril 2000, Bull. civ. IV, n° 75, *D.*, 2000, AJ., 289.

MARTIN, D., et **AMIEL-MORABIA, S.,** « L'extension du contrôle juridictionnel des marchés », *RTD com.*, 1996, pp. 31-49.

MARTIN, R., « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP (G)*, 1974, I-2625.

MARTIN, R., « Loi économique et règle de droit », *D.*, 1990, chron., pp. 259-262.

MARTIN, R., « Retour sur la distinction du fait et du droit », *D.*, 1987, pp. 272-274.

MARTINET, Y., et **BOCCARA, A.,** « Le décret du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile et à certaines procédures d'exécution », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, pp. 53-57.

MASSON, A., « La place du droit de la concurrence dans les procédures collectives à la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 6 février 2004 », *Contrats conc. conso*., 2004, n° 10, pp. 11-13.

MASTROMANOLIS, E. P., « Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform », *ECLR*, 1998, pp. 191-221.

MATTER, P., note sous Req. 20 octobre 1920, *D*. 1920, 1, 161.

MAVROIDIS, P., et **NEVEN, D.,** « Bronner Kebab – Beyond Refusal to Deal and Duty to Cooperate », *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I. (éd.), *European Competition Law Annual 2003 : What is an*

Abuse of a Dominant Position?, pp. 355-369.

MAZEAUD, D., « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », *in* FRISON-ROCHE, M.-A., et MAZEAUD, D., (coord.), *L'expertise*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, pp. 109-212.

MCGEE, J. S., « Predatory Price Cutting : The Standard Oil (N.J.) Case », *JLE*, 1958, p. 137

MCGEE, J. S., « Predatory Pricing Revisited », *JLE*, 1980, p. 289.

MCKEOWN, W. P., et **ROTHSTEIN, M. E.,** « Examen judiciaire des affaires de concurrence », *in Le droit de la concurrence dans les instances judiciaires, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence*, 1999, pp. 125-147.

MEDHI, R., « Le revirement jurisprudentiel en droit communautaire », *in L'intégration européenne au XX^e siècle : en hommage à Jacques Bourrinet*, 2004, pp. 113-136.

MEHTA, K., KJØLBYE, L., et **RABASSA, V.,** « La théorie de l'oligopole relève-t-elle de l'économie ou du droit ? » *RMC*, 2003, n° 468, p. 304-309.

MENURET, J.-J., note sous Cass. Com., 5 octobre 1999, Bull. civ. IV, n° 158, p. 133, concl. LAFORTUNE, M.-A., *Contrats conc. conso*., 2002, n° 1, Chron., p. 4-17.

MERTENS DE WILMARS, J., « Statements of Reasons and Methods of Interpretation in the Case Law of the Court of Justice Relating to Articles 85 and 86 », *Fordham Corp. L. Inst*., 1988, (HAWK, B., éd., 1989), pp. 607-627.

MESSINA, M., « Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation? », *Competition L. Rev.*, 2006, vol. 2, n° 2, http://www.clasf.org/CompLRev/downloads/Vol2Issue2.htm.

MILL, S., *On the Definition of Political Economy and the Method of Investigation Proper to It*, 1836, réimpr. In Collected Works of John Stuart Mill, vol. 4, Toronto, University of Toronto Press, p. 323.

MIMIN, P., « Les énonciations nécessaires, base légale du jugement », *JCP (G)*, 1946, I-541.

MOMÈGE, CH., note sous sous l'arrêt de la Cour du 31 mai 2005, Syfait e.a./GlaxoSmithKline plc., C-53/03, Rec. p. I-4609, *Concurrences*, n° 3-2005, pp. 116/117

MONGIN, B., « Les pourvois devant la Cour : un premier bilan », *in* PAPPAS, S. A. (dir.), *Tendances actuelles et évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, vol. 1, 1993, pp. 231-242.

MONGIN, PH., « La méthodologie économique au XX^e siècle. Les controverses en théorie de l'entreprise et la théorie des préférences révélées », *in* BÉRAUD, A., et FACARELLO, G., *Nouvelle histoire de la pensée économique*, T. 3 , La Découverte, Paris, 2000., pp. 340-378

MONTALCINO, C., « Les nouvelles lignes directrices du régime interne des concentrations », *Concurrences*, n° 3-2005, pp. 60-74

MONTET, CH., « Marché pertinent, pouvoir de marché: quelles définitions retenir? », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2000, n° 23, pp. 5-13.

MONTI, G., et **ROUSSEVA, E.,** « Failing Firms in the Framework of E.C. Merger Control Regulation », *E.L. Rev*., 1999, pp. 38-55.

MÖSCHEL, W., « Competition Policy from an Ordo point of view », *in* PEACOCK, A., et WILLGERODT, H. (éd), *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, Macmillan, Londres, 1989, p. 142.

MOTTA, M., « E.C. Merger Policy and the Airtours Case, *ECLR*, 2000, pp. 199-207.

MOTTA, M., et **STREEL, A.,** « Exploitative and Exclusionalry Excessive Prices in EU Law », *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I. (éd.) *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of a Dominant Position?*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 91-125.

MOTULSKY, H., « Le "manque de base légale", pierre de touche de la technique juridique », *JCP*, 1949 I.775, reproduit dans *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 31-37.

MOTULSKY, H., « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *in Mélanges Paul Roubier*, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, T. II, p. 181.

MOTULSKY, H., « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits » *in Écrits : Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, préf. G. CORNU et J. FOYER, pp. 39-59

MOURRE, A., « Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de justice des Communautés européennes », *Gaz. Pal.*, 9-11 janvier 2000, pp. 30-35.

MUGUET-POULLENNEC, G., obs. sous arrêt du Tribunal du 7 juin 2006, Österrechische Postsparkasse e.a./Commission, T-213/01 et T-214/01, non encore publié au recueil, *RLC*, 2006/8, n° 587.

MUIR-WATT, H., « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *in* DEFFAINS, B. (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, pp. 37-45.

MUIR-WATT, H., « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », *in L'américanisation du droit*, *APD*, 2001, T. 45, pp. 2-36.

MURIS, T., « The FTC and the Law of Monopolization », *Antitrust L. J.*, 2002, vol. 67, p. 693.

NALEBUFF, B., « Tied and True Exclusion : Comment on Jean Tirole's "The Analysis of Tying Cases : A Primer" », pp. 41-53.

NARAYAN-FOURMENT, H., « La maîtrise des prix : hors du droit de la concurrence, point de salut », *D.*, 2004, pp. 2023-2027.

NAZZI, R., « International Arbitration and Public Enforcement of Competition Law », *ECLR*, 2004 pp. 153-162, p. 156.

NAZZINI, R., « Article 81 EC Between Times Present and Time Past : A Normative Critique of "Restriction of Competition" », *CML Rev.*, 2006, pp. 497-536.

NERI, S., et **SPERL, H.,** *Traité instituant la Communauté économique européenne, Travaux préparatoires, Déclarations interprétatives des six gouvernements, Documents parlementaires*, Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg, 1960.

NIBOYET, M.-L., note sous Cass. Com., 5 octobre 1999, Bull. civ. IV, n° 158, p. 133, concl. LAFORTUNE, M.-A., *Dalloz affaires*, 2000, n° 2, p. 9.

NICHOLSON, M., CARDELL, S., et **MCKENNA, B.,** « The scope of review of merger decisions under community law », *European Competition J.*, 2005, pp. 123-152.

NOËL, P-E, « Efficiency Consideration in the Assessment of Horizontal Mergers », *ECLR*, 1997, pp. 498-519.

NOURRISSAT, C., obs. sous Cass. com. 8 nov. 2005, Neuf Télécom/France Télécom (TV ADSL), *RLC* 2006/6, n° 461.

NOURRISSAT, C., obs. sous Cass. com., 27 septembre 2005, Société Béton travaux e.a., *RLC*, 2005/5, n° 381, p. 67.

NOURRISSAT, C., « La place de l'arbitrage dans le nouveau paysage communautaire de la concurrence », *in* NOURISSAT, C., et WTTERWULGHE, R., *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, pp. 51-62.

NUSSEMBAUM, M., « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles », *in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, *P.A.*, 25 janvier 2005, p. 37.

O'BRIEN, D. P., et **WICKELGREN, A. L.,** « A Critical Analysis of Critical Loss Analyses, Article présenté au séminaire ABA Antitrust « Critical Comments about Critical Loss », Washigton D.C., 14 janvier 2003.

O'DONOGHUE, R., « Over-regulating Lower Prices : Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC », *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I. (éds), *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of a Dominant Position ?*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 371-426.

O'LOUGHIN, R., « EC Competition Law and Free Movement Rules : an Examination of their Parallels and their Furtherance by the ECJ Wouters Decision, *ECLR*, 2003, vol. 23, n° 2, p. 62-69.

OLIVER, P., « The concept of "Abuse" of a Dominant Position under Article 82 EC : Recent developments in Relation to Pricing », *European Competition Journal*, 2005, pp. 315-339.

OLIVIER, M., « L'avis du spécialiste et le principe du contradictoire », *in De l'expertise civile et des experts*, Berger-Levrault, 1990, pp. 261-266, publié antérieurement dans *Gaz. Pal.*, janvier 1987.

ONG, B., « Anti-competitive Refusals to Grant Copyright Licenses : Reflections on the IMS Saga », *European Intellectual Property Review,* 2004 p. 505-514.

OPPETIT, B., « La résurgence du rescrit », *D.*, 1991, chron. p. 105.

OPPETIT, B., « Droit et économie », *APD*, T. 37, 1992, pp. 17-26.

OPPETIT, B., « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », *in* Travaux de l'Association Capitant, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, T. XXII, 1970, pp. 184-211.

ORDOVER, J., et **WILLIG, R.,** « An Economic Definition of Predation : Pricing and Product Innovation », *Yale L. J.*, 1982, p. 8.

ORDOVER, J., et **WILLIG, R.,** « An Economic Definition of Predation », *Yale L. J.*, 1981, p. 8.

ORSONI, G., *RTD civ.*, 2004, pp. 260-262, obs. sous C.E., 6 février 2004, Société Royal Philips e.a. n° 249262.

OST, F., « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur », *in* GÉRARD, P., VAN DE KERCHOVE, M., et Ost, F. (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1983, pp. 1-70.

OVERD, A., « After the Airtours Appeal », *ECLR*, 2002, pp. 375-377.

OVERD, A., et **BISHOP, B.,** « Essential Facilities : The Rising Tide », *ECLR*, 1998, p. 183.

OVERSTREET, J., « Understanding Critical Loss Analyses », Clayton Act Newsletter, 2002, n° 1.

PAIS ANTUNÉS, L. M., « La motivation des décisions en droit communautaire de la concurrence », *in Les droits de la défense et droits de la Commission*, Colloque AEA, 24-25 janvier 1994, Bruylant, 1994, pp. 273-279.

PASTUREL, M., « Le procès devant le Conseil de la concurrence », *in* CANIVET, G. (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp.333-340.

PATHAK, A. S., « Article 85 and 86 and Anticompetitive Exclusion in EEC Competition Law », 1ère partie, *ECLR* 1989, pp. 74-104.

PAULIS, E., *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I. (éds), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 3e partie, Courts and judges, Panel discussion, p. 517.

PAYET, M.-S., « Code civil et concurrence », *in Le code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 715-730.

PEEPERKORN, L., « Commission publishes discussion paper on abuse of dominance », *Competition Policy Newsletter*, 2006, n° 1, pp. 4-7.

PELKMANS, J., « Consumer Interest in the EC Competition Regime : An Economic Perspective », *in* GOYENS, M. (éd.) *E.C. Competition Policy and the Consumer Interest,* Proceedings of the Third European Workshop on Consumer Law, Louvain-la-Neuve, 10-11 mai 1984, Cabay-Bruylant 1985, p. 23.

PELKMANS, J., « Economic Theories of Integration Revisited », *Journal of Common Market Studies*, vol. 18, juin 1980, p. 4.

PELLET, J. et **CUZIAT, É.,** « Lignes directrices sur les concentrations nationales : un guide pratique à l'usage des entreprises », *RLC*, 2006/6, n° 410.

PENDIBENE, R., « Is the Concept of Dominant Position Different under the Merger Regulation », *European Bus. L. R*, 1994, pp. 42-47.

PERA, A., et **AURICCHIO, V.,** « Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objective of Competition Policy », *European Competition Journal*, 2005, pp. 153-177

PERELMAN, Ch., « Essai de Synthèse », *in Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 363-374.

PERELMAN, Ch., « Essai de synthèse », *in* PERELMAN, Ch. et FORIERS, P., *Les présomptions et les fictions en droit*, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 339-348.

PERELMAN, Ch., « L'interprétation juridique », *APD*, T. 18, *L'interprétation en droit*, 1972, pp. 29-37.

PERELMAN, Ch., « La distinction du fait et du droit : le point de vue du logicien », *in Le fait et le droit : Études de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961.

PERELMAN, Ch., « La motivation des décisions de justice : Essai de synthèse », *in* PERELMAN, Ch., et FORIERS, P., *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 415-426.

PERELMAN, Ch., « Raisonnement juridique et logique juridique », *APD*, 1966, pp. 2-6.

PERROT, A., « Abus de position dominante : prédation ventes liées, remises », *in* ENCAOUA, D., et GUESNERIE, R., *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 257-269.

PERROT, A., « Les frontières entre régulation et politique de concurrence », *Revue française d'économie*, 2002, pp. 81-112.

PERROT, A., « Les pratiques de prix bas sont-elles anticoncurrentielles ? », *RLC*, 2006/8, n° 613.

PERROT, A., « Politiques de la concurrence, régulation et croissance : les choix de l'Europe et des États-Unis », *Les Cahiers* (publication du Cercle des économistes), 2003, n° 3, p. 81.

PERROT, R., « L'évolution des référés », *in Mélanges Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 645-663.

PERROT, R., obs. sous Paris, 21 juin et 6 juillet 1988, *RTDciv*., 1989, p. 138.

PESCATORE, P., « Les objectifs de la Communauté comme principe d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour », *Miscellania Ganshof Van Der Meersch*, Bruylant et LGDJ, Bruxelles et Paris, 1972, T. II, p. 346.

PETIT, M.-F., « La légitimité du juge est à construire sans cesse », discours de rentrée de la présidente du tribunal de grande instance de Nanterre, *P.A.*, 13 janvier 2004, pp. 3-7.

PETIT, N., obs. sous arrêt du Tribunal du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec. p. II-4853, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2003, nº 4, pp. 927-931.

PHILIPPE, J., « La mesure du marché pertinent », *Revue économique*, 1993, pp. 126-159.

PHILIPPE, J., et **JANSSENS, T.,** note sous Cass. com. 10 mai 2006, *Etna France/France Telecom* et *Ministre de l'économie/Etna France*, pourvois n° 05-14.501 et 05-15.187, *Gaz. Pal.*, 13 septembre 2006, pp. 25-26.

PIGASSOU, P., « Les restrictions de concurrence », *D.*, 1982, Chron., p. 111-122.

PITOFSKY, R., « New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust », *Columbia Law Review*, vol. 90, 1990, pp. 1805-1864.

PITOFSKY, R., « Policy Objectives of Competition Law and Enforcement », *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I. (éds), *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of a Dominant Position ?*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 127-133.

PITOFSKY, R., « The Political Content of Antitrust », *U. Pa. L. Rev.* 1979, vol. 127, p. 10.

PLANTEY, A., « La preuve devant le juge administratif », *JCP(G.)*, 1986, I-3245.

POILLOT-PERUZZETO, S., « Affirmation du contrôle du Tribunal sur les décisions de la Commission interdisant les concentrations », *Contrats conc. conso*., 2002, comm. n° 28, pp. 22-24.

POILLOT-PERUZZETO, S., « La Cour protège les droits de propriété intellectuelle dans le conflit entre droit de propriété intellectuelle et droit de la concurrence », *Contrats conc., conso.*, 2004, nº 128, pp.19-20.

POILLOT-PERUZZETO, S., « Les réformes de fond à l'occasion des réformes de procédure en droit communautaire de la concurrence », *Contrats conc. conso.*, 2004, étude n° 8.

POILLOT-PERUZZETO, S., obs. sous arrêt de la Cour du 16 mars 2000, Compagnie maritime belge/Commission, C-395/96, Rec. p. I-1365, *Contrats conc. conso.*, 2002, comm. n° 113.

POILLOT-PERUZZETO, S., obs. sous arrêt de la Cour du 19 février 2002, Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c/ Algemene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten, C-309/99, Rec. p. I-1577, *Contrats conc. conso.*, avril 2002, n° 64, p. 38.

POILLOT-PERUZZETO, S., obs. sous arrêt du Tribunal du 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6) e.a./Commission, T-112/99, Rec. II-2464, *Contrats conc. conso.*, 2002, n° 1, comm. n° 12.

POILLOT-PERUZZETO, S., obs. sous arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, *Contrats conc., conso.*, 2004, nº 46 p. 26-27.

POIRIER, R., « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *in Formes de rationalité en droit*, *APD*, 1978, pp. 11-34.

POLEMARCHAKIS, H., « Rationalité individuelle et équilibre en économie » *in* D'AUTUMNE, A., et CARTELIER, J. (éd.), *L'économie devient-elle une science dure ?*, Economica 1995, Coll. Grands Débats, pp. 157-161.

PORTER, M., « Competition and Antitrust : Towards a Productivity-based Approach to Evaluating Merger and Joint-Ventures », *in Perspectives on Fundamental Theory,* ABA Section on Antitrust Law, Washington, 2001, pp. 125-179.

POSNER, R. A., « Wealth Maximisation Revisited », *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 1985, p. 85.

PRIETO, C., « La modernisation du droit de la concurrence et le marché des professions libérales », *in* CANIVET, G. (dir), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », pp. 397-438.

PRIETO, C., « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *D.,* 2006, doctr., p. 1603.

PRIETO, C., obs. sous arrêt de la Cour du 19 février 2002, Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c/ Algemene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten, C-309/99, Rec. p. I-1577, *J.D.I.*, 2002, n° 2, p. 599.

PRIETO, C., obs. sous arrêt du Tribunal du 18 septembre 2001, Métropole télévision (M6) e.a./Commission, T-112/99, Rec. II-2464, *J.D.I*, 2002, n° 2, p. 592.

PRIETO, C., obs. sous arrêt du Tribunal du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec. p. II-4853, *J.D.I.*, 2004, p. 620-621.

PRIETO, C., obs. sous arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, *J.D.I.*, 2004, pp. 622-623.

PRIETO, C., obs. sous arrêt du Tribunal du 4 mars 2003, FENIN/Commission, T-319/99, Rec. p. II-357, *J.D.I.*, 2003, n°2, p. 634.

PRIETO, C., obs. sous l'arrêt de la Cour du 24 avril 2004, IMS Health/NDC Health, C-418/01, p. I-5039, *J.D.I.*, 2005, pp. 441-446.

PRIEUR, R., « Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché : Analyse des situations de concurrence et des principes de l'ordre juridique qui s'y appliquent », *RTD Com.* 1960, pp. 501-540.

PUISSOCHET, J.-P., « Des traités et des juges : la fonction de la jurisprudence dans l'élaboration du droit communautaire », *in Problèmes d'interprétation à la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Sakoulas et Bruylant, Athènes et Bruxelles, 2002, pp. 303-320.

RABASSA, V., « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État (1) ? », *Concurrences*, n° 1-2006, pp. 65-68.

RAINELLI, M., « À propos du règlement européen n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité », *RIDE*, 2006, pp. 45-54.

RAINELLI, M., « Comportement et formes de concurrence », *in* BÉRAUD, A., et FACARELLO, G., *Nouvelle histoire de la pensée économique*, T. 3, *Des institutionnalistes à la période contemporaine*, La découverte, 2000, pp. 125-161.

RAJOT, B., note sous Cass. Com. 26 février 2002, CNE, « Pouvoir d'annulation et de réformation des décisions du Conseil de la concurrence par la Cour d'appel de Paris », *JCP(E)*, 2003, jurispr. 666.

RAPP, R., « Predatory pricing and entry deterring strategies : the economics of AKZO », *ECLR*, 1986, pp. 233-240.

RASMUSEN, H., commentaire sur CHRISTIANOS, V., « The Court of First Instance and the New judicial Organization of the European Communities », *in* PAPPAS, S. A., *The Court of First Instance of the European Communities : History – Organisation – Procedure*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1990, pp. 53-59.

RAYNAUD, P., Avant-Propos, *in La logique judiciaire*, 5e colloque des IEJ (Paris, 18-20 mai 1967), PUF, 1969, p. 1.

RAYNAUD, P., obs. sous Cass. soc. 8 mai 1952, *D.*, 1952, 796, *RTDciv*, 1953, 160.

REASONER, H. M., « Experts – Use and Abuse (Part I), Introductory Remarks, *ALJ*, 1992, p. 335.

REASONER, H. M., « Introductory Remarks », *in Experts Use and Abuse (part I)*, *ALJ*, 1992, p. 343.

REIFEGERSTE, S., note sous Cass. com. 5 décembre 2005, Caves et producteurs de Roquefort c/ Ministre de l'économie des finances et de l'industrie, *JCP (E)*, 2006, n° 1698.

RETTERER, S., « Le rôle controversé de la théorie des seuils de sensibilité en droit national de la concurrence », *P.A.*., 2 août 1996, n° 93, p. 12.

REUTER, P., « Le Recours de la CJCE aux principes généraux du Droit », *Mélanges Rolin*, Pédone, 1964, pp. 254 et s.

REVET, T., « La légisprudence », *in Philippe Malaurie Liber Amicorum*, Defrénois, 2005, pp. 377-391.

REY, P. (coord.) ***ET ALII***, *An Economic Approach of Article 82*, *Competition Policy International*, 2006, n° 1, www.esapience.org.

REY, P., « Concurrence par les mérites », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2006, pp. 150-161.

REY, P., et **TIROLE, J.,** « Analyse économique de la notion de prédation », *Revue française d'économie*, 1997, pp. 3-32.

REY, P., et TIROLE, J., *A Primer on Foreclosure*, *in* AMSTRONG, M., et PORTER, R. (eds), *Industrial Organization III*.

RIALS, S., « Les standards, notions critiques du droit », *in Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 39-53.

RICHER, L., « Le juge économiste ? », *AJDA*, 2000, pp 703-705.

RIDYARD, D., « Article 82 Price Abuses – Towards a More Economic Approach » *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I. (éds), *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of Dominant Position ?*, Hart Publishing, Oxford, 2006, p. 441-460.

RIDYARD, D., « Compulsory Access under EC Law – A New Doctrine of "Convenient Facilities", *ECLR*, 2004, p. 669.

RIDYARD, D., « Economic Analysis of Single Firm and Oligopolistic Dominance », *ECLR*, 1994, pp. 255-262.

RIDYARD, D., « Essential Facilities and the Duty to Supply Competitors », *ECLR*, 1996, p. 438.

RIDYARD, D., « Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis », *ECLR*, 2002, pp. 286-303**.**

RIFFAULT-SILK, J., « La jurisprudence de l'exception légale française : quel modèle pour l'application des règles communautaires ? », *ERA-Forum*, 2004/1, pp. 2-18.

RIFFAULT-SILK, J., « Les actions privées en droit de la concurrence, obstacles de procédure et de fond », *RLC*, 2006/6, n° 473.

RIGAUX, F., « Le pouvoir d'appréciation de la Cour de justice des Communautés européennes à l'égard des faits », *in Miscellanea W. J. Ganshof Van der Meersch*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1972, T. II, pp. 365-381.

RIPERT, G., « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény,* T. II , Sirey, 1935, pp. 347-353.

RIVERO, J., « La distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *in Le fait et le droit : études de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 130-148.

ROBERTS, J., « A Signalling Model of Predatory Pricing », *Oxford Econ. Papers* (Supp.), 1986, p. 75.

RODGER, B., « The Big Chill for National Courts : Reflection on Market Foreclosure and Freezer Exclusivity under Article 81 », *Irish Journal of European Law*, 2004, pp. 76-116.

RONZANO, A., « Le rôle de la clientèle en droit de la concurrence », *in* CHAPUT, Y. (dir.), *Clientèle et concurrence. Approche juridique du marché*, Litec, coll. « Le droit des affaires », 2000, pp. 37-82.

ROUSSEVA, E., « Modernising by Eradicating : How the Commission's New Approach to Article 81 EC Dispenses with the Need to Apply Article 82 EC to Vertical Restraints », *CML Rev.*, 2005, pp. 587-638.

ROUSSEVA, E., « The Concept of "Objective Justification" of an Abuse of a Dominant Position : Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC ? », *Competition L. Rev.*, 2006, vol. 2, n° 2, pp. 27-72.

ROWE, M., « Ice Cream: The Saga Continues », *ECLR*, 1998, p. 479.

RUEFF, J., « La Cour et l'économie politique », *in Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 1965, pp. 13-30.

RUSQUEC, E., obs. sous Cass., Ass. plén., 5 février 1999, Oury, *Gaz. Pal*., 13 octobre 2000, n° 287, p. 20.

SALONER, G., « Predation, Merger and Incomplete Information », *Rand J. of Economics*, 1987, p. 165.

SANT-GAL, Y., « La nouvelle loi française instituant une action en cessation en matière de concurrence déloyale et sa place dans la Communauté économique européenne : importance que conserve la concurrence déloyale dans le cadre du Marché commun », *RTD Eur.*, 1965, pp. 94-112.

SAVY, R., « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, pp. 3-25.

SCHAEFFER, E., « L'abus dans le droit de la concurrence (contribution à la théorie de l'abus de droit) », *Gaz. Pal.*, 1981.2, doctr. pp. 401-408.

SCHAUB, A., « Continued Focus on Reform : Recent developments in EC Law and Policy », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2000, ch. 13, p. 201.

SCHEFFMAN, D., COATE, M., et **SILVIA, L.,** « 20 Years of Merger Guidelines Enforcement at the FTC : An Economic Perspective », *Antitrust Law Journal*, 2003, pp. 277-318.

SCHERER, F. M., « Predatory Pricing and the Sherman Act : A Comment », *Harvard L. Rev.*, 1976, p. 901.

SCHMALENSEE, R. T., « Another look at market power », *Harvard L. Rev.*, 1982, pp. 1789-1816.

SCHOCKWEILER, F., « La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national », *Cah. dr. eur.*, 1989, pp. 3-40.

SCHONBERG, S., et **FIRCK, K.,** « Finishing, Refining, Polishing : on the Use of *Travaux Préparatoires* as an Aid to the Interpretation of Community Legislation », *European L. Rev.*, 2003, pp. 149-171.

SCHULZ, A., « Van den Bergh Foods Ltd v Commission – Ice Cream Foreclosed ? », *European Law Reporter*, 2003, p. 427.

SÉLINSKY, V., « Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux », *RLC*, 2006/6, n° 488.

SÉLINSKY, V., « Standards de preuve de la concertation illicite dans le cadre d'ententes horizontales renforcées par des ententes verticales », *RLC*, 2006/8, n° 547.

SÉLINSKY, V., et **PEYRE, J.,** « La répression des pratiques discriminatoires », *P.A.*, 4 juin 1997, n° 67, p. 17.

SENESE, S., « La motivation des décisions de justice et le jugement du fait », *in Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 442-459.

SEUROT, F., « La fragilité des fondements théoriques des droits de la concurrence », *RJJ*, 1987/2, pp. 583-596.

SHAPIRA, J., « Concepts économiques et droit européen », *J.D.I.*, 1972, pp. 5-16.

SHARPE, T. T., « Predation », *ECLR*, 1987, pp. 53-76.

SHER, B., « Rebates Revisited (again) – The continuing Article 82 Debate », *in GCLC Reasearch Papers on Article 82 EC*, juillet 2005, disponible sur le site du Collège d'Europe : http://www.coleurop.be.

SHER, B., « The Last of the Steam-Powered Trains : Modernising Article 82 », *ECLR*, 2004, pp. 243-246.

SIMIC, I. et **MONNET, N.,** « Les hésitations françaises en matière de recours indemnitaire : le temps fera l'affaire ! », *RDAI*, 2006, n° 3, pp. 385-402

SIMON, D., « Une théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel est-elle possible ? », *Europe*, 2000, chron. n° 4, pp. 3-5.

SIMONT, L., « Arbitrage et droit de la concurrence – quelques réflexions d'un arbitre », *RDAI*, 1998, pp. 547-556.

SINCLAIR, D., « Article 82 at a Crossroads : Potential Effect, Object and Appreciability under Article 82 EC », *ECLR*, 2004, pp. 491-508.

SLOT, P. J., « A view from the Mountain : 40 Years of developments in EC Competition Law », *CML Rev.*, 2004, pp. 443-473.

SMITH, P., « The Wolf in Wolf's Clothing », The Problem with Predatory Pricing », *E. L. Rev.*, 1989, pp. 209-222.

SOUTY, F., « Science économique et politique de la concurrence : consensus et divergences entre économistes américains », *Revue conc. conso*, n° 71, jan-fév. 1993, pp. 30-37

SOUTY, F., « Les sources théoriques de la pensée économique antitrust aux États-Unis : les enjeux nationaux et mondiaux de la politique de la concurrence », *Revue conc. conso.*, 1984, n° 79, pp. 33-41.

SPAMANN, R., « Standard of Review in World Trade Organization Panels in Trade Remedy Cases : a Critical Analysis », *Journal of World Trade*, 2004, pp. 509-555.

SPECTOR, D., « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* ENCACOUA, D., et GUESNERIE, R., *Politiques de la concurrence,* La documentation française, 2006, pp. 271-285.

SPECTOR, D., « Definition and Criteria of Predatory Pricing », MIT Working Paper n° 01-10, janvier 2001, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262027.

SPECTOR, D., « From Harm to Competitors to Harm to Competition : One more Effort, Please ! », *European Competition Law,* 2006, pp. 145-162.

SPECTOR, D., « Loyalty rebates : An Assessment of Competition Concerns and a proposed Structured Rule of Reason », *Competition Policy International*, 2005, n° 2, pp. 89-114.

SPENCER, J. R., « The Neutral Expert : an implausible bogey », *Crim. L. R.*, 1991, pp. 106-110.

STIGLER, G., et **SHERWIN, R. A.,** « The Extent of the Market », *Journal of Legal Studies*, 1985, p. 555.

STIGLER, G., « Economists and Public Policy », *Regulation*, 1982, p. 13.

STIGLER, G., « Law or Economics », *J. of L. and Econ*., 1992, vol. 35, p. 455.

STIGLER, G., « The Economists and the Problem of Monopoly », *AER*, vol.72, 1982, p. 1.

STORRER, P., « Le Conseil d'État, juge de la concurrence (à propos des arrêts *EDA*, *Interbrew* et *Coca-Cola*), *Revue Lamy droit économique*, 1999, n° 117, pp. 1-5.

STOTHERS, C., « IMS Health and its Implications for Compulsory Licensing in Europe », *European Intellectual Property Review*, 2004, pp. 467-472.

STOTHERS, C., « Refusal to Supply as an Abuse of a Dominant Position : Essential Facilities in the European Union », *ECLR*, 2001, pp. 256-262.

SUBRE DE BIEUSSES, P., obs. sous C.E. sect, 20 octobre 2000, Sté Habib Bank Ltd., *JCP (G)*, 2001, II-10459, concl. LAMY.

SUEUR, J.-J., « Droit économique et méthodologie du droit », *in Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Frison-Roche, 1999, pp. 291-308.

SULLIVAN, L. A., « Post-Chicago Economics : Economists, Lawyers, Judges and Enforcement Officials in a Less Determinate Theoretical World », *Antitrust L. J.*, 1995, pp. 669-681.

SUMMERS, L. H., « Perspectives on Competition : Competition Policy in the New Economy », *Antitrust L. J.*, 2001, p. 353.

SYNVET, H., note sous Cass. com. 8 octobre 1991, Sté BP France e.a., *JCP* 1993, II-22095, p. 296.

TALLON, D., « Précédent », *in* ALLAND, D., et RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF et Lamy, 2003, p. 1185 et s.

TEMPLE-LANG, J., « The Impact of the new Court of First Instance in EEC Antitrust and Trade Cases », *in* HAWK, B. (éd.), *Fordham Corp. L. Inst.* 1987, pp. 579-606.

TEMPLE-LANG, J., « Two important Merger Regulation judgements : the implications of Schneider-Legrand and Tetra Laval-Sidel, *E.L. Rev.*, 2003, pp. 259-272.

TEMPLE-LANG, J., « Anticompetitive Abuses Involving Property rights » *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I., *European Competition Law Annual 2003, What is an Abuse of a Dominant Position ?*, pp. 589-658.

TEMPLE-LANG, J., « Article 82 Principles and Problems – Exclusionary and Exploitative Abuses », *Irish Centre for European Law*, octobre 2005.

TEMPLE-LANG, J., « Monopolisation and the Definition of "abuse" of a Dominant Position under Article 86 EEC Treaty », *CML Rev.*, 1979, pp. 345-364.

TEMPLE-LANG, J., et **O'DONOGHUE, R.,** « Defining Legitimate Competition : How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC, *Fordham Internat'l L. J.*, 2002, pp. 83-162.

TERRÉ, F., « En relisant Gény », *APD*, 1961, pp. 125-140.

TERRÉ, F., note sous Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991.II.21752, p. 384.

THÉOPHILE, D., et **PARMENTIER, H.,** « L'étendue du contrôle juridictionnel dans le contentieux du contrôle des concentrations en droits interne et communautaire », *Concurrences*, n° 1-2006, pp. 39-46.

THOUVENIN, D., note sous Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, *D.*, 1991, jurisp., p. 417

THOUVENIN, J.-M., note sous Paris, 1ère chambre H, 18 février 2003, CGE c. SAUR, BOCCRF n° 5, du 20 mai 2003, *Gaz. Pal.*, 6 août 2003, n° 218, pp. 2-14.

TIILI, V., et **VANHAMME, J.,** « The "Power of Appraisal" (pouvoir d'appréciation) of the Commission of the European Communities vis-à-vis the Powers of Judicial Review of the Communities' Court of Justice and Court of First Instance », *Fordham Int'l L. J.*, 1999, pp. 885-901.

TIMSIT, G., « Raisonnement juridique », *in* ALLAND, D., et RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF et Lamy, 2003, pp. 1290-1297.

TIROLE, J., « The Analysis of Tying : A Primer », *Competition Policy International*, 2005, n° 1, pp. 1-25.

TOUFFAIT, A., et **TUNC, A.,** « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 1974, pp. 487-508.

TRIDIMAS, T., « Proportionality in Community Law : Searching for an Appropriate Standard of Scrutiny », *in* ELLIS, E. (éd), *The principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999.

TROPER, M., « Interprétation », *in* ALLAND, D. et RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF et Lamy, 2003, p. 578-581.

TUDELA, R., Commentaire du Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, JORF du 29 décembre 2006, p. 20350, *Gaz. Pal*., 25 mars 2006, n° 85, pp. 13-18.

TURNER, D. F., « Antitrust Policy and the Cellophane Case », *Harvard L. Rev.*, 1958, p. 281.

VAN DER EESCH, B., « E.E.C. Competition Rules : Basic Principles and Policy Aims », *LIEI*, 1980, n° 2, p. 75.

VAN DER EESCH, B., « EC Rules on Undistorted Competition and U.S. Antitrust Laws : The Limits of Comparability », *Fordham. Corp. L. Inst*. 1988 (HAWK, B., éd. 1989), p. 18-28.

VAN DER EESCH, B., « Les principes d'interprétation dégagés par la Cour de justice des communautés européennes et leur pertinence en droit européen de la concurrence », *RDAI*, 1992, pp. 419-447.

VAN COMPERNOLLE, J., « Du syllogisme à la pondération des intérêts », *in Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, vol. XXII, Bruxelles, 1993, pp. 495-506.

VAN DE WALLE DE GHELCKE, B., « L'utilisation de la preuve économique dans la législation antitrust belge », *in Rapports belges au XII^e^ Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Sidney 18-27 août 1986, Bruylant, Bruxelles 1988, vol. 2, pp. 33-45.

VANCE, S., « Judicial application of Article 81(3) : are fears justified? », *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I. (éds), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 617-625.

VANDENCASTEELE, A., « La part de marché est-elle la clé de voute du droit européen de la concurrence ? » *in Mélanges Waelbroeck*, T. II, Bruxelles, Bruylant 1999, pp. 1561-1587.

VANDENCASTEELE, A., et **WAELBROECK, D.,** « Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation ? Quelques commentaires à propos du document de travail de la Commission européenne relatif à l'application de l'article 82 aux abus de monopolisation », *RIDE*, 2006, pp. 87-121.

VEDEL, G., « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges Vigreux,* 1981, p. 7.

VENEZIA, J.-CL., « Sur le degré d'originalité du contentieux économique », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ et Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1974, pp. 147-164.

VENIT, J., « Article 82 : The Last Frontier – Fighting with Fire ? », *Fordham Int'l L. J.*, 2005, pp. 1157-1178.

VENIT, J., « One Step Forward and No Step Back : Economics in European Merger Control after Kali & Salz », *CML Rev*., 1998, p. 1112.

VERA, J., « La vérité judiciaire », *Revue de la faculté de droit de l'université de Liège*, 2006/3, pp. 395-414.

VER LOREN VAN THEMAAT, P., « L'économie à travers le prisme du juriste », *RIDE*, 1989, n° 2, pp. 133-162.

VER LOREN VAN THEMAAT, P., Introduction à *Antitrust and the Common Market – A Symposium*, N.Y.U.L. Rev. 1963, vol. 38, n° 3, p. 435.

VEROUDEN, V., « Vertical Agreements and Article 81(1) EC : The Evolving Role of Economic Analysis »*, Antitrust L. J.*, 2003, pp. 525-575.

VESTERDORF, B., « Economics in Courts : Reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition law regime », *in* JOHANSSON, M., WAHL, N., et BERNITZ, U. (éds), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg : a European for all seasons*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 505-524.

VESTERDORF, B., « Être à même de donner une réponse utile au juge national peut demander une connaissance approfondie du marché », Entretien, *RLC*, 2006/7, n° 531, p. 76.

VESTERDORF, B., « Judicial Review in EC Competition Law : Reflections on Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement », *Competition Policy Int'l*, 2005, vol. 1, n° 2, pp. 3-27.

VESTERDORF, B., « Standard of Proof in Merger Cases : Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts », *European Competition Journal*, 2005, pp. 3-33.

VIANDIER, A., « Le modèle français de relations entre le juge et les autorités de marché », *Le juge et le marché boursier*, *P.A.*, n° spécial 15 juin 1994, *Le juge et le marché boursier*, pp. 17-20.

VICKERS, J., « Abuse of market power », 31e conférence European Association for Research in Industrial Economics, Berlin, 3 septembre 2004, disponible sur www.oft. gov. uk (http://www.oft.gov.uk/News/Speeches+and+articles/2004/spe03-04.htm).

VINCENT, J.-Y., « L'erreur manifeste d'appréciation », *Revue administrative*, 1971, pp. 407-420.

VOGEL, L., obs. sous Cass. com. 4 mai 1993, Rocamat c. Sogepierre, Bull. civ. IV, n° 172; *Contrats conc. conso.,* juin 1993, p. 7.

VOGEL, L., obs. sous Conseil de la concurrence, Décision 93-D-50 du 23 novembre 1993, BOCCRF du 28 janvier 19994, *Contrats conc. conso.*, mars 1994, n° 50, p. 6.

VOGEL, L., « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », *JCP (G)*, 1994, pp. 52-64.

VOGEL, L., « Première consécration de la "failing company defence" dans le cadre du contrôle communautaire des concentrations », *Contrats conc. conso*., 1994, comm. n° 174.

VOGEL, L., « À quelles conditions peut-on distinguer des sous-marchés au sein d'un marché de produits ? », *Contrats conc. conso.*, juin 1992, p. 1.

VOGEL, L., « Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence », *JCP(E)*, 1991, I-91.

VOGEL, L., « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Rev. Conc. Conso.,* 2000, n° 115, p. 6.

VOGEL, L., « L'économie, serviteur ou maître du droit », *Mélanges André Decocq. Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, pp. 605-614.

VOGEL, L., et **VOGEL, J.,** « Contrôle des concentrations : ce qui va changer le 1er mai 2004 », *JCP (E)*, 2004, 331.

VOGEL, L., *in La protection du consommateur face au droit de la concurrence et aux droits spécialisés*, Atelier de la concurrence, *Rev. conc. conso*., 1996, n° 90, p. 41.

VOGEL, L., note sous arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359, *Contrats conc. conso.*, 1991, n° 11, n° 223.

VOGEL, L., obs. sous arrêt de la Cour du 28 février 1991, Stergios Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, *Contrats conc. conso.*, 1991, nº 6, p. 10-11.

VOGEL, L., obs. sous arrêt de la Cour du 14 novembre 1996, Tetra Pak, C-333/96, Rec., p. I-5987, *Contrats conc. conso.*, 1996, n° 203.

VOGEL, L., obs. sous Paris, 11 mars 1993, *France Loisirs*, BOCCRF du 26 mars 1993, p. 104, *Contrats. conc. conso.*, 1993, comm. n° 74.

VOGEL, L., obs. sous Paris, 1ère ch., sect. H., 17 mai 1994, Sifco et Stanely c/ Ministre de l'économie, BOCCRF du 7 juin 1994, p. 200, *Contrats conc. conso.*, comm. 137.

VOGELAAR, F., « Towards an Improved Integration of EC Environmental Policy and EC Competition Law: An Interim Report », *Fordham Corp. L. Institute*, 1994 (Hawk, B., éd. 1995), p. 529.

VOSSENSTEIN, A., note sous arrêt de la Cour du 19 février 2002, Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c/ Algemene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten, C-309/99, Rec. p. I-1577, *CML Rev.* 2002, vol 39, p. 841.

WACHSMANN, A., obs. sous Cass. com. 10 mai 2006, Etna France/France Telecom et Ministre de l'économie/Etna France, pourvois n° 05-14.501 et 05-15.187, *Concurrences*, n° 3-2006, pp. 87-98.

WACHSMANN, P., « Qualification », *in* ALLAND, D., et RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy et PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1277.

WACHSMANN, A., et **SARRAZIN, É.,** « Limites de l'approche actuelle en matière d'abus de position dominante : Quelques réflexions », *Concurrences*, n° 4-2005, pp. 10-13.

WAELBROECK, D., « "Twelve feet all dangling down and six necks exceeding long" : the EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *in* EHLERMANN, C.-D., et ATANASIU, I. (éd.), *European Competition Law Annual 2002 – Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford, Hart Publishing, 2005, Oxford, Hart Publishing, pp. 465-484.

WAELBROECK, D., « Michelin II : a Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies ? », *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, vol. 1, pp. 149-171.

WAELBROECK, D., et **GRIFFITHS, M.,** note sous Cass. Com., 5 octobre 1999, Bull. civ. IV, n° 158, p. 133, concl. LAFORTUNE, M.-A., *CML Rev.* 2000, 1465–1476.

WAELBROECK, M., « La notion d'entreprise(s) en position dominante et les méthodes de contrôle en droit comparé », *in* VAN DAMME, J. A. (éd.), *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Semaine de Bruges 1977, De Tempel, Bruges, 1977, pp. 110-138.

WALINE, M., « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE*, 1956, fasc. 10, pp. 25-33.

WALINE, M., « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930 p. 197.

WATHELET, M., « Pratiques concertées et comportement parallèles en oligopole. Le cas des matières colorantes », *RTD Eur.*, 1975, pp. 663-699.

WATHELET, M., et **VAN RAEPENBUSCH, S.,** « Le contrôle sur pourvoi de la Cour de justice des communautés européennes, dix ans après la création du Tribunal de première instance » *in Mélanges en hommage à Ferdinand Schockweiler*, 1999, pp. 605-633.

WEIL, P., « Le droit international : mythe ou réalité », *in Aspects du droit international économique*, Actes du colloque d'Orléans, 25-27 mai 1971, Pédone, 1972, pp. 1-34.

WELAMSON, L., « La motivation des décisions des cours suprêmes », *RIC comp.*, 1979, p. 509.

WERDEN, G. J., « Four suggestions on Market Delineation », *Antitrust Bulletin*, vol. 17, 1992, p. 107.

WERDEN, G. J., « The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm », *Antitrust Law Journal*, 2003, pp. 253-269.

WERDEN, G. J., discours prononcé lors du 20ème anniversaire des Guidelines de 1982, Washington D.C., juin 2002, http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11256.pdf (15 septembre 2006).

WERDEN, G. J., et **FROEB, L. M.,** « Correlation, Causality and all that Jazz: The inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation », *Review of Industrial Organization*, 1993, pp. 329-353.

WESSELY, T. W., « EU Merger at a Turning Point – the Court of First Instance's "Schneider" and "Tetra" judgements, *ZwER*, 2003, n° 3, pp. 317-351.

WHISH, R., « Quelle réforme pour l'article 82 CE ? », *Concurrences*, n° 4-2005, p. 10.

WILLIAMSON, O. E., « Economies as an Antitrust Defense Revisited », *U. Pa. L. Rev.,* 1977, p. 669.

WILLIAMSON, O. E., « Economies as an Antitrust Defense : The Welfare Trade-offs », *Am. Econ. Rev*., 1968, vol. 58, p. 27, republié dans *Competition Policy Int'l*, 2005, n° 1, pp. 217-236.

WILLIAMSON, O. E., « Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis », *Yale L. J.*, 1977, pp. 284-340.

WILS, G., « "Rule of Reason" : une règle raisonnable en droit communautaire ? *», Cah. dr. eur.*, 1990, pp. 19-74, spéc. p. 29-30.

WISE, M., *Droit et politique de concurrence dans l'Union Européenne*, OCDE, 2005, http://www.oecd.org/dataoecd/8/0/35908651.pdf.

WOOD, D. P., « The Role of the Judge », Panel Discussion, *in* EHLERMANN, C.-D., et LAUDATI, L., *European Competition Law Annual 1996*, p. 312.

YAMEY, B. S., « Predatory Price Cutting : Notes and Comment », *JLE*, 1972, pp. 129-143.

ZAVARO, M., « L'apport du décret du 28 décembre 2005 au droit de l'expertise judiciaire », *Annales des loyers*, 2006, pp. 577-581.

ZOLYNSKI, C., obs. sous l'arrêt de la Cour du 24 avril 2004, IMS Health/NDC Health, C-418/01, p. I-5039, *Revue des affaires européennes*, 2003-04, pp. 463-470.

4. COLLOQUES ET ATELIERS

Académie de droit européen, *Current Trends in the judicial Review of EC Regulatory Acts*, Conférence Bruxelles, 27 avril 2006.

Atelier de la concurrence du 20 avril 2005, « Politiques de la concurrence et politique industrielle », http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/02_actualite/ateliers_concu/ateliers.htm?ru=02.

Atelier de la concurrence du 4 décembre 2002, « Malentendus ou divergences transatlantiques », *Revue conc. conso.*, 2003, n° 133, pp. 31-49.

Atelier de la concurrence du 6 juillet 2005, « Droit de l'environnement et droit de la concurrence », *Rev. Conc. Conso.*, 2006, n° 144, p. 1-39.

Colloque de La Baule, *Le juge et l'économie*, *RJC*, 2002, n° spécial.

Colloque *Les « class actions » devant le juge français : rêve ou cauchemar ?*, Maison du barreau, Paris, 18 novembre 2004, *Petites Affiches* n° 115 du 10 juin 2005.

Cour de cassation, *L'officieux et le non-dit dans le jugement*, conférence du 31 mars 2005, disponible sur le site http://www.courdecassation.fr.

Travaux de l'Association Capitant, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, T. XXII, 1970.

Université de droit, d'économie et des sciences sociales d'Aix-marseille, *Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun*, Actes du colloque du 18 mars 1994, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995.

5. RAPPORTS, DISCOURS ET AUTRES DOCUMENTS

CANIVET, G. (dir.), *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, La documentation française, 2004.

CERUTTI, G., et **GUILLAUME, M.,** *Rapport sur l'action de groupe* remis au ministre de l'économie et au ministre de la justice le 16 décembre 2005, http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rappactiondegroupe.pdf.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Livre vert, 9 décembre 2005, COM(2005) 672 final.

COMMISSION EUROPÉENNE, Direction générale « Concurrence », *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuse*, http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf.

COMMISSION EUROPÉENNE, Livre vert, *La politique de la concurrence communautaire et les restrictions verticales*, COM(96)721.

COUR DE CASSATION, *Rapport Annuel 2005 : L'innovation technologique*, La documentation française, 2006.

DERINGER, A., *Rapport fait au nom de la commission du marché intérieur ayant pour objet une consultation demandée à l'Assemblée parlementaire européenne par le Conseil de la Communauté économique européenne sur un premier règlement d'application des article 85 et 86 du traité de la*

C.E.E., Documents de séance de l'Assemblée parlementaire européenne,1961-1962, document 57 du 7 septembre 1961.

HYEST, J.-J., Rapport d'information n° 249 (2005-2006) fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 14 mars 2006.

KROES, N., « Effective Competition Policy – a Key Tool for Delivering the Lisbon Strategy », Bruxelles, 3 février 2005, EMAC Open Meeting of Coordinators, Brussels (texte disponible à partir de la page http://europa.eu.int/comm/competition/speeches)

KROES, N., « Enhancing Action for Damages for Breach of Competition Rules in Europe », New-York, 22 septembre 2005 (texte disponible à partir de la page http://europa.eu.int/ comm/competition/speeches).

KROES, N., « La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives », Cour de Cassation, Paris, 17 octobre 2005 (texte disponible à partir de la page http://europa.eu.int/comm/competition/speeches).

KROES, N., « More private antitrust enforcement through better access to damages : an invitation for an open debate », discours d'ouverture de la conférence de l'académie de droit européen de Trèves, *La place des actions en dommages et intérêts dans le droit de la concurrence*, Bruxelles, 9 mars 2006, contributions disponibles sur http://www.era.int.

KROES, N., « Towards a Pro-active competition Policy in favour of Innovation », Conférence *Promoting Innovation and Competitiveness – A transatlantic Dialogue* , La Haye, 27-28 avril 2005 (texte disponible à partir de la page http://europa.eu.int/comm/competition/speeches).

LAFFINEUR, M., Rapport d'information n° 3200 sur le livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominantes, Assemblée nationale, 28 juin 2006.

MONTI, M., « Competition for Consumer's Benefit », Discours prononcé le 22 octobre 2004, http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2004_016_en.pdf.

MONTI, M., « Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation », IBA – 8th Annual Competition Conference, Fiesole, 17 septembre 2004 (texte disponible à partir de la page http://europa.eu.int/comm/competition/speeches).

MONTI, M., « Why should we be concerned with cartel behavious », *in Fighting cartels : Why and how ?*, Konkurrensverket (autorité suédoise de la concurrence), 2001 (texte disponible à partir de la page http://europa.eu.int/comm/competition/speeches).

MURIS, T. M., « Improving the Economic Foudations of Competition Policy », allocution présentée au George Mason University Law Review's Winter Antitrust Symposium, Washington D.C. le 15 janvier 2003, disponible à l'url suivante : http://www.ftc.gov/speeches/muris/improveconfoundatio.htm (15 septembre 2006).

NORBERG, S., « Competition Policy of the European Commission: in the Interest of Consumers? », conférence prononcée le 20 juin 2003 à l'Université de Louvain, SPEECH/03/21, http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003_021_en.pdf.

OFFICE OF FAIR TRADING (commandé par), *Innovation and Competition Policy, Part I - Conceptual Issues*, Economic Discussion Paper 3, March 2002, disponible sur http://www.oft.gov.uk.

ORGANISATION DE DÉVELOPPEMENT ET DE COOPÉRATION ÉCONOMIQUES, « Effets de portefeuille dans les fusions conglomérales », 24 janvier 2002, DAFEE/COMP(2002)5, http://www.oecd.org/dataoecd/39/3/1818237.pdf.

ORGANISATION DE DÉVELOPPEMENT ET DE COOPÉRATION ÉCONOMIQUES, « Les objectifs du droit et de la politique de concurrence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence*, 2003, pp. 8-30.

ORGANISATION DE DÉVELOPPEMENT ET DE COOPÉRATION ÉCONOMIQUES, *Competition on the Merits*, DAF/COMP(2005)27, janvier 2006, http://www.oecd.org/dataoecd/7/13/35911017.pdf.

ORGANISATION DE DÉVELOPPEMENT ET DE COOPÉRATION ÉCONOMIQUES, *Hard Core Cartels : Recent progress and challenges ahead*, Paris, 2003.

ORGANISATION DE DÉVELOPPEMENT ET DE COOPÉRATION ÉCONOMIQUES, *Les barrières à* l'entrée, DAF/COMP(2005)42, disponible à l'url : http://www.oecd.org/dataoecd/13/6/36997651.pdf.

ORGANISATION DE DÉVELOPPEMENT ET DE COOPÉRATION ÉCONOMIQUES, *Predatory Foreclosure*, 2005, série « Les tables rondes sur la politique de la concurrence », DAF/COMP(2005)14, http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf.

ORGANISATION DE DÉVELOPPEMENT ET DE COOPÉRATION ÉCONOMIQUES, *Predatory Pricing*, 1989, http://www.oecd.org/dataoecd/7/54/2375661.pdf.

ORGANISATION DE DÉVELOPPEMENT ET DE COOPÉRATION ÉCONOMIQUES, *The Concept of Essential Facilities*, série des tables rondes de l'OCDE sur la politique de la concurrence, OCDE/GD(96)113, disponible sur le site www.ocde.org.

PADILLA, A. J., « The Role of Supply-Side Substitution in the Definition of the Relevant Market », rapport remis à la DG Entreprise de la Commission, Juin 2001, disponible sur le site http://www.nera.com.

SONKA, D., « The Role of the Judiciary in Enforcing and Legitimizing Competition Law and Policy », discours prononcé à Hong-Kong le 12 décembre 2005, disponible à l'url www.ftc.gov/speeches/other/051212hongkongshonka.pdf.

VESTERDORF, B., « Economics in Courts », *BIICL*, Annual Trans-Antlantic Antitrust Dialogue, 9 mai 2005.

WAQUET, PH., « L'officieux et le non-dit dans le jugement », conférence du 31 mars 2005, Cour de cassation, texte disponible à partir de la page http://www.courdecassation.fr/manifestations/tableau/ p. 9.

WOOLF, H. Access to Justice – Final Report, chap. 13 « Expert Evidence », document disponible à l'url : http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm.

INDEX

Les numéros renvoient aux pages

A

Absence de spécificité

. du droit de la concurrence : 30, 44, 161, 205, 208, 471, 548, 558, 600, 651, 671, 675, 821

. du raisonnement économique : 205, 216, 219, 693

Abus de position dominante : 3, 26, 38, 40, 57, 58, 61, 64, 69, 82 et s, 90, 108, 111, 116, 120, 121, 126 et s, 135, 141 et s., 179, 187 et s., 199, 212, 218 et s., 234, 243, 244, 247, 270, 280, 290, 292, 297, 299, 305, 306, 315, 322, 332, 349, 356, 359, 364, 371, 373, 377, 385, 387 et s., 417 et s., 435, 436, 449, 450, 454, 457, 458, 473, 475, 476, 478, 482 et s., 496, 497, 505, 506, 514, 517 et s., 544, 546, 549, 554, 555, 568, 570, 583, 600, 603, 648, 658, 660, 685, 686, 689, 711, 769, 782, 796, 802

Amicus curiae : 463, 584, 611, 612, 613, 614, 615, 617, 618, 619, 620, 621, 625, 626, 628, 818

Appréciation concrète : 11, 15, 59, 61, 68, 133, 143, 145 et s., 180, 211, 216, 227, 262, 265, 267, 275, 276, 283, 292, 297, 298, 300, 303, 309, 316, 317, 345, 373, 378 et s., 387, 401, 407, 408, 409, 414, 415, 417, 421, 435, 569, 645, 653, 656, 666, 672, 686, 688, 691 et s., 712, 772, 773, 782

Argument *a contrario* : 256, 290, 366, 510, 650, 774

Argument abstrait : 303, 510

Argument de texte : 87, 112, 256

Auditoires (de la décision de justice) : 183, 187, 194, 217, 254, 432, 700, 702, 710

B

Barrières à l'entrée : 37, 121, 172, 173, 212, 214, 258, 275, 298, 315, 462, 463, 466, 477, 484, 529, 542, 565, 690

But for : V. test de rationalité

C

Ceteris paribus : V. Toutes choses égales par ailleurs

Charge de l'allégation : 200, 430, 436 et s., 459, 460, 464, 467 et s., 479, 484, 492, 495, 496, 500, 502, 503, 507, 508, 510, 512, 514, 515, 531, 532, 533, 541, 542, 544, 552, 553, 557, 558, 617, 618, 658

Charge de la preuve : V. Preuve

Classifications : V. Typologies

Compétitivité : 58, 75, 77, 78, 85, 97, 268

Concurrence

. concurrence parfaite : 16, 100, 129, 130, 225, 661

. concurrence imparfaite : 170, 258, 259, 261, 262, 287, 323, 326, 327, 329, 333, 353, 354

. concurrence par les mérites : 58, 64, 82, 84 et s., 121, 187, 190 et s., 219, 310, 435, 455, 518, 519

. concurrence par les obstacles : 84, 187, 519

. concurrence parfaite : 16, 100, 129, 130, 225, 242, 258 e 272, 278, 280, 286, 287, 294, 297, 304, 308, 316 et s., 323, 326, 335

. concurrence-moyen : 71

Connaissances factuelles générales : 230, 232, 234

Connaissances personnelles du juge : V. Juge

Consensus : 1, 55, 56, 192, 252, 259, 278, 321, 451, 559 et s., 571, 581, 622, 624, 677

Contestations : 29, 46, 64, 68, 160, 195, 227, 228, 344, 347, 350, 356, 391, 414, 417, 421 et s., 449, 462, 464, 466, 492, 494, 517, 546, 629, 768, 769, 772, 783, 788, 789, 797, 803, 811, 815 et s., 824

Contradictoire : 5, 27, 156, 157, 164, 214, 233, 255, 279, 347, 426, 427, 428, 448, 488, 489, 490, 494, 573, 575, 579, 584, 586, 587, 588, 589, 599, 606, 608, 617, 620, 629, 636, 638, 662, 665, 823

Contrôle de cohérence (sur les allégations parties) : 350

Contrôle de légalité : 44, 468, 546, 557, 621, 630, 631, 641, 649, 650, 690, 696, 698, 703, 708, 740, 751, 773, 778, 811

Contrôle de motivation : 9, 147, 164, 217, 232, 296, 345, 350, 361, 374, 429, 442, 465 et s., 478, 631, 644, 648, 675, 679, 680 et s., 688, 694 et s., 708, 718, 719, 726 et s., 747, 748, 757, 758, 761, 769, 788, 790, 793, 798, 809 et s., 824

V. aussi Manque de base légale

Contrôle de qualification : 213, 361, 442, 465, 467, 478, 633, 634, 645, 646, 648, 673 et s. 705, 720 et s., 735, 736, 747, 764, 767, 771

Convergence du point de vue du juge et de l'analyse économique : 36, 148, 149, 152, 163, 165, 171, 174, 194, 460, 536, 823

Criminel né : 206

D

Décalage (entre l'approche du juge et l'approche économique)

. dans l'appréhension des finalités : 92, 127

. des schémas de raisonnement : 190

. décalage justfié : 169, 222, 235, 281

Déduction : 14, 28,150, 161, 162 et s., 169, 178, 195, 427, 432, 821

Doctrine

. doctrine économique : 64, 68, 76, 86, 180, 187, 213, 215, 217, 222, 240, 253, 478, 510, 517, 520, 523, 532, 544, 545, 555, 562, 563, 574, 575, 579, 655, 678, 682, 688, 704, 715, 735, 804, 806, 809, 816

. doctrine juridique (rôle) : 192, 510, 517, 518, 520, 521, 562

V. aussi Sécurité juridique

Dommage concurrentiel : 89, 231, 375 et s., 456, 520, 569

Doute

. *in dubio pro reo* : 198, 208, 223

E

École de Bruxelles : 75

École de Chicago : 16, 17, 20, 35, 53, 67, 75, 92, 96, 99, 102, 109, 131, 163, 168, 253, 256, 258, 261, 268 et s., 272, 274, 281 et s., 301, 302, 334, 339, 360, 463, 482, 523, 527, 563, 580, 597, 607, 622, 704, 709, 714 et s., 726 et s., 732

École de Freibourg : 23, 24, 187

École de Harvard : 16, 19, 40, 75, 92, 96, 127, 163, 172, 241, 261, 266, 268, 269, 274, 310, 323, 326, 330, 331, 334, 353, 354, 404, 427, 523, 526, 528, 607, 646, 728

Économie

. études empiriques : 7, 24, 96, 163, 187, 209, 266, 268, 323

. séduction (exercée par l'économie sur les juristes) : 56, 59, 103

. économie contemporaine (post-Chicago) : 269

Effet pervers : 216, 372, 537

Effet sensible : 87, 371 et s., 386, 570, 571

Efficience

. défense tirée de l'efficience : 113, 121

. efficience allocative : 95 et s., 108, 111, 114 et s., 127, 130, 131, 138, 219, 254, 269

. efficience dynamique : 85, 96, 115 et s., 127

V. aussi Innovation

. efficience productive : 85, 95 et s., 108, 115, 117, 127

. justification tirée de l'efficience (art. 82 CE) : 122, 124, 311, 312

. gains d'efficience : 74, 89, 113, 115, 116, 125, 126, 144, 146, 201, 219, 224, 714

. notion : 59, 97

V. aussi Objectifs du droit de la concurrence

Efficiency defense : V. défense tirée de l'efficience

Égalité entre concurrents : 185, 186, 208

Élasticité : 37, 175, 176, 182, 329 et s., 343, 347, 348, 350, 354, 396, 399, 403 et s., 652, 653, 729

. élasticité croisée : 175, 329 et s., 343, 354, 397, 399, 653

. élasticité-prix : 175, 176, 332 et s., 347, 349, 652, 729

Enquête de personnalité : 168, 206

Environnement : 77, 78, 167, 589

Erreur manifeste d'appréciation : 27, 31, 43, 169, 413, 429, 488, 604, 630, 633, 635, 648, 653, 689, 723, 734, 741 et s., 754, 759 et s., 783 et s., 803, 805, 807, 811, 816 et s.

Essential Facility : V. Ressource essentielle

Évidence : 18, 28, 174, 238, 287, 366, 440, 442, 465, 495, 508, 651, 672, 753, 764 et s.

Expert : 7, 9, 11, 47, 52, 105, 153, 156, 158, 179, 193, 224, 226, 229, 347, 372, 425, 463, 487, 552, 560, 561, 572, 584 et s., 626, 628, 637, 638, 645, 655, 671, 706, 717, 732, 746, 771, 787, 823

F

Faisceau d'indices : 47, 215, 437, 484, 543, 728, 800, 802

Faits pertinents : 35, 36, 160, 161, 164, 170, 171, 178, 184, 192, 194, 213 et s., 223, 226, 285, 333, 426, 436 et s., 441, 458, 460, 464, 467, 471, 472, 480 et s., 492, 494, 500, 502, 507, 512, 514, 515, 518, 533, 534, 542, 544, 551, 556, 589, 601, 603, 605, 614, 619, 627, 644, 664, 668, 680, 709, 728, 729, 733, 734, 736, 761, 767, 818

Fiction : 40, 127, 159, 164, 236, 548, 662

Free rider : V. Passager clandestin

Fondements économiques du droit de la concurrence : 55, 59

I

Importations parallèles : 73, 138, 139, 272, 273

Inférence : 228, 355, 389, 410, 500, 574, 578, 605, 659, 660 et s., 692, 734

Inflation : 107, 135

Innovation : 20, 58, 83, 96, 97, 115, 133, 138, 139, 144, 145, 147, 151, 225, 264, 623, 819

Intention (dans l'abus de position dominante) : 87 et s., 206, 221, 436, 473, 481, 520, 526, 531 et s., 539 et s., 660, 732, 733

Intérêt général : 22, 32, 57, 72, 101, 103, 118, 130, 255, 449, 616, 639, 743

Interprétation

. interprétation de la jurisprudence : 62

. interprétation des textes : 61, 72, 107 et s., 112, 136, 601, 777

. *generalia specialibus non derogant* : 112

. méthodes d'interprétation

. exégèse : 65 et s.

. interprétation téléologique : 65 et s., 432, 513

. libre recherche scientifique : 65 et s., 91, 93

. interprétation des faits

. grille de lecture : 188, 192, 476, 655

V. aussi Typologies

. interprétation des faits et tests économétriques : 157

J

Juge

. choix politiques : 347, 782

. connaissances personnelles du juge : 27, 38, 39, 41, 208, 585 et s., 715, 819

. formation à l'économie : 4, 11, 52, 209, 818

. imagination du juge : 422, 652, 715

. juge des libertés : 750

. juge des référés : V. référé

. office du juge : 14, 29, 31, 43, 105, 127, 134, 155, 195, 241, 351, 421, 424 et s., 431, 471, 598, 629, 718, 719, 737, 748, 749, 766, 772, 783 et s., 807, 811, 812, 816

. réserve (à l'égard de l'approche économique) : 93

V. aussi Raisonnement

Jurisprudence : 197

Justice

. justice distributive : 37, 104, 131, 282, 353

. critères de justice : 103

K

Kaldor-Hicks (critère de) : 100, 177

L

Lacune dans la théorie économique : 76, 141, 304

Lerner (indice de) : 225, 335, 336

Liberté économique : 81, 82, 86, 142 et s., 251, 252, 257

Logique de l'argumentation : 29, 30, 151, 155, 160, 163, 165, 236, 249, 432, 539, 544, 822

Loyauté : 76, 79, 80, 83, 85 et s., 103, 136, 245, 391

M

Manque de base légale : 27, 45, 155, 345, 428, 432, 442, 467, 573, 586, 594, 630 et s., 660, 681 et s., 695 et s., 702, 705, 718 et s., 722, 723, 725, 726, 735, 737, 739, 748, 757, 799, 811, 813, 815, 817, 818, 824

Marché pertinent : 211, 213, 227 et s. 239, 319 à 418, 595, 609, 651, 681 et s., 732, 822

Motivation : 26, 29, 33, 62, 117, 147, 150, 191, 233

Mesures provisoires : 299, 749, 753, 756, 757, 758, 762, 790, 795, 797, 798

Motivation : 273, 292, 352, 375, 379, 401, 402, 407 et s., 412, 415, 417, 432, 442, 459, 467, 479, 480, 484, 493, 496, 499, 505, 513 ets., 530, 537, 539, 546, 555, 557, 575, 581, 621, 623, 628, 631, 632, 635, 655, 656, 681, 687, 694, 695, 696 à 736, 757, 759, 761, 762, 765, 767, 772, 778, 780, 781, 783, 787 et s., 795, 798, 799, 806 et s., 811, 814 et s.

N

Nature des choses : 137, 570

Notification des griefs : 489, 490

Notion à contenu indéterminé : 180, 238 et s., 248, 249, 552, 601, 647, 705, 738, 741, 759, 789, 819

Notions économiques : 8, 55, 171, 180, 229, 238 et s., 248, 250, 319, 357, 421, 436, 461 et s., 475, 485, 487, 494, 495, 602, 674, 677, 710, 765

Normalité : 41, 560, 561, 573, 574, 577, 582, 585, 628, 668, 738, 741, 759, 765, 793, 794, 803 et s., 816, 819

Notification des griefs : 636, 638

O

Objectifs du droit de la concurrence

. bien-être des consommateurs : 55, 56, 58, 60, 61, 64, 85, 92, 93, 101, 111, 114, 120, 128 à 149, 166, 215, 240, 282, 310, 347, 376, 457, 478, 503, 536, 538, 565, 566, 639, 709, 713, 714, 794

. efficience : 58, 59, 79, 90, 93, 99, 102, 104, 105, 109, 110, 112, 116, 120, 127, 136, 254

V. aussi Efficience

. intégration du marché : 59, 69, 70 et s., 91, 109, 112, 114, 272, 274, 278, 279, 286, 312, 320, 334, 360, 364, 368, 373, 385, 387, 410, 684

Obstacle épistémologique : 75

Ordo-libéralisme : 18, 23, 24, 25, 67, 80 et s., 92, 142, 151, 187 et s., 251, 258, 266 et s, 297, 305 et s., 311, 316, 317, 333, 510, 519

P

Pareto (critère de) : 176

Passager clandestin (argument du) : 74, 297, 301 et s.

Points d'accroche (pour le raisonnement économique dans celui du juge) : 26, 89, 90, 149, 183, 300, 358, 426, 478, 489, 494, 518, 730

Politique industrielle : 72, 113, 444

Pondération des intérêts : 33, 105, 106, 115, 127, 133, 148, 219, 248, 753, 754, 784

Postulat de rationalité : 153, 159, 165 et s., 178, 389, 659, 662, 663, 666, 671

Postulats (de la théorie économique) : 159

Post-Chicago : V. Économie contemporaine

Pouvoir discrétionnaire : 21, 25, 32, 33, 241, 435, 460, 514 et s., 704, 707, 708, 741 et s., 768, 772, 773, 776 et s.

Précédent : 62

Préférences (des consommateurs) : 166, 227, 231, 328, 397, 400, 401, 407, 410, 412

Préjudice des consommateurs : 141, 146, 193, 479, 480, 533, 578

Présomption : 125, 144, 147, 157, 158, 160, 168, 196 à 209, 222, 223, 233, 235, 236, 265, 266, 269, 282, 285, 296, 297, 301, 309, 370, 409, 412, 441, 464, 481, 498, 499, 540, 556, 568, 573 et s., 578, 579, 581, 582, 586 et s., 594, 596, 605, 611, 619, 622, 659 et s., 672, 673, 693, 694, 723, 731, 792, 793, 795, 797, 799, 800, 802, 818, 822

V. aussi Inférence

Présomption d'innocence : 168, 196 et s., 222, 223, 235, 236, 481, 498, 568, 659 et s., 692, 734

Preuve

. charge de la preuve : 196, 198 et s., 208, 209, 223, 430, 441, 453, 464, 514, 531, 541, 544, 553, 554, 662, 791, 792, 796

. difficultés probatoires : 54, 147, 196, 212, 216, 223, 224, 227, 229, 230, 232, 234 et s., 329, 356, 384, 419, 508, 527, 537, 552, 553, 717, 822

. moyen de preuve

. liberté de la preuve : 221, 222

V. aussi présomption

. objet de la preuve : 235, 283, 480, 540, 552, 554, 658 et s., 664 et s., 813, 814

. preuve d'un fait négatif : 199, 554, 659 et s., 666, 668, 672, 673, 692 et s., 790

. raisonnement probatoire : 168, 221, 605

. règles de preuve comme règles de justice : 208, 353, 587

. standard de preuve : 58, 225, 228, 345, 351 et s., 464, 712, 738, 739, 785, 790 et s., 816, 817, 819

. valeur probante : 169, 227, 352, 601, 659, 663, 666 et s., 739, 793, 794

V. aussi Doute

V. aussi Vraisemblance

Principe dispositif : 5, 393, 422 et s., 437, 438, 630, 634

Prior beliefs : V. nature des choses, 570

Prix prédatoires : 189, 487, 522 et s., 530, 532, 533, 537, 548, 568, 589, 594, 754

Progrès économique : 78, 106, 114, 132, 137, 139, 140, 177, 204, 208, 238, 240, 241, 285, 767, 784

Proportionnalité : 85, 97, 123, 218, 219, 304, 313, 375, 377, 380, 419, 498, 503, 589, 592, 737, 751, 756, 757, 758

Q

Qualification : 12, 18, 178, 180, 214, 392, 417, 419, 429, 442, 446, 458, 461, 467 et s., 486, 487, 504, 602, 627, 630, 644, 647, 672, 679, 747, 768, 782, 817, 818, 823, 824

. éléments de la qualification :172, 189, 320, 424, 435 à 443, 453, 458 et s., 469 et s., 478, 480, 484 et s., 491, 492, 494, 496, 501, 502, 504, 507, 545, 603

V. aussi Faits pertinents

. qualifications intermédiaires : 463, 486, 488 et s. 509, 521, 544, 637, 681 et s., 770, 771, 779, 782, 809

. test de qualification : 180, 218, 472, 501 et s., 520, 521, 522, 545, 550, 553, 557, 582, 603, 619, 620, 627, 680, 688, 709, 718, 720, 721, 724, 727, 729, 735, 736, 769, 817, 818, 823

Qualitatif : 114, 150, 151, 153, 161, 177, 178, 194, 253, 331, 348, 822

Quantitatif : 150 et s., 157, 161, 177, 178, 232, 233, 340, 345, 355, 370, 380, 590, 822

R

Raisonnement (mode de)

. à la marge : 174, 175, 178, 397, 398, 407, 412, 413, 414

. contrefactuel : 176, 260, 271, 272, 294, 297, 304, 308, 669

. schémas de raisonnement : 25, 30, 33, 265, 285, 309, 310, 315, 317, 345, 356, 390, 392, 417, 429, 433, 436 et s., 442, 452, 458 et s., 467, 475, 483, 504, 507, 509, 516, 545, 546, 566, 627, 709, 715, 718, 719, 729, 730

Raisonnement du juge : 14, 15, 27, 29, 30, 35, 53, 126, 148, 149, 152, 162, 195, 206, 229, 236, 248, 261, 265, 270, 283, 285, 293, 296, 344, 363, 393, 411, 421 et s., 426, 434, 437, 439, 440, 443, 464, 479, 486, 512, 615, 767, 824

. appréciation de pertinence du raisonnement économique : 304

. appréciation globale des éléments de preuve : 352

. autonomie par rapport au raisonnement économique : 285, 365, 366

. raccourci argumentatif : 283

. usage rhétorique d'une notion économique : 391

Raisonnement économique

. caractéristiques : 54, 152 et s.

. prémisses normatives : 16, 91, 236, 250, 418

V. aussi Raisonnement (raisonnement à la marge)

V. aussi Scénarios

V. aussi Sécurité juridique

Rationalité : 30, 33, 274, 300, 350, 366, 410, 412, 500, 518, 520, 539, 540, 605, 659, 662 et s., 732, 821

Recevabilité : 382, 489, 491, 492, 494, 539, 674, 676, 679, 717, 778

Référé : 39, 106, 299, 670, 686, 690, 748, 749, 752 et s., 784, 796, 797, 798

Règle de fond : 17, 32, 125, 133, 164, 171, 203, 214, 215, 281, 307, 384, 387, 390, 451, 459, 506, 511, 530, 558, 563, 566, 573, 577, 579 et s., 587, 588, 619, 629, 642, 662, 699, 710, 728, 776, 780

Règle de raison : 17, 106, 118, 133, 203, 215, 273, 276, 372, 384, 459, 506, 511, 558, 566, 580 et s., 710, 728

Règles d'expérience : 401, 541, 567, 572 et s., 576, 577, 579 et s., 594, 604, 606, 611, 614, 619, 620, 624 et s., 660 et s., 671, 751, 793, 818, 823

Règle *per se* : 17, 133, 203, 215, 281, 307, 384, 390, 451, 459, 506, 511, 530, 558, 563, 566, 580 et s.

Renvoi préjudiciel : 46, 47, 122, 369, 375, 382 et s., 392, 456, 613, 638, 685, 787

Ressource essentielle : 63, 64, 118 et s., 616, 714, 724

Restriction de concurrence : 19, 73, 137, 180, 184, 203, 204, 238, 239, 240 à 318, 332, 344, 371, 378, 387, 390, 392, 394, 395, 408, 418, 419, 421, 554, 555, 557, 687, 705, 706, 711, 721, 732, 750, 779, 814, 822

Restrictions accessoires : 299, 302, 303, 312, 313

S

Sanction : 20, 22, 38, 44, 45, 48, 49, 68, 78, 110, 150, 171, 198, 220, 226, 230, 231, 232, 234, 255, 278, 344, 373, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 387, 392, 393, 445, 449, 451, 452, 528, 548, 549, 550, 569, 570, 595, 611, 621, 702, 703, 720, 724, 737, 799, 801, 809, 814

Scénario : 653 et s., 668, 672, 673, 686, 691 et s., 707, 709, 710, 711, 713, 717, 719, 730, 734, 753, 761, 798, 806, 810, 812, 814, 816

Sécurité juridique : 62, 103, 133, 181, 196, 197, 203, 208 et s., 229, 235, 236, 239, 246, 254, 256, 257, 264, 265, 316, 346, 374, 384, 405, 419, 454, 460, 471, 502, 503, 505 et s., 511, 516, 518, 520, 545, 547, 548, 550 et s., 566, 571, 580 et s., 685, 708, 710, 715, 728, 742, 822

. bonne et mauvaise : 216

. contribution de la doctrine économique : 213, 216, 217, 219

. raisonnable : 215, 710

. moyens de la produire

. précision : 212

. stabilité : 217

. raisonnement économique : 214, 215, 221

V. aussi Raisonnement (schémas de raisonnement)

Statique comparative : 176

Structuralisme : V. École de Harvard, 297, 300

Surplus du consommateur : 130, 133, 140, 186, 282

Surplus global : 102, 130, 137, 138

Syllogisme : 4, 14, 15, 30, 32, 33, 93, 105, 106, 151, 162, 164, 248, 361, 394, 422, 427, 428, 430 et s., 438, 705, 784, 821, 823

T

Test de rationalité : 89, 217, 520

Test de qualification : V. Qualification

Test du concurrent aussi efficient : 207, 221, 455, 518, 568, 782

Test du sacrifice : 88, 89, 217, 518, 519, 524, 713

Toutes choses égales par ailleurs : 37, 174, 175, 233, 330, 654, 661

Traduction : 10, 18, 63, 89, 102, 151, 152, 164, 173, 175, 179, 180, 181 et s., 186, 190, 192, 194, 195, 230, 236, 248, 263, 277, 288, 306, 329, 331, 366, 418, 475, 520, 728, 735, 739, 793

. faux ami : 184, 187, 194, 630

. traduction impossible : 187

Typologies : 9, 181, 184, 189, 192, 194, 242, 262, 263, 264, 265, 295, 297, 400, 434, 453 et s., 461, 467, 476, 483, 487, 507, 551 et s., 633 et s., 655

U

Ultra petita : V. principe dispositif

V

Vraisemblance : 158, 159, 168, 169, 178, 195, 203, 205, 352, 574, 582