



MISSION DE RECHERCHE
Droit & Justice

Rapport 18/22
Novembre 2021

L'EXPERTISE ECONOMIQUE DANS LE DROIT FRANÇAIS DE LA CONCURRENCE

Fortunes et infortunes d'un projet réformateur

Note de synthèse

Sous la direction de :

Lola Avril, docteure en science politique de l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne
Julie Bailleux, maîtresse de conférences en droit public, Université Paris 2 - Panthéon-Assas
Sebastian Billows, chargé de recherche INRAE, IRISSO

Ont également contribué à cette recherche :

- Hélène Aubry, agrégée des facultés de droit, professeur des universités à l'Université Paris-Saclay
- Claire Lasserre, doctorante en économie, Université Côte d'Azur, GREDEG
- Marie Malaurie-Vignal, agrégée des facultés de droit, professeur des universités à l'Université Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines (Paris-Saclay)
- Thibault Schrepel, Assistant Professor de droit à l'Université libre d'Amsterdam et Faculty affiliée au centre CodeX de l'université Stanford

Partout dans le monde, le droit de la concurrence est devenu un moyen d'intervention majeur des autorités publiques sur l'économie. Il résulte d'un constat paradoxal : si la lutte à laquelle se livrent les entreprises dans l'arène marchande est bénéfique pour l'économie, celle-ci n'est optimale que si elle est encadrée par le droit. Un ensemble de normes visant à réguler cette lutte se développe donc progressivement en France à partir des années 1950. Ce développement s'accélère et s'autonomise dans les années 1980 avec la création d'un Conseil de la concurrence doté de pouvoirs élargis. En 2008, ce Conseil devient une *Autorité* de la concurrence dotée de ses propres pouvoirs d'enquête. Cette trajectoire française du droit de la concurrence, marquée par une autonomisation progressive et un élargissement des compétences des autorités en charge de l'appliquer, ne saurait être réduite au seul résultat d'un processus d'eupéanisation. En effet, si le droit européen de la concurrence s'applique directement aux entreprises françaises, les interventions de la Commission européenne pour le faire appliquer ne concernent généralement que les plus grandes entreprises. C'est pourquoi nous nous concentrons sur le droit français de la concurrence, qui possède sa propre trajectoire, chronologique et institutionnelle, et continue d'impacter la vie des entreprises françaises¹.

Parallèlement à son développement, le droit français de la concurrence connaît d'importantes transformations. Un nouveau mot d'ordre fait son apparition dans les années 1990, visant à moderniser le droit de la concurrence en y insufflant davantage d'expertise économique. L'objectif des acteurs qui portent ce projet réformateur est « l'économisation » du droit de la concurrence². Inspiré des thèses développées par l'École de Chicago, ce projet réformateur part d'une critique du droit de la concurrence tel qu'il serait alors pratiqué par les régulateurs et les juges. Face à des décisions jugées trop « formalistes » ou « structuralistes », l'approche plus économique doit amener à une prise en compte accrue des « effets » des pratiques incriminées et des éventuelles décisions du régulateur sur le marché. Il se développe en creux une critique d'une lecture purement juridique des affaires de concurrence. A cette approche qualifiée de « discrète » ou « catégorielle » devrait être substituée une approche « continue », qui prenne en

¹ Billows S., Viallet-Thévenin S., 2016, « La fin de l'état stratège ? La concurrence dans les politiques économiques françaises (1945-2015) », *Gouvernement et action publique*, 5, 4, p. 9–22

² Dans sa version radicale, l'économisation signifie que le prix et plus largement le modèle de l'économie néo-classique deviennent la « catégorie ordinatrice » des discours et des actions du monde social concerné. Voir Lebaron F., 2000, *La croyance économique*, Paris, Seuil, p. 137 cité par Reverdy T., 2014, *La construction politique du prix de l'énergie*, Paris, Presses de Sciences Po, p. 24. Selon une définition plus modérée du concept, l'économisation n'oriente pas vers un modèle d'action précis mais importe les clivages internes à la discipline. La littérature a particulièrement insisté sur l'un de ces clivages, qui opposerait une approche ordolibérale à celle défendue par l'École de Chicago. Voir par exemple Ergen T., Kohl S., 2019, « Varieties of economization in competition policy: institutional change in German and American antitrust, 1960–2000 », *Review of International Political Economy*, 26-2, p. 256-286.

compte le « continuum de distance concurrentielle pouvant exister entre différentes entreprises »³. Si ce débat fait écho à ceux qui se sont tenus aux États-Unis ou au niveau européen, les modalités de diffusion du mot d'ordre de la réforme du droit de la concurrence en France tiennent à la structuration particulière des sphères (ou écologies) universitaires, politiques et administratives au sein de l'espace national.

Ce projet réformateur trouve rapidement une traduction institutionnelle. De plus en plus d'économistes peuplent l'Autorité de la concurrence. Cela concerne le « Collège », l'organe amené à statuer sur les cas et à prendre d'éventuelles sanctions, mais aussi les services administratifs, chargés d'instruire les dossiers. En 2001, le Conseil crée plusieurs cellules spécialisées pour soutenir le travail des rapporteurs, dont une consacrée à l'économie. Progressivement, cette cellule s'étoffe pour devenir un service économique à part entière, dirigée par un chef économiste et comprenant aujourd'hui sept membres. Des réformes affectent également la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, les deux autres piliers institutionnels du droit français de la concurrence. Depuis l'ordonnance de 1986⁴, elles sont chargées de traiter les recours contre les décisions du Conseil. Selon diverses modalités, elles ont fait appel aux services d'experts en économie qui ne sont pas issus de la magistrature.

Mais cette diffusion de l'expertise économique ne se fait pas sans heurts. La controverse autour de la détermination des sanctions contre les cartels qui a lieu en 2008-2011 est un exemple parmi d'autres des débats que suscite la place de cette expertise dans le droit français de la concurrence. La controverse est déclenchée par un arrêt de la cour d'appel de Paris qui, tout en confirmant la décision de l'Autorité relative au cartel du négoce de l'acier, réduit considérablement l'amende infligée aux entreprises concernées⁵. Pour reprendre les termes de l'un de nos enquêtés, cette décision est vécue comme un « moment choc » pour la coalition réformatrice qui cherche à diffuser l'expertise économique dans le droit français de la concurrence. Si ce débat autour des sanctions est aujourd'hui clos, il pose la question de la portée réelle de l'expertise économique dans le droit français de la concurrence et des ressorts de sa diffusion.

³ Spector, D. « L'économiste appelé à la barre : la régulation économique et juridique de la concurrence ». Tracés. Revue de Sciences humaines, 2011, 11, p. 237-246.

⁴ Ordonnance no 86-1243 du 1er décembre 1986, dite « ordonnance Balladur ».

⁵ Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 7, 19 janvier 2010, n° 09/00334

L'objectif de la présente recherche a ainsi été d'examiner les origines et la portée de la diffusion des outils et des concepts issus de l'économie. Nous avons tenté de comprendre dans quelle mesure l'ambition de rupture avec l'approche catégorielle traditionnellement associée au droit a été traduite dans les faits. Pour ce faire, notre recherche s'appuie sur deux entrées principales : l'une centrée sur les acteurs et les institutions et l'autre sur les raisonnements déployés à l'Autorité et dans les tribunaux. Si elles se nourrissent mutuellement, ces deux entrées sont ancrées dans des traditions disciplinaires différentes. La première mobilise davantage les concepts et les méthodes de la sociologie et de la science politique tandis que la seconde repose plutôt sur les apports de l'analyse juridique (méthode de l'étude de cas) et statistique.

Les économistes et le droit français de la concurrence : une position minoritaire et parfois inconfortable

Qui a contribué à l'économisation du droit français de la concurrence ? Jusqu'à quel point ces acteurs et actrices sont-ils parvenus à pénétrer les institutions chargées d'interpréter et d'appliquer ces normes ? Précisons d'emblée qu'il s'agit d'acteurs collectifs plutôt que d'acteurs individuels. En cela, notre perspective s'écarte des schémas explicatifs utilisés par une partie de nos enquêtés, centrés sur l'action de quelques individus, notamment Frédéric Jenny⁶ ou Bruno Lasserre⁷. Plutôt que d'articuler l'analyse autour des biographies individuelles, nous avons replacé les acteurs et leurs trajectoires au sein des groupes professionnels auxquels ils appartiennent. Adoptant un cadre d'analyse proche de la sociologie interactionniste des professions⁸, nous considérons la politique de concurrence comme une activité susceptible d'être appropriée par plusieurs groupes sociaux eux-mêmes liés par des relations de rivalité et de dépendance réciproque.

Afin de saisir tout à la fois l'action d'individus, les logiques professionnelles dans lesquelles elle s'inscrit, les sphères dans lesquelles ils évoluent et les relations entre ces sphères, nous

⁶ Titulaire d'un Ph.D. en économie de l'Université de Harvard, Frédéric Jenny a été rapporteur général puis vice-président du Conseil de la concurrence. En 2004, il est nommé conseiller en service extraordinaire à la Cour de Cassation.

⁷ Membre du Conseil d'Etat, il participe dans les années 1990 à la mise en place de la régulation des postes et télécommunications, un secteur alors en pleine libéralisation. En 1998, il devient membre du collège du Conseil de la concurrence, avant d'en assumer la présidence de 2004 à 2016

⁸ Abbott A., 1988, *The System of Professions: An Essay on the Division of Expert Labor*, Chicago, University of Chicago Press

avons recours à la théorie des « écologies liées » d'Andrew Abbott⁹. A ce titre, la régulation apparaît comme une écologie *sui generis*, issue de la recombinaison d'entités sociales hétérogènes. Ce cadre analytique restitue à la fois les enjeux de temporalité, l'hybridation des expertises qui sont mobilisées dans le cadre de la régulation ainsi que la pluralité des ancrages des acteurs qui y prennent part. Nous plaçant sur le temps long (du début des années 1970 à nos jours), nous avons cartographié ces interactions grâce à des données de plusieurs ordres : une trentaine d'entretiens avec des acteurs et actrices actifs à divers moments de la période étudiée, le dépouillement de 22 cartons d'archives politiques et administratives et le traitement d'une littérature grise considérable (décisions, rapports, lignes directrices, publications universitaires).

Nos résultats montrent que la pénétration des économistes dans les institutions du droit de la concurrence a été très progressive et a supposé des compromis avec d'autres groupes d'acteurs. Ainsi, la structuration de la régulation de la concurrence et la prise en compte de l'expertise économique reflètent les dynamiques évolutives d'interdépendance / concurrence entre l'écologie savante (chercheurs issus de la discipline économique), celle de l'administration économique (hauts fonctionnaires) et celle des professionnels du droit (magistrats, avocats). Elle dépend de la capacité des acteurs portant le projet réformateur d'économisation à circuler, jouer de leurs multi-positionnements et de leur aptitude à tisser des alliances dans ces écologies.

La notion même de « politique de concurrence » a été forgée au début des années 1970 par Frédéric Jenny et André-Paul Weber, deux économistes. Ces deux figures intègrent rapidement la Commission de la concurrence, établie en 1978. Mais les pouvoirs de cet organe sont encore limités et elle dépend, pour l'essentiel de son activité, des dossiers que lui transmet la direction des Prix, une administration centrale du ministère des Finances. Ils doivent également composer avec des avocats en droit privé qui s'étaient formés aux questions de concurrence *via* des affaires traitées au niveau européen et voient dans la politique de concurrence émergente une nouvelle opportunité de développer leurs services aux entreprises. De même, la réforme de 1986 (l'ordonnance dite « Balladur »), qui mène à la création d'un *Conseil* de la concurrence doté de pouvoirs élargis est le fruit d'une coalition où les économistes sont minoritaires par

⁹ Abbott A., 2003, « Ecologies liées : à propos du système des professions », dans *Les professions et leurs sociologies. Modèles théoriques, catégorisations, évolutions*, Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, p. 30-48 ; Abbott A., 2005, « Linked ecologies : states and universities as environments for professions », *Sociological Theory*, 23-3, 2005, p. 245-274.

rapport à des hauts fonctionnaires et le barreau de Paris. Ce dernier est surtout motivé par la perspective d'ancrer le droit français de la concurrence dans le droit privé, permettant d'en éloigner le Conseil d'État, qui n'a pas encore fait sa « révolution culturelle » vers le droit public économique et résiste encore à la reconnaissance de la primauté du droit communautaire sur le droit national¹⁰.

Les économistes ne parviennent réellement à pénétrer les institutions du droit français de la concurrence qu'à partir de la fin des années 1990. D'autres indicateurs que les réformes institutionnelles permettent d'évaluer le degré d'économisation du droit de la concurrence. Pour cette période plus contemporaine, notre analyse porte sur le rôle des intermédiaires de « l'État régulateur¹¹ », ces juristes (avocats) ou économistes (conseils) qui assistent les entreprises dans leurs interactions avec les institutions (autorités, juridictions) de la concurrence. En retraçant les évolutions et la structuration progressive d'un conseil en économie, il s'agit de mettre à jour un autre acteur de la sphère de la régulation. Dans le domaine de la concurrence, les économistes se sont positionnés sur ce marché dès le milieu des années 1990. En tant que consultants, ils produisent des études pour prouver l'innocuité des pratiques reprochées aux entreprises. Malgré quelques succès, ils doivent néanmoins composer avec l'antériorité des avocats sur ce marché du conseil. Bénéficiant de carrières moins stables, les économistes dépendent des avocats pour accéder à leur clientèle, alors que l'élaboration d'une stratégie de défense pour l'entreprise reste en majeure partie dictée par les seconds. Leur manque d'autonomie au niveau structurel se traduit par une moindre capacité à peser intellectuellement dans les discussions autour des cas soumis à l'Autorité de la concurrence et aux juridictions.

Une diffusion limitée des raisonnements économiques

On le voit, la question des acteurs et des institutions surdétermine celle des raisonnements. Les différents groupes sociaux qui interviennent dans la politique de concurrence produisent des rationalisations savantes de celle-ci¹². Or, la dépendance structurelle des économistes vis-à-vis

¹⁰ Vauchez A., France P., 2017, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Presses de Sciences Po, p. 129.

¹¹ Sur cette notion, voir Avril L., 2020, « Pour une sociohistoire de l'Etat régulateur européen. Du gouvernement administratif à la régulation judiciaire de la concurrence (1962-1982) », *Revue française de science politique*, 70-6, p. 773-791 et Billows S., Viallet-Thévenin S., 2016, « La fin de l'état stratège ? La concurrence dans les politiques économiques françaises (1945-2015) », *Gouvernement et action publique*, 5-4, p. 9-22

¹² Nous empruntons le terme de « rationalisation savante » à cet ouvrage : Vauchez A., 2013, *L'union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 400 p.

des avocats de la concurrence menace leur projet de diffuser un nouveau mode de raisonnement moins « catégoriel » et davantage « continu » (voir *supra*). Ceci est particulièrement vrai des décisions de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, où la pénétration des économistes a été moins franche qu'à l'Autorité de la concurrence. C'est ce que mettent en évidence les deux études constituant les parties III et IV de notre recherche.

La première d'entre elle adopte une approche résolument quantitative. Elle repose sur le codage de 854 décisions de l'Autorité de la concurrence qui ont conduit à 212 arrêts de cour d'appel. Reprenant une méthode éprouvée, elle se fonde sur l'identification de certains outils (comme le test de l'effet de ciseau ou le Herfindal-Hirschman Index) et sur une analyse du vocabulaire des décisions¹³. Ce vocabulaire a été divisé en deux catégories : des termes renvoyant à l'ordolibéralisme, l'approche classique de la politique de concurrence très proche des catégories juridiques ou portant sur la structure du marché¹⁴, et les termes qui correspondent à une approche plus économique, qui cherche justement à brouiller les frontières entre ces catégories¹⁵. De manière spectaculaire, si 17 % des décisions comportent du vocabulaire ordolibéral, seulement 5 % contiennent des termes associés à l'approche « plus économique ». Lorsqu'une décision passe en appel, les moyens soulevés renvoient davantage à des points de procédure qu'à des aspects substantiels liés à l'analyse économique. Enfin, l'infusion, dans une décision de l'Autorité, d'outils relevant de l'analyse économique, ne signifie pas nécessairement un taux de réforme inférieur au niveau des cours supérieures.

Une deuxième étude de la jurisprudence, plus qualitative cette fois, permet de préciser ces résultats en étudiant de manière approfondie quatre thématiques du droit de la concurrence : les ententes d'imposition d'un prix de revente, les échanges d'information, l'abus de position dominante non tarifaires et la délimitation du marché pertinent. Afin d'étudier l'influence de l'analyse économique dans le raisonnement des juges, une grille d'analyse commune a été établie : les juges d'appel ont-ils retenu une analyse économique ou ont-ils privilégié une analyse exclusivement juridique ? Le cas échéant, en quoi la décision est-elle comparable à la jurisprudence européenne ? Quelle a été la réception de l'arrêt d'appel par la doctrine ? Leurs conclusions sont similaires : en matière d'imposition de prix, les juges d'appel ne retiennent

¹³ Cahuc P. et Carcillo S., 2012, « Les juges et l'économie : une défiance française ». Rapport de l'institut Montaigne.

¹⁴ « Concurrence effective », « Processus de concurrence », « Structure concurrentielle », « responsabilité particulière »

¹⁵ « Bien-être du consommateur », « Surplus », « Défense sur la base de l'efficacité », « Balance des effets ».

aucune analyse économique avec l'adoption de critères juridiques. En matière d'échanges d'information, l'analyse économique retenue par la cour d'appel est faible en condamnant les échanges d'information en raison de la seule structure du marché oligopolistique et présumant la perte d'autonomie des opérateurs présents sur le marché. En matière d'abus non tarifaire, il en ressort un test de légalité très peu précis, et, de fait, une sécurité juridique peu élevée qui ne permet pas aux entreprises d'apprécier la conformité de leurs pratiques en la matière. Et enfin en matière de délimitation du marché, il apparaît, à travers la jurisprudence étudiée, que la cour d'appel de Paris n'impose pas toujours une délimitation précise du marché pertinent et ceci même lorsque l'affaire porte sur un abus de position dominante. De plus, le contrôle que celle-ci exerce sur la délimitation du marché pertinent par l'Autorité de la concurrence ou le tribunal de commerce est très léger. Enfin, la cour d'appel de Paris ne semble pas accorder une place essentielle à l'analyse économique lorsqu'elle délimite le marché pertinent.

Conclusion

Le fait de retracer l'émergence et la diffusion de l'expertise économique nous a permis d'esquisser une cartographie du droit français de la concurrence, une matière juridique relativement récente. Nous avons mis en évidence certaines lignes de faille, comme les tensions entre les économistes et les juristes intervenant dans ce domaine ou le contraste, au niveau de la prise en charge de l'expertise économique, entre l'Autorité de la concurrence d'une part, et les juridictions chargées de traiter les recours d'autre part. A bien des égards, les tensions ne sont pas résolues et on ne saurait considérer l'économisation comme un processus continu. L'une des dernières manifestations de ce débat est la publication en 2018 d'un rapport de la commission « concurrence » du Club des juristes¹⁶. Visant à « dresser un état des lieux et de formuler d'éventuelles propositions d'amélioration du droit français de la concurrence », le rapport reprend le vocabulaire des réformateurs : le « pari de la modernisation », la volonté d'améliorer « l'efficacité des institutions ». Une partie des propositions présentées vise à « mieux prendre en compte l'analyse économique dans les décisions » : en renforçant le service économique de l'ADC et la « qualification des rapporteurs en matière de droit et d'économie de la concurrence », en créant un corps d'experts judiciaires spécialisés à la cour d'appel qui pourrait recruter pour cette chambre des professionnels ou des enseignements-chercheurs ou en

¹⁶ Fondé en 2007, le club des juristes réunit des acteurs du monde juridique et économique, “praticiens du droit, magistrats, professeurs des universités et chefs d'entreprises” et est financé par des cabinets d'avocats et grandes entreprises.

dotant les chambres de la cour d'appel de Paris « d'assistants de justice de haut niveau formés au droit et à l'économie de la concurrence », ainsi que des formations spécialisées pour les juges et magistrats.

Ces tensions ne sont pas propres au droit de la concurrence. On les retrouve dans toute la sphère émergente du gouvernement « indépendant »¹⁷, qui se manifeste par la création de nombreuses autorités de régulation indépendantes, comme l'Autorité de régulation des communications et des postes (ARCEP) ou l'Autorité des marchés financiers (AMF). Ce nouvel espace de la régulation opère un brouillage entre des frontières autrefois bien établies : entre droit public et droit privé, entre gouvernement et science, entre haute fonction publique et professions libérales. Elle crée aussi des entités administratives dont le niveau d'autonomie vis-à-vis de l'Exécutif doit sans cesse être renégocié. Dans le cas de la politique de concurrence française, la diffusion de l'économie a contribué à asseoir la légitimité et l'autonomie du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence. Avec le droit, l'économie contribue à une « rationalisation savante »¹⁸ de la politique de concurrence, désamorçant de potentielles interventions du niveau politique grâce à un langage plus technique et formel. Cette autonomie, assise sur une définition étroite du rôle de l'agence indépendante, est toutefois fragile. Si, au travers des enquêtes menées contre des géants du numérique, elle est parfois en ligne avec la politique gouvernementale¹⁹, elle doit parfois traiter de dossiers plus sensibles qui l'exposent à des représailles venant du personnel politique. La controverse actuelle autour du non-renouvellement d'Isabelle da Silva, au poste de présidente de l'Autorité de la concurrence, l'illustre bien²⁰.

¹⁷ Vauchez, A. (dir.), 2019, *Un champ de la régulation publique indépendante ? Acteurs, registres de justification et formes d'autorité politique des agences de régulation en France*, rapport pour la mission de recherche Droit et Justice.

¹⁸ Nous empruntons le terme de « rationalisation savante » à cet ouvrage : Vauchez A., 2013, *L'union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 400 p.

¹⁹ Bellon, A. 2016. « La politique de concurrence au secours de l'exception culturelle ». *Gouvernement et action publique* 5-4, p. 119-40.

²⁰ Selon des journalistes, ce non-renouvellement résulterait des réticences de l'Autorité à avaliser la future fusion entre TF1 et M6. Sandrine Cassini et Alexandre Piquard, « Départ surprise d'Isabelle de Silva de l'Autorité de la concurrence », *Le Monde*, 5 octobre 2021

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une mission réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention 18/22). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.