



HAL
open science

L'expertise économique dans le droit français de la concurrence. Fortunes et infortunes d'un projet réformateur

Sebastian Billows, Lola Avril, Julie Bailleux

► To cite this version:

Sebastian Billows, Lola Avril, Julie Bailleux. L'expertise économique dans le droit français de la concurrence. Fortunes et infortunes d'un projet réformateur. [Rapport de recherche] 18/22, Mission de recherche Droit et Justice. 2021, pp.224. hal-03654731

HAL Id: hal-03654731

<https://hal.inrae.fr/hal-03654731>

Submitted on 28 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



MISSION DE RECHERCHE
Droit & Justice

Rapport 18/22
Novembre 2021

Rapport final de recherche

L'expertise économique dans le droit français de la concurrence

Fortunes et infortunes d'un projet
réformateur

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, IRISSE

Ont également contribué à ce rapport de 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 affiliate au centre CodeX de l'université Stanford

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.

Table des matières

Introduction générale.....	7
L'économie comme projet modernisateur	7
Mesurer la diffusion de l'économie : quel cadre analytique ?.....	10
Quatre études	14
Partie I La genèse d'un espace autonome de la régulation économique (1974-1994).....	17
1. La genèse de la réforme de 1977 : deux écologies qui interviennent dans des espaces distincts.....	23
1.1 La « politique de concurrence », une invention d'économistes.....	23
1.2 De la sphère universitaire à la sphère politique	29
1.3 Les avocats de la concurrence aux prises avec l'ex-administration des Prix.....	32
2. Appliquer et interpréter la loi de 1977 : deux visions du formalisme.....	35
2.1 La politique de concurrence selon l'ex-administration des Prix.....	36
2.2 Dompter un « monstre » juridique	39
2.3 Mettre les dynamiques de marché au cœur de la politique de concurrence.....	43
3. La réforme de 1986 et l'élargissement de l'alliance en faveur d'une politique de concurrence autonome	48
3.1 Le projet d'une institution hybride.....	48
3.2 Le barreau de Paris au secours de la juridictionnalisation	53
3.3 L'hybridation au quotidien.....	57
Partie II L'expertise économique en action : logiques professionnelles et institutionnelles.....	67
1. Entrer en concurrence.....	70
1.1 Le barreau d'affaires parisien au cœur de la concurrence	70
1.2 La concurrence comme point de départ de l'invention d'un nouveau groupe professionnel d'économistes-conseils.....	74
2. Faire carrière en concurrence	80
2.1 En droit, des carrières compétitives mais ouvertes	80
2.2 Les économistes : carrières fulgurantes ou abrégées ?	84
3. La confrontation des rhétoriques professionnelles : divergences d'approches ou rhétorique de différenciation professionnelle ?	90

3.1	Le rêve d'une approche « continue »	90
3.2	Crispations institutionnelles : les institutions judiciaires entre adaptations et résistances	93
3.3	Réification et mise en scène des identités professionnelles	97
4.	La division du travail entre avocats et économistes : Du modélisateur au « soutier »	101
4.1	De la modélisation à l'invention de nouveaux outils	101
4.2	La quantification : les économistes, prestataires des avocats ?	104
Partie III L'économie dans la jurisprudence : approche quantitative		111
1.	Introduction	111
2.	Méthodologie	114
2.1	Cadre conceptuel.....	114
2.2	Le codage et ses limites	116
2.3	Les tests économiques.....	116
2.4	Les types de procédures	121
2.5	Champs lexicaux	122
3.	Résultats : statistiques descriptives	123
3.1	Statistiques générales	123
3.2	Nature des décisions prises par la cour d'appel de Paris	127
3.3	Moyens utilisés devant la cour d'appel de Paris	131
3.4	Analyse de la présence de tests économiques	134
4.	Résultats du modèle <i>logit</i> sur les déterminants du quantum de la sanction pécuniaire 137	
5.	Conclusion.....	140
Partie IV L'économie dans la jurisprudence : études thématiques		141
1.	L'entente d'imposition d'un prix de revente	143
1.1	Description des affaires.....	143
1.2	Premières vues	144
1.3	Analyse des affaires	145
1.4	Principaux enseignements tirés de l'analyse des arrêts d'appel	152
1.5	Bibliographie sur l'imposition d'un prix de revente par la tête de réseau	152
2.	Les échanges d'information entre concurrents.....	154
2.1	Diversité des échanges d'informations	154
2.2	Description des affaires.....	156
2.3	Analyses économiques et réponses du droit	166

2.4	Bibliographie sur les échanges d'information	180
3.	Les abus de position dominante non tarifaires	182
3.1	Remarques d'ordre général	182
3.2	Premières vues	182
3.3	Analyse des affaires	184
3.4	Bibliographie sur les abus de positions dominantes non-tarifaires.....	194
4.	La Délimitation du marché pertinent	195
4.1	Réflexions générales	195
4.2	Principales affaires étudiées.....	195
4.3	Analyse des affaires	195
4.4	Principaux enseignements tirés de l'analyse des arrêts d'appel	204
4.5	Bibliographie sur la définition du marché pertinent	204
	Conclusion générale	207
	Un projet réformateur inachevé	207
	Une relance de l'économisation ?.....	208
	ANNEXES	211
	Annexes de la partie I	211
	Annexe de la partie II	214
	Annexes de la partie III	215
	Bibliographie	220

Introduction générale

L'économie comme projet modernisateur

En France et dans l'Union européenne, le droit de la concurrence est devenu un moyen d'intervention majeur des autorités publiques sur l'économie. Alors qu'en d'autres domaines la puissance publique se substitue au marché et aux initiatives privées, le droit de la concurrence encourage au contraire les entreprises à accroître la lutte qu'elles se livrent dans l'arène marchande. Son introduction en France remonte aux années 1950, lorsque le décret Faure met en place un contrôle des ententes entre entreprises¹. Au niveau de la Communauté économique européenne (CEE), les articles 85 et 86 du Traité de Rome de 1957 interdisent aux entreprises les comportements susceptibles de « fausser la concurrence ». Que ce soit dans le droit national français ou dans le droit européen, les règles relatives à la concurrence ont depuis lors connu un développement considérable, qui s'est accéléré à partir des années 1980². D'abord rattachée au contrôle des prix, la politique de concurrence française s'est peu à peu autonomisée. En 1986, l'ordonnance dite Balladur crée un Conseil de la concurrence doté d'un pouvoir de décision propre³. En 2008, la loi de modernisation de l'économie (LME) transforme le Conseil de la concurrence en *Autorité* de la concurrence dotée de ses propres moyens d'enquête. Aujourd'hui, la politique de concurrence continue de guider l'action publique dans l'économie. En France, la loi dite Macron votée en 2015 a encore renforcé les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence, lui confiant la régulation de certaines professions réglementées⁴.

Parallèlement à son ascension, le droit français de la concurrence connaît d'importantes transformations. À partir du milieu des années 1990, un mouvement d'effervescence commence à l'agiter. À l'instar de ce qui est survenu aux États-Unis quinze ans plus tôt⁵, un nouveau mot d'ordre fait son apparition, celui consistant à moderniser le droit de la concurrence en y insufflant davantage d'expertise économique. 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. Cela implique notamment de remplacer des interdictions *per se* de certains comportements économiques par une règle de raison, fondée sur une évaluation *ad hoc* au moyen d'outils

¹ Décret n°53-704 du 9 août 1953

² En France, l'ordonnance dite Balladur du 1^{er} décembre 1986 inscrit dans le droit positif la liberté des prix et renforce l'autonomie du Conseil de la concurrence, organe administratif chargé d'appliquer le droit des ententes. Quant aux règles européennes, elles connaissent une impulsion majeure avec le règlement n°4064/89 du 21 décembre 1989 qui centralise le contrôle des concentrations au niveau de la direction générale de la Concurrence de la Commission européenne.

³ Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

⁴ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

⁵ Eisner M.A., 1991, *Antitrust and the Triumph of Economics. Institutions, Expertise, and Policy Change*, Durham, N.C., The University of North Carolina Press, 302 p.

économiques¹. Les outils d'analyse proposés par les économistes seraient en mesure de débusquer les « faux positifs » qui auraient fait l'objet d'une condamnation dans le cadre d'une approche purement « structuraliste » ou « formaliste »². Grâce à cette approche « par les effets », les autorités publiques et les tribunaux doivent s'écarter des définitions *a priori* de ce que constitue une bonne concurrence (concurrence « loyale » par exemple) pour se concentrer sur un seul objectif, celui du bien-être net du consommateur³. Incidemment, l'approche économique est vue comme un moyen de mieux assurer les droits de la défense. Comme le note Frédéric Marty, une des promesses de l'approche plus économique est de ne retenir plus qu'un seul critère de décision (celui de l'utilité du consommateur) et ainsi d'augmenter l'*accountability* du travail du régulateur toujours tenté d'imposer « son propre agenda » ou celui « d'autres parties prenantes »⁴.

Ce projet affecte d'abord le Conseil de la concurrence, devenu Autorité de la concurrence en 2008. Sa modalité la plus visible est l'intégration au sein du Conseil de plus en plus de personnalités venues de l'économie. Évoquons d'abord Frédéric Jenny. Économiste né en 1943, il a été nommé rapporteur général du Conseil de la concurrence à sa création, en 1987, avant d'en devenir le vice-président. Citons ensuite Philippe Nasse, membre du collège de 1999 à 2001, puis vice-président du Conseil de la concurrence. Ce dernier est issu du monde de la statistique publique : Statisticien économiste à l'INSEE 1964-1982, il est d'abord sous-directeur puis chef de service à la direction de la prévision 1982-1990, puis directeur de l'ENSAE entre 1990 et 1994. Quant à Anne Perrot, auparavant professeure à l'ENSAE et directrice du laboratoire d'économie industrielle du CREST/ENSAE à partir de 1997, elle est intégrée en 2004 au Conseil au rang de vice-présidente. Outre l'arrivée d'économistes au sein du collège de l'Autorité, c'est aussi la structure organisationnelle du Conseil puis de l'Autorité qui évolue, consacrant dans l'organigramme institutionnel la prise en compte de l'expertise économique. En 2001, le Conseil connaît des réformes de « modernisation » : deux postes de rapporteurs généraux adjoints sont créés, ainsi que des « cellules spécialisées de soutien au travail des rapporteurs » : cellule juridique, économique, sectorielle et méthodologique, auxquelles s'ajoute un service de la formation. La cellule économique, dirigée alors par Nadine Mouy, veille « à fournir aux rapporteurs les instruments nécessaires pour évaluer de manière plus concrète le dommage à l'économie résultant des pratiques anticoncurrentielles »⁵. Progressivement, cette cellule s'étoffe pour devenir un service économique à part entière,

¹ Voir cet article écrit récemment par un économiste éminent du droit de la concurrence : Padilla J., 2015, « The Role of Economics in EU Competition Law : From Monti's reform to the State aid modernization package », *Papeles de Economía Española*, September, p. 1-18.

² L'économiste étatsunien R. H. Coase a soutenu que les « faux positifs », c'est-à-dire le fait de condamner une infraction à la concurrence sans incidence sur le consommateur avait un coût social plus élevé que le fait d'épargner une entreprise dont les pratiques posent un réel problème pour le marché. Coase R.H., 1972, « Industrial organization: a proposal for research ». In *Economic Research: Retrospect and Prospect, Volume 3, Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization* (pp. 59-73). NBER.

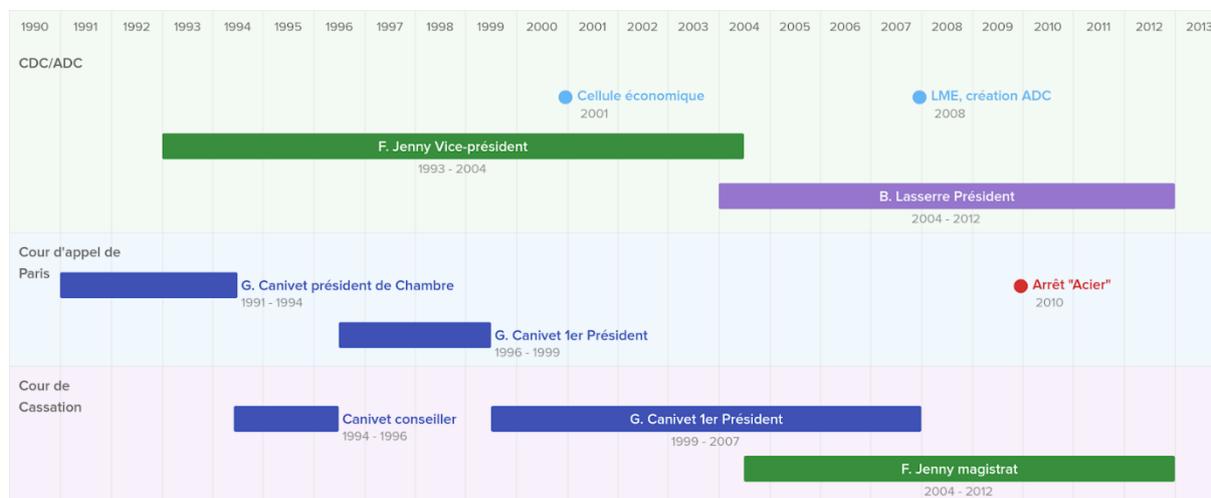
³ Neven D.J., Nuttall R., Seabright P., 1993, *Merger in Daylight: The Economics and Politics of European Merger Control*, London, Center for Economic Policy Research, 296 p.

⁴ F. Marty, « L'approche plus économique en matière d'application des règles de concurrence ». 2020, Documents de travail GREDEG, <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2020-16.pdf>, p. 29

⁵ voir le rapport annuel du Conseil de la concurrence de 2001 : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/024000476.pdf>

dirigée par un chef économiste et comprenant aujourd'hui sept personnes, sur le modèle de la « chief economist team » créée au niveau européen en 2004¹.

Les jalons du projet modernisateur



La cour d'appel de Paris et la Cour de cassation constituent les deux autres piliers institutionnels du droit français de la concurrence. Depuis la réforme de 1986, elles sont chargées de traiter les recours contre les décisions du Conseil, puis de l'Autorité de la concurrence, sauf en matière de concentrations, qui restent sous la responsabilité du Conseil d'État. Ces institutions ont elles aussi été affectées par le « projet modernisateur » décrit plus haut. À la cour d'appel de Paris, les matières concurrentielles sont gérées par les chambres 5-4 et 5-7. La première s'occupe des demandes de dommages et la seconde des recours contre les décisions de l'Autorité. À mesure que les décisions de l'Autorité ont intégré des analyses économiques, les deux chambres ont tenté de se doter des ressources pour s'en saisir. Car si la cour d'appel ne peut pas réaliser de nouvelles études économiques, elle peut s'appuyer sur celles fournies par les parties. Les présidents des deux chambres ont opté pour des solutions différentes. La première a eu recours à un expert externe, Gildas de Muizon, économiste chez Microeconomix puis Deloitte après le rachat du cabinet. La chambre 5-7 a quant à elle opté – pour un temps – pour un recrutement interne afin d'intégrer un économiste à temps plein. Quant à la Cour de cassation, elle fait un pas vers l'économie dès 2004. Guy Canivet, son premier président, y fait recruter Frédéric Jenny comme conseiller extraordinaire, qui reste à ce poste jusqu'en 2012.

Toutefois, l'assimilation de l'expertise économique dans le droit français de la concurrence 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'autre des débats que suscite la place de cette expertise au sein des institutions. 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,

¹ Le rôle du service économique est notamment défini dans l'article 10 de la décision du 30 mars 2009 portant organisation de l'ADC : « il prête son concours à l'analyse des affaires en cours d'instruction ou à l'examen de questions générales d'ordre économique. Il met son expertise à la disposition de l'Autorité, notamment en réalisant des études économiques ou en contribuant à d'autres projets comportant des aspects économiques ».

réduit considérablement l'amende infligée aux entreprises concernées¹. Établie par l'Autorité à 574 millions d'euros selon la méthode économique du calcul du « dommage fait à l'économie », la sanction est ramenée à 74 millions d'euros au nom du principe juridique d'individualisation des peines. 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 concurrence². Sommée de réduire l'incertitude juridique entourant le calcul des sanctions pécuniaires en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité rédige un texte de référence en 2011³.

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. Le présent rapport esquisse une réponse à ces questions en mobilisant un cadre analytique pluriel et en s'appuyant sur des méthodes développées par le droit, l'économie, la sociologie et la science politique. Étant donné l'importance du droit européen de la concurrence et la primauté de celui-ci sur le droit national, il serait tentant de voir dans cette controverse autour de l'expertise économique un simple avatar domestique d'un phénomène transnational. Or, si un mouvement de diffusion de l'économie atteint au même moment la Commission européenne, chargée d'appliquer le droit européen de la concurrence⁴, nous montrerons que l'effervescence réformatrice qui agite le droit français de la concurrence répond en grande partie à des dynamiques endogènes.

Mesurer la diffusion de l'économie : quel cadre analytique ?

Réunissant des analyses réalisées par des juristes, une économiste, des politistes et un sociologue, ce rapport est marqué du sceau de la pluralité épistémique. Les quatre parties abordent des temporalités différentes de l'histoire du droit français de la concurrence et mobilisent des méthodes et des concepts propres à chacune des disciplines d'appartenance des auteurs. Ces études partagent néanmoins un certain nombre d'hypothèses quant à la définition de l'objet et s'articulent autour de deux stratégies de recherche qui transcendent les clivages disciplinaires. Inspirées des propositions d'Elizabeth P. Berman et Daniel Hirschman, elles consistent à évaluer la place des économistes dans les institutions et à s'intéresser aux types de raisonnements qu'ils cherchent à déployer⁵.

¹ Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 7, 19 janvier 2010, n° 09/00334

² Nous empruntons la notion de « coalition réformatrice » à Vauchez A., Willemez L., 2007, *La justice face à ses réformateurs (1980-2006)*, Paris, Presses universitaires de France, 264 p.

³ Communiqué du 16 mai 2011

relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/communiqu%C3%A9_sanctions_concurrence_16mai2011_fr_0.pdf

⁴ Sur la trajectoire du droit européen de la concurrence, voir Billows S., Kohl, S. et Tarissan F., 2021, « Bureaucrats or Ideologues? EU Merger Control as Market-centred Integration », *Journal of Common Market Studies*, 59-4, p. 762-781.

⁵ Hirschman D., Berman E.P., 2014, « Do economists make policies? On the political effects of economics », *Socio-Economic Review*, 12-4, p. 779-811. Même si à certains moments nous aborderons des transformations qui affectent la discipline économique à l'échelle nationale (sur ce point, voir Fourcade M., 2010, *Economists and societies*, Princeton, Princeton University Press, 384 p.), nous laissons volontairement de côté une troisième option de recherche qui consisterait à mesurer « l'autorité professionnelle » des économistes pris dans leur ensemble.

Définir le concept

Faisons l'hypothèse que le projet modernisateur ait entièrement réussi. Le droit français de la concurrence aurait alors été pleinement affecté par un mouvement d'« économisation », un concept souvent employé dans les sciences sociales.

La version la plus radicale de cette hypothèse est celle de la performativité. Elle trace une filiation directe entre les politiques publiques et le triomphe de l'économie néo-classique. Reprenant une intuition de Frédéric Lebaron¹, Thomas Reverdy écrit par exemple que c'est l'idée du prix comme « catégorie ordinatrice », produit d'un équilibre entre l'offre et la demande, qui a préfiguré et façonné la mise en concurrence de l'électricité en France². En retenant cette définition, l'économisation signifierait la diffusion à l'Autorité de la concurrence et aux juridictions d'un paradigme issu de l'économie néo-classique où les critères du prix et du « bien-être » du consommateur sont imposés à l'exclusion de tout autre.

Il existe une autre version plus modérée de l'hypothèse d'économisation. Elle reconnaît que les options défendues par les économistes ne sont pas aussi univoques qu'il n'y paraît. Mais, tout en prenant au sérieux les clivages propres à l'espace universitaire, elle considère que ceux-ci surdéterminent les clivages internes au monde de la concurrence. La littérature a particulièrement insisté sur l'une de ces controverses, qui opposerait une approche ordolibérale à celle défendue par l'École de Chicago³. Promue par des économistes allemands après la Seconde Guerre mondiale, l'approche ordolibérale privilégie une action préventive sur les structures économiques. Son modèle est un marché composé de nombreux acteurs atomisés, seule manière, selon cette doctrine structuraliste, de maintenir un ordre concurrentiel⁴. L'École de Chicago, qui s'épanouit elle aussi à partir de l'après-guerre, se distingue par sa « clém[en]ce » envers les pouvoirs économiques privés » et sa « méfian[ce] vis-à-vis des pouvoirs publics »⁵. Si elle est très sévère vis-à-vis des ententes horizontales, elle considère qu'une position de marché dominante n'est pas forcément synonyme d'inefficacité pour le consommateur. Une autre ligne de fracture pourrait provenir d'une économie industrielle « post-chicagoienne », moins méfiante vis-à-vis de l'intervention étatique que « l'école de Chicago »⁶.

L'entrée par les acteurs et les institutions

¹ Lebaron F., 2000, *La croyance économique*, Paris, Seuil, p. 137.

² Reverdy T., 2014, *La construction politique du prix de l'énergie*, Paris, Presses de Sciences Po, p. 24.

³ 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.

⁴ Denord F., 2008, « Néo-libéralisme et "économie sociale de marché" : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950) », *Histoire, économie et société*, 27-1, p. 23-33.

⁵ Marty F., Kirat T., 2018, « Les mutations du néolibéralisme américain quant à l'articulation des libertés économiques ou de la démocratie », *Revue internationale de droit économique*, 22-4, p. 473.

⁶ Pitofsky, R. (dir.), 2008, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford and New York, Oxford University Press, 328 p.

Pour mesurer les ressorts et la portée de l'économisation du droit français de la concurrence, nous avons recours à deux stratégies de recherche. La première s'intéresse aux institutions et aux acteurs qui, depuis les années 1970, ont façonné la politique de concurrence française. 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. Dans un schéma qui rappelle celui de « l'illusion héroïque »¹, ces derniers n'ont de cesse de rapporter la diffusion de l'économie à l'action de quelques individus. L'exemple le plus frappant est l'aura dont bénéficie Bruno Lasserre. Il est président du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence entre 2004 et 2016. C'est sous sa présidence que le Conseil crée un service économique et adopte un certain nombre de lignes directrices inspirées de l'économie industrielle. En reconnaissance du rôle qu'il aurait eu dans la modernisation du droit français de la concurrence, il est présenté par nos enquêtés comme un « dieu vivant », celui qui grâce à sa « vision » aurait « tout fait ». D'autres personnalités, comme Frédéric Jenny ou Guy Canivet font l'objet de commentaires similaires.

Plutôt que de nous centrer sur des biographies individuelles, nous entendons replacer les acteurs et leur trajectoire au sein des groupes professionnels auxquels ils appartiennent. Adoptant un cadre d'analyse écologique proche de la sociologie interactionniste des professions², 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 dépendance réciproque. Ces groupes investissent les institutions, comme l'Autorité de la concurrence et les juridictions. Les avocats et les juristes ne sont pas les seuls à investir ce terrain. On y trouve également des magistrats et des fonctionnaires issus de différentes origines, comme le Conseil d'État ou la direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la répression des Fraudes (DGCCRF), une administration centrale du ministère de l'Économie et des Finances.

Mais les institutions ne sont pas les seuls espaces pertinents pour nos analyses. La capacité des économistes à peser sur le droit de la concurrence est tributaire d'une donnée majeure, celle de la procéduralisation des relations entre les institutions et les entreprises. Comme dans les autres domaines où « l'État régulateur » s'est développé³, la politique de concurrence se caractérise par un éloignement de la puissance publique de la vie quotidienne des entreprises. Les régulateurs de la concurrence gouvernent les marchés *via* des règles et des procédures de plus en plus complexes. En conséquence, les entreprises cherchent à recruter des intermédiaires pour les aider dans leurs interactions avec les autorités de régulation. Dans le domaine de la concurrence, les économistes et les avocats sont les deux principaux groupes professionnels

¹ Dobry M., « Chapitre 2 : Trois illusions de la sociologie des crises politiques », dans : *Sociologie des crises politiques. La dynamique des mobilisations multisectorielles*, sous la direction de Dobry M.. Paris, Presses de Sciences Po, « Références », 2009, p. 45-93.

² Abbott A., 2003, « Ecologies liées : à propos du système des professions », in *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.

³ 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 ; Vauchez A., France P., 2017, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Presses de Sciences Po, 198 p. Nous reviendrons à plusieurs reprises sur cette notion dans les parties I et IV du rapport.

positionnés sur ce marché. Pour les avocats, la politique de concurrence a constitué dès les années 1980 une opportunité pour rapprocher la profession de la sphère privée et consolider encore davantage le « barreau des affaires » naissant¹. Ainsi, un des objectifs de cette recherche est de décrire ce marché de services professionnels et, notamment, d'élucider les relations qu'entretiennent les consultants en économie avec les avocats, qui sont arrivés plus tôt sur ce marché.

L'entrée par les raisonnements

L'approche morphologique gagne à être complétée par une seconde stratégie de recherche centrée sur les raisonnements. En effet, les groupes sociaux que nous venons d'évoquer sont à l'origine de différentes rationalisations savantes de la politique de concurrence². Nous faisons l'hypothèse que les outils et les concepts utilisés par les économistes les amènent à appréhender les affaires de concurrence d'une manière différente de celle des juristes. Pour éclairer ces différentes manières de conceptualiser la concurrence, nous faisons référence aux réflexions de Jean-Marc Weller à propos du travail bureaucratique³. S'inspirant de sources théoriques diverses⁴, il souligne que le droit est dit (et donc construit) ici et maintenant via une opération narrative. Ce travail de narration juridique et judiciaire réunit une norme abstraite, énoncée dans le droit positif, et les pièces du dossier qui sont considérées comme des éléments matériels. On peut associer à cette démarche juridique l'approche « catégorielle » (ou structuraliste) mentionnée plus haut : relier une définition (de l'entente, de l'abus de position dominante etc.) énoncée dans le Code de commerce avec des éléments de preuve sur la structure du marché et sur le comportement des firmes. Face à cette démarche, que l'on peut aussi qualifier d'indiciaire (elle repose sur des indices), Jean-Marc Weller oppose la démarche calculatoire habituellement associée aux scientifiques et aux ingénieurs mais qui est également à l'œuvre dans une partie de l'administration. Cette logique rend bien compte du travail de brouillage des frontières des marchés et des catégories juridiques auquel aspirent les porteurs du « projet réformateur » incarné par l'économie et dont il est question dans ce rapport. Elle traduit aussi la volonté d'équiper les procédures d'outils de quantification de plus en plus sophistiqués, qui s'inscrivent dans le sillage du tournant économétrique que connaît la discipline économique depuis les années 1990⁵.

Nous tenterons de décrire les principales caractéristiques de ce style de raisonnement mais aussi de mesurer sa portée. Quelle est sa diffusion dans les arènes de la régulation et des tribunaux ? En amont des décisions rendues par ces instances, dans quelle mesure ce style de raisonnement

¹ Boigeol A., Dezalay Y. 1997, « De l'agent d'affaires au barreau : les conseils juridiques et la construction d'un espace professionnel », *Genèses*, 27, p. 49–68.

² 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.

³ Weller J.-M., 2018, *Fabriquer des actes d'État. Une ethnographie du travail bureaucratique*, Paris, Economica (Études sociologiques), 313 p.

⁴ Dupret B., 2006, *Droit et sciences sociales*, Paris, Armand Colin, 192 p., Latour B., 2004, *La fabrique du droit. Une ethnographie du conseil d'État*, Paris, La Découverte, 320 p., Thomas Y. 2011, *Les opérations du droit*, Paris, Le Seuil, 384 p.

⁵ Pour un aperçu de ce mouvement, voir Pischke JS., Angrist J., 2009, *Mostly Harmless Econometrics – An Empiricist's Companion*, Princeton University Press, 392 p.

est-il mobilisé dans le travail préparatoire effectué par les avocats et les économistes qui conseillent les entreprises incriminées ? Nous serons particulièrement attentifs aux discours tenus par les professionnels. Au-delà des pratiques, ces modes de raisonnement constituent en effet des rhétoriques professionnelles qui nourrissent les revendications d'autonomie des économistes, des avocats ou d'autres groupes sociaux intervenant dans la concurrence. Un dossier paru dans la revue *Tracés* en 2011 et intitulé « Les économistes au pouvoir » a été l'occasion pour différents groupes professionnels de s'exprimer sur leur identité. David Spector, économiste au CNRS et co-fondateur du cabinet de conseil en économie MAPP oppose l'« approche continue » de sa discipline à « l'approche discrète des juristes »¹. Prenant l'exemple du contrôle des concentrations, il critique le raisonnement binaire des autorités de régulation : « un produit appartient ou n'appartient pas au marché pertinent, et une entreprise détient, ou ne détient pas de position dominante ». L'intervention d'un ou d'une économiste permet d'éviter ces « regrettables simplifications » pour prendre en compte le « continuum de distance concurrentielle pouvant exister entre différentes entreprises ». En guise de réponse, Thierry Fossier, magistrat et président de la chambre 5-7 à l'origine de la décision Acier (voir *supra*), se fait le porte-voix des juristes. Intitulé « l'économiste au prétoire »², son article souligne le risque qu'il y a à trop intégrer l'expertise économique au raisonnement juridique et judiciaire. Face à une science économique « traversée de doutes », il souligne que « le juge doit tendre à la certitude, au moins à la sécurité ». Cette défense de la sécurité juridique est associée à une défense de l'autonomie de son groupe professionnel, celui des magistrats : « le juge est un généraliste : sa légitimité est dans la connaissance du droit, de la procédure et dans l'égalité de traitement de tous les usagers, elle n'est pas dans une hyperspécialisation qui sentirait le corporatisme ». Il n'est donc pas question de réserver les affaires relatives à la concurrence à des juges-économistes.

Quatre études

Ces deux stratégies de recherche, l'une centrée sur les acteurs et les institutions et l'autre sur les raisonnements, irriguent les quatre études empiriques qui composent ce rapport. Nous avons fait le pari de l'interdisciplinarité et de rassembler des études qui se fondent sur des hypothèses et des méthodologies différentes.

Partie I. La genèse d'un espace autonome de la régulation économique (1974-1994)

Dans la première partie du rapport, **Lola Avril** et **Sebastian Billows** s'interrogent sur les origines du droit français de la concurrence et les conditions de sa légitimation. Cette partie cherche à comprendre comment l'idée de concurrence a percé dans le débat public au milieu des années 1970, un processus qui a mené au vote d'une première loi en 1977. Cette loi crée une Commission de la concurrence dotée d'une certaine autonomie. L'ordonnance dite Balladur

¹ 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.

² Fossier F., 2011, « L'économiste au prétoire », *op. cit.*, p. 226-236.

de 1986 transforme cette Commission en Conseil de la concurrence qui, pour la première fois dispose d'un pouvoir décisionnel propre. Nous retraçons l'émergence de cette institution, qui s'opère dans un environnement où différents groupes d'acteurs (dont des économistes, des avocats, des membres de l'ex-administration des Prix et des membres du Conseil d'État) proposent des définitions éloignées les unes des autres de ce que doit constituer une politique de concurrence. Nous sommes particulièrement attentifs à la trajectoire de Frédéric Jenny et André-Paul Weber, deux économistes impliqués tout au long de la période. Nos sources empiriques sont composées d'entretiens avec des acteurs de l'époque (7 au total) et 21 cartons d'archives issues du monde politique et administratif. D'un point de vue théorique, cette partie mobilise la notion « d'écologies liées » d'Andrew Abbott¹. Ce cadre analytique restitue à la fois les enjeux de temporalité, la pluralité des ancrages sociaux des réformateurs et l'hybridation des expertises qu'ils produisent.

Partie II. L'expertise économique en action : logiques professionnelles et institutionnelles

Si la première partie analyse l'émergence d'un nouvel espace de la régulation, la deuxième examine la manière dont différents groupes se projettent dans cet espace. Si elle prend en compte la vie des institutions (le Conseil puis l'Autorité de la concurrence et les juridictions) elle intègre également l'arène émergente du conseil aux entreprises. Cette étude, écrite également par **Lola Avril** et **Sebastian Billows**, rend d'abord compte du développement du conseil en économie, en allant des transfuges du monde universitaire des années 1990 à l'implantation d'antennes parisiennes de grands cabinets internationaux au cours des années 2010. L'analyse des logiques professionnelles à l'œuvre chez les avocat·es de la concurrence constitue un contrepoint indispensable. En effet, ce sont elles et eux qui assurent l'appariement entre les consultant·es en économie et les entreprises clientes. Abordant également le positionnement de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation vis-à-vis de l'expertise économique, cette partie offre ainsi un panorama de deux groupes professionnels² tantôt rivaux, tantôt alliés, qui gravitent aujourd'hui autour du droit français de la concurrence. En cela, elle prolonge les réflexions de la partie I sur les conditions de légitimation de ce domaine d'action publique et confirme le caractère minoritaire de la position occupée par les économistes au sein des institutions et dans l'espace du conseil. Elle s'appuie pour cela sur treize entretiens avec des économistes et des avocat·es, la lecture de la littérature grise et l'analyse des trajectoires de 135 professionnel·les grâce à des données obtenues sur LinkedIn.

Partie III. L'économie dans la jurisprudence : approche quantitative

¹ 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.

² Abbott A., 1988, *The System of Professions: An Essay on the Division of Expert Labor*, Chicago, University of Chicago Press.

Les économistes sont-ils parvenus à surmonter leur statut minoritaire et à influencer malgré tout sur les raisonnements produits par les instances ? Pour répondre à cette question, la troisième partie se concentre sur les décisions rendues par l'Autorité de la concurrence et les deux juridictions chargées de traiter les recours. Après un bref retour sur l'histoire de l'économie de la concurrence et des outils d'analyse issus de l'École de Chicago, **Claire Lasserre**, l'auteure de cette troisième étude, procède à une analyse quantitative de l'ensemble des décisions rendues par la cour d'appel de Paris et la Cour de Cassation en matière de pratiques anticoncurrentielles entre 2003 et 2017. Les décisions du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence qui ont fait l'objet d'appel sont également intégrées dans le corpus. Outre des statistiques descriptives sur le niveau des sanctions pécuniaires et le taux de réformation des décisions par la cour d'appel, cette partie évalue le degré de diffusion de tests économiques (comme le HHI et le SSNIP, voir p. 115 et suivantes) et, plus généralement, du vocabulaire issu de l'économie industrielle. Elle s'achève sur une étude économétrique qui mesure le lien entre l'usage de ces outils économiques et la probabilité de confirmation par la cour d'appel de la décision rendue en première instance. Ce modèle doit ainsi déterminer si la diffusion de l'expertise économique au sein du droit français de la concurrence a contribué à le rendre plus robuste.

Partie IV. L'économie dans la jurisprudence : études thématiques

Partant d'une question similaire à celle traitée dans la partie précédente (la prise en compte de l'expertise économique dans les décisions) la quatrième partie adopte une démarche différente, celle de l'étude de cas. En traitant successivement quatre thématiques (l'entente d'imposition d'un prix de revente ; les échanges d'information entre concurrents ; les abus de position dominante non tarifaires ; la délimitation d'un marché pertinent), trois juristes (**Hélène Aubry**, **Marie Malaurie-Vignal**, **Thibault Schrepel**) ont sélectionné puis analysé un certain nombre de décisions marquantes de la cour d'appel de Paris. Pour chacune des quatre thématiques, les questions posées sont les mêmes : Les juges d'appel ont-ils retenu une analyse économique ou ont-ils privilégié une analyse exclusivement juridique ? En cas d'analyse économique complexe, jusqu'où va le contrôle exercé par la cour d'appel ? S'agit-il d'un contrôle substantiel ou un simple contrôle de légalité ? 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 ? L'ensemble des commentaires thématiques porte une attention particulière à l'historique des décisions pour souligner les éventuelles évolutions ou à l'inverse l'absence de toute évolution vers une analyse économique. Par ailleurs, une présentation bibliographique a été annexée à chacune des études.

Partie I

La genèse d'un espace autonome de la régulation économique (1974-1994)

Introduction

En 1980, l'indépendance et l'autorité de la jeune Commission de la concurrence, créée en 1977, est encore hésitante. Ainsi, après qu'elle ait mit en cause des revendeurs d'électroménager pour des pratiques d'entente, le ministre de l'Économie René Monory congédie Pierre Ordonneau son président¹. Aujourd'hui, l'Autorité de la concurrence a succédé à la Commission et mène une action de grande ampleur. En 2019, elle a infligé 665 millions d'euros d'amende contre des entreprises reconnues coupables d'entente ou d'abus de position dominante. Parmi les 27 affaires traitées cette année-là, les plus retentissantes concernent des entreprises gérant les titres-restaurants (445 millions d'euros d'amende), Google (150 millions d'euros) et les fabricants de compote (58 millions d'euros). Si les entreprises les contestent parfois bruyamment, ces décisions sont rarement remises en cause par les responsables politiques et surtout, ne se soldent plus par l'éviction des dirigeants de l'Autorité. Bien au contraire, le personnel de cette autorité administrative indépendante semble en retirer un certain crédit. Bruno Lasserre, qui a présidé l'institution entre 2004 et 2016 est désormais vice-président du Conseil d'État, l'un des postes les plus prestigieux de la fonction publique française. Ces dernières années, il est en outre fréquent de voir Emmanuel Combe, le vice-président de l'Autorité, intervenir à la télévision ou dans les rubriques « opinion » des quotidiens nationaux pour mettre en valeur la politique menée par son institution.

Comment expliquer une telle transformation ? A partir du cas de l'Autorité de concurrence, cette partie s'interroge sur l'origine du pouvoir et de l'autonomie d'une autorité de régulation indépendante (AAI) dont le rôle dans le gouvernement de l'économie est devenu majeur. Par rapport aux autres AAI, comme l'Autorité de régulation des communications et des postes (ARCEP) ou l'Autorité des marchés financiers (AMF), l'Autorité de la concurrence se distingue par ses compétences transectorielles. Une des plus anciennes autorités de régulation (elle tire son origine d'une « Commission technique des ententes » créée en 1953), elle limite les facultés des opérateurs économiques à se coordonner et restreint les capacités d'intervention publique sur les marchés. Du fait de son organisation, son fonctionnement procéduralisé et la portée de ses décisions, cette AAI est au cœur d'une forme dépolitisée de gouvernement économique

¹ Brault D., 1987, *L'État et l'esprit de concurrence en France*, Paris, Economica, p. 55.

connue sous le nom « d'État régulateur »¹. A partir des années 1970, cet « État régulateur » concurrence « l'État stratège » mis en place dans la France de l'après-guerre car il rend plus difficile la poursuite de politiques économiques volontaristes et la détention par l'État d'entreprises jugées stratégiques².

La genèse d'un nouvel espace de la régulation : quel cadre analytique ?

Nous identifions trois approches de la genèse de la régulation économique indépendante. Selon un premier ensemble d'auteurs, son émergence résulterait d'initiatives politiques ou venant d'institutions surplombantes. Ces travaux ont pour principal objet les moments de réforme³ ou l'action de puissantes institutions bureaucratiques ou judiciaires comme la Commission européenne ou la Cour de justice des Communautés européennes⁴. A propos de la création du Conseil de la concurrence en 1986, Laurent Warlouzet souligne le rôle de personnalités politiques comme Raymond Barre ou Edouard Balladur⁵. Un deuxième groupe décrit la régulation économique comme la rencontre entre deux espaces sociaux. Sa principale caractéristique serait la porosité entre la sphère publique et la sphère privée, incarnée par la figure de « l'avocat-pantoufle », un ancien fonctionnaire mettant au service des entreprises sa connaissance fine des rouages de l'État⁶. Outre les avocats, cette « hybridation » entre le public et le privé se retrouverait également au sein même des Autorités. Elles comprennent souvent un personnel permanent, composé de rapporteurs, qui instruisent les dossiers, et un « collègue », composé de personnalités qualifiées, qui a le monopole du pouvoir décisionnel. Une analyse sociographique de ces « collègues » révèle une hybridation entre des profils issus de la haute fonction publique et du privé⁷. Une troisième approche, centrée sur la réputation, a été développée par Daniel Carpenter à propos du régulateur étatsunien du médicament⁸. Elle met en avant le rôle de l'expertise scientifique et l'interaction entre des agences bureaucratiques et différentes « audiences » comme le public ou les entreprises régulées.

¹ Avril L., 2020, « Pour une sociohistoire de l'État régulateur européen. Du gouvernement administratif à la régulation judiciaire de la concurrence (1962-1982) », *Revue française de science politique*, 70-6, p. 773-791 ; Majone G., 1994, « The Rise of the Regulatory State in Europe », *West European Politics*, 17-3, p. 77-101.

² 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 ; Coutant H., Ducastel A., Viallet-Thévenin S., 2021, « Concilier le profit et l'intérêt général : l'État actionnaire dans les dynamiques historiques du capitalisme », *Revue de la régulation*, 30.

³ Warlouzet L., 2016, « The Centralization of EU Competition Policy: Historical Institutional Dynamics from Cartel Monitoring to Merger Control (1956-91) », *Journal of Common Market Studies*, 54-3, p. 725-741.

⁴ Scharpf F., 2000, *Gouverner l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 238 p.

⁵ Warlouzet L., « 'L'époque de Vichy était révolue'. La libération des prix et l'établissement de la politique de la concurrence en 1986 », à paraître dans *Histoire, économie et sociétés*.

⁶ Vauchez A., France P., 2017, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Presses de Sciences Po, 198 p.

⁷ 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 & Justice, Paris, 194 p.

⁸ Carpenter D., 2010, *Reputation and Power. Organizational Image and Pharmaceutical Regulation at the FDA*, Princeton, Princeton University Press, 802 p.

De la première approche, souvent ancrée dans l'institutionnalisme historique, nous retenons l'attention portée aux processus historiques et aux « moments critiques »¹. Toutefois, les travaux institutionnalistes existants sont parfois trop surplombants, accordant trop d'importance aux textes législatifs ou réglementaires. Nous veillerons ainsi à restituer les résistances que suscite l'émergence des autorités de régulation, notamment au sein de la haute administration. De la deuxième approche, nous retenons l'attention portée aux trajectoires des acteurs et l'importance de « l'hybridation ». En revanche, nous nuancions le constat d'une porosité, voire d'une collusion, entre « le public » et le « privé » comme fait générateur de cette nouvelle façon de gouverner l'économie. Comme l'a montré Scott Viallet-Thévenin à propos du secteur énergétique français², la proximité des élites publiques et entrepreneuriales caractérisait déjà « l'État stratège », ce régime de gouvernement économique qui précède « l'État régulateur ». Par ailleurs, cette entrée laisse de côté la pluralité des points de référence de ces nouvelles autorités de régulation. C'est justement ce que permet d'appréhender l'ouvrage de Daniel Carpenter sur la *Food and Drug Administration* étatsunienne³ et les travaux francophones qui s'en inspirent⁴. L'autonomie des autorités de régulation dépend de plusieurs « audiences » auprès desquelles la légitimation passe par des ressources et des appuis rhétoriques différents. Toutefois, si Carpenter utilise ce cadre théorique pour rendre compte de la perpétuation des autorités régulation, il ne le mobilise pas pour comprendre leur genèse.

Nous inspirant de la théorie des « écologies liées » d'Andrew Abbott, nous conceptualisons la régulation comme une écologie *sui generis*, issue de la recombinaison d'entités sociales hétérogènes⁵. Ce cadre analytique restitue à la fois les enjeux de temporalité, l'hybridation des expertises qui y sont mobilisées ainsi que la pluralité des ancrages sociaux des régulateurs. La théorie des écologies liées est pertinente pour étudier cette émergence d'une part parce qu'elle permet de rendre compte tout à la fois d'une autonomisation et d'un complexe d'interdépendances et d'autre part parce qu'elle permet de croiser la sociologie des transformations de l'État avec celle des groupes professionnels qui interagissent à son sommet. En effet, à la différence de la théorie des champs qui, à propos de l'État, se concentre sur des phénomènes morphologiques⁶, la théorie des écologies liées nous permet de saisir la construction des frontières intellectuelles de l'espace de la régulation. Dans le cas étudié, cet espace est en effet tributaire de plusieurs rationalisations savantes, tantôt portées par des économistes, des juristes et des membres de l'administration. Notre étude est la première à mobiliser la théorie des écologies liées pour rendre compte de la genèse d'un nouvel espace de

¹ Capoccia G., Kelemen D., 2007, « The Study of Critical Junctures: Theory, Narrative, and Counterfactuals in Historical Institutionalism », *World Politics*, 59, 3, p. 341-369.

² Viallet-Thévenin S., 2015, « État et secteur énergétique en France : quels dirigeants pour quelles relations ? », *Revue française de sociologie*, 56, 3, p. 469-499.

³ *Op. cit*

⁴ Blanck J., 2021, « Changer l'organisation pour maintenir un projet contesté. La politique de gestion des déchets radioactifs », *Revue française de science politique*, 71, 2, p. 239-260. Demortain D., 2021, « Les bureaucraties techniques : science et rationalisations à l'Agence environnementale américaine », *L'Année sociologique*, 71, 1, p. 39-70.

⁵ 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.

⁶ Bourdieu P., 1989, *La Noblesse d'État. Grandes écoles et esprits de corps*, Paris, Les Editions de Minuit, 576 p.

la régulation. A propos de la politique européenne de la concurrence, Lola Avril a déjà montré comment l'incursion d'un groupe professionnel (les avocats) a transformé un aspect de cette politique (les procédures)¹. A propos des débats autour de la régulation de la finance après la crise de 2008, d'autres auteurs ont adopté une démarche plus systémique, comparant les prises de position d'acteurs issus de différentes écologies, mais sans toutefois aborder la mise en œuvre des décisions issues de ces controverses².

Lier des écologies pour en créer une nouvelle

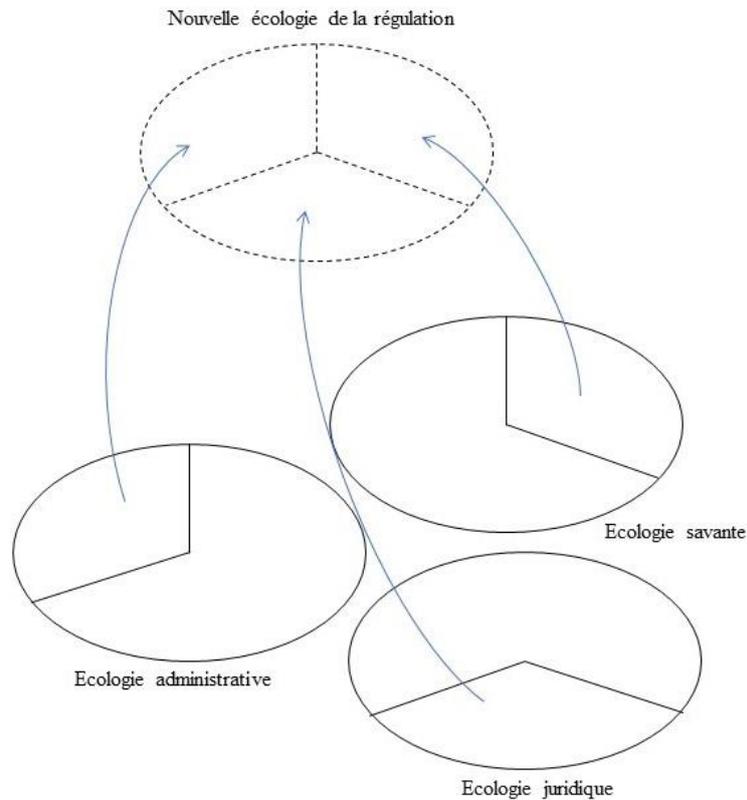
Le récit déployé dans cette partie se déploie sur une période allant de 1974 à 1994. Deux réformes en sont au cœur, celle de 1977 qui crée la Commission de la concurrence et celle de 1986 qui la transforme en *Conseil* de la concurrence. Ces réformes sont un outil heuristique permettant de révéler des phénomènes relationnels ainsi que d'ouvrir les boîtes noires des normes et de mettre en évidence les principes sous-jacents aux prises de position et aux pratiques des acteurs³. Au départ, seuls quelques acteurs s'impliquent dans ces débats et controverses. Ils appartiennent à trois écologies distinctes : l'écologie administrative, l'écologie savante (composée d'économistes) et l'écologie juridique. L'implication de ces acteurs collectifs, ou « entités » pour reprendre le terme d'Abbott, crée des lignes de fracture avec les autres entités qui composent ces écologies. Progressivement, ces entités se détachent de leur écologie initiale et deviennent des composantes d'une nouvelle écologie, celle de la régulation.

¹ Avril L., *op. cit.*

² Seabrooke L., Tsingou E., 2014, « Distinctions, affiliations, and professional knowledge in financial reform expert groups », *Journal of European Public Policy*, 21-3, p. 389-407 ; Monnet É., Pagliari, S. & Vallée, S., 2019. « Au-delà de la « répression financière » et de la « capture de la régulation »: Recomposition des écosystèmes financiers européens après la crise ». *Actes de la recherche en sciences sociales*, 229, p. 14-33.

³ Bezes P., Le Lidec P., 2016, « Politiques de l'organisation », *Revue française de science politique*, 66, 3, p. 407-433.

Figure : La constitution d'une nouvelle écologie de la régulation



Présentons brièvement les trois écologies dans laquelle ce nouvel espace de la régulation de la concurrence a puisé ses différentes composantes. L'administration économique est divisée en grandes directions centrales, tantôt spécialisées dans un secteur, tantôt transversales¹. Elle est aussi traversée par des logiques de corps, qui n'épousent pas forcément les frontières des administrations, et qui peuvent également être analysées comme des luttes juridictionnelles². Quant aux économistes, ils constituent une écologie savante composée d'universitaires et de chercheurs répartis dans différents types d'institutions et spécialisés dans différents sous-champs de la discipline. Pour les économistes, les années 1970-1980 sont un moment de transformation de la profession, au niveau français comme au niveau international. L'économie appliquée se développe et contribue à la diffusion d'un « style de raisonnement économique » au sein des arènes administratives³. La troisième écologie est composée des professionnels du droit, des magistrats et des universitaires du droit. Les lignes de fracture y sont nombreuses : droit privé contre droit public, avocats contre juges etc. Au cours de la période étudiée, la profession d'avocat connaît une transformation. Initialement fondée sur une idéologie du 'désintéressement'⁴, elle se tourne lentement vers la sphère privée et la clientèle d'affaires et continue d'affirmer son caractère généraliste en absorbant d'autres groupes professionnels,

¹ Bezes P., Descamps F., Viallet-Thévenin S., 2019, « Bercy : empire ou constellation de principautés ? », *Pouvoirs*, 168, p. 9-28.

² Gally N., 2020, « La haute fonction publique entre organisations, professions et patrons. Une sociologie comparée des marchés du travail administratifs », *Revue française de science politique*, 70, 1, p. 49-74.

³ Hirschman D., Berman E.P., 2014, « Do economists make policies? On the political effects of economics », *Socio-Economic Review*, 12-4, p. 779-811.

⁴ Boigeol A., 1981, « De l'idéologie du désintéressement chez les avocats », *Sociologie du travail*, 23-1, p. 78-85.

comme les agrées devant les tribunaux de commerce et les avoués devant les tribunaux de première instance (en 1971), puis, en 1990, les conseils juridiques.

Nous n'analysons de manière systématique que trois écologies (administrative, savante et économique), laissant de côté les écologies marchande et politique. Les entreprises régulées et leurs représentants institutionnels, comme les organisations patronales, sont, jusqu'en 1985 en tout cas, tenues à l'écart des débats. Plus généralement, l'émergence d'un espace autonome de la régulation économique contribue à mettre à distance les entreprises de l'État. Aujourd'hui, le régulateur de la concurrence notifie des décisions, émet des avis et rédige ses propres « lignes directrices ». Les entreprises doivent faire des déclarations au moyen de formulaires et peuvent être visées par des enquêtes dont le fonctionnement est proche de celui de la sphère judiciaire. Cette procéduralisation rompt avec les logiques de « l'État stratège » où les décisions ministérielles étaient souvent concertées entre dirigeants d'entreprise et fonctionnaires de l'administration issus des mêmes grands corps¹. Quant à l'écologie politique, si elle est à l'origine de fenêtres d'opportunité dont s'emparent les réformateurs, elle pèse peu sur le contenu des réformes et leur interprétation. Par ailleurs, les registres de justification de la politique de concurrence sont suffisamment nombreux (efficacité marchande, lutte contre l'accaparement, lutte contre la monopolisation capitaliste...) pour construire des coalitions politiques larges en faveur des réformes.

Méthodologie et plan

Les réformes de 1977 et 1986 sont étudiées principalement au moyen d'une vingtaine de cartons d'archives produits par l'ex-administration des Prix, le ministre de l'Économie et des Finances et son cabinet, le ministère de la Justice² ainsi que Jean Foyer, un homme politique gaulliste proche des milieux juridiques (il a été ministre de la Justice sous la présidence de Charles de Gaulle et s'est toujours intéressé aux questions de régulation économique). Nous nous appuyons également sur sept entretiens conduits avec des acteurs et témoins des transformations étudiées. Nous les avons complétés par une reconstitution des trajectoires des instigateurs de celles-ci et une étude de leurs publications.

Cette partie est structurée selon une logique chronologique. Au cours d'une première phase, qui précède le vote de la loi de 1977, les rares acteurs qui s'investissent dans les débats relatifs à la concurrence appartiennent à des écologies nettement séparées (1). Après 1977 et au fur et à mesure que le nouveau dispositif de régulation monte en puissance, des lignes de fracture apparaissent entre ces acteurs et les autres entités qui composent leurs écologies respectives. Par ailleurs, les convergences entre ces acteurs, au-delà des frontières de leurs écologies, apparaissent de plus en plus nettement (2). La fenêtre d'opportunité politique que constitue la « première cohabitation » en 1986 donne l'occasion à ces acteurs d'unir leurs forces et d'œuvrer à l'institutionnalisation d'un espace autonome de la régulation économique (3).

¹ Billows et Viallet-Thévenin, *op. cit.*

² Sauf indication contraire, les cartons d'archives cités appartiennent au Centre des archives économiques et financières de Savigny-le-Temple.

1. La genèse de la réforme de 1977 : deux écologies qui interviennent dans des espaces distincts

Notre récit commence par les années qui précèdent l'adoption de la loi de 1977¹, qui est le premier texte législatif français répondant à l'ambition d'instaurer une « politique de concurrence ». Au début des années 1970, il existe déjà une législation française relative à la concurrence mais elle est embryonnaire. La réglementation du marché est prise en charge par le contrôle des Prix, codifié par l'ordonnance du 30 juin 1945. Les règles spécifiques à la concurrence sont subordonnées à cet objectif de contrôle des Prix. En 1953, un décret interdit les ententes et « actions concertées » lorsque qu'elles constituent un « obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente »². L'application de ces nouvelles règles est confiée à une Commission technique des ententes (CTE), dont les pouvoirs demeurent très faibles³. Des textes législatifs 1963⁴ et en 1967⁵ rendent l'interdiction des ententes plus générale et étendent les compétences de la CTE aux abus de position dominante, mais ces règles demeurent encore peu appliquées.

La loi de 1977 est due à l'impulsion politique de Raymond Barre, le Premier ministre, proche des milieux libéraux et soucieux de prévenir la mise en place d'un contrôle des concentrations au niveau de la Communauté européenne⁶. Mais elle n'aurait pu avoir lieu sans la mobilisation d'acteurs issus de l'économie universitaire et des milieux juridiques. Cette mobilisation a toutefois eu lieu dans des espaces très différents. La notion même de politique de concurrence est définie et popularisée au début des années 1970 par Frédéric Jenny et André-Paul Weber, deux économistes issus du monde universitaire (1.1). Recrutés comme chargés de mission au sein du cabinet de Christiane Scrivener, secrétaire d'État à la Consommation, les deux hommes ont ensuite œuvré en coulisses pour défendre le projet de loi sur la concurrence au Parlement (1.2). Quant aux avocats et juristes spécialistes dans la concurrence, ils sont intervenus auprès d'une autre institution : la direction générale de la Concurrence et des Prix qui participait elle aussi à la rédaction du projet de loi.

1.1 La « politique de concurrence », une invention d'économistes

La mise à l'agenda intellectuel de la « politique de concurrence » est entreprise par Frédéric Jenny et André-Paul Weber, deux économistes. Au début des années 1970, leurs publications sous forme de rapport ou d'articles dans des revues scientifiques esquissent cette politique

¹ Loi n°77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante

² Décret n°53-704 du 9 août 1953

³ Pour un exemple du type de cas traités par la CTE, voir Didry C., Marty F., 2016, « La politique de concurrence comme levier de la politique industrielle dans la France de l'après-guerre », *Gouvernement et action publique*, 5-4, p. 23-45.

⁴ Loi n°63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963

⁵ Ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence

⁶ Warloutzet L., « L'époque de Vichy était révolue ». La libération des prix et l'établissement de la politique de la concurrence en 1986 », à paraître dans *Histoire, économie et sociétés*.

nouvelle. Ils mettent au service de cette cause une démarche intellectuelle hybride, reprenant les concepts et les méthodes de l'économie industrielle naissante, tout en y infusant davantage d'éléments du paradigme de l'économie néo-classique.

Cette construction intellectuelle est d'abord le fruit de leurs trajectoires hybrides, qui les amènent à côtoyer des milieux intellectuels différents. Né en 1939 et fils de Pierre Weber, médecin devenu député sous la Ve République (Républicains indépendants), André-Paul Weber a été formé à l'économie à l'Université, à Paris et à Nancy. Il commence sa carrière en 1967 comme assistant de Jacques Houssiaux, considéré comme le fondateur de l'économie industrielle en France¹. Inspiré par des travaux étatsuniens, Jacques Houssiaux introduit en France l'analyse de la concentration des structures industrielles. Décrivant le mouvement d'industrialisation et de consolidation de l'économie française, notamment sous l'effet de son ouverture au marché européen, certains de ses travaux visent à expliquer le degré de concentration d'une industrie donnée en utilisant plusieurs variables explicatives (fonction de production des entreprises, distribution du taux de croissance...). S'ils abordent la question de la concurrence, elle n'est qu'une dimension parmi d'autres de l'analyse des dynamiques et de la structure des secteurs industriels. En conclusion d'une étude du secteur des textiles publiée en 1965, Jacques Houssiaux écrit que le développement de cette industrie doit nécessairement passer par une consolidation de celle-ci². Ce positionnement vis-à-vis de la concentration est partagé par Yves Morvan, un autre précurseur de l'analyse de la concentration des structures industrielles en France. Dans l'ouvrage *La concentration de l'industrie en France* publié en 1972³, il défend l'idée qu'en deçà d'une « masse critique », qui varie en fonction des secteurs et différents éléments de contexte, les firmes n'atteignent pas une productivité optimale et ne sont pas capables de financer correctement leurs investissements.

En cela, Jacques Houssiaux et Yves Morvan rejoignent et alimentent le consensus des élites dirigeantes de la France gaulliste et pompidolienne. Leur préoccupation commune est le manque de préparation des entreprises nationales face à l'intégration du marché français au sein de la Communauté économique européenne et le risque d'une colonisation du capitalisme français par les grandes entreprises étatsuniennes. Le patronat et les administrations qui supervisent l'économie regrettent en particulier la trop faible capacité d'autofinancement des entreprises françaises⁴. Face à ces problèmes, un consensus émerge, celui de la nécessité de faire accroître la taille des structures productives. Élaboré en 1965, le Ve Plan met en avant cette solution et appelle à constituer dans chaque secteur un ou deux champions nationaux⁵ :

« Le Ve Plan propose en conséquence comme objectif la constitution ou le renforcement lorsqu'ils existent déjà, d'un petit nombre d'entreprises ou de groupes de taille internationale capables d'affronter les groupes étrangers dans les domaines où s'établit la concurrence :

¹ Chevalier J.-M., 1977, *L'Economie industrielle en question*, Paris, Calmann-Lévy, p. 22.

² Voir par exemple : Houssiaux J., Amoy C., 1965, « L'évolution de la concentration dans les industries françaises : l'exemple de l'industrie textile », *Revue d'économie politique*, 75-2, p. 405-439.

³ Y. Morvan, (...), 1972, Paris, Armand Colin, 510 p.

⁴ Voir par exemple les rapports rédigés sous la direction de Bernard Clappier, de la Banque de France, en 1965. Cité par Eric Peinert dans sa thèse de doctorat.

⁵ « Cinquième plan de développement économique et social », 1965, p. 68-69 (cité par E. Peinert dans sa thèse de doctorat)

autonomie technique, dimensions des unités de production et de commercialisation, polyvalence et équilibre entre différentes clientèles et différents marchés géographiques, réserve de puissance pour pouvoir riposter rapidement à la sortie d'un nouveau produit, etc. Dans la plupart des grands secteurs de l'industrie (aluminium, sidérurgie, mécanique, construction électrique, électronique, automobile, aéronautique, chimie, pharmacie, etc.) le nombre de ces groupes devrait être très limité souvent même réduit à un ou deux ».

Au sein de l'administration, la notion de « champion national » a connu une grande félicité. Elle irrigue en particulier les directions dites « techniques » du ministère de l'Industrie chargées de superviser un secteur spécifique. On peut prendre comme exemple la direction générale de l'Énergie et des Matières premières (DGEMP) qui jusqu'aux années 1990 œuvre pour la consolidation de l'industrie énergétique française et son expansion à l'international¹. Si on ne connaît pas ses opinions personnelles sur le sujet, avant d'entamer sa collaboration avec Frédéric Jenny, on sait qu'André-Paul Weber entretient des liens de proximité avec les élites administratives de l'État stratège. En 1967, il est chargé de mission à la direction de la prévision du ministère de l'Économie et des Finances. En 1969, il devient membre du groupe d'études prospectives internationales pour le Centre français du commerce extérieur et le Commissariat général au plan, poste qu'il occupe jusqu'en 1974.

Quant à Frédéric Jenny, son parcours l'éloigne à la fois des fondateurs de l'école française d'économie industrielle et des administrations vouées à l'État stratège. Plus jeune de quatre ans qu'André-Paul Weber (il est né en 1943), il fait ses études à l'ESSEC, une école de commerce qui à l'époque était encore totalement indépendante (elle n'a été rattachée à la chambre de commerce de Versailles qu'en 1981). Ses origines familiales sont peut-être un facteur dans ce choix de filière : Frédéric (Marc) Jenny, son père, est directeur de sociétés². En 1969, alors qu'il enseigne déjà l'économie à l'ESSEC depuis trois ans, il décide de partir aux États-Unis pour parfaire sa formation. Son départ est financé par l'ESSEC et la Fédération nationale pour l'enseignement de la gestion des entreprises (FNEGE). Ce n'est qu'à son arrivée aux États-Unis qu'il commence à s'intéresser à la « théorie des marchés ». La fréquentation des universités de Chicago et d'Harvard³ le met au cœur d'activités scientifiques qui nourrissent alors la politique *antitrust* des États-Unis. Les économistes de ces deux universités jouent un rôle important d'expertise dans la définition et l'outillage de la politique de concurrence menée par le gouvernement fédéral étatsunien. Alors que les économistes d'Harvard dits « structuralistes » défendent une lutte vigoureuse contre toute forme de concentration économique, les économistes de l'École de Chicago se montrent méfiants vis-à-vis d'un trop grand interventionnisme de l'État fédéral et des juges. Face au schéma structuraliste défendu par les économistes de Harvard (où la structure du marché explique *in fine* l'efficacité des comportements économiques), l'École de Chicago met plutôt l'accent sur les barrières à l'entrée (souvent liées à l'action des pouvoirs publics) et le comportement des entreprises⁴.

¹ Viallet-Thévenin S., 2015, « Du champion national au champion international », *Revue française de science politique*, 65, 5, p. 761-783.

² Fiche *Who's Who*

³ Entretien F. Jenny

⁴ Pitofsky, R. (dir.), 2008, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford and New York, Oxford University Press, 328 p.

En 1972, deux ans avant d'avoir fini son Ph.D, Frédéric Jenny rentre en France et commence à exploiter les résultats de ses recherches sur la concentration de l'économie française. Son choix de s'allier avec André-Paul Weber, « descendant de Houssiaux le plus visible à l'époque », peut paraître paradoxal. S'inscrivant dans la microéconomie, Frédéric Jenny situe les recherches qu'il mène aux États-Unis au sein de la « théorie des marchés »¹. La revendication de cette affiliation à la microéconomie est importante, car elle singularise Frédéric Jenny par rapport à Jacques Houssiaux et Yves Morvan qui étudient le fonctionnement des secteurs industriels de manière holistique, s'intéressant autant aux conditions de la concurrence qu'aux conditions de financement des firmes et leur organisation interne. Pour déterminer l'optimum de concentration des entreprises d'un secteur (leur « masse critique »), Yves Morvan recommande par exemple de prendre en compte les coûts de transport et « la façon dont les facteurs de production (travail et capital) sont employés ». La concentration est ainsi de mise dans les secteurs comme l'automobile, le pétrole ou l'aéronautique où les coûts de transports sont élevés et où les progrès techniques rapides supposent de lourds investissements². Malgré le décalage de sa formation en économie, André-Paul Weber représente un intérêt pour Frédéric Jenny. En effet, de par sa carrière, « il connaissait très bien le fonctionnement de la France institutionnelle », ce qui a permis de créer un « attelage » avec deux profils complémentaires³.

Auteurs de dix publications communes entre 1974 et 1978, les deux économistes prolongent l'analyse de la concentration de l'économie française initiée par Jacques Houssiaux et Yves Morvan, tout en l'adaptant. Comme le montre un rapport de 188 pages publié au Commissariat au Plan en 1974⁴, ils adoptent une méthodologie dont certains points sont similaires à celle de leurs prédécesseurs. Ils commencent par un état des lieux de la concentration économique secteur par secteur. En suivant la nomenclature des activités économiques (NAE) de l'INSEE, ils comptabilisent les opérations de croissance externe dans chaque secteur et mesurent l'évolution du degré de concentration. Ils en concluent que les structures industrielles françaises sont de plus en plus concentrées. Jusque-là, leurs résultats ne diffèrent guère de ceux présentés par Yves Morvan dans *La concentration de l'industrie en France*.

Dans une deuxième partie du rapport, les deux auteurs examinent un échantillon d'entreprises pour lesquelles ils disposent de données plus fines et cherchent grâce à cela à mesurer l'impact du degré de concurrence sur les taux de profit. Leur hypothèse est que l'intensité concurrentielle est inversement proportionnelle au taux de profit. En d'autres termes, l'augmentation des taux de profit est censée refléter un moindre degré d'intensité concurrentielle. Le cas-limite est donc celui d'une concurrence pure et parfaite où les taux de profit sont nuls. Frédéric Jenny et André-Paul Weber reprennent une manière d'analyser la concentration popularisée par Joe Bain, un économiste de Harvard⁵. Au début des années 1970, cette méthode est déjà bien établie. Dans son ouvrage paru deux ans plus tôt, Yves Morvan en fait déjà usage et montre une corrélation

¹ Entretien F. Jenny

² Morvan Y., *op. cit.*, p. 355-356.

³ Entretien F. Jenny

⁴ Frédéric Jenny et André-Paul Weber, 1974, *Concentration et politique des structures industrielles*, la documentation française.

⁵ Joe Bain, 1951, "Relation of profit rate to industry concentration in American manufacturing, 1936-1940", *Quarterly Journal of Economics*, 65-3, p. 293-324

légèrement positive entre le niveau de concentration et les taux de profit observés en 1967 dans un échantillon de 49 secteurs. Pour autant, il ne conclut pas à une moindre concurrence. Il note que les statistiques à ce sujet sont « peu convaincantes » (p. 438) et que les profits élevés peuvent aussi être dus à la plus grande intensité en capital des secteurs les plus concentrés (p. 440). Si elle inclut un nombre similaire d'entreprises et de secteurs, l'analyse conduite par Frédéric Jenny et André-Paul Weber est plus poussée d'un point de vue statistique. Elle porte sur l'ensemble de la période 1966-1969 et s'appuie sur une régression multivariée avec comme variables de contrôle le commerce extérieur et l'intensité en capital. D'après les auteurs, les résultats de la régression « accredit[ent] la thèse de l'influence des variables structurelles sur les taux de profit » (p. 129).

Au-delà de ce résultat concernant le lien entre concentration et taux de profit, il existe d'autres différences entre la recherche de Jenny et Weber et celles menées par leurs prédécesseurs. On l'a vu, Houssiaux et Morvan font preuve d'un certain éclectisme théorique et sont surtout animés par le souci de « moderniser » l'économie française. Quant à Jenny et Weber, ils revendiquent une inscription dans la branche la plus formalisée de l'économie industrielle. Dans l'introduction du rapport, les auteurs reviennent longuement sur le schéma structure-comportement-performance (SCP), qui fait découler les comportements individuels des firmes de la structure plus ou moins concurrentielle du marché. D'abord défini par Joe Bain en 1959¹ puis revisité par Frederic M. Scherer en 1971², il est symptomatique d'un glissement de l'économie industrielle vers le modèle de la concurrence pure et parfaite³. De manière intéressante, la préface du rapport est écrite par Edmond Malinvaud, alors directeur de la Prévision au ministère de l'Économie et des Finances. Formé à l'École polytechnique et non à l'Université, il est l'un de ceux qui ont contribué à diffuser en France une économie plus proche du modèle néo-classique standard⁴ et plus formalisée du point de vue de ses méthodes⁵. Décrivant l'objet du rapport comme étant les « structures du marché » (et non les structures industrielles), Edmond Malinvaud définit l'économie industrielle comme l'art d'étudier une forme de déviation du modèle standard où les offreurs ne sont pas atomisés. Il s'agit d'une posture classique des économistes néo-classiques français, qui affectionnent les « dérivations par rapport aux hypothèses les plus « simplificatrices » » et « s'appu[ient] pour cela sur un rapport aux mathématiques particulier, indissociable de leur formation précoce dans les classes préparatoires »⁶.

Un autre élément qui sépare Jenny et Weber de leurs prédécesseurs est leur insistance sur la réglementation. Que ce soit dans le rapport précité ou dans d'autres publications, ils insistent sur les effets anticoncurrentiels d'un ensemble de « variables institutionnelles » propres à l'État stratège. Ils critiquent le rôle joué par les puissantes directions générales des ministères

¹ Bain J., 1959, *Industrial Organization*, John Wiley and Sons, New York.

² Scherer F. M., 1971, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Rand Mc. Nally, Chicago.

³ Arena R., 1988, « Approches théoriques et économie industrielle » in Arena R., Benzoni L., de Bandt J. et Romani P.M., *Traité d'économie industrielle*, Economica, Paris, p. 100-132.

⁴ Lebaron F., 1997, « La dénégation du pouvoir », Actes de la recherche en sciences sociales, 119, p. 3-26

⁵ Desrosières A., 2008, *Pour une sociologie historique de la quantification : L'Argument statistique I*, Paris, Presses des Mines, p. 279.

⁶ Lebaron F., 2000, *La croyance économique*, Paris, Seuil, p. 139.

techniques qui cherchent tantôt à consolider ou à limiter la concurrence dans les secteurs dont ils ont la responsabilité. Au-delà des différences en termes d'approche, c'est bien cette volonté d'articuler l'analyse économique avec une critique de la réglementation et de l'action des pouvoirs publics qui distingue Jenny et Weber de Houssiaux et Morvan. Intitulé « Stratégie industrielle et raisonnement économique »¹, un texte paru en 1976 synthétise leur positionnement vis-à-vis de la réglementation. De la même manière qu'ils promeuvent une économie industrielle tournée vers « les structures du marché » plutôt que les « structures industrielles », ils appellent à substituer la « politique de concurrence » à la « politique industrielle ». Le terme de *politique* de concurrence est nouveau. Il se distingue de celui employé par Morvan, qui parle lui de « réglementation » de la concurrence². Il se distingue aussi de celui de « politique antitrust » utilisé dans l'après-guerre, mais uniquement pour désigner des pratiques étatsuniennes³. Ce terme de *politique* permet de créer une mise en équivalence avec la « politique industrielle » dont Jenny et Weber entendent limiter la portée. Ils visent ainsi la consolidation des secteurs industriels encouragée, voire dirigée par l'État, et la concertation entre les fonctionnaires des administrations sectorielles avec les entreprises qu'ils sont chargés de réguler.

En quoi consisterait cette « politique de concurrence » ? Frédéric Jenny et André-Paul Weber proposent de renforcer les attributions et les moyens de la Commission technique des ententes (CTE) issue d'un décret de 1953 et chargée d'enquêter sur les cas d'entente ou d'abus de position dominante. Comme le notent les deux auteurs dans un texte au titre cinglant (« French Antitrust Legislation: an Exercise in Futility »⁴), la CTE dispose de très peu de moyens (elle n'a pas de rapporteurs permanents) et son action a rarement abouti à des poursuites contre les entreprises. Si on revient à l'article en français paru en 1976, les deux économistes formulent trois propositions. La première consiste à « harmoniser les politiques des différents ministères ». Pour cela, ils souhaitent l'introduction d'un contrôle des concentrations *ex ante*, c'est-à-dire avant qu'elles aient lieu. Dans l'esprit des deux auteurs, cette procédure limiterait la faculté des acteurs administratifs du dirigisme de mettre en œuvre des projets de création de « champions nationaux ». La deuxième proposition consiste à renforcer les moyens de la Commission technique des ententes, dont la faiblesse des effectifs ne lui permet pas d'analyser les pratiques anticoncurrentielles avec toute la rigueur nécessaire. La troisième proposition est de soumettre les entreprises et leurs dirigeants qui se livrent à des pratiques prohibées à de sévères sanctions pénales.

Au total, s'ils s'inscrivent dans le sillage des précurseurs de l'économie industrielle française, Frédéric Jenny et André-Paul Weber s'en écartent par l'importance qu'ils donnent au marché comme niveau d'analyse. Combinée à une attention portée aux effets de la réglementation sur

¹ Jenny F., Weber A.P., 1976, « Stratégie industrielle et raisonnement économique », Revue d'économie politique, 86-6, p. 881-904.

² Morvan Y., *op.cit.*, p. 482.

³ Warloutzet L., « L'époque de Vichy était révolue ». La libération des prix et l'établissement de la politique de la concurrence en 1986 », à paraître dans *Histoire, économie et sociétés*.

⁴ in Jacquemin A, de Jong H., 1977, *Welfare Aspects of Industrial Markets*, Leiden, Martinus Nijhoff p. 401-433.

le marché, cette orientation les conduit à promouvoir une « politique de concurrence » appelée à se substituer à la politique industrielle.

1.2 De la sphère universitaire à la sphère politique

L'entreprise intellectuelle menée par Frédéric Jenny et André-Paul Weber semble porter ses fruits. La loi du 16 juillet 1977 porte en effet l'empreinte des préconisations qu'ils formulent depuis plusieurs années. La mesure-phare de la loi est la mise en place d'un contrôle *a priori* des concentrations. Les concentrations qui dépassent un certain seuil (mesuré en pourcentage de la consommation nationale) doivent faire l'objet d'une notification auprès du ministère de l'Économie et des Finances, qui choisit ou non de faire examiner le dossier par la Commission de la concurrence. Outre le contrôle des concentrations, d'autres changements sont apportés par le texte. Le ministre de l'Économie a désormais la possibilité de sanctionner lui-même, *via* des amendes administratives, des entreprises qui enfreignent les règles de concurrence. Ces amendes ne doivent pas excéder le montant recommandé par la Commission de la concurrence (le nouveau nom donné à la Commission technique des ententes), qui lui-même ne doit pas dépasser 5 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise. En outre, le texte dote la Commission de la concurrence de davantage de pouvoirs et de ressources, en lui permettant par exemple d'embaucher des rapporteurs permanents. Le droit de saisine de la Commission de la concurrence, dont le ministre avait autrefois le monopole, est élargi aux collectivités locales ainsi que les organisations sectorielles ou représentant les consommateurs.

Évidemment, d'autres facteurs que l'action de Jenny et Weber pèsent dans l'adoption du texte, le premier étant l'action politique de Raymond Barre. Nommé en 1976 à la fois Premier ministre et ministre de l'Économie et des Finances, il a une formation d'économiste. Au cours des années 1950 et 1960, il a enseigné l'économie dans plusieurs établissements, dont l'Institut d'études politiques de Paris. En 1967, il devient vice-président de la Commission européenne chargé des affaires économiques et monétaires. C'est, selon Frédéric Jenny, des éléments qui l'ont familiarisé avec la politique de la concurrence mais aussi à l'importance de doter la France d'une politique forte pour contrer les ambitions européennes en la matière¹. En effet, il semblerait qu'une des motivations derrière le texte ait été d'éviter la mise en place d'un contrôle des concentrations au niveau européen. Frédéric Jenny n'est pas le seul à évoquer cet objectif consistant à prendre les devants par rapport à un contrôle européen des concentrations qui arrivera tôt ou tard. Pendant un des débats à l'Assemblée, Jean Poperen, député PS, déclare que le projet de loi est là « pour mieux obtenir de la commission de Bruxelles un contrôle des concentrations aussi discret que possible »².

La réforme de 1977 : un débat parlementaire inédit sur la question de la concurrence

Comparée aux autres textes législatifs portant sur la concurrence, la réforme de 1977 se distingue par son mode d'adoption. Les réformes précédentes de 1953, 1963 et de 1967 qui

¹ Entretien F. Jenny

² Prise de parole de Jean Poperen, député PS, lors de la première lecture du texte à l'Assemblée, *Journal officiel*, débats parlementaires, vendredi 10 juin 1977, p. 3617.

introduisent puis étoffent un ensemble de règles relatives à la concurrence sont issues d'un décret (1953), d'une loi de finance rectificative portant sur un grand nombre d'objets (1963) et d'une ordonnance (1967). À ce titre, elles n'ont pas fait l'objet d'un débat spécifique au Parlement. Tel n'est pas le cas de la loi de 1977 qui est débattue à l'Assemblée nationale et au Sénat. Comme le montrent plusieurs échecs de propositions de lois sur les ententes sous la IIIe et IVe République¹, convaincre les parlementaires d'adopter des règles plus strictes en matière de concurrence n'est pas chose aisée. Le texte sur la concurrence voté par le Parlement le 16 juillet 1977 est présenté à l'Assemblée nationale le 15 juin 1976 par Jean-Pierre Fourcade, ministre de l'Économie et des Finances alors que Jacques Chirac est encore Premier ministre². Il est ensuite examiné par une commission spéciale composée principalement de membres de la commission des finances et de la commission de la production et des échanges³. Ce n'est qu'au printemps 1977 que le texte commence à être examiné par l'Assemblée. Cette accélération semble résulter de l'action de Raymond Barre, le nouveau Premier ministre qui cumule ces fonctions avec celles de ministre de l'Économie et des Finances.

Signe indéniable de la centralité de Jenny et Weber dans le processus qui conduit à l'adoption de la réforme, ce sont eux qui sont chargés de défendre la nouvelle loi au Parlement.

Au moment où il choisit d'accélérer le passage du texte (il envoie une lettre rectifiant le projet le 2 avril 1977⁴), Raymond Barre fait recruter les deux hommes comme chargés de mission au sein du cabinet de Christiane Scrivener, secrétaire d'État à la Consommation. C'est elle qui, au sein du gouvernement, est chargée de venir défendre le projet de loi devant le Parlement. Raymond Barre intervient dans la constitution de son cabinet. Contrairement à la pratique courante consistant à recruter des hauts fonctionnaires ou des personnes proches du milieu politique à ces postes, le ministre fait recruter les deux jeunes économistes alors que, de leur propre aveu, ils « ne connaissent rien à la politique »⁵. Si André-Paul Weber est fils de député et a déjà travaillé dans la sphère politique et administrative (voir *supra*), Frédéric Jenny est un pur novice. Ces nominations sont-elles un choix par défaut ? Les membres des corps les plus prestigieux de la haute fonction publique qui peuplent traditionnellement les cabinets (comme les membres du Conseil d'État) connaissent mal ce nouveau domaine de politique publique. Quant aux fonctionnaires de la direction générale de la Concurrence et de la Consommation (ou direction des Prix), qui seraient les plus compétents dans ce domaine, ceux-ci ne se montrent guère enthousiastes. En effet, ils voient d'un mauvais œil l'émergence de la Commission de la concurrence qui allait venir les concurrencer sur un de leurs domaines de compétence traditionnels (voir *infra*).

Se retrouvant « aux commandes », la tâche principale de Frédéric Jenny et d'André-Paul Weber est de s'assurer que le texte proposé par le gouvernement soit voté par le Parlement, le premier s'occupant de l'Assemblée nationale, et le second du Sénat⁶. Malgré l'appui manifeste du

¹ Chatriot A., 2008, « Les ententes : débats juridiques et dispositifs législatifs (1923-1953) », Histoire, économie & société, 27-1, p. 7-22.

² *Assemblée nationale*, Ve législature, table des débats, table des matières, tome I, p. 340

³ *Journal officiel*, débats parlementaires, mercredi 7 juillet 1976, p. 5075.

⁴ *Assemblée nationale*, Ve législature, table des débats, table des matières, tome I, p. 340

⁵ Entretien F. Jenny

⁶ Entretien F. Jenny

Premier ministre, les deux hommes doivent faire face à une opposition interne à la majorité de droite et de centre-droit, qui risque de dénaturer le texte *via* des amendements lors de son examen au Parlement. Cette opposition est surtout animée par la volonté de ne pas « paralyse[r] » l'économie par des mesures trop interventionnistes¹. Le cabinet de Christiane Scrivener doit manœuvrer pour éviter que ces amendements ne soient adoptés. Pour contourner cette opposition interne, le cabinet s'appuie sur le groupe parlementaire socialiste, pourtant très éloignée de la majorité de droite et de centre-droit sur les questions économiques. Alors comment expliquer l'appui apporté par des députés de gauche ? Nous retrouvons ici un « malentendu opératoire »² : loin des idées ordolibérales qui animent les promoteurs du texte au sein de la majorité, ils voient dans le texte l'occasion de lutter contre le capitalisme de rente et la monopolisation croissante des activités économiques. Au cours des débats à l'Assemblée, cette perspective marxiste sur l'évolution du capitalisme irrigue en particulier les prises de parole du député socialiste Jean Poperen³ :

« Ce débat sera sans doute un grand moment de sincérité, de sincérité involontaire de la part des tenants de l'ordre économique établi du capitalisme. C'est un coup de projecteur sur les mécanismes qui font que le libéralisme économique, la libre concurrence se transforment inexorablement en leur contraire. Sous le panneau-réclame de la liberté d'entreprendre, de produire, d'échanger, se cache la réalité du système, qui est l'accumulation et la concentration. « Laissez faire », « laissez passer », le tracteur lourd des monopoles qui écrase et se soumet le marché prétendu libre, qui soumet à sa loi les salaires, le marché du travail, les petites entreprises et les commerçants. »

Face à cette monopolisation, Jean Poperen est un soutien de longue date d'une politique de concurrence robuste. En 1973, il avait déposé une proposition de loi sur la concurrence, qui n'a pas dépassé le stade de l'examen en commission⁴. Face au projet de loi discuté en 1977, il affiche sa méfiance et pointe du doigt le manque d'ambition du Gouvernement. Qualifiant le nouveau dispositif de contrôle des concentrations de « barrage de papier », il reproche à celui-ci le seuil très élevé à partir duquel une opération de concentration peut être examinée par la Commission de la concurrence. François Leenhardt, le chef du groupe parlementaire des socialistes et des radicaux de gauche, parle quant à lui « d'éventail pour frapper des éléphants »⁵. Malgré leur scepticisme devant un texte considéré comme peu apte à freiner la monopolisation, ces parlementaires de gauche sont des alliés de circonstance pour le gouvernement. Lors de la première lecture, Maurice Papon, député UDR, présente un amendement qui vise à supprimer du texte la publication des sanctions pécuniaires infligées à des entreprises au titre du droit de la concurrence. Gilbert Gantier, député membre des Républicains indépendants, défend cet amendement, estimant « qu'il n'est pas souhaitable (...) d'ajouter aux sanctions pécuniaires prévues des sanctions infamantes de nature à jeter le discrédit sur des entreprises et donc à paralyser leur développement »⁶. Malgré le soutien de la

¹ Ce terme est employé par Georges Mesmin, député UDF, lors de la première lecture du texte, *Journal officiel*, débats parlementaires, vendredi 10 juin 1977, p. 3619.

² Bayart J.-F., 2008, « Culture et développement : les luttes sociales font-elles la différence ? », *Afrique contemporaine*, 226, p. 85-110.

³ Prise de parole de Jean Poperen, *op. cit.*, p. 3616-3617.

⁴ *Assemblée nationale*, Ve législature, table des débats, table des matières, tome I, p. 339

⁵ *Journal officiel*, débats parlementaires, vendredi 10 juin 1977, p. 3621.

⁶ *Ibid.*, p. 3634

commission spéciale à cet amendement, le Gouvernement s'y oppose. François Leenhardt, au nom du groupe des députés socialistes et radicaux de gauche, rejoint la position du Gouvernement.

Issus du monde universitaire, Jenny et Weber ont été mis « aux commandes » de la réforme que leurs travaux ont inspirée. La dualité de leur rôle est visible dans les propos tenus à la tribune de l'Assemblée par les députés socialistes qui font référence à leurs travaux universitaires. À l'appui de son argumentation, François Leenhardt cite « l'excellent article de MM. Jenny et Weber paru dans *Le Monde* du 20 mai 1975 »¹. Pourtant ce sont ces mêmes députés que Frédéric Jenny incite à « aller fumer dans le couloir » pour éviter l'adoption d'amendements susceptibles de dénaturer le texte². Les nombreuses publications des deux économistes (notamment dans des revues universitaires) leur permettent d'assumer le statut neutralisant d'experts, alors qu'ils sont désormais pleinement intégrés au jeu politique.

1.3 Les avocats de la concurrence aux prises avec l'ex-administration des Prix

Évoquons maintenant les premiers juristes français qui s'intéressent au droit français de la concurrence et leur rôle dans la réforme de 1977. La première génération des avocats français de la concurrence se forme à cette matière juridique par « le hasard des affaires »³. On trouve parmi eux Philippe Pépy (associé à Xavier de Mello), Fernand-Charles Jeantet ou encore Jacques Lassier. Leur positionnement de départ est celui de praticiens généralistes des affaires, notamment sur les questions relatives au contrôle des Prix ou à la concurrence déloyale. Leur sensibilisation au droit de la concurrence se fait en partie par les institutions européennes. Dans le contentieux Grundig/Consten conclu par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes en 1966, Jacques Lassier et Robert Collin représentent chacun une des parties. Ces avocats s'impliquent dans l'Association française d'étude de la concurrence (AFEC) qui fait elle-même partie de la Ligue internationale contre la concurrence déloyale (LIDC). L'AFEC avait été créée en 1952, soit un an avant le décret de 1953 qui fixe les bases du droit français de la concurrence⁴. Sa création répond à la volonté d'ancrer en France les activités de la Ligue internationale contre la concurrence déloyale, fondée en 1930 et réactivée dans les années d'après-guerre.

Ne disposant pas d'informations sur les activités propres de l'AFEC avant les années 1970, nous nous intéresserons ici brièvement à la trajectoire de la Ligue. Elle comprend des avocats, des universitaires mais aussi des personnalités issues du monde des affaires comme Gaston-Louis Vuitton ou des dirigeants du Conseil national du commerce (CNC)⁵. Dans les années 1950, les objets d'étude de la Ligue étaient larges et recoupaient différents domaines du droit, comme la propriété intellectuelle, la distribution sélective ou les droits de douane. Petit à petit,

¹ Ibid.

² Entretien F. Jenny.

³ Avril L., 2020, « Passer à l'Europe. Logiques et formes de l'investissement des premiers Euro-lawyers dans les politiques européennes », *Politique européenne*, 69, p. 131.

⁴ AFEC, site internet, <http://www.afec.asso.fr/>, consulté le 17 janvier 2021

⁵ *La Ligue au Fil du Temps*, ouvrage publié par la LIDC en 1994

avec la construction du Marché Commun, des membres de la Ligue se sont spécialisés dans le droit français et européen de la concurrence. Signe de cette réorientation thématique, la LIDC ajoute à son nom le sous-titre « Association internationale d'étude de la concurrence » en 1965¹.

Dès 1976, une première initiative de *lobbying* est lancée par l'AFEC. Après que le projet de loi a été déposé au Parlement en 1976, l'association réunit un groupe de travail, qu'elle place sous la présidence du professeur Robert Plaisant, un universitaire spécialiste du droit européen de la concurrence². Ce groupe est composé de Philippe Pépy, avocat et secrétaire général de l'AFEC, et Lazar Focsaneanu, universitaire spécialiste du droit européen. Pépy est chargé d'examiner la partie du projet de loi consacrée aux ententes tandis que Focsaneanu se consacre aux concentrations. Si le contrôle des concentrations est peu évoqué, l'AFEC se montre très critique vis-à-vis du projet d'instaurer des amendes administratives pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante). Deux arguments sont mis en avant. Le premier dénonce le caractère potentiellement arbitraire des amendes administratives. Pouvant atteindre 5 % du chiffre d'affaires annuel d'une entreprise, les amendes administratives sont infligées par l'ensemble formé par la Commission, qui émet des recommandations, et le ministre de l'Économie et des Finances, qui décide ou non de suivre cette recommandation. Le fait que l'autorité judiciaire ne soit pas impliquée pose problème à Philippe Pépy, qui exprime ses doutes dans un rapport séparé sur la question des sanctions³. Il y rappelle que les amendes administratives ont été créées par le régime de Vichy pour combattre les infractions à la législation sur les prix et qu'elles s'accompagnaient d'autres mesures contraignantes qui « laisserai[ent] à bon droit rêveur un juriste des temps modernes » : « internement administratif, fermeture de magasin, interdiction d'exercer une profession, confiscation des objets saisis, et enfin amendes administratives ». Il ajoute qu'en vertu de la loi du 28 novembre 1955, le Parlement a décidé (contre l'avis du Gouvernement) de mettre fin à ce type de sanctions. Si nous revenons à la lettre adressée par l'AFEC, la solution à ce risque d'arbitraire se trouve dans une procéduralisation du droit de la concurrence. Les membres de l'AFEC estiment que tout doit être fait pour respecter les « droits de la défense » : « le projet devrait fixer les grands principes suivants : communication de l'intégralité du dossier, audition personnelle sur demande, possibilité d'enquête et d'expertise ». La garantie de ces « droits de la défense » passe évidemment par « l'assistance possible par ceux dont c'est la vocation », en d'autres termes, les professionnels du droit. En cela, leur démarche est similaire à celle des avocats qui interviennent dans des affaires relevant du droit européen de la concurrence et qui cherchent aussi, au cours des années 1970, à se faire une place dans ces procédures⁴.

Contrairement à Jenny et Weber, l'AFEC ne s'implique pas dans les joutes partisans. Le rapport n'est destiné ni au cabinet du ministre, ni aux parlementaires, mais à la direction générale de la Concurrence et des Prix (DGCP). En tant qu'administration chargée d'appliquer

¹ *Ibid.* p. 37

² Association française d'étude de la concurrence, Lettre adressée à Claude Villain, directeur général de la DGCP, 31 mars 1977, B-0065839/1, CAEF.

³ Philippe Pépy, « Rapport sur le projet de loi n° 2388. Titre II. Des sanctions applicables en cas d'infraction à la législation des ententes et des positions dominantes », 27 p.

⁴ Avril L., 2020, « Pour une sociohistoire de l'État régulateur européen. Du gouvernement administratif à la régulation judiciaire de la concurrence (1962-1982) », *Revue française de science politique*, 70-6, p. 773-791.

le futur dispositif, la DGCP échange régulièrement avec le cabinet du ministre sur le contenu du projet de loi¹. L'ordonnance du 30 juin 1945 a confié à cette administration du ministère de l'Économie et des Finances le soin d'appliquer la réglementation des Prix et les toutes premières dispositions relatives à la concurrence verticale. À partir de 1953, elle est chargée en lien avec la Commission technique des ententes, d'appliquer les premières dispositions interdisant les ententes. Si la Commission technique des ententes rend des avis et peut décider de transmettre le dossier à des juridictions pénales (qui se saisissent très rarement de ces affaires), l'essentiel du travail d'enquête et de délibération est effectué en amont par l'administration des Prix². Toutefois, le droit de la concurrence constitue encore une part minoritaire de son activité. Sa compétence principale demeure le contrôle des prix, encore considéré comme indispensable pour lutter contre l'inflation. Une autre activité de moindre envergure consiste à protéger les droits des consommateurs³. Dans un témoignage oral récent, Claude Villain, le directeur général de la DGCP entre 1974 et 1978, a déclaré qu'il consacrait alors 10 % de son temps à la concurrence contre 80 % au contrôle des prix et les 10 % restants à la politique de protection du consommateur⁴. En 1973, les statistiques administratives révèlent que la mission « concurrence » n'occupe que 6,8 % du temps des antennes locales de la DGCP⁵.

S'ils ne montrent pas d'hostilité vis-à-vis de règles de concurrence plus vigoureuses, les membres de cette administration rejettent en bloc les propositions formulées par l'AFEC. Une note souligne que « le projet de loi offre de nombreuses garanties procédurales aux entreprises intéressées ». En creux, elle ouvre la porte à la représentation des entreprises par les avocats, mettant en avant le fait que « la Commission pourra entendre toute personne qu'elle estime utile pour se faire une opinion objective ». Mais le rédacteur de la note souligne toutefois que le rôle de la Commission n'est que « consultatif » et qu'elle « ne saurait être assimilée à une juridiction »⁶. Jalouse de ses prérogatives, la DGCP est attachée à son rôle dans la procédure et entend peser dans les décisions de sanctionner ou non les entreprises (qui appartiennent formellement au ministre de l'Économie). Dans une note interne produite par cette administration en 1976, une des hypothèses (finalement abandonnée), qui consisterait à transformer la Commission technique des ententes en autorité administrative indépendante sur le modèle de la Commission des opérations boursières (COB), est traitée avec sévérité⁷.

¹ Voir B-0065834/2 et B-0065839/1, CAEF.

² Pour un exemple d'une telle enquête, voir le rapport d'avril 1977 de la direction nationale des enquêtes (une unité de la DGCP) « sur la situation de la concurrence dans le secteur de l'Assurance Incendie des Risques industriels et de l'Assurance Pertes d'exploitation ». Ce rapport de 38 pages (annexes non comprises) est le résultat d'une autosaisine de la Commission technique des ententes datant de 1974, B-0065839/1, CAEF.

³ Pinto L., 2018, *L'invention du consommateur. Sur la légitimité du marché*, Paris, Presses universitaires de France, 300 p.

⁴ Warlouzet L., 2017, « From Price Control to Competition Policy in France and in the UK. Europeanisation and the Role of the German Model (1976-1986) », dans *Calmer les prix/Slowing down prices*, Paris, Presses de Sciences Po, p. 312.

⁵ Brault D., 1987, *L'État et l'esprit de concurrence en France*, Paris, Economica, p. 44

⁶ Note de la DGCC, B-006539/1

⁷ Note de la DGCC intitulée « Éléments pour la note de synthèse demandée M. Gavois à l'issue de la réunion du 22 Octobre 1976 », B-0065839/1, CAEF. Cette note est destinée à préparer un argumentaire qui doit être transmis à Francis Gavois, le directeur de cabinet de Raymond Barre, et à ce titre aux avant-postes de la préparation de la réforme sur la concurrence. Une mention manuscrite à la fin du document (« approuvé par M. Villain ») montre que le document reflète la position du directeur général de cette administration.

« Toute formule qui conduirait à conférer à la Commission un statut autonome, notamment l'idée de la constituer en établissement public sur le modèle de la COB, comporterait des inconvénients cumulés : aliénation entre les mains d'un organisme irresponsable du pouvoir de décision, sauf à l'assortir d'un droit de veto du commissaire du gouvernement, risque de glissement à terme vers un statut d'organe juridictionnel ; nécessité de doter un tel organisme de moyens administratifs propres et suffisants, notamment pour effectuer les enquêtes. »

L'administration considère que le rôle de la nouvelle Commission de la concurrence n'est pas de devenir une quasi-juridiction mais plutôt d'exercer une « magistrature morale ». Selon l'auteur de la note, la réalisation de cet objectif passe par une coopération entre la Commission et l'administration, qui devra être dotée des moyens nécessaires pour réaliser des enquêtes sur des comportements anticoncurrentiels.

Conclusion de la première sous-partie

L'investissement d'économistes et de juristes dans l'élaboration de la réforme de 1977 a lieu dans des espaces distincts. Alors que Jenny et Weber contribuent au débat intellectuel et aux joutes politiques au Parlement, les membres de l'AFEC interviennent dans l'univers plus feutré de la haute administration. Mais on voit déjà émerger les lignes de force des débats à venir : des économistes qui défendent une lecture formaliste de la politique de concurrence, centrée sur les structures et les dynamiques du marché, et des juristes qui, voyant s'ouvrir un nouveau domaine d'activité, cherchent à procéduraliser l'application des règles.

2. Appliquer et interpréter la loi de 1977 : deux visions du formalisme

Disons-le tout de suite, la mise en application de la réforme n'est pas à la hauteur des ambitions de ceux qui l'ont promue. En matière de concentrations, les saisines de la Commission de la concurrence par le ministère sont rares¹. Il faut attendre 1984 et l'acquisition de l'entreprise chimique Ashland France par Cabot Corporation pour que la Commission recommande d'interdire une concentration et que cet avis soit suivi par le ministère². Contrairement à l'affichage qui a été fait de la loi, c'est surtout en matière d'ententes et d'abus de position dominante que la Commission de la concurrence parvient à étendre l'emprise du droit de la concurrence. Entre 1977 et 1986, 145 cas sont examinés par la Commission. Dans bon nombre de cas, la Commission recommande au ministre d'infliger des amendes, ce que généralement ce dernier accepte de faire³.

Malgré un bilan mitigé, l'application de la loi de 1977 mérite que l'on s'y attarde. La période qui s'ouvre après 1977 est en effet l'occasion pour plusieurs types d'acteurs de se repositionner

¹ En 1982, la Commission n'a rendu que quatre avis depuis 1978, note pour le ministre, Bureau B1, DGCC, B-0065834/2

² Le Conseil d'État annula toutefois la décision. Voir Jenny F., 1995, « Evolution of Antitrust Policies in France », dans *Mergers, Markets and Public Policy*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, p. 196.

³ *Ibid.*, p. 169

dans ce domaine et de mettre en avant leur interprétation de règles législatives non exemptes d'ambiguïtés. Nous commencerons par les fonctionnaires de la DGCC¹ (le nouveau nom de la DGCP à partir de 1978) qui ont de plus en plus de mal à cantonner la Commission de la concurrence à un rôle consultatif (2.1). Nous évoquerons ensuite les juristes. De plus en plus présents dans les affaires de concurrence, ils élargissent le débat sur les règles de procédure en remettant en cause le caractère rationnel (d'un point de vue juridique) du dispositif institutionnel mis en place en 1977 (2.2). Quant aux économistes, ils se repositionnent au sein du dispositif de régulation (comme rapporteurs de la Commission ou comme experts conseillant les entreprises) et continuent à œuvrer pour la prise en compte des dynamiques de marché (2.3).

2.1 La politique de concurrence selon l'ex-administration des Prix

La réforme de 1977 est ambiguë quant aux institutions chargées d'appliquer les règles de concurrence. Elle crée une Commission de la concurrence dotée de rapporteurs permanents. Mais celle-ci ne rend que des « avis », que le ministre n'est pas tenu de suivre. La DGCC participe à ce processus de délibération interne au ministère de l'Économie et des Finances. En amont, elle aussi chargée de réceptionner les dossiers de notification de concentration² et d'enquêter sur les cas suspects, une tâche qui revient à sa direction nationale des enquêtes (DNE)³, créée en 1972⁴. Pendant toute la période 1977-1986, cette ambiguïté alimente des conflits entre la DGCC et la nouvelle Commission.

La réticence que l'administration a manifesté en 1976-1977 vis-à-vis de la nouvelle Commission de la concurrence n'a pas empêché l'un de ses membres de s'y engager et de revendiquer pour celle-ci une forte autonomie. Nous parlons ici de Dominique Brault, qui en 1978 est nommé rapporteur général de la Commission. Énarque et administrateur civil, il avait atteint le rang de sous-directeur à la DGCP. Sa nomination est due à son expérience préalable à la tête du bureau de la DGCP chargé des questions de concurrence mais aussi de l'appui de son directeur général, Claude Villain. Toutefois, l'appui de ce dernier n'est pas désintéressé et implique, selon Dominique Brault un engagement à rester fidèle à son administration d'origine⁵. Même si la Commission est présidée par Pierre Ordonneau, conseiller d'État, il devient le dirigeant *de facto* de cette nouvelle entité administrative. Grâce à l'ambiguïté des textes, avec un texte « de trois lignes » consacré à l'organisation de la Commission⁶, l'ancien fonctionnaire de la direction des Prix dispose d'une certaine liberté d'action. Il fait louer un appartement « sur les Champs-Élysées » pour héberger l'institution et s'occupe du recrutement d'une poignée de rapporteurs permanents⁷. À l'initiative de décisions retentissantes visant de grandes entreprises françaises (voir *infra*), Dominique Brault rompt l'engagement qu'il a pris auprès de son ancien directeur général et fait de l'élargissement des pouvoirs de la Commission

¹ Direction générale de la Concurrence et de la Consommation

² « Constitution des dossiers de notification en matière de concentrations économiques », document interne de la DGCP, B-0065834/2.

³ Note de service DGCC, B-0065834/2, CAEF.

⁴ Brault D., *op. cit.*, p. 43.

⁵ Entretien D. Brault

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

son affaire personnelle. Le 3 juillet 1982, il publie dans *La Gazette du Palais* un article qui appelle à doter la Commission d'un corps d'enquêteurs autonomes, de lui permettre de saisir elle-même les tribunaux à la place du Ministre et enfin de rendre ses avis exécutoires en l'absence de décision du ministre dans un délai déterminé¹. Ces propositions de réforme sont aussi relayées dans la communication officielle de la Commission, *via* ses rapports annuels. La conclusion du rapport annuel de 1984 appelle ainsi à donner aux rapporteurs de la Commission le pouvoir d'encadrer directement le travail des enquêteurs de la DGCC².

L'administration ne reste pas indifférente face à des propositions qui reviennent à la dessaisir d'un certain nombre de ses attributions. Lorsque la DGCC prend connaissance de l'article publié par Brault dans *La Gazette du Palais*, elle rédige un contre-argumentaire à destination du cabinet du ministre. Cette note, datée de novembre 1982³, commence par souligner l'attachement de l'administration à la politique de concurrence, décrite comme nécessaire dans un pays où les ententes sont encore nombreuses. Elle va jusqu'à critiquer la politique de régulation des Prix, qui était pourtant la raison d'être de cette administration lors de sa création en 1945. Ici, le contexte est important. La note est rédigée en novembre 1982, soit quelques mois après la décision de réinstauration du blocage des prix prise par le gouvernement socialiste en juin 1982⁴. De par sa consommation en ressources administratives, le blocage des prix « empêche[rait] les services de la DGCC de se consacrer à la politique de la concurrence ». Si elle appuie le principe d'une politique de concurrence, la DGCC rejette en bloc les propositions de Brault consistant à augmenter les pouvoirs de la Commission. Outre le risque d'un doublon avec les ressources administratives de la DGCC (services d'enquête etc.), elle explique que la Commission est un organe « indépendant et irresponsable », à qui il serait donc dangereux de confier un « domaine sensible de la politique économique » comme la politique de concurrence.

Quelle est alors cette « politique de la concurrence » que la DGCC appelle de ses vœux ? Au contraire de la Commission de la concurrence, accusée de se focaliser sur « l'aspect juridique des dossiers », elle défend une approche « plus économique ». Cette approche « plus économique » ne signifie pas introduire de l'expertise économique mais plutôt prendre en compte la multiplicité des enjeux et des intérêts qui entrent en jeu dans un dossier. Dans cette optique, la Commission de la concurrence ne doit pas se comporter comme une juridiction mais plutôt comme un comité de « sages » :

« La meilleure utilisation de la Commission consiste à valoriser son rôle de « sages » pour éclairer le Gouvernement dans le cadre de sa politique économique (...). Elle peut dans cette optique être davantage associée au contrôle des concentrations et consultée en matière de relations producteurs-distributeurs (avis non contentieux sur des questions de principe comme l'abus de puissance d'achat ou sur une circulaire relative au refus de vente et à la distribution sélective) ou sur divers projets gouvernementaux (comme cela a été fait pour les offices agricoles). »

¹ « Concurrence : faut-il réformer les règles ou seulement aménager les procédures ? »

² Brault D., 1987, *L'État et l'esprit de concurrence en France*, Paris, Economica, p. 75

³ Note DGCC du 26 novembre 1982, B-0065840/1

⁴ Warlouzet L., « L'époque de Vichy était révolue ». La libération des prix et l'établissement de la politique de la concurrence en 1986 », à paraître dans *Histoire, économie et sociétés*.

Au-delà de l'application des règles relatives à la concurrence, l'enjeu pour la DGCC est de s'ériger comme l'une des administrations centrales à même de peser dans la définition de la politique économique dans son ensemble¹. L'horizon pour les hauts fonctionnaires de la DGCC est de faire prévaloir les idées de concurrence et de compétitivité-prix dans toutes les sphères du gouvernement économique. Comme le souligne l'auteur de la note, cette action globale suppose de lutter contre le ministère de l'Industrie :

« On signalera en particulier les problèmes posés par :

- Les regroupements industriels pilotés par le ministère de l'Industrie. La concentration maximale n'est pas forcément le meilleur moyen de « muscler » l'industrie française. Or aucune analyse d'une dynamisation possible par la concurrence n'a été effectuée ;
- L'organisation des filières et les différentes mesures de reconquête du marché intérieur proposées par les Ministères de l'Industrie et du Commerce Extérieur. Ne pas peser les avantages et les inconvénients du point de vue de la concurrence entraîne des mécomptes avec Bruxelles et des effets pervers sur la compétitivité des entreprises »

Les projets de restructuration défendus par le ministère de l'Industrie sont, en effet, souvent synonymes de cartels de crise ou d'une concentration d'un secteur autour d'un champion national². Dans la note, la DGCC critique aussi l'organisation des marchés agricoles qui permet aux organisations professionnelles représentant les agriculteurs de fixer des prix minimaux, voire de réguler les quantités mises sur le marché.

Pour les hauts fonctionnaires de la DGCC, la politique de concurrence et la politique des prix étaient menées en parallèle d'interventions plus générales dans les arbitrages de la politique économique. Pour donner un exemple de ce travail, nous présentons ici une citation d'un entretien avec le chef du bureau énergie-chimie à la DGCC de 1982 à 1984 (énarque et administrateur civil) :

Chef de bureau DGCC Dans ces années-là le secteur public donc je faisais une cotutelle bien sûr, l'école avec des autres directions, trésor, budget, etc., une cotutelle selon les sujets, selon les thèmes de toutes les grandes entreprises publiques, EDF, GDF, SNCF, RATP et donc déjà c'était passionnant, mais c'était toujours un ouvrage qu'on remettait sur la table que de discuter de certaines grandes décisions avec les grandes entreprises publiques, que ce soit les grands investissements, par exemple, programme de centrale nucléaire, est-ce qu'on en ouvre, à l'époque on était à la fin du gros effort d'investissement en centrales nucléaires, mais on parlait encore, le thème c'était à Matignon, c'était « Est-ce qu'on en ouvre encore une par an ou deux par ans ? », c'était, mais on était à la fin du programme, mais EDF était auréolé de son prestige d'avoir mené tambour battant pendant dix, douze ans un extraordinaire effort d'investissement donc l'idée c'était « Est-ce que l'entreprise publique continue à s'endetter ? », « Est-ce qu'on en a besoin, est-ce que ça correspond aux besoins ? », etc., etc. Donc j'étais pendant deux ans beaucoup en contact avec toutes ces grandes entreprises publiques pour lesquelles je retiens cette, ce souvenir d'un dialogue permanent, elles-mêmes discutant avec tous les ministères, on se retrouvait parfois à Matignon, non c'est des décisions très (...). Les intérêts n'étaient pas toujours alignés. Par exemple, le Budget voulait que le tarif public augmente au maximum parce

¹ Sur la concurrence entre les différentes administrations centrales du ministère de l'Economie et des Finances, voir Bezes P., Descamps F., Viallet-Thévenin S., 2019, « Bercy : empire ou constellation de principautés ? », *Pouvoirs*, 168, p. 9-28.

² Voir l'exemple de la restructuration de la construction navale : Warloutet L., 2020, « The collapse of the French Shipyard of Dunkirk and EEC state-aid control (1977-86) », *Business History*, 62-5, p. 858-878.

que ça évitait d'éventuelles subventions (...). Donc le Budget avait intérêt à ce que l'entreprise ait le maximum de ressources pour éviter d'avoir à éponger. Pareil, pour en général, toutes les entreprises publiques, c'était le cas des sociétés d'autoroutes aussi. Donc, sur ce sujet-là, la DGCCRF qu'était, qu'avait la main sur les prix elle disait plutôt « non » et donc elle se, elle se disputait un peu parfois avec les autres directions, mais on, après ça s'arbitrait au niveau du ministre qui, en général, arbitrait en faveur des prix, faut le dire. (...) Sur le domaine des prix, la DGCCRF avait la main. Après, sur d'autres sujets, beaucoup moins. Par exemple, en matière d'investissement, si nous on avait un point de vue, par exemple, moi, j'avais défendu à Matignon un net ralentissement, même un arrêt du programme nucléaire, bah là, je sais plus si on était alignés sur toutes les directions des Finances, mais c'était la position officielle du ministère, en tout cas. (...) On s'était frittés avec la direction de l'Énergie du ministère de l'Industrie [la DGEMP] (...) Donc, bon, ça s'est terminé par des arbitrages à Matignon, ça.

On le voit, cette participation à un champ administratif plus large traitant des problèmes économiques dépasse le cadre strict du droit de la concurrence. Il s'agit d'être à l'écoute des priorités politiques formulées par les ministres et leurs cabinets et de leur fournir des cadrages et des solutions qu'ils puissent ensuite faire valoir politiquement. La note précitée insiste sur l'inadéquation potentielle entre l'agenda politique du ministère et les décisions que pourrait prendre la Commission de la concurrence si elle devenait trop autonome. Elle avertit le cabinet du ministre en ces termes : « que ferait le Gouvernement si la Commission 'cassait' la distribution exclusive dans l'automobile ou dans les carburants ? ». Nous verrons ainsi qu'à partir du début des années 1980 et jusqu'à la fin de la période étudiée, la régulation de la distribution constitue une priorité pour la DGCC.

Par leur statut d'administration centrale transversale, les membres de la DGCC appellent de leurs vœux une « politique de concurrence » moins centrée sur la régulation des structures du marché et prenant davantage en compte les spécificités des différents secteurs. Cette vision holistique de la politique de concurrence doit passer par une minimisation du rôle de la Commission au profit de l'administration, qui entend se positionner comme intermédiaire-clef dans la définition des politiques économiques françaises. Toutefois, la situation du droit de la concurrence entre 1977 et 1986 est loin de se résumer à un tête-à-tête entre la Commission de la concurrence (qui partage le pouvoir de décision avec le ministre) et la DGCC. Ces deux institutions doivent compter avec deux autres écologies : l'une constituée de professionnels du droit dont certains commencent à se spécialiser dans la concurrence et l'autre constituée d'économistes. Pour des raisons différentes, ces deux groupes s'opposent à la conception holistique de la politique de concurrence défendue par la DGCC et réclament plus d'autonomie pour la Commission de la concurrence.

2.2 Dompter un « monstre » juridique

L'augmentation des pouvoirs de la Commission de la concurrence et la publicité donnée aux cas d'ententes et d'abus de position dominante ouvrent de nouvelles opportunités à un groupe social émergent, celui des avocats spécialisés dans le droit de la concurrence¹. Leur rôle en tant

¹ Nous employons ici le terme « avocat » plutôt que « professionnel du droit ». Si des conseils juridiques ont pu intervenir sur des questions de concurrence (ils constituent jusqu'en 1990 une profession séparée), les membres

que conseil d'entreprises visées par des enquêtes de plus en plus fréquentes les amènent à formuler des préconisations plus larges sur la manière dont la loi de 1977 devrait être interprétée ou sur l'avenir du dispositif. Dans la continuité des positionnées exprimées par l'AFEC lors de l'élaboration de la loi de 1977 (voir 2.2), les juristes mettent en garde contre le risque « d'arbitraire » des pouvoirs publics et continuent de réclamer un renforcement des garanties procédurales (notification des griefs, accès au dossier, possibilité d'audition des parties...) et partant un renforcement de leur propre rôle en tant que conseil des entreprises. La nouveauté de la période postérieure à la loi de 1977 est que l'on assiste à une certaine montée en généralité. La volonté de procéduralisation s'accompagne d'un travail de rationalisation savante de ce qu'ils appellent dédaigneusement le « quasi-droit » de la concurrence. Ils reprochent à celui-ci son ambiguïté (car mélangeant des caractéristiques du droit public et du droit privé) et défendent comme solution à cette ambiguïté la reconnaissance du statut juridictionnel de la Commission.

L'enjeu des garanties procédurales est désormais couplé à un autre, celui de faire passer la politique de concurrence au crible d'une rationalisation formelle, telle que la définit Max Weber dans sa *Sociologie du droit*¹. Dans leurs interventions, les juristes s'emploient à classer les différents éléments du droit de la concurrence dans les catégories préexistantes du droit. Cette entreprise apparaît dans des articles publiés dans des revues juridiques au fur et à mesure que les cours supérieures (Conseil d'État et, plus rarement, la Cour de Cassation) examinent des décisions rendues en application de la nouvelle loi. Dans un article paru en 1981, Fernand-Charles Jeantet, avocat d'affaires, critique le caractère peu orthodoxe de ce qu'il appelle avec dédain le « quasi-droit » de la concurrence². Il dénonce une procédure hybride, voire « monstr[ueuse] », qui mélange des éléments du droit privé et du droit public pour former « un édifice juridique assez insolite ». Ce caractère hybride, qui caractérise également la législation sur les prix, se traduit par des lourdeurs et des ambiguïtés qui empêchent une application fluide du droit économique.

« Malgré la disparition des aberrations les plus criantes, ce droit reste encore difforme. Depuis près d'un demi-siècle, la législation économique française, spécialement celle des prix, puis greffée sur celle-ci, des ententes, se situe à la frontière du droit administratif et du droit pénal. Malaisée à intégrer dans la *summa divisio* des procédures administrative et judiciaire qui donne deux têtes aux normes que l'État veut imposer à l'activité économique, la réglementation de cette activité oscille entre ces deux secteurs du droit, en essayant de les concilier. L'analyse de l'institution ainsi établie aboutit presque toujours à une distribution de compétences législative et juridictionnelle des diverses dispositions légales et réglementaires qui en forment le corps. Cette répartition (...) aboutit nécessairement à l'écartèlement de ce corps de droit, entre les principes classiques de libre concurrence et de respect des droits de la défense de l'époque libérale et le dirigisme administratif contemporain. Ce conflit en détruit l'homogénéité, engendre souvent une distorsion des normes reçues dans chaque secteur considéré, alourdit exagérément sa mise en œuvre, crée des problèmes pour ceux qui, assujettis, conseils, fonctionnaires ou juges doivent l'appliquer, L'ensemble est finalement mal reçu. »

du barreau sont les plus actifs et les seuls à avoir laissé des traces écrites de leur implication dans les questions de concurrence.

¹ Weber M., 2007, *Sociologie du droit*, tr. et introduction J. Grosclaude, Paris, Puf

² Fernand-Charles Jeantet, « A propos de deux arrêts de principe : le « quasi-droit » de la concurrence, *Jurisque* périodique 1981, édition G, I, 3030. Si l'article de F-C. Jeantet porte plutôt sur le droit des ententes, on trouve une rhétorique similaire à propos du droit des concentrations dans « Le contrôle administratif des concentrations économiques », *Chroniques administratives françaises*, 1981, p. 495 et suivantes.

Comme bon nombre de ses collègues, Fernand-Charles Jeantet estime que le meilleur moyen de sortir de cette ambiguïté est de rattacher le droit de la concurrence au droit privé. Une grande partie de son article critique un arrêt rendu en 1981 par le Conseil d'État¹ qui tout en reconnaissant certains droits de la défense (en vertu de principes qu'on trouve habituellement dans le droit privé), qualifie la Commission de la concurrence « d'organe administratif » et la procédure d'examen des ententes de procédure « administrative ». Pour l'auteur, ce rattachement au droit administratif fait peser le risque « d'une application étroite des droits de la défense et du caractère contradictoire de la procédure »². Cette proposition ne vise pas pour autant à revenir à la procédure antérieure où le ministre devait saisir le juge pénal. Peu utilisée, cette procédure est considérée comme trop lente et peu adaptée à la vie des affaires. C'est plutôt à un droit privé modernisé auquel appellent les juristes. Trois ans plus tôt, Philippe Pépy appelait déjà à un rattachement du droit de la concurrence au droit privé, au prix d'une modernisation de ce dernier³.

La rationalisation et la modernisation du droit économique signifient pour les professionnels du droit donner à la Commission de la concurrence des pouvoirs proches de ceux d'une juridiction, rejoignant les propositions formulées par Dominique Brault, le rapporteur général⁴. Cela implique nécessairement un rôle amoindri pour la DGCC qui, sans surprise, réagit avec hostilité à ces propositions⁵. Mais après une première phase où l'administration rejette en bloc ces propositions, elle finit par transiger. En 1981, elle rédige une note à l'attention du ministre proposant une nouvelle rédaction du décret régissant la procédure devant la Commission de la concurrence⁶. Désormais, les entreprises susceptibles d'être mises en cause doivent être avisées des charges qui pèsent contre elles. Une lettre de saisine doit accompagner les opérations de visite et de saisie. La Commission doit rappeler aux entreprises leur droit d'être assistées par un conseil. Le projet de décret prévoit également une communication obligatoire aux parties des rapports et procès-verbaux de l'administration et une audition obligatoire pour les entreprises qui en font la demande. Ces nouvelles garanties procédurales contrastent avec le fonctionnement de la Commission jusqu'alors, comme l'illustre cette citation d'un de ses rapporteurs permanents à propos des affaires d'abus de position dominante impliquant JC Decaux en 1978 et 1980⁷ :

¹ Conseil d'État, arrêt du 13 mars 1981, publié au recueil Lebon.

² *Ibid.*

³ Philippe Pépy, *op. cit.*, « Si l'on penche vers la prospective juridique, on estimera peut-être que dans un avenir plus ou moins proche, le droit pénal classique, qui ne reconnaît comme sujets que les personnes physiques, évoluera vers une forme nouvelle, où les personnes morales elles-mêmes pourront être attirées en justice : le droit positif des Pays-Bas a déjà franchi le pas par une loi du 24 juin 1976, qui permet la poursuite et la répression des personnes morales pour un certain nombre de délits financiers et économiques ».

⁴ Cette convergence de vues se traduit par des articles co-signés par des avocats, des professeurs de droit et D. Brault. Voir par exemple Azéma, J., Brault, D., Fourgoux, J.-C., Marchi, J. P., « Concurrence : Faut-il réformer les règles ou seulement aménager les procédures ? », *Gaz. Pal.*, 1982, 2ème semestre, *Doctrine S.* 361-367.

⁵ « Lettre du président de l'AFEC », document interne de la DGCP, B-0065839/1, CAEF.

⁶ Note datée du 30 janvier 1981, B-0065840-1.

⁷ Avis de la Commission de la concurrence du 23 février 1978 – Avis relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de la publicité sur les abribus et le mobilier urbain et Avis de la Commission de la concurrence du 24 avril 1980 – Avis relatif aux suites données par des sociétés du Groupe J.C. Decaux à la décision du ministre de

Rapporteur Commission de la concurrence Exactement comme Decaux m'a dit un jour (...) je le recevais pour une histoire d'avis de position dominante. Et puis je sympathisais avec lui, c'était un type très direct et il me dit « vous m'embêtez avec ces histoires-là, regardez comme je suis bon quoi, j'ai développé mon truc, là j'ai commencé il y a quelques années à coller des affiches, maintenant je couvre la France d'abribus et puis je fais honneur à l'industrie française etc. » j'ai dit « c'est exact et je vous admire beaucoup mais si vous étiez un canard boiteux, un minable, on ne serait pas là en train de parler. (...) Si je suis obligé de vous embêter c'est parce que vous êtes tellement bon que vous en oubliez... ». Voilà, j'ai expliqué la notion d'abus de position dominante. Ça lui a ouvert les yeux quoi !

Le ton familier de l'échange et le fait qu'il revienne directement au rapporteur de la Commission d'expliquer au dirigeant d'une firme le concept d'abus de position dominante laisse à penser que les conseils juridiques n'ont pas joué un grand rôle dans la défense de l'entreprise.

Il ne faut pas pour autant voir dans les nouvelles garanties procédurales octroyées en 1981 une adhésion intellectuelle des fonctionnaires de la DGCC aux arguments déployés par les avocats. La note de la DGCC précise bien que ce projet de décret a été rédigé « selon [les] instructions » du ministre et ce pour rassurer les grandes entreprises, qui semblent avoir alerté ce dernier :

« En effet de nombreuses entreprises ont fait valoir, en présentant de solides arguments, notamment à l'occasion de recours gracieux ou contentieux que n'ont pas été complètement respectés dans leur lettre et dans leur esprit par la Commission de la concurrence les dispositions de la loi du 19 juillet 1977 qui établit, en son article 16 : « En toute hypothèse, la procédure devra présenter à l'égard de toute partie intéressée un caractère pleinement contradictoire ». »

La fin du mandat de Valéry Giscard-d'Estaing est un moment de crise pour la Commission. Si l'attention médiatique qui entoure les dossiers de pratiques anticoncurrentielles ne permet pas au ministère de s'écarter des recommandations de la Commission (les propositions de sanction sont généralement validées, même si c'est souvent avec de longs mois de retard), certaines formes de rétorsion plus discrètes restent possibles. C'est ce qui arrive en 1980 et c'est Pierre Ordonneau, le premier président de la Commission de la concurrence qui en fait les frais. Nommé en 1977, il se lance dans un programme ambitieux de lutte contre les cartels. Sous sa direction, la Commission rédige des avis cinglants contre Thomson, Darty, Schneider et d'autres grandes entreprises françaises de l'époque. Ces avis, qui recommandent de leur infliger de fortes amendes, se heurtent à la résistance du Gouvernement. En 1978, René Monory, plus proche des milieux d'affaires, a succédé à Raymond Barre à la tête du ministère de l'Économie et des Finances. Contrairement à son prédécesseur, il voit d'un mauvais œil l'activisme de la Commission de la concurrence et finit par évincer Pierre Ordonneau, admis à faire valoir ses droits à la retraite en juin 1980, soit quatre ans avant la fin de son mandat¹. Quant à Dominique Brault, qui « tirai[t] » les ficelles, il ne passe pas loin du limogeage².

l'Économie après l'avis émis par la Commission de la concurrence le 23 février 1978 sur la situation de la concurrence dans le secteur de la publicité sur les abribus et le mobilier urbain

¹ Warlouzet L., « L'époque de Vichy était révolue'... », *op. cit.*

² Entretien D. Brault

Comme dans le cas européen, cette première vague de procéduralisation de la politique de concurrence survient grâce au lobbying des avocats¹. Ce lobbying trouve une oreille favorable auprès du pouvoir politique dans la mesure où il aide à pacifier les relations avec les grandes entreprises craignant « l'arbitraire » d'une Commission de plus en plus puissante. Cette procéduralisation va de pair avec une judiciarisation et une autonomisation de la Commission, l'éloignant d'autant plus du modèle du « comité de sages » promu par la DGCC. Dans la sous-partie suivante, nous verrons que les économistes impliqués dans la politique de concurrence française ont une vision de celle-ci compatible avec celle des avocats. Sans rechercher la procéduralisation en tant que telle, ils revendiquent une politique de concurrence centrée sur une définition formaliste du marché qui les amène également à défier la DGCC.

2.3 Mettre les dynamiques de marché au cœur de la politique de concurrence

Jusqu'ici, nous avons analysé l'application de la loi de 1977 au prisme de deux ensembles d'acteurs. Nous avons d'abord vu comment l'administration s'est (difficilement) accommodée du nouveau droit de la concurrence. Nous avons ensuite abordé les professionnels du droit qui proposent une lecture procédurale et formaliste du droit de la concurrence. Il faut maintenant ajouter un troisième ensemble d'acteurs constitué d'économistes spécialisés dans l'économie industrielle. Même si le nombre d'économistes qui s'investissent dans cette nouvelle sphère est extrêmement limité, certains ont été employés par la Commission de la concurrence ou sollicités comme experts par des entreprises incriminées. Dans la lignée des travaux d'André-Paul Weber et de Frédéric Jenny du début des années 1970, leur interprétation de la politique de concurrence privilégie les structures et les dynamiques du marché au détriment de la vision « holiste » portée par l'administration des Prix. Cette interprétation conduit les économistes à s'allier (au moins objectivement) aux avocats, même s'ils ne partagent pas forcément leur volonté de procéder à une rationalisation formelle du droit de la concurrence.

On relève ainsi deux types d'implication des économistes dans l'application de la loi de 1977 : ceux qui intègrent la Commission de la concurrence et ceux qui commencent à exercer des activités de conseil auprès des entreprises. La première modalité est celle suivie par André-Paul Weber et Frédéric Jenny. Impliqués dans l'élaboration de la loi de 1977, André-Paul Weber et Frédéric Jenny le sont aussi dans son application. Weber a intégré la Commission de la concurrence comme rapporteur permanent dès 1978. Quant à Jenny, il retourne dans le milieu universitaire après le vote de la loi. Mais en 1980, Dominique Brault, le rapporteur général de la Commission, le fait recruter comme rapporteur². En 1985, Frédéric Jenny est promu rapporteur général de la Commission de la concurrence à la place de D. Brault, qui rejoint le corps des contrôleurs d'État³.

Frédéric Jenny et André-Paul Weber contribuent à diffuser l'expertise économique dans le fonctionnement quotidien de la Commission. Un détail permet de mesurer leur influence. En 1984, la DGCC rédige une note pour le ministre concernant un projet de réforme de la

¹ Avril L., 2020, « Pour une sociohistoire de l'État régulateur européen... », *op. cit.*

² Entretien D. Brault

³ Fiche *Who's Who*

concurrence dont le principal objet était le renforcement du contrôle des concentrations¹. La DGCC transmet les demandes formulées par la Commission de la concurrence. L'une d'entre elles porte sur la définition du marché de référence pour mesurer les parts de marché des entreprises concernées. Elle appelle à substituer au marché national de tel ou tel produit la notion de « marché pertinent ». Cette notion est une importation des États-Unis, où le « *relevant market* » est théorisé dès le début des années 1950 par Joe S. Bain². Il s'agit de remplacer la notion statique d'*industry* (l'ensemble des fabricants d'un même produit) par une approche plus dynamique de l'offre et de la demande. Les produits à intégrer au même marché sont ceux qui sont reliés par une élasticité croisée positive (lorsque l'augmentation du prix d'un bien A entraîne une augmentation de la demande d'un bien B). Par la suite, cette méthode de détermination des frontières du marché fait son chemin dans la jurisprudence des tribunaux étatsuniens et des lignes directrices de la FTC et du *Department of Justice*, les deux administrations fédérales étatsuniennes chargées de faire appliquer le droit de la concurrence³.

Le droit français de la concurrence est alors ambigu à ce sujet. L'ordonnance de 1945 modifiée par la loi de 1977 sanctionne par exemple les entreprises abusant d'une position dominante « sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci »⁴. Selon cette définition du marché visé, une entreprise détenant un monopole sur une seule région française ne pourrait être poursuivie si elle abusait de cette position dominante. Cela va de pair avec l'état des connaissances disponibles par les fonctionnaires de l'époque. Les statistiques portant sur les activités des entreprises n'ont alors pas pour horizon le marché mais plutôt celui de structurer l'économie en secteurs industriels. Largement diffusée, la nomenclature des activités économiques (NAE) divise l'économie en grands secteurs, eux-mêmes divisés en sous-secteurs. Par exemple, la classe 23 comprend les « machines-outils » parmi lesquelles on distingue les « machines-outils à métaux » (classe 2301), le « matériel de soudage » (classe 2305) etc⁵. Malgré cette définition rigide donnée par le droit positif et ancrée dans la production de statistiques par les différents services de l'État, la pratique décisionnelle de la Commission de la concurrence évolue vers une définition dynamique des frontières du marché pertinent. En 1986, dans une décision rendue lors de sa dernière année d'activité, la Commission de la concurrence considère qu'en raison de l'existence d'éditions locales, le marché de la presse régionale est en réalité constitué d'une multitude de petits marchés⁶.

Le fait de prendre en considération des marchés dont les frontières sont délimitées de manière dynamique et non « l'économie nationale » conduit la Commission de la concurrence à entrer en conflit avec la vision holiste de la concurrence portée par l'administration des Prix. Au cours des années 1980, la DGCC s'intéresse de plus en plus au problème du déséquilibre entre la grande distribution et ses fournisseurs. Un phénomène inquiète particulièrement l'ex-administration des Prix : les distributeurs s'allient alors au sein de « supercentrales » pour

¹ B-0065834/2, DGCC – « Note pour le Ministre ». Objet « projet de loi concurrence », 30 janvier 1984

² Bain J.S., 1952, *Price Theory*, Henry Holt, p. 25-26 et 50-53

³ Werden G.J., 1992, « The History of Antitrust Market Delineation », *Marquette Law Review*, 76-1, p. 123-215.

⁴ Jenny F., 1995, « Evolution of Antitrust Policies in France », dans *Mergers, Markets and Public Policy*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, p. 192.

⁵ Cf. Note DGCP du 11 février 1977, B-0065834-2

⁶ Jenny F., *op. cit.*, p. 192.

mieux dicter leurs conditions tarifaires aux fournisseurs. Comme cela a été documenté ailleurs¹, la DGCC saisit en 1984 la Commission de la concurrence pour qu'elle se prononce sur la conformité de ces nouvelles entités économiques au droit de la concurrence. Dans un avis rendu le 14 mars 1985, la Commission rejette cette demande. Selon elle, il n'existe pas de marché national des produits de grande consommation mais uniquement des marchés locaux. L'étalon pour délimiter le marché est le comportement du consommateur final et les choix qu'il opère entre les différentes enseignes situées à proximité de son lieu de vie. Ainsi, la concentration de la puissance d'achat au sein de quelques supercentrales n'est pas en elle-même constitutive d'une entente ou d'un abus de position dominante. Nous la verrons dans la troisième partie, ces conflits entre la Commission de la concurrence et l'ex-administration des Prix autour du sort des fournisseurs de la grande distribution se poursuivent au cours des années suivantes.

Cette opposition à l'ex-administration des Prix place André-Paul Weber et Frédéric Jenny dans une situation d'alliance objective avec les professionnels du droit. S'ils tiennent cette position pour des raisons différentes, ces deux groupes se retrouvent dans l'objectif de restreindre l'objet du droit de la concurrence et de diminuer le rôle joué par la DGCC. Dans le cas de Michel Glais, le premier économiste français à avoir proposé des services de conseil aux entreprises en matière d'économie de la concurrence, cette alliance avec les juristes n'est plus seulement objective ; elle est la raison même de sa présence sur dans ce domaine.

Avec Frédéric Jenny, Michel Glais a en commun de ne pas s'être formé directement à l'économie industrielle mais à une branche de la microéconomie tournée vers les entreprises et la gestion de celles-ci. Formé à l'Université de Rennes sous la direction de Jane Aubert Krier, première femme lauréate de l'agrégation d'économie et spécialiste de l'analyse de la conduite des firmes et de leur politique de fixation des prix, il rejoint l'Université de Brest en 1972 après avoir réussi le concours d'agrégation du supérieur. Après des premières publications généralistes² ou portant sur le comportement des firmes³, il publie entre 1978 et 1979 trois articles dans *La Gazette du Palais* analysant la pratique décisionnelle de la Commission de la concurrence, qui vient d'être créée. Il s'associe pour cela à un professeur de droit privé, Philippe Laurent, qui était son adjoint à la direction de la faculté. Après plusieurs articles rédigés conjointement, il écrit avec lui un *Traité d'économie et de droit de la concurrence* en 1983. Publié aux presses universitaires de France et long de 536 pages, il s'agit du premier ouvrage francophone à explicitement proposer une approche économique du droit de la concurrence.

Tout en poursuivant ses activités universitaires, il commence à fournir des conseils aux entreprises visées par des enquêtes ouvertes par la Commission de la concurrence. Son entrée sur ce marché se fait par les avocats, qui invitent Michel Glais à fournir une analyse économique

¹ Billows S., 2016, « À qui profite la « concurrence » ? Modèles de concurrence et régulation de la grande distribution française (1949-1986) », *Gouvernement et action publique*, 5-4, p. 87.

² Glais, M., 1975, *Microéconomie*, Paris, Economica.

³ Glais M., 1972, La notion de demande à l'entreprise, *Repères économie*, Mame ; Glais, M. 1975, *Analyse financière*, Masson, 1975.

pour le compte de leurs clients. Il travaille notamment avec Xavier de Mello et Philippe Pépy, qui sont associés au sein du même cabinet¹.

S'il est lié à celui des avocats, le travail d'expertise réalisé par Michel Glais est en droite ligne de celui de Jenny et Weber. Dans le manuel publié avec Philippe Laurent, il consacre 24 pages à la question du marché pertinent, qu'il qualifie de « produit d'une conception néo-classique de l'étude du système productif ». Cette section ouvre le chapitre portant sur l'abus de position dominante. Son travail de conseil auprès des entreprises est lui aussi centré sur les dynamiques de marché. Pour aider l'entreprise à minimiser, voire à échapper à une sanction, il produit des analyses du marché et du comportement des opérateurs économiques. Le but est de montrer qu'en raison de leur complexité, ces comportements débordent des catégories juridiques utilisées par la Commission de la concurrence pour faire condamner les entreprises.

Michel Glais J'avais expliqué un jour quand il y a eu un problème d'entente sur le marché des transformateurs de moyenne tension, et y avait eu une bagarre... Ils étaient quatre au départ... Ça remonte à 84-85-86, par là. C'était une affaire qui était traitée par l'Autorité de la concurrence de l'époque. Y avait quatre offreurs, deux grands, deux plus petit. Et puis pour différentes raisons chacun essayait de monopoliser le marché d'EDF bien sûr et commence une guerre des prix. Et pendant cette guerre des prix, qui dure 18 mois, deux ans, les deux petits sont exsangues et le ministre de l'époque, c'était Bérégovoy, le ministre de l'Économie, demande à chacun des deux gros "rachetez chacun un". On se retrouve sur un marché typique de duopole, c'est assez rare. Et ils continuent à se bagarrer, et à un moment donné ça s'arrête et les prix remontent. Bon, en réalité, là c'est un exemple extrêmement intéressant que j'ai souvent raconté à mes étudiants. Les responsables des deux entreprises n'étaient pas des économistes suffisamment chevronnés, ou n'avaient pas fait d'économie. C'est-à-dire qu'au lieu de l'un augmente son prix sans rien dire, sachant que l'autre allait suivre, ç'aurait été... Mais non, coup de téléphone, y en a marre de la guerre des prix, est-ce qu'on peut signer un protocole selon lequel on est d'accord pour etc. et se répartir les marchés etc. A partir de ce moment-là, condamnation. Mais ils ont pas été condamnés très sévèrement, parce que moi j'avais essayé de démontrer que de toute façon ce serait arrivé. Donc ils étaient plus bêtes que méchants en quelque sorte, mais voilà un bon exemple si vous voulez d'une application intéressante de la théorie économique et de l'économie industrielle à des cas concrets d'entente. On aurait très bien pu éviter tout ça si on avait davantage connu de l'analyse économique.

Cette citation illustre bien le type de raisonnements « par les effets » déployés par les économistes sur des cas concrets de concurrence. Encore une fois, le but ici est de sortir du cadre strict du droit positif (la définition de l'entente, de l'abus de position dominante etc. telle qu'on la trouve dans la loi) et de mettre en cause l'existence d'un lien de causalité entre la pratique incriminée et les performances des opérateurs économiques. Ici, l'analyse économique minimise la gravité de la pratique incriminée en montrant que la hausse de prix constatée était inévitable étant donnée la structure du marché, indépendamment de l'entente.

Le fait que des avocats aient recours à une telle expertise peut paraître surprenant. Les juristes ne risquent-ils pas de voir remettre en cause le patient travail de rationalisation savante du droit de la concurrence qu'ils engagent dès le milieu des années 1970 ? En réalité, les rationalisations savantes issues du droit et de l'économie s'alimentent mutuellement. Co-écrit avec un

¹ Entretien M. Glais.

professeur de droit, l'ouvrage de Michel Glais contient de nombreuses références aux textes de loi et à la pratique décisionnelle de la Commission de la concurrence. Par ailleurs, sa rencontre avec les premiers avocats spécialisés dans la concurrence se fait à l'occasion d'un colloque de l'AFEC où interviennent plusieurs professeurs de droit. C'est Claude Champaud, professeur de droit commercial à l'Université de Rennes, qui fait inviter Michel Glais et Philippe Laurent à un congrès organisé par l'AFEC au début des années 1980¹.

Si les avocats ouvrent un nouveau débouché marchand aux économistes en leur permettant de vendre leur expertise aux entreprises, ils restent un point de passage obligé. Preuve de cette dépendance vis-à-vis des avocats, Michel Glais, en parallèle de ses activités de conseil, a toujours poursuivi ses activités universitaires à Brest et à Rennes, continuant à enseigner et à publier dans des revues académiques. Une autre limite à l'extension de cette nouvelle juridiction est son incompatibilité avec la tendance théorique qui domine alors dans l'économie industrielle française. Après les travaux pionniers de Jacques Houssiaux et d'Yves Morvan, celle-ci s'institutionnalise avec la création de l'Association pour le développement des études sur la firme et l'industrie en 1975 (ADEFI), la publication d'un manuel en 1976², le lancement de la Revue d'économie industrielle (REI) en 1977 ainsi que la création de laboratoires de recherche dédiés en 1979, le centre de recherche en économie industrielle - CREI - de l'université Paris 13 et le GRECO (groupe de recherche coordonné en économie industrielle), groupe de recherche du CNRS coordonné par Jacques de Bandt. Ce sont les contours d'une « école française de l'économie industrielle » qui se dessinent ainsi³. Cette « école française », qui revendique une « troisième voie » entre macroéconomie et microéconomie, prend une direction théorique assez différente de l'approche centrée sur les marchés de Jenny, Weber et Glais. Jacques de Bandt cherche par exemple à sortir de la question du marché et s'intéresse plutôt aux coopérations entre entreprises d'un même secteur, notamment dans le contexte de restructurations industrielles des années 1980⁴.

Conclusion de la deuxième sous-partie

Ambiguë, la réforme de 1977 laisse des marges d'interprétation. Selon l'écologie à laquelle ils appartiennent, les acteurs concernés proposent des visions différentes de la concurrence, avec plus ou moins de succès. La vision holistique de la politique de concurrence proposée par la DGCC est battue en brèche par les avocats, de plus en plus nombreux à intervenir sur ce type d'affaires. Mobilisant la colère des entreprises contre des sanctions de plus en plus élevés, ils imposent une procéduralisation du travail de la Commission. Les vues « holistiques » de la DGCC sont aussi contestées par des économistes qui ont investi la Commission de la concurrence nouvellement créée. Dans la sous-partie suivante, nous verrons comment cet

¹ Entretien

² Morvan, Y., 1976, *Économie industrielle*, Paris, PUF

³ Devaux J.-B., 2018, « L'impossible reproduction d'un collectif savant. Faire école en économie industrielle en France (1975-1991) », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 32, p. 129-152. URL : <https://journals.openedition.org/rhsh/328>

⁴ De Bandt, J., 1983, « DIT : compétitivité, coopération technologique et industrielle et services », *Revue d'économie industrielle*, 25, p. 62-73.

accord par la négative entre juristes et économistes se transformera en un projet ambitieux de réforme institutionnelle.

3. La réforme de 1986 et l'élargissement de l'alliance en faveur d'une politique de concurrence autonome

Dans la trajectoire du droit français de la concurrence, la fin de la législature issue des élections de 1981 marque un retour au temps politique. La perspective d'une défaite des socialistes et d'une victoire d'une coalition entre le RPR et l'UDF constitue une fenêtre d'opportunité pour les juristes et économistes qui souhaiteraient imposer leurs visions de la concurrence fondées respectivement sur les règles procédurales et les dynamiques de marché. Le résultat le plus visible de cette mobilisation est l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui réforme en profondeur le droit français de la concurrence. Mettant fin au contrôle des Prix, elle mène à la création d'un Conseil de la concurrence doté de davantage de ressources et surtout qui peut prendre des décisions sans l'aval du ministre de l'Économie et des Finances (sauf en matière de concentrations).

Nous allons retracer la période qui va de 1985 au début des années 1990 en suivant trois temps. Le premier temps, allant de l'été 1985 à l'été 1986 est celui où les vues des différents groupes qui nous intéressent convergent autour de la solution institutionnelle d'une autorité de régulation indépendante (3.1). Nous nous intéresserons ensuite à la controverse autour des recours des décisions du Conseil de la concurrence qui montre l'importance des recompositions du barreau parisien dans ce processus réformateur (3.2). Enfin, nous décrirons les premières années de fonctionnement du Conseil de la concurrence. Alors qu'il est *de facto* à la tête du nouveau Conseil de la concurrence, Frédéric Jenny tisse des relations avec la magistrature pour asseoir la légitimité de cette institution face à l'ex-administration des Prix et promouvoir une lecture du droit de la concurrence qui donne une grande place au raisonnement économique (3.3).

3.1 Le projet d'une institution hybride

L'effervescence réformatrice autour de la concurrence commence dès l'été 1985, sous la majorité socialiste. Depuis 1983 et le « tournant de la rigueur », la priorité de la majorité politique de gauche est la lutte contre les « causes structurelles de l'inflation ». En août 1985, Pierre Bérégovoy, ministre de l'Économie, prend un décret qui modifie certains aspects du fonctionnement de la Commission de la concurrence¹. Ce décret permet de nommer un nouveau rapporteur général n'appartenant pas à la fonction publique, à condition qu'il ait au moins cinq ans d'expérience comme rapporteur à la Commission. Cette disposition est taillée sur mesure pour permettre la nomination de Frédéric Jenny comme rapporteur général, en remplacement de Dominique Brault, dont le mandat arrive à échéance. Au même moment, le Gouvernement dépose un projet de loi sur la concurrence, finalement voté par le Parlement le 30 décembre

¹ Décret n°85-909 du 28 août 1985

1985¹. Ses ambitions restent limitées. Si la nouvelle loi qualifie désormais la Commission « d'autorité administrative indépendante » et apporte quelques modifications au contrôle des concentrations, la plus grande partie de son contenu porte sur le problème émergent des relations entre la grande distribution et ses fournisseurs, qui préoccupe de plus en plus l'ex-administration des Prix.

Si elle est loin de réaliser le programme réformateur évoqué dans la section précédente, la « loi Bérégoz » suscite un foisonnement d'initiatives qui préfigurent la réforme à venir. Ayant en ligne de mire les élections législatives du printemps 1986, le RPR et l'UDF entendent marquer leur différence avec la majorité socialiste et afficher leur attachement à une économie « libérale ». Leurs groupes parlementaires votent contre le texte gouvernemental, dénoncé pour son manque d'ambition. Certains membres de ces groupes déposent leurs propres propositions de loi. Valéry Giscard-d'Estaing, par exemple, dépose un texte qui tend à abroger le contrôle des prix et à confier aux autorités judiciaires de droit commun le soin d'appliquer les règles de concurrence². Ces initiatives politiques sur le devenir du droit de la concurrence sont alimentées par des avocats et des fonctionnaires évoqués dans la partie précédente. Sentant qu'une fenêtre d'opportunité politique est en train de s'ouvrir, ces experts commencent à se mobiliser. Le 11 décembre 1985, l'AFEC organise un colloque intitulé « Demain, quelle concurrence ? »³. Mais de manière surprenante, l'essentiel de la réflexion est produit au sein d'organisations représentant les intérêts d'entreprises privées. En novembre 1985, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (CCIP) adopte un rapport intitulé « Pour une réforme du droit de la Concurrence ». Le 3 janvier 1986, le Conseil national du commerce fait circuler sa propre proposition de loi et le 3 mars 1986, soit treize jours avant les législatives, le Centre national du Patronat Français (CNPF) arrête lui aussi une position. L'intérêt des organisations professionnelles pour cette question tient à l'action menée par la Commission de la concurrence depuis 1977. Malgré le caractère encore modeste des sanctions pécuniaires, le grand nombre d'affaires traitées par la Commission et leur médiatisation (la loi de 1977 a rendu obligatoire la publicisation des avis de la Commission et des décisions du ministère) a convaincu les grandes entreprises de l'importance de ce domaine de régulation.

Jean Foyer, inlassable réformateur du droit économique

Député RPR et ancien garde des Sceaux sous la présidence de Charles de Gaulle, il a un intérêt de longue date pour la régulation économique et la constitution d'autorités indépendantes. En 1966, il est le rapporteur de la loi créant la Commission des opérations de bourse, la toute première autorité administrative indépendante créée en France. Pendant l'examen à l'Assemblée de la loi de 1977, il appelait déjà à transformer ce qui était encore la Commission

¹ Loi n°85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence

² Proposition de loi déposée par Valéry Giscard d'Estaing visant à abroger les ordonnances n° 45-1483 et n° 45-1484 du 30 juin 1945 et à appliquer en France les règles de l'économie libérale de marché (n° 2886) [29 juin 1985].

³ Les références à ce colloque et aux autres réflexions citées dans ce paragraphe sont contenues dans une note écrite par Xavier de Mello (« Quel rôle pour la Commission de la concurrence ? »), avocat spécialisé dans la concurrence, elle-même rassemblée au sein d'un dossier constitué par l'Institut du commerce et de la consommation qui figure dans les archives personnelles de Jean Foyer.

technique des ententes en une « cour de justice économique »¹. En 1978, il est le rapporteur de la loi sur la CNIL. L'année 1985 marque un retour de la concurrence dans ses activités politiques. Membre du comité juridique consultatif du RPR qui doit alimenter le programme du parti pour les futures élections, il constitue un groupe de travail spécialisé dans les questions de concurrence. Les archives personnelles de Jean Foyer témoignent de son intérêt pour les travaux produits par les juristes et fonctionnaires pionniers de la politique française de la concurrence.

À ce stade, l'horizon est encore ouvert et les projets réformateurs proposent des options institutionnelles différentes. D'un côté, la CCIP appelle à renforcer le rôle de la Commission de la concurrence en la dotant d'un véritable pouvoir d'enquête et de décision, seul moyen selon elle de permettre des décisions efficaces et rapides². De l'autre, des représentants d'intérêt méfiants envers l'administration et tenants d'un libéralisme plus classique, souhaitent confier l'application des règles de concurrence aux seuls tribunaux civils³. Tous, en revanche, se rejoignent pour demander l'abolition du contrôle des prix, considéré comme « dirigiste » et « archaïque ». Signée le 16 janvier 1986 par le RPR et l'UDF, la « Plate-forme pour gouverner ensemble », le texte programmatique de l'opposition de la droite et du centre-droit, reflète ces mots d'ordre ambivalents⁴. Au même titre que les privatisations, la « liberté des prix » et l'abrogation des ordonnances du 30 juin 1945 doit permettre de lutter contre le « dirigisme » et « libérer l'économie pour renouer avec la croissance ». La nouvelle législation « reformera » la Commission de la concurrence « au bénéfice d'une juridiction relevant des tribunaux de l'ordre judiciaire », une formulation vague à même de satisfaire toutes organisations patronales qui ont contribué au débat.

Viennent les élections de mars 1986 et la « première cohabitation ». Au même titre que les privatisations, la réforme de la concurrence figure parmi les grandes initiatives que la nouvelle majorité élue en 1986 souhaite rapidement mettre à exécution. L'application de ce projet est confiée à Édouard Balladur, nommé « ministre de l'Économie, des Finances et des Privatisations ». Les travaux autour de la future ordonnance commencent rapidement après l'investiture du nouveau Gouvernement. Dès le 14 mai 1986, le cabinet d'Édouard Balladur met en place une commission d'experts pour rédiger un projet d'ordonnance. Si la lettre de mission rédigée par le cabinet reprend les formulations vagues du programme élaboré par le RPR et l'UDF⁵, le choix de confier la présidence du groupe d'experts à Jean Donnedieu de

¹ *Journal officiel*, débats parlementaires, mercredi 7 juillet 1976, p. 3623

² Chambre de commerce et d'industrie de Paris, « Pour une réforme du droit de la concurrence. Principe et modalités ». Rapports présentés au nom de la Commission du Commerce Intérieur par Jean Blat et André Mercier et adoptés les 7 novembre 1985 et 20 mars 1986, p. 88 pages. Archives du cabinet d'Édouard Balladur, B-0074063/1

³ Le 25 janvier 1986, au colloque « La concurrence, un choix de société », Yvon Gattaz, président du CNPF déclare : « il faut redonner aux tribunaux judiciaires la place qu'ils n'auraient jamais dû perdre. L'élimination du contrôle judiciaire au profit du contrôle administratif, a conduit à écarter tous les droits traditionnels de la défense ». Propos rapporté par Xavier de Mello, « Quel rôle pour la Commission de la concurrence ? », non daté, archives Foyer.

⁴ Plate-forme commune du RPR et de l'UDF intitulée "Plate-forme pour gouverner ensemble" signée le 16 janvier 1986 par Jacques Chirac, président du RPR, et Jean Lecanuet, président de l'UDF. Première partie : "Libérer l'économie pour assurer le progrès social". URL : <https://www.vie-publique.fr/discours/130277-plate-forme-commune-du-rpr-et-de-ludf-intitulee-plate-forme-pour-gouve>, consulté le 10 mars 2021

⁵ 15 mai 1986, B-0074062/1, CAEF.

Vabres laisse peu de doute quant à l'issue de la réflexion. Ce dernier a présidé la Commission de la concurrence de 1980 à mars 1986. Juste au moment de terminer son mandat, il contribue lui aussi au débat en cours sur la réforme de la concurrence à venir en se déclarant en faveur d'un renforcement du rôle de la Commission qu'il présidait. Pour lui, c'est la condition de décisions rapides¹. L'orientation du groupe d'experts est d'autant plus claire que Jean Donnedieu de Vabres recrute comme secrétaire général Guillaume Pépy, auditeur au Conseil d'État et fils de l'avocat Philippe Pépy qui, comme on l'a vu, est déjà une figure du droit français de la concurrence. Siège également Dominique Brault, l'ancien rapporteur général de la Commission. Sa proximité avec Donnedieu de Vabres va de soi pour le cabinet d'Édouard Ballardur, qui le qualifie dans une note de « collaborateur » de celui-ci². Lorsque les membres du cabinet souhaitent s'enquérir de l'avancement des travaux du groupe de travail, c'est vers Dominique Brault et Guillaume Pépy qu'ils se tournent³.

À son lancement, le groupe de travail est composé de seize personnes. Outre les trois membres déjà cités, on y trouve un conseiller d'État, un magistrat, deux professeurs de droit, des représentants d'organisations professionnelles et des dirigeants d'entreprise. Malgré cette composition pléthorique, dénoncée par Jean Donnedieu de Vabres lui-même⁴, tout est fait pour expédier la rédaction du projet d'ordonnance en un moins de temps possible. La méthode de travail choisie par Donnedieu de Vabres est « directive », avec des discussions fondées sur des textes prérédigés⁵, vraisemblablement par Pépy et Brault. Cette méthode semble efficace, puisqu'un premier pré-rapport est transmis au cabinet dès le 6 juin et le rapport final est rendu le 14 août. Outre qu'il abolit le contrôle des prix, le projet d'ordonnance redistribue les rôles respectifs de l'ex-administration des prix, des tribunaux et de la Commission de la concurrence. Soulignant que l'examen des cas d'ententes et d'abus de position dominante « doit se fonder sur une analyse économique approfondie du fonctionnement des marchés », elle-même appuyée sur le « raisonnement économique » et « l'expérience du fonctionnement des marchés », le groupe d'experts préconise de confier l'application des règles de concurrence non pas aux juridictions mais à « un organisme spécialisé et non juridictionnel, rassemblant non seulement des juristes, mais aussi des experts de la pratique des affaires ou de l'économie appliquée »⁶. Ainsi, la Commission de la concurrence doit être transformée en un « Conseil de la concurrence » doté de pouvoirs d'enquête et de décision propres, sauf en matière de concentrations, où le pouvoir de décision doit rester aux mains du ministère. En appui à son argumentation, le groupe d'experts invoque l'exemple de la Commission européenne et de la *Bundeskartellamt* (en République fédérale d'Allemagne) qui, malgré leur statut administratif, disposent de pouvoirs de sanction. Les recours contre les décisions prises par ce nouveau Conseil devront être traités non plus par le Conseil d'État, comme c'était le cas avec la

¹ Propos paraphrasés dans Brault D., 1987, *L'État et l'esprit de concurrence...*, *op. cit.*, p. 80.

² Note pour le ministre d'État, 25 août 1986, B-0074062-1, CAEF.

³ « État des travaux de la Commission Donnedieu des Vabres », note manuscrite du 6 juin 1986, cabinet d'E. Ballardur, B-0074062/1, CAEF.

⁴ Lettre du 17 mai 1986 de J. Donnedieu de Vabres à un membre du cabinet d'E. Ballardur, B-0074062/1.

⁵ Note pour le Ministre d'État, 23 juillet 1986, cabinet d'E. Ballardur, B-0074062/1.

⁶ « Rapport au Ministre d'État, Ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation sur le projet d'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence », version du 14 août 1986, p. 18-19, cabinet d'E. Ballardur, B-0074062/1.

Commission de la concurrence, mais par la cour d'appel de Paris et, éventuellement, la Cour de cassation. Le groupe d'experts considère que l'ordre judiciaire « est le juge naturel de la vie des entreprises » et « que cette réforme serait ainsi l'occasion de marquer l'intégration du droit de la concurrence dans le droit privé ».

Le « point de vue économique » de la direction de la Prévision

On vient de le voir, le groupe d'experts appelle à renforcer la Commission de la concurrence au nom de la nécessité de combiner des expertises juridiques et économiques au sein de la même institution. Toutefois, aucun économiste ne figure au sein du groupe d'experts et les archives du cabinet d'Édouard Balladur ne permettent pas d'identifier d'interventions de la part d'économistes. Une note transmise au cabinet le 18 juillet 1986 par la direction de la Prévision constitue la seule exception¹. Elle appelle à faire du « consommateur final » l'aiguillon de la politique de concurrence. « L'intérêt » de ce consommateur doit être « apprécié dans une perspective dynamique ». Selon l'auteur de la note, le droit de la concurrence doit être « simple et flexible » et se résumer, à l'instar des articles 85 et 86 du Traité de Rome, à quelques principes généraux. L'intervention doit être mesurée : parfois, il suffit de s'attaquer aux « barrières à l'entrée » pour que les firmes dominantes soient sanctionnées par les forces du marché. Concernant la définition du « marché de référence », la note appelle à une démarche flexible. Si pour bon nombre de « produits industriels et agricoles », le marché pertinent est constitué par la France entière, l'auteur de la note souligne que « la concurrence dans le commerce, les services ou encore la construction, s'exerce sur des marchés locaux ». L'évaluation des situations de marché doit se faire « rapidement » et « au cas par cas ». Ce travail ne pourra être effectué que par « une autorité administrative ayant de larges pouvoirs » et disposant d'une « capacité d'investigation et d'analyse suffisante ». Cette intervention de direction de la Prévision préfigure le « leadership intellectuel » qu'elle prend en matière de concurrence à partir du début des années 1990, date à laquelle elle met en place un séminaire régulier consacré à cette question réunissant à la fois des universitaires et des praticiens².

Jean Donnedieu de Vabres et ses collaborateurs doivent néanmoins composer avec les demandes de la grande distribution et ses fournisseurs, dont les représentants ont été intégrés au groupe d'experts contre son gré³. Dès l'élection de la nouvelle majorité et sachant que les ordonnances du 30 juin 1945 allaient être abolies, ces représentants d'intérêt n'ont eu de cesse de solliciter le cabinet d'Édouard Balladur. Ils s'inquiètent du vide juridique qui pourrait en résulter et réclament, en fonction de leurs intérêts, le maintien de certaines règles et la suppression d'autres. Les fournisseurs souhaitent en particulier que soit maintenue l'interdiction de discriminer qui, depuis 1973 et la loi Royer sert à limiter le pouvoir de négociation de la grande distribution⁴. Le cabinet du ministre estime que ces demandes représentent un risque politique pour la réforme⁵, et demande instamment au groupe d'experts

¹ « Un point de vue économique sur la définition d'une nouvelle politique de la concurrence », B-0074063, CAEF.

² Entretien Frédéric Jenny.

³ Lettre du 17 mai 1986 de J. Donnedieu de Vabres à un membre du cabinet d'E. Balladur, B-0074062/1, CAEF.

⁴ Note à l'attention de Messieurs Vial et Wohrer, 16 avril 1986, B-0074062/1, CAEF.

⁵ Note manuscrite de Jean-Claude Trichet à l'attention d'Édouard Balladur, 7 mai 1986, B-0074062/1, CAEF.

de proposer des dispositions à même de garantir l'équilibre entre producteurs et distributeurs¹. Jean Donnedieu de Vabres et ses collaborateurs cèdent : le projet d'ordonnance transmis au cabinet comprend des « remèdes » à « la détérioration des rapports entre l'industrie agro-alimentaire et certaines centrales ou supercentrales d'achat »². L'un de ces « remèdes » est l'élargissement de l'interdiction de la notion de domination économique à « l'état de dépendance économique dans lequel se trouve une entreprise cliente ou un fournisseur ». Cette disposition, reprise dans le texte final de l'ordonnance, ne suffit pas à éteindre la polémique. Jusqu'au 1^{er} décembre 1986, date où est adoptée l'ordonnance, les dispositions relatives aux relations verticales entre fournisseurs et distributeurs continuent de faire l'objet de sollicitations de la part de chefs d'entreprise ou de représentants d'intérêts qui n'hésitent pas, lorsqu'ils n'obtiennent pas satisfaction, à critiquer l'ensemble de la réforme dans la presse³.

3.2 Le barreau de Paris au secours de la juridictionnalisation

Rédigée le 23 juillet 1986, à quelques semaines de la parution du rapport, une note d'un des chargés de mission de Balladur résume l'ambiance des travaux du groupe d'experts réuni autour de Donnedieu de Vabres. Ce dernier n'a pas eu de difficultés majeures à imposer le schéma institutionnel centré autour d'une Commission de la concurrence transformée en « Conseil » et dont les pouvoirs seraient renforcés. Comme l'écrit le chargé de mission non sans une pointe de mépris, il a été aisé de rallier à ce schéma « clair et cohérent » les membres du groupe qui « n'avaient pas vraiment d'avis sur les questions d'organisation (...), au-delà de quelques idées simples (moins de pouvoir du Ministre, appel plutôt à une juridiction judiciaire qu'administrative, disparition de la DGCC, etc.) »⁴. Si l'on exclut la question des relations entre la grande distribution et ses fournisseurs, deux points mineurs font toujours l'objet de débats. Le premier est celui des pouvoirs du ministre. Le rapport paru le 14 août prévoit un droit d'intervention limité du ministre dans la procédure qui peut, dans un délai d'un mois s'opposer à l'application d'une décision « pour un motif d'intérêt national », à condition de motiver ce choix. Mais cette solution ne fait pas consensus, certains appelant à un maintien du veto ministériel et d'autres voulant supprimer toute possibilité d'intervention du ministre. Ce débat, déjà engagé à l'été 1986, n'est tranché qu'au moment de la publication de l'ordonnance, le 1^{er} décembre 1986, qui ne laisse au ministre que la possibilité de former un recours non suspensif. L'autre controverse naissante porte sur les recours contre les décisions prises par le futur Conseil de la concurrence. Si le groupe d'experts préconise qu'ils soient examinés par la cour d'appel de Paris, certains souhaitent maintenir la pratique existante consistant à transmettre les dossiers au Conseil d'État. Contrairement à la question du veto, réglée fin novembre 1986⁵, la question des recours fait l'objet d'une longue bataille qui s'étend jusqu'à l'été 1987. Cette controverse sur la nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence est l'occasion pour les

¹ Note pour le Ministre d'État, 23 juillet 1986, B-0074062/1, CAEF

² Rapport sur le projet d'ordonnance relative à la liberté des prix et de la circulation, 31 juillet 1986, B-0074062/1, CAEF, p. 12.

³ Voir Billows S, « 'Monsieur le Ministre...' : trois exemples de lobbying tirés d'archives administratives », billet publié sur le blog Transhumances le 29 novembre 2019, URL : <https://ritme.hypotheses.org/9190>.

⁴ Note pour le Ministre d'État, 23 juillet 1986, B-0074062/1.

⁵ Note pour le ministre d'État, 31 octobre 1986, 543AP-83, AN.

juristes de s'investir dans le débat. Mais cette fois-ci, il ne s'agit pas uniquement d'une frange réformatrice d'avocats mais le barreau parisien dans son ensemble.

Christian Babusiaux au chevet de l'ex-administration des Prix

Il existe une autre force centrifuge susceptible de perturber les travaux du groupe d'experts. Elle pose tant de souci à Jean Donnedieu de Vabres qu'il doit solliciter l'intervention du cabinet d'Édouard Balladur¹. Cet obstacle vient de Christian Babusiaux, à la tête de la direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la répression des Fraudes (DGCCRF, soit le nouveau nom de l'ex-administration des Prix) depuis 1984. Il s'oppose frontalement au projet de l'ancien président de la Commission de la concurrence d'augmenter les pouvoirs de celle-ci. Christian Babusiaux fait face à un triple danger. Il est déjà acquis que la DGCCRF perdra ses compétences en matière de Prix. Par ailleurs, le ministre de l'Agriculture cherche à récupérer l'administration des Fraudes, qui avait été fusionnée avec la DGCC en 1985². Quant au projet défendu par Donnedieu de Vabres, il ferait perdre à cette administration une grande partie de ses compétences en matière de concurrence. C'est pourquoi le directeur général élabore un projet concurrent en marge des travaux du groupe d'experts, dont il ne fait pas partie. Il se rapproche du cabinet d'Albin Chalandon, ministre de la Justice, pour proposer un schéma alternatif fondé sur une judiciarisation totale du droit de la concurrence. Ce schéma donnerait un rôle de premier plan à l'ex-administration des Prix, car elle la placerait en position de procureur chargée de monter les dossiers sur lesquels les juges devront trancher. Le rôle de la Commission de la concurrence se bornerait à émettre des avis et à tenter une conciliation entre les parties³. Selon le chargé de mission qui a interagi avec le directeur de cabinet du ministre de la Justice, l'adhésion de ce dernier à ce dispositif est dû à la « crainte (...) de voir l'organisation classique française remise en cause, avec la multiplication d'initiative visant à créer des entités indépendantes disposant de pouvoirs assez larges de sanction ». Finalement, après avoir consulté les « professionnels, qu'il s'agisse d'industriels, commerçants ou juristes », le ministre de la Justice se range derrière le projet de Donnedieu de Vabres », ce qui semble tempérer les ardeurs de Christian Babusiaux⁴.

Si à l'automne, il semble acquis que l'ordonnance transfère les recours à la cour d'appel de Paris, la controverse est relancée par le Conseil d'État, chargé de contrôler la légalité du texte. Réuni en assemblée générale le 20 novembre, ses membres votent pour faire repasser les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence devant le juge administratif. Dans une note adressée à Édouard Balladur, Jean Donnedieu de Vabres, qui est allé défendre le projet du ministère au Conseil d'État, résume ainsi les arguments qui ont été soulevés⁵ : « l'objection (...) est fondée sur une violation de la Constitution, à travers la violation du principe de séparation des pouvoirs » entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. Pour les membres du Conseil d'État, les décisions du Conseil de la Concurrence relèvent « de

¹ Lettre de J. Donnedieu de Vabres à Philippe Vial, membre du cabinet d'E. Balladur, 21 juillet 1986, B-0074062/1

² Note pour le ministre d'État, 15 septembre 1986, cabinet d'E. Balladur, B-0074065/3.

³ Note pour le ministre d'État, 25 août 1986, cabinet d'E. Balladur, B-0074062/1

⁴⁴ Lettre du garde des Sceaux à E. Balladur, 10 septembre 1986, 543AP-83.

⁵ Note pour le ministre d'État, 15 décembre 1986, 543AP-83, AN.

considérations économiques d'intérêt général », ce qui les apparenteraient au droit public. Face à cette « thèse dirigiste », Donnedieu de Vabres rétorque que les « intérêts généraux de l'économie » n'ont pas nécessairement besoin de « procédures de type administratif » pour être sauvegardés. Le fait de pointer du doigt le caractère « dirigiste » du Conseil d'État est fréquent chez une partie des élites politiques et administratives de l'époque. Celui-ci n'a pas encore fait sa « révolution culturelle »¹ vers le droit public économique et résiste encore à la reconnaissance de la primauté du droit communautaire sur le droit national. Il faut ainsi attendre 1997 et la décision *Million et Marais* pour qu'il applique les règles relatives à la concurrence à des acteurs étatiques. Outre ses tendances « dirigistes », les partisans d'une juridictionnalisation du Conseil de la concurrence n'ont de cesse de souligner la lenteur de la procédure devant le Conseil d'État. À la tribune de l'Assemblée nationale, Jean Foyer le qualifie de « juridiction éminente mais encombrée »².

C'est à ce moment que commence à intervenir le barreau de Paris, l'instance qui représente les avocats de la capitale, soucieux d'étendre leur « territoire professionnel »³ à un nouveau type de contentieux économique appelé à s'accroître. Deux jours après la délibération du Conseil d'État, une lettre de Mario Stasi, le bâtonnier appelle le Gouvernement à outrepasser l'avis de la juridiction administrative. Mario Stasi écrit que le maintien des recours devant le Conseil d'État « retire au projet (...) toute sa cohérence et ruine sa philosophie dans la mesure où il met un obstacle définitif au rapprochement du droit de la concurrence avec le droit privé »⁴. Signe de la mobilisation des avocats, le barreau de Paris consacre l'éditorial de sa lettre hebdomadaire à cette affaire⁵. Cette mobilisation de l'ensemble de la profession en faveur de la solution institutionnelle préconisée par Donnedieu de Vabres et ses alliés est l'aboutissement d'un processus qui a commencé au printemps de la même année. Au moment où le groupe d'experts commence ses travaux, l'Ordre des avocats de Paris organise un colloque portant un titre évocateur : « La Réforme du droit français de la concurrence : une affaire grave, des garanties juridictionnelles indispensables pour la libre concurrence ». Ce colloque, qui a lieu à l'Assemblée nationale, réunit notamment Mario Stasi, Jean Foyer, des universitaires spécialisés dans le droit des affaires⁶. Y figure également Georges Flécheux, avocat au barreau de Paris et membre du Conseil de l'ordre. Quelques semaines après ce colloque, Jean Donnedieu de Vabres écrit au cabinet d'Édouard Balladur pour demander d'inclure Georges Flécheux dans le groupe d'experts, une requête acceptée par le ministre⁷. Spécialiste d'arbitrage international et futur bâtonnier du Conseil de l'ordre (il est élu à cette fonction en 1992), Georges Flécheux incarne cette nouvelle orientation de la profession vers des questions liées au droit des affaires ou au droit communautaire. Il rejoint d'ailleurs le Conseil de la concurrence en 1987 comme membre du collège.

¹ Vauchez A., France P., 2017, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Presses de Sciences Po, p. 129.

² *Journal officiel*, débats parlementaires, 28 avril 1987, p. 680.

³ Ou « juridiction », voir Abbott A., 1988, *The System of Professions*, Chicago, The University of Chicago Press, 435 p.

⁴ Lettre de Mario Stasi à Édouard Balladur, 25 novembre 1986, archives Foyer.

⁵ Lettre de Mario Stasi à Jean Foyer, le 26 novembre, archives Foyer.

⁶ Annonce du colloque, Archives Foyer

⁷ Note à l'attention de Jean-Claude Trichet (directeur de cabinet d'E. Balladur),

Mais l'intérêt du barreau de Paris pour le droit de la concurrence (et le fait de l'ancrer dans le droit civil) ne tient pas uniquement à la volonté de capter une nouvelle clientèle et de consolider un nouveau territoire professionnel. Il s'inscrit aussi dans une trajectoire de réforme et d'unification d'une profession juridique traditionnellement centrée sur le « désintéressement »¹. Un épisode survenant à l'été 1987 permet d'en attester. À cette date, la question des recours des décisions du Conseil de la concurrence est désormais réglée. Après la publication de l'ordonnance le 1^{er} décembre 1986 tenant compte de l'avis du Conseil d'État, Édouard Balladur et son cabinet décident de passer par la voie législative. Deux lois ont été nécessaires pour transférer les recours à la cour d'appel de Paris, conformément au projet initial du groupe d'experts. Une première proposition de loi est votée le 20 décembre 1986² mais fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel à l'initiative de parlementaires socialistes et avec l'appui de l'ordre des avocats devant le Conseil d'État et la Cour de cassation, qui craignaient de perdre la main sur des affaires prestigieuses³. Fondée sur des motifs procéduraux, la saisine est rejetée par le Conseil constitutionnel. Légèrement modifiée, une nouvelle proposition de loi est déposée en avril 1987 et finalement adoptée le 26 juin⁴. À l'été 1987, la direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la Justice rédige, avec l'appui du cabinet d'Édouard. Balladur, un projet de décret qui organise la procédure devant la cour d'appel de Paris. Dans sa version initiale, rédigée en concertation avec Georges Flécheux, le décret prévoit de déroger à l'obligation de représentation des parties devant les cours d'appel par des avoués et de permettre aux avocats de se substituer à ces derniers⁵. Cette dérogation, justifiée par la « technicité » des affaires⁶, provoque la fureur de la chambre nationale des avoués⁷. Malgré la mobilisation de ces derniers, les avocats l'emportent et la disposition est maintenue dans le décret publié le 17 octobre⁸.

En transférant les recours du Conseil de la concurrence à la cour d'appel de Paris, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est une étape supplémentaire dans le mouvement d'unification des professions juridiques qui s'étend sur plusieurs décennies. La réforme de 1971 fusionne la profession d'avocat et celle d'agréé près les tribunaux de commerce. En 1990, soit trois ans seulement après les débats que nous venons de décrire, les barreaux absorbent la profession de conseil juridique, qui intervient surtout dans le domaine commercial et fiscal. En 2011, une loi issue de la Commission Attali fusionne les activités des avocats et des avoués.

¹ Boigeol A., 1981, « De l'idéologie du désintéressement chez les avocats », *Sociologie du travail*, 23-1, p. 78-85.

² Proposition de loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence (n°547)

³ Discours de Jean Foyer à l'Assemblée, *Journal officiel*, débats parlementaires, 28 avril 1987, p. 680.

⁴ Loi n° 87499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire.

⁵ Lettre de Jean Leonnet, directeur des affaires civiles et du Sceau au Bâtonnier, 14 septembre 1987, 20020234/22

⁶ Projet de décret : rapport au Premier Ministre, version du 7 août 1987, 20020234/22

⁷ Lettre du président de la chambre nationale des avoués près les cours d'appel au Garde des Sceaux, le 24 août 1987, 20020234/22.

⁸ Décret n°87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence.

3.3 L'hybridation au quotidien

Le Conseil de la concurrence entre en fonction le 20 janvier 1987. Dirigé par Pierre Laurent, ancien président de la section du contentieux du Conseil d'État, et Frédéric Jenny (toujours accompagné d'André-Paul Weber), qui reste au poste de rapporteur général qu'il occupait déjà au sein de la Commission de la concurrence, il prend rapidement des avis et des décisions qui font date. En juin, il décide d'autoriser la vente de certains produits parapharmaceutiques en grandes surfaces¹ et condamne pour entente la Compagnie générale des eaux et d'autres entreprises pour s'être réparti des marchés publics d'assainissement². Dans un avis rendu le 31 octobre 1987, le Conseil se prononce contre la distribution exclusive des laits maternisés en pharmacie³. Mais parmi les acteurs qui ont œuvré en faveur de la création d'un Conseil de la concurrence doté de pouvoirs plus larges, des doutes subsistent sur la capacité de l'institution à s'autonomiser durablement. Dans son ouvrage publié à la fin de l'année 1987, Dominique Brault salue les avancées apportées par l'ordonnance Balladur mais se montre pessimiste quant à l'avenir. Il souligne les « facteurs de dépendance » que sont le « rattachement budgétaire » du Conseil au ministère et « la détention par ce dernier de l'ensemble des moyens d'enquête »⁴. Jeune avocat de la concurrence, Antoine Winckler parle de « réforme inachevée »⁵. Signe de cette fragilité, le nouveau Conseil de la concurrence perd certains arbitrages ministériels au profit de la DGCCRF, qui entend préserver son rôle d'administration généraliste pesant dans les choix économiques de politique économique de la France⁶. Malgré ces doutes et les obstacles auquel il fait face, le Conseil de la concurrence parvient, au cours de ses premières années d'existence, à réaliser le projet réformateur sur lequel les juristes et les économistes ont peu à peu convergé jusqu'en 1986. Son autonomisation est due à sa capacité de servir de lieu d'hybridation entre l'expertise juridique et l'expertise économique.

Pour comprendre ce processus, nous allons nous intéresser au fonctionnement interne du Conseil. D'un point de vue formel, les membres du Conseil sont les 16 personnes nommées par le Gouvernement pour prendre les décisions et rendre des avis. Rebaptisé plus tard le « Collège », ce groupe se réunit de manière périodique pour étudier les projets de décision

¹ Décision n° 87-D-15 du 9 juin 1987 relative à la situation de la concurrence dans la distribution en pharmacie de certains produits cosmétiques et d'hygiène corporelle

² Décision n° 87-D-24 du 30 juin 1987 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau et de l'assainissement.

³ Avis n° 87-A-02 du 31 mars 1987 relatif à la compatibilité avec les règles de la concurrence d'un code de « bonnes pratiques commerciales » et de la distribution exclusive en pharmacie dans le secteur des aliments lactés diététiques

⁴ Brault D., 1987, *L'État et l'esprit de concurrence en France*, op. cit., p. 107.

⁵ Winckler A., 1988, « Conseil de la concurrence et concurrence des autorités », *Le Débat*, 52, p. 76-86.

⁶ L'un d'entre eux survient au printemps 1988, à l'occasion de la rédaction du décret fixant la procédure devant le Conseil de la concurrence. Pris dans le souci de rendre le Conseil « irréprochable (...) sur le plan juridique » (Note pour le Ministre d'État, 16 octobre 1987, 534AP-83), le décret déclenche un conflit avec la DGCCRF, l'ex-administration des Prix dirigée par Christian Babusiaux. Le conflit porte sur les observations que pourraient faire des ministres à l'occasion de cas traités par le Conseil. Alors que le Conseil voudrait directement interagir avec chacun des ministères concernés (comme le ministre de la Santé dans un cas de concurrence impliquant des professions médicales), Christian Babusiaux obtient de pouvoir centraliser ces observations et d'agir comme commissaire du gouvernement auprès du Conseil (Note pour le ministre d'État, 9 mars 1988, B-007065/1). Loin d'être anodin, cet arbitrage conforte le rôle de la DGCCRF comme l'administration chargée de défendre le principe de concurrence dans les politiques gouvernementales, un terrain que le Conseil souhaite ardemment investir.

rédigés par les rapporteurs. Les travaux existants en science politique sur les autorités indépendantes (de plus en plus nombreuses à partir de la fin des années 1980) se concentrent sur la composition de ces « collèges »¹. La focale est mise sur les trajectoires des membres, qui sert alors à caractériser le champ de la régulation dans son ensemble : les membres du collège d'une institution sont-ils plutôt des magistrats ou des conseillers d'État ? Leur trajectoire est-elle caractéristique d'une démarche de pantouflage, avec un passage en cabinet d'avocat ou au sein d'une entreprise régulée ? Appliquer cette perspective sociographique au collège du Conseil de la concurrence nommé en janvier 1987 donnerait des résultats limités. D'abord, le profil d'un certain nombre de ces membres est dicté par la législation ou par des calculs politiques. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prévoit que sept membres soient issus de juridictions administratives ou judiciaires. Le cabinet d'Édouard Balladur nomme ainsi un conseiller d'État à la présidence et un juge de la Cour de cassation à la vice-présidence. Les noms des cinq autres magistrats nommés reflètent eux aussi ce souci d'équilibre institutionnel : deux membres de la Cour des comptes, un membre du Conseil d'État, un juge à la cour d'appel de Versailles et le président du tribunal de commerce de Paris. Au titre des personnalités qualifiées, le cabinet a nommé deux personnes issues de Chambre de commerce et d'industrie et un ancien président d'un groupe agroalimentaire. Comme dans la composition du groupe d'experts qui a rédigé le projet d'ordonnance (voir *supra*), il faut y voir un moyen d'anticiper et de calmer les critiques qui pourraient venir de représentants du petit commerce ou de fabricants de produit de grande consommation vis-à-vis d'un droit de la concurrence qu'ils considèrent comme étant trop proche des intérêts de la grande distribution.

L'autre limite qu'aurait une approche sociographique tient au fonctionnement interne du Conseil. De l'avis de nos enquêtés qui faisaient partie, au cours de cette période, de la douzaine de rapporteurs permanents travaillant pour le Conseil, le rôle du collège dans l'élaboration des décisions était particulièrement limité.

Rapporteur 1 Moi, ce qui m'a surtout marqué c'est le fait que le Conseil ne servait à rien dans la mesure où en fait tout était préparé d'avance. Mais ce n'est pas une critique non plus, je dis simplement que par sa composition et le fait que les gens qui venaient n'étaient là que pour participer à l'audience, on peut bien comprendre qu'ils n'avaient pas les moyens de modifier un truc qui présentait plusieurs tomes et dont on leur avait mâché la solution.

Ceci éclaire également le fonctionnement du couple formé par le président de l'institution (Pierre Laurent) et son rapporteur général (Frédéric Jenny). Très vite, Jenny prend l'ascendant. Signe de l'importance croissante du rôle joué par son rapporteur général, Pierre Laurent écrit le 26 février 1988 au cabinet Balladur pour donner délégation de signature à Frédéric Jenny pour signer les engagements dépenses et les marchés². En 1993, à l'expiration du mandat de Pierre Laurent, Charles Barbeau, un autre membre du Conseil d'État est nommé pour le remplacer. Au même moment, Jenny passe du statut de rapporteur général à celui de vice-président. En tant que membre du collège, il a désormais toute légitimité pour intervenir sur les

¹ Voir par exemple 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 & Justice, Paris, 194 p.

² Lettre de Pierre Laurent à Jean-Luc Déchery, chargé de mission au cabinet d'E. Balladur, B-0074065/1.

décisions. L'ascension de Jenny s'explique par son plus grand investissement dans la pratique décisionnelle. Contrairement à Pierre Laurent, qui intervient plutôt en bout de course (au moment où les décisions passent devant le collège), Jenny exerce une supervision informelle sur le travail effectué en amont par les rapporteurs. Alors que leur travail est supposé être individuel, ils reçoivent fréquemment des conseils de la part du rapporteur général :

Rapporteur 1 Le rapporteur général c'est le seul qui vous aide parce qu'il n'a pas de dossier à lui et il vous donne un dossier, il en discute avec vous en vous disant voilà, il faudrait l'amener dans ci ou dans ça et si vous vous posez des questions, vous allez le voir. Pour ça Jenny, il était super parce qu'il vous aidait beaucoup.

Rapporteur 2 [F. Jenny] venait discrètement vous interroger : « vous en êtes où de ce dossier ? et qu'est-ce que vous en pensez, vous ? », « oui, Monsieur (...) », « vous avez peut-être raison, il faut peut-être creuser cette piste ».

L'autre facteur est lié à la nature des affaires et de l'expertise économique proposée par Jenny. Professeur dans une école de commerce française (l'ESSEC) et participant à de nombreuses conférences internationales sur la question de la concurrence, il possède une légitimité intellectuelle que n'ont pas les deux présidents successifs de l'institution, de plus en plus cantonnés à la gestion quotidienne de l'institution.

Rapporteur 2 Il [Jenny] était le seul à pouvoir lire l'anglais à l'époque dans le Conseil ! Vous aviez le président Barbeau, qui n'était absolument pas anglophone, qui détestait tout ce qui n'était pas français, qui était vraiment chevènementiste, qui était au Conseil d'État. (...) Et puis vous aviez Jenny qui faisait la loi et le beau temps puisqu'il était professeur associé dans une université américaine. Donc, il revenait avec des bouquins comme ça qu'il était le seul à pouvoir lire, avec les bonnes équations qui vont bien ! (...) Donc, c'est Jenny qui a transposé les concepts, tirés du droit américain, dans le droit français. (...) Il était le seul à avoir une vision économique des choses (...). Barbeau, qui était un très bon juriste (...) ça faisait des années qu'il avait pas rédigé un arrêt. Il avait une excellente plume, il était très intelligent, il n'y a rien à dire. Mais plus formel, c'est-à-dire dans la lignée jurisprudentielle. Mais il n'y avait que Jenny qui était capable d'apporter une vision adaptée aux évolutions des concepts, qui était capable d'apporter de l'innovation aux concepts. Les autres étaient parfaitement capables de comprendre et de suivre, mais c'est pas eux qui allaient lire un bouquin de théorie économique en anglais. (...) Les autres, ils administraient au quotidien le Conseil. Ils se tapaient les problèmes de secrétaires qui ne sont pas là, d'un rapporteur alcoolique. La vie d'une institution.

On le voit, la légitimité que Jenny tire de son appartenance au monde universitaire, notamment anglophone, mais aussi de son expérience dans l'élaboration et l'application du droit français de la concurrence, lui permet de prendre l'ascendant intellectuel sur un président et des membres du Conseil moins familiers de ce domaine. L'ascendant pris par Jenny justifie d'ailleurs qu'il n'ait pas recruté d'autres économistes au sein de l'institution¹.

La mise en avant par Jenny d'une « vision économique » des problèmes de concurrence ne signifie pas qu'il renonce à renforcer la solidité juridique du travail du Conseil de la concurrence, bien au contraire. Ces effectifs se composent pour un tiers d'anciens enquêteurs appartenant à la DGCCRF, un tiers de magistrats issus de l'ordre administratif et un tiers issu

¹ Entretien rapporteur 3

de l'ordre judiciaire¹. Le recrutement de ces derniers répond à une stratégie délibérée de l'institution, celui de rapprocher le Conseil de la concurrence de l'ordre juridictionnel du droit privé². Le rapprochement entre le Conseil et la cour d'appel de Paris suppose des ajustements réciproques. Le Conseil entend sensibiliser les juges judiciaires aux spécificités du traitement hybride (à la fois judiciaire, administratif et économique) que fait le Conseil des affaires de concurrence. Comme le souligne Dominique Brault dans son ouvrage, il s'agit d'éviter « de voir l'ordre judiciaire imposer progressivement une autre façon d'appliquer les règles de concurrence : une approche plus radicalement libérale, plus privatiste et civiliste, moins ouverte à la prise en compte des multiples circonstances de fait ou d'opportunité, moins marquée du réalisme économique et davantage du formalisme juridique »³. Les rapporteurs permanents peuvent néanmoins compter sur la bonne volonté de Pierre Draï, Premier président de la cour d'appel de Paris entre 1985 et 1988 mais aussi de Guy Canivet, président de chambre de 1991 à 1996. Ainsi, Pierre Draï « presse ses magistrats d'assister à de nombreux séminaires sur la concurrence »⁴. Ces juges souhaitent notamment faire prendre aux juridictions judiciaires une longueur d'avance par rapport à la justice administrative dans l'appropriation du droit économique émergent.

Rapporteur 3 Dès 86, on va dire, le contentieux est passé à la direction judiciaire et donc j'ai été très au contact en fait de la juridiction judiciaire dans ces affaires-là et à l'intérieur de l'establishment judiciaire y'avait des gens qu'étaient plus éclairés que d'autres, plus modernistes, si vous voulez dans leur approche qui ont commencé à concevoir le fait qu'une bonne partie du contentieux administratif était en train de passer dans la juridiction à cause de la dérégulation, à cause de l'ouverture à la concurrence de certains secteurs, c'est-à-dire des choses qui se traitaient avant par le droit administratif petit à petit allaient se traiter par le droit non administratif. Et là, je suis obligé de dire que y'a eu ce qu'est rare, d'ailleurs dans l'institution judiciaire, y'a eu des gens qui ont pensé que c'était quelque chose de très intéressant à l'intérieur de la juridiction judiciaire avant même le Conseil d'État. Le Conseil d'État a un peu loupé la marche (...). J'ai travaillé avec un certain nombre de juges et là y'a eu des gens qui ont été importants qui sont devenus importants plus tard, mais l'une des cases centrale c'était Canivet qui, mais avant lui Draï, Pierre Draï, il était très intéressé, Pierre Draï était en fait le premier qui a conçu que le développement du judiciaire devait aller vers l'économie parce que il y avait de plus en plus d'affaires économiques et judiciaires et qui fallait quand même comprendre le droit, ça le judiciaire avait pas besoin des économistes, mais il fallait quand même comprendre un peu les enjeux qu'il y avait derrière et donc avoir une notion économique. Et autour de Draï, y'a eu la création de toute une bande, j'allais dire de juges, y'a eu [André] Potocki, y'a eu Canivet, y'a eu, etc., enfin des tas de gens comme ça qui voulaient moderniser un peu la juridiction et s'intéresser à la matière économique et à l'approche économique aussi de la justice, les deux aspects étaient présents, non seulement le fond du droit à la concurrence, mais aussi l'efficacité du droit, par exemple.

Du côté du Conseil de la concurrence, outre les recrutements de rapporteurs issus de la magistrature, l'institution adapte sa procédure pour qu'elle soit davantage conforme aux standards du droit privé :

¹ Entretien rapporteur 1

² Entretien rapporteur 3

³ Brault D., 1987, *L'État et l'esprit de concurrence en France*, op. cit., p. 111.

⁴ Note pour le Ministre d'État, 21 janvier 1988, B-0074070/1

Rapporteur 2 [G. Canivet] était quelqu'un de très, très actif, qui connaissait Jenny. Il avait une très belle vision, enfin une vraie vision. Novateur, mais pas aussi novateur que Jenny parce que plus ancré dans les précédents jurisprudentiels et autres. Mais quand même qui savait faire évoluer le droit, mais d'abord du point de vue procédural. C'est lui qui a sorti les rapporteurs du délibéré. Comme au Conseil d'État, les rapporteurs sont présents aux délibérés, donc la procédure était calquée sur celle du Conseil d'État. Donc, les rapporteurs étaient présents aux délibérés. Ils n'avaient pas voix au chapitre mais pouvaient être interrogés sur l'interprétation de telle ou telle insertion dans le rapport. Sans qu'ils aient voix au chapitre, il est évident qu'il y avait un soupçon d'influence qui pouvait être porté en raison de ces modalités de fonctionnement. (...) Canivet a dit à un moment donné : « c'est pas normal que les rapporteurs soient juges et parties. C'est la même instruction, c'est pas normal que le juge d'instruction soit dans la proposition de jugement ». (...) On [les rapporteurs] a été sortis par la jurisprudence. (...). Évidemment, c'est une question d'influence très active d'un groupe d'avocats... Il y a des grands cabinets d'avocats, j'ai plus les noms en tête, mais ils sont toujours là, qui se sont spécialisés là-dedans, qui ont une puissance de feu. Une vraie puissance de feu contre les rapporteurs.

On le voit à la fin de cette citation, la cour d'appel de Paris trouve dans les avocats spécialisés dans la concurrence des alliés de circonstance dans cette entreprise de rationalisation juridique de la politique de concurrence. Cet ancrage du Conseil de la concurrence dans l'ordre juridictionnel civil semble durable. Comme le montre l'étude statistique présentée dans la deuxième partie du présent rapport, il est peu fréquent que la cour d'appel de Paris ou la Cour de cassation annule une décision du Conseil.

Se rapprochant de l'ordre juridictionnel civil, le Conseil de la concurrence dirigé par Jenny cherche en même temps à s'éloigner de la DGCCRF qui, comme on l'a vu, ne partage pas la même conception restreinte et formaliste de l'objet du droit de la concurrence. S'éloigner de l'ex-administration des Prix n'est pas aisé dans la mesure où le Conseil dépend de celle-ci pour la réalisation des enquêtes. Si les décisions sont en grande partie fondées sur le travail des rapporteurs permanents du Conseil, ces derniers s'appuient sur les dossiers que lui transmet la direction nationale des enquêtes (DNE) de la DGCCRF. L'un des deux anciens rapporteurs que nous avons rencontrés compare le rôle de la DNE à celui de la « police judiciaire » et le sien à celui d'un « juge d'instruction »¹. La DNE s'appuie elle-même sur une administration composée de plusieurs milliers de personnes et de nombreuses directions locales. La force de frappe et le maillage de cette administration a permis, de l'aveu même de ce rapporteur, de faire remonter au Conseil des affaires retentissantes.

Rapporteur 3 Alors y'avait des choses qu'étaient incroyablement utiles à la DGCC. (...) Quand on regarde avec des moyens qu'étaient très limités par rapport à ceux qui sont maintenant, y'a eu une production vraiment intéressante de décisions contentieuses, etc. Et pourquoi est-ce que c'était vrai, c'était parce que la DGCC avait un atout qui a tendance à se perdre maintenant avec les réformes administratives, parce qu'on est plus à la DGCC (...) c'était le maillage territorial, c'est-à-dire le fait qu'ils avaient d'une part des gens dans toute la France et d'autre part, au niveau central, des verticaux qui connaissaient incroyablement bien leurs industries et qu'étaient des pourvoyeurs... Je me souviens y'avait un type (...) qui s'occupait de l'industrie chimique à la DGCCRF, il nous a envoyé cinq ou six affaires faramineuses parce qu'il connaissait le milieu, il savait où aller chercher, etc. Et ça, c'était très utile.

¹ Rapporteur 2

Mais un tri doit s'opérer. À la grande frustration des fonctionnaires de la DGCCRF, les rapporteurs du Conseil ne suivent pas forcément les recommandations qui lui parviennent de l'administration. Les rapporteurs travaillant pour le Conseil attribuent cela au « retard » de la DGCCRF par rapport à la conception « moderne » du droit de la concurrence en vigueur au Conseil¹. Par rapport aux préconisations de la DGCCRF, le Conseil de la concurrence se montre tantôt plus sévère, tantôt plus laxiste. Elle se montre plus sévère face à des pratiques en apparence indolores mais qui combinées contribuent à empêcher une concurrence effective sur un marché. Tel est le cas par exemple des offres qui permettent à des entreprises de surveiller les pratiques tarifaires de leurs concurrentes². Dans d'autres cas, le Conseil de la concurrence disculpe une entreprise visée par une enquête menée par la DGCCRF. Il considère alors que bien qu'inéquitable ou répréhensible sur un plan éthique, des pratiques n'ont pas d'effet sur le marché et donc n'entrent pas dans le champ des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (qui répriment les ententes et l'abus de position dominante). En décembre 1993, le Conseil de la concurrence est saisi par la DGCCRF d'une affaire concernant le marché des implants intraoculaires. Ce dernier reproche aux fabricants d'implants des pratiques visant à fidéliser les ophtalmologues (les prescripteurs de ces dispositifs médicaux) et ainsi à limiter la concurrence sur le marché.

Rapporteur 2 J'ai eu une affaire aussi qui est très intéressante en matière d'implant intraoculaire. C'était une affaire dans laquelle il y avait des plaintes pour abus de position dominante contre l'opérateur numéro un du marché qui faisait près de 65 % des implants intraoculaires, qui sont des petites pastilles de plastique que l'on substitue au cristallin en cas de pathologie de type glaucome ou cataracte. Il y avait une société qui détenait un parc très important de ce marché et qui avait pour habitude, très mauvaise habitude, de payer les médecins, les ophtalmos (...). En échange de ça, c'était de l'achat de prescription. Quand vous avez une position dominante, d'aucun estimait qu'à acheter les prescriptions, vous contribuez à empêcher les nouveaux entrants de ce marché puisque vous fidélisiez votre clientèle de prescripteurs, qui sont les médecins. (...) ça n'a aucun impact sur le client puisque de toute façon, c'est remboursé par la Sécu. Donc il s'en fout de payer plus cher. (...) Évidemment, après il y avait les chèques directement versés, les congrès, les trucs, pour de l'achat de prescription. Vous trouvez ça aussi dans les prothèses de hanche, les achats de prescription. Des gens qui prescrivaient des opérations alors qu'il n'y avait pas besoin de le faire, tout ça parce qu'il fallait toucher du fric de la part des fournisseurs (...). Là-dessus, j'avais fait un très beau dossier où ma conclusion était qu'il y avait un abus.

Alors même que les pratiques incriminées sont très contestables du point de vue de la déontologie médicale, et que le rapporteur se positionne en faveur d'une condamnation au titre de l'interdiction de l'abus de position dominante, le Conseil innocente les fabricants d'implants intraoculaires sur la base d'une analyse économique globale de la trajectoire du marché³ :

Rapporteur 2 Et le Conseil a décidé que non, pour une raison qui était vraiment macro, qui était de dire : il y a de nouveaux entrants sur le marché, quand on compare l'évolution statistique des parts de marché sur 10 ans, on voit que cette société a des parts de marché qui baissent

¹ Entretien rapporteur 2

² Par exemple lorsqu'une entreprise offre une prime à un consommateur s'il repère des prix moins chers ailleurs. Voir entretien rapporteur 3.

³ Décision no 99-D-20 du Conseil de la concurrence en date du 9 mars 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur des implants intraoculaires et des substances viscoélastiques

régulièrement, avec une accélération. Ça veut dire que les concurrents ont des parts de marché croissantes. Ça veut dire que, soit tout le monde fait la même chose, auquel cas il y a une concurrence mais c'est pas un problème de concurrence le fait d'acheter des prescriptions, c'est un problème de droit pénal général, ou un problème de déontologie, mais ce n'est pas un problème de concurrence puisque tout le monde fait la même chose. Ou alors on n'a pas la preuve qu'ils le font et ça veut dire qu'ils peuvent rentrer sur le marché sans même avoir besoin de le faire. [Le Conseil] a expliqué que, selon les critères d'atteintes au marché, il fallait qu'on explique pourquoi il y avait une atteinte au marché alors qu'ils perdaient des parts de marché régulièrement, ce qui était assez logique, c'est vrai.

Les frictions entre le Conseil et la DGCCRF sont particulièrement vives concernant une des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. L'article 8 reprend les dispositions de l'ordonnance du 30 juin 1945 concernant l'abus de position dominante mais ajoute un alinéa réprimant « l'exploitation abusive (...) de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve (...) une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente » (voir *supra*). Face à une distribution de plus en plus concentrée, les fournisseurs de produits de grande consommation entendent utiliser cette disposition pour empêcher leurs clients de percevoir des avantages financiers qu'elle estime indus. Désormais alliée aux fournisseurs, la DGCCRF appuie cette revendication. En janvier 1991, elle saisit le Conseil de la concurrence contre des pratiques commerciales de l'enseigne Cora vis-à-vis de ses fournisseurs à l'occasion de sa fusion avec une autre enseigne. En vertu d'une pratique connue sous le nom de « Corbeille de la mariée », elle profite de la fusion pour obtenir des avantages tarifaires de la part de ses fournisseurs (essentiellement sous la forme de « marges arrière »). La DGCCRF se montre particulièrement attentive au sort des petites et moyennes entreprises qui fournissent des produits à Cora et dont les marges, déjà faibles, sont encore rabaissées à l'occasion du « mariage » de l'enseigne.

Fonctionnaire de la DGCCRF, Lapins Mayer c'est le fournisseur emblématique qui est mort depuis mais qui n'est pas mort tout seul. Non mais j'ai connu Lapins Mayer parce qu'en 94 j'étais très brièvement cheffe du bureau agricole en 93, 94 et je veux dire... Lapins Mayer il était concurrencé par « Lapins Chinois » et quand y a eu une concentration de la distribution on lui a demandé de remettre 5 à 10% dans le pot alors que c'était ses marges. Sinon on le déréférençait.

Dans sa décision, connue depuis sous le nom de « décision Lapins Mayer », le Conseil de la concurrence refuse de condamner Cora, que ce soit au nom de l'interdiction de l'abus de position dominante ou au nom de l'abus de dépendance économique. Comme pour les prothèses intraoculaires, la conviction que « l'équité » ne fait pas partie des missions du Conseil et l'analyse économique globale du marché sont des facteurs cruciaux ayant mené à cette décision.

Rapporteur 3 Un jour l'administration, la DGCC est arrivée triomphante devant le Conseil de la concurrence en disant, « Voilà on a... Y'a un type qu'a été déréférencé parce qu'il a refusé de donner de l'argent... (...) ». « Alors donc ça, vous allez me condamner ça en droit de la concurrence. » alors là-dessus, on a regardé, alors c'était, en l'occurrence la chaîne, c'était une chaîne dans l'est de la France, c'est Cora. (...) Bon alors, on fait venir les fournisseurs, alors y'a Coca Cola qui vient sur le marché dépendant de Cora « Vous avez combien de chiffre d'affaires ? Vous êtes dans combien de pays du monde, vous dépendez de Cora ? Pas très crédible. ». Et puis alors on descend la chaîne pour essayer de trouver des fournisseurs qui disent « Je suis dépendant. », évidemment ils nous disent, bah de toute façon, ils nous disent pas « Je suis dépendant. » parce qu'ils ont pas intérêt à la dire parce que si jamais ils le disent, ils vont

se mettre mal avec le type donc c'est une preuve impossible, mais on arrive aux Lapins Mayer, « Monsieur Mayer, il élève des lapins et il les vend à Cora. » et on fait venir Lapins Mayer donc y'a Monsieur Mayer qu'est là, on lui dit « Alors, vous vous êtes dépendants ? Vous avez contribué à la corbeille de la mariée ? », « Oui, oui, je leur ai donné de l'argent. », « Vous y avez été forcé ? », « Pas du tout. Maintenant, je vends trois fois plus de lapins chez eux que j'en vendais avant, je suis très content. ». On fait quoi quand on ça ? Donc je veux dire, d'abord ça n'a rien à voir avec la concurrence, la concurrence en tant que mécanisme de compensation des heures qu'elle nous demande, ça peut avoir avec les résultats des négociations commerciales, mais ça le résultat des négociations commerciales, c'est une question de puissance de négociation, c'est autre chose que le problème de concurrence. Donc, bah donc aux Lapins Mayer, on lui a dit « Vous êtes gentil, mais on n'arrive pas à trouver de fournisseurs donc on peut dire, enfin pour lesquels on peut dire « Ils sont dépendants de Cora. », Coca Cola ça marche pas et lapins Mayer ça marche pas non plus. (...) Donc l'administration a compris que c'était pas trop... Donc du coup, ils ont fait voter un texte qui fait que l'abus de dépendance peut aussi être jugé directement par les tribunaux [de commerce]. (...) ils nous ont pas envahi l'affaire d'abus de dépendance parce qu'ils se rendaient bien compte qu'on n'était pas très réceptifs et on n'était pas très réceptifs parce que, parce qu'on savait pas ce que c'était que la dépendance et que la dépendance si c'est pas de la dominance c'est-à-dire si c'est pas lié à une position sur le marché c'est pas un sujet de concurrence particulier.

Pour ce rapporteur, la notion « d'abus de dépendance » a été placée à tort dans la partie de l'ordonnance (son titre III) consacré aux pratiques anticoncurrentielles. En raison de sa référence implicite à une norme d'équité dans les relations commerciales, cette notion devrait figurer selon lui dans le titre IV de l'ordonnance couvrant les « pratiques restrictives de concurrence ».

Rapporteur 3 Dans les pratiques restrictives, il y a je sais pas quoi, les prix imposés de revente, il y'a l'interdiction à la revente à perte et puis il y a donc ça, les pratiques restrictives [de concurrence], c'était pas du domaine de l'Autorité de la concurrence donc ça allait, mais en revanche, y'a des choses qui se superposent, par exemple y'a l'abus de dépendance économique. Alors on nous a flanqué, pourquoi, parce que déséquilibre, je sais pas quoi, le pouvoir de marché grands distributeurs, les petits fournisseurs, etc., bon, c'est pas un concept qu'est très économique, c'est pas facile à mesurer et pour le conseil c'était peut-être une question d'égalité pour la négociation, mais ça, c'est pas une question de concurrence, c'est une question de je ne sais pas quoi, d'équité, mais c'est pas dans le droit de la concurrence.

Prenant acte de cet échec devant le Conseil de la concurrence, les fournisseurs et certains membres de la DGCCRF commencent à militer à partir de 1994 pour réformer le droit des pratiques restrictives de concurrence, qui constitue le titre IV de l'ordonnance Balladur. Jusque-là, il s'était avéré peu efficace. En effet, les règles de facturation et d'interdiction de la revente à perte étaient floues et il supposait soit de passer devant un juge pénal, soit que la victime saisisse elle-même le tribunal de commerce, ce qui n'arrivait jamais en raison des menaces de représailles venant de la grande distribution. En 1996, ce lobbying se traduit par le vote de la loi Galland, qui permet une interdiction effective de la revente à perte et ainsi une limitation de la concurrence par les prix entre les distributeurs¹. Cette réorientation de la DGCCRF vers le titre IV de l'ordonnance Balladur acte la scission entre un « grand droit de la concurrence »

¹ Billows S., 2017, « Le marché et la règle. L'encadrement juridique des relations entre la grande distribution et ses fournisseurs », Thèse de doctorat en sociologie, Institut d'études politiques de Paris, chapitre 2.

tourné vers les structures et les dynamiques de marché et un « petit droit de la concurrence » centré sur les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs.

Conclusion de la troisième sous-partie

La « première cohabitation » représente pour les juristes et les économistes une opportunité politique. Différents acteurs convergent autour du projet réformateur consistant à créer une institution à mi-chemin entre une administration et une juridiction. Au total, l'action combinée de ces deux écologies liées parvient à dompter le « monstre » juridique qu'était le droit de la concurrence. Le Conseil de la concurrence dispose des moyens lui permettant de déployer une analyse économique *ad hoc* des cas qui lui sont soumis. Les fonctionnaires de l'ex-direction des Prix, qui défendaient une vision holistique de la politique de concurrence, voient en revanche leur rôle s'amoinrir.

Conclusion

La période allant du début des années 1970 au début des années 1990 a été décisive dans la genèse de la politique française de concurrence. Les deux réformes successives de 1977 et 1986 mènent à la création d'une autorité administrative indépendante dotée de larges pouvoirs. L'approche des « écologies liées » a permis d'identifier les phénomènes sociaux souterrains qui président à l'efficacité de ces deux réformes. L'écologie de la régulation ainsi constituée est composée de trois entités principales : d'anciens membres de l'administration des Prix, des économistes et des juristes de statuts divers (magistrats et avocats principalement). Frédéric Jenny et André-Paul Weber ont forgé la notion même de « politique de concurrence », appelée à se substituer à la « politique industrielle », et ont en promu une interprétation étroite, centrée sur les structures du marché. Les anciens membres de l'administration comme Dominique Brault ont édifié fait grandir une structure organisationnelle singulière, à mi-chemin entre administration centrale et juridiction. Quant aux avocats et aux juges, ils ont promu avec succès une procéduralisation de la politique de concurrence.

Si le formalisme issu de l'économie et celui issu du droit ont trouvé un point de convergence au sein du projet de créer un Conseil de la concurrence autonome, les contributions des deux écologies ne sont pas symétriques. Au fil du temps, les juristes investis dans ce milieu deviennent de plus en plus nombreux. La genèse du droit français de la concurrence participe à la restructuration du groupe professionnel dans son ensemble, qui cherche à se rapprocher du monde de l'entreprise et à unifier les différents statuts qui coexistent. Chez les économistes, on ne constate pas (encore) de mobilisation à l'échelle de la profession. Même si Frédéric Jenny exerce une forme de *leadership* intellectuel au sein du Conseil de la concurrence, celui-ci ne commence à recruter des économistes en son sein qu'à partir de la fin des années 1990. L'activité de conseil en économie exercée par Michel Glais demeure un isolat jusqu'à la création des premiers cabinets d'expertise économique vers le milieu des années 1990. L'orientation de l'économie industrielle française vers des questions différentes que celle du marché et ses structures a sans doute contribué à ce délai de latence. Nous verrons dans la partie

suivante qu'à partir du début des années 1990, les économistes parviennent malgré tout à accroître leur influence sur l'espace français de la concurrence.

Quelle généralité conférer à ce modèle « écologique » ? Peut-on l'appliquer aux autres autorités administratives indépendantes (AAI) qui se multiplient en France à partir du début des années 1990 ? Il faut bien l'avouer, le couple formé par le Conseil de la concurrence et la cour d'appel de Paris représente une modalité d'institutionnalisation originale de la régulation économique. En effet, après avoir longtemps tergiversé, le Conseil d'État s'engage pleinement dans la voie de la régulation à partir du début des années 1990 et son personnel commence à irriguer des instances de régulation de plus en plus nombreuses et dont les recours n'échappent plus au juge administratif¹. Le Conseil de la concurrence finira d'ailleurs par subir ce mouvement. En 2004, Frédéric Jenny quitte le Conseil pour la Cour de Cassation, où il est nommé conseiller extraordinaire. La même année, Bruno Lasserre, issu du Conseil d'État et architecte de la régulation « indépendante » des télécommunications, devient le président du Conseil de la concurrence. Contrairement à ses prédécesseurs, il s'investit pleinement dans son rôle, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur, où il devient le visage de la politique de concurrence française.

¹ 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 & Justice, Paris, 194 p

Partie II

L'expertise économique en action : logiques professionnelles et institutionnelles

Les économistes sont-ils devenus tout puissants ? Plusieurs contributions ont documenté leur essor dans le champ universitaire, dans la sphère publique et la sphère intellectuelle¹. Ils sont présentés comme une profession très légitime, de plus en plus écoutée dans les institutions étatiques et les tribunaux. Comme on l'a vu dans la partie précédente, le droit de la concurrence offre un cas d'étude intéressant pour observer les conditions d'une telle incursion. À ce titre, les résultats que nous y avons présenté ont déjà montré le caractère minoritaire des économistes dans la construction de ce nouvel espace de la régulation. Dans la continuité de la première partie, la deuxième étude de ce rapport examine le déploiement des économistes une fois le nouvel espace de la régulation constitué. Mais contrairement à la partie précédente, nous étendrons notre regard : étudiant non seulement les institutions, nous prenons en compte l'espace émergent du conseil aux entreprises et la manière dont se fabriquent les décisions administratives et judiciaires relatives à la concurrence.

Dans la continuité de ce que nous avons observé lors de la phase d'émergence de la politique de concurrence française, les économistes sont toujours en concurrence avec les professionnels du droit. Ainsi, dans cette partie, nous étudierons comment ces deux groupes professionnels entendent se positionner comme intermédiaires entre régulateurs et régulés, et leurs relations qui oscillent entre rivalité, cohabitation et collaboration. La politique de concurrence a connu assez tôt un mouvement de juridicisation et de judiciarisation que l'on peut situer dans les années 1970 au niveau européen² et dans les années 1980 en France (voir partie I). Contrairement aux avocats qui se positionnent dès cette période sur le marché du conseil, l'entrée des économistes sur ce marché est plus tardive. Comme nous l'avons vu dans la première partie, cette évolution tient à des phénomènes concomitants dans les différentes « écologies liées » de la concurrence, que ce soit dans le monde universitaire, le monde juridique ou le monde administratif. A partir du début des années 1990, face à des juristes qu'ils accusent de se complaire dans une approche « catégorielle », les économistes ont développé une analyse de la concurrence donnant la primauté au bien-être du consommateur et aux effets sur le marché. Cette nouvelle approche a connu une institutionnalisation progressive au tournant des années 2000, avec la création d'un service économique à l'Autorité de la concurrence et la

¹ Lebaron F., 2000, *La croyance économique*, Paris, Seuil, 266 p. ; Hirschman D., Popp Berman E., 2014, « Do Economists Make Policies? On the Political Effects of Economics », *Socio-Economic Review*, 4-12, p. 779–811, Maes J., Pühringer S., Rossier T., Benz P., à paraître en 2021, *Power and Influence of Economists. Contributions to the Social Studies of Economics*, Routledge, 286 p. ; Popp Berman E., à paraître, *Thinking Like an Economist. How Economics Became the Language of U.S. Public Policy*, Princeton University Press.

² Pour la juridicisation et judiciarisation du droit européen de la concurrence (en grande partie à l'initiative des avocats), voir Avril L., 2019, *Le costume sous la robe. Les avocats en professionnels multi-cartes de l'État régulateur européen : genèse, consolidation, contestations (1957-2019)*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris-I Panthéon Sorbonne, 439 p. Pour le cas français, voir la première partie du présent rapport.

révision des textes officiels encadrant les procédures. En parallèle, de plus en plus d'économistes, en leur nom propre ou via des cabinets de conseil, proposent leurs services à des entreprises impliquées dans des procédures d'application des politiques de concurrence.

Et pourtant, même en matière de concurrence, les économistes n'ont pas l'apanage des savoirs considérés comme légitimes dans le domaine de la régulation. En réalité, nous verrons que les avocats restent les maîtres des procédures d'application des politiques de concurrence, maintenant les économistes dans un état de dépendance. Si les économistes s'appuient sur des ressources variées, et notamment celles découlant de leur multipositionnalité (ce sont souvent des transfuges du champ universitaire ou des institutions de la régulation), ils restent des nouveaux venus et n'ont pas la capacité de s'imposer comme les uniques intermédiaires de la politique de concurrence. Contrairement aux analyses prédisant la domination des économistes sur les politiques publiques, on a bien deux groupes professionnels pour un État régulateur, et ce sont les avocats qui tiennent encore le rôle principal.

Pour étudier les deux groupes professionnels au cœur des relations entre régulateurs et régulés ainsi que leurs relations, on propose ici de s'appuyer essentiellement sur la sociologie des groupes professionnels¹. Celle-ci permet en effet de s'intéresser à des professions moins établies, des groupes plus labiles, saisis dans leurs « processus évolutifs, vulnérables, ouverts, instables »². Car l'intrusion des avocats et économistes dans les politiques de concurrence ne peut s'analyser sans interroger le périmètre de leur territoire professionnel³ et les acteurs autorisés à s'en saisir. Il s'agit donc ici de faire une sociologie des économistes et des avocats et non une sociologie de la science économique ou juridique. Autre spécificité, nous proposons de mettre en parallèle et en relation ces deux groupes professionnels. Alors que Frédéric Lebaron écrivait que l'on pouvait « comparer l'état de la sociologie des économistes avec celui de la sociologie des juristes et professionnels du droit » car « les deux disciplines et professions occup[ent] des positions fondamentalement homologues dans le champ du pouvoir⁴ », nous proposons ici de transposer cette affirmation sur le plan empirique. Avocats et économistes de la concurrence s'affirment en effet comme des intermédiaires⁵ de l'État régulateur et leur place au sein de cet État doit être étudiée de manière relationnelle, en mettant au jour les concurrences et alliances entre ces deux groupes sur le marché du conseil en concurrence.

Plusieurs types de matériaux empiriques sont mobilisés dans cette partie. Nous avons réalisé 23 entretiens, avec des économistes et des avocats, et analysé les données extraites des profils

¹ Demazière D., Gadéa C., 2010, *Sociologie des groupes professionnels*, Paris, La Découverte.

² *Ibid.*

³ Abbott A., 1988, *The System of Professions: An Essay on the Division of Expert Labor*, Chicago, University of Chicago Press.

⁴ Lebaron F., 2013, « Qui sont les économistes ? Une sociologie méconnue », *L'Économie politique*, 58, p. 24-34.

⁵ La sociologie des intermédiaires du droit et des politiques publiques, notamment dans le cadre des transformations de l'État de ces dernières décennies a généré un ensemble de recherches stimulantes. Voir notamment : Péglise J., 2019, « Varieties of Legal Intermediaries: When Non-legal Professionals Act as Legal Intermediaries », *Studies in Law, Politics and Societies*, 81, p. 101-128 ; Nay O., Smith A. (dir.), 2002, *Le gouvernement du compromis. Courtiers et généralistes dans l'action publique*, Paris, Economica, 2002 ; Hassenteufel P., « Chapitre 8 - Les acteurs intermédiaires des politiques publiques », in Hassenteufel P., 2011, *Sociologie politique : l'action publique*, Paris, Armand Colin, « U », 2011, p. 213-242.

LinkedIn de 100 avocats et 35 économistes¹. Nous avons complété ces données par une étude de documents produits par différentes institutions (ENSAE, Conseil / Autorité de la concurrence, TSE). Grâce à ces matériaux, nous sommes en mesure de montrer que, loin d'être devenu les maîtres du jeu de la concurrence, les économistes restaient dépendants de la position des avocats comme intermédiaires de l'État régulateur.

Pour comprendre les luttes et collaborations entre les deux groupes professionnels, mais aussi leur asymétrie relationnelle, nous proposons une analyse en quatre temps. Chaque temps de cette analyse permet de saisir la complexité des relations entre les deux groupes, qui apparaissent tout à la fois comme concurrents mais aussi dépendants dans l'intermédiation entre régulateurs et régulés. Nous traitons d'abord la genèse de ces deux groupes professionnels, leurs rapports historiques et évolutifs avec l'État et le marché, permettent de comprendre leurs entrées en concurrence plus ou moins précoces (1). Ensuite, l'étude des structures d'exercice et des parcours de carrière en leur sein met à jour les différences de statut entre les deux groupes (2). Nous avons également porté notre attention aux discours de légitimation portés par chaque groupe et à leur articulation. L'analyse de la construction d'*ethos* professionnel distincts, voire parfois contradictoires, met au jour les fondements théoriques et discursifs des deux professions (3). Enfin, nous nous sommes penchés sur les pratiques quotidiennes dans les cas de concurrence de ces deux groupes et de leurs interactions dans ce cadre. Il ressort de cette sociologie des pratiques et savoir-faire des deux groupes mais aussi de leurs interactions quotidiennes un constat d'asymétrie des relations dans le traitement des cas de concurrence (4).

¹ Les réseaux sociaux font désormais partie intégrante des matériaux mobilisés dans la recherche sociologique. En particulier, le réseau LinkedIn peut se révéler très utile pour reconstruire les parcours (bien qu'auto-déclarés) d'une population. Bastin G., Francony J-M., 2016, « L'inscription, le masque et la donnée. Datafication du web et conflits d'interprétation autour des données dans un laboratoire invisible des sciences sociales », *Revue d'anthropologie des connaissances*, 4-10, p. 505-530.

1. Entrer en concurrence

Si l'on constate que désormais deux groupes professionnels interviennent dans l'application des politiques de concurrence en France, ces deux groupes ont deux histoires différentes qui permettent de comprendre leurs divergences quant au rôle de l'État dans leur apparition, leur degré d'autonomie par rapport aux autres sphères sociales – en particulier la sphère académique – et leur institutionnalisation comme profession. Les modalités particulières par lesquelles ces deux groupes professionnels ont émergé permettent de comprendre des entrées en concurrence différenciées.

L'histoire de la constitution des deux groupes professionnels permet d'expliquer leur arrivée plus ou moins tardive dans les écologies liées de la concurrence. Mais l'asymétrie se prolonge si l'on regarde les structures dans lesquelles exercent ces professionnels. Alors que les économistes travaillent dans des cabinets relativement petits, hyperspécialisés dans les questions relatives à la concurrence (1.1), les avocats font partie de structures bien établies qui leurs procurent des ressources à la fois statutaires et matérielles (1.2).

1.1 Le barreau d'affaires parisien au cœur de la concurrence

Au tournant des années 1970-1980, une poignée d'avocats a investi les politiques de concurrence. Partant à la conquête des politiques de régulation et de leurs procédures d'application, les avocats se sont progressivement affirmés comme les représentants des intérêts des entreprises dans le cadre de l'application des politiques de concurrence et le contentieux, administratif et judiciaire, que cette application peut engendrer. Cette conquête des politiques de concurrence ne peut se comprendre sans étudier les redéfinitions des rapports de la profession au marché et à l'État (1.1.1). Les avocats ont pu bénéficier de structures d'exercice anciennes dans ce processus (1.1.2).

1.1.1 *Extension du territoire professionnel et reconfiguration des rapports au marché et à l'État*

Ce rôle a été progressivement institutionnalisé : le décret de 1981 comporte déjà des garanties procédurales, l'instauration d'un Conseil de la concurrence en 1986 déployant des procédures plus hybrides, moins administratives, et la possibilité de faire appel des décisions devant la cour d'appel de Paris (puis la Cour de cassation) en apportent encore davantage. Le rôle des avocats est encore renforcé dans la seconde moitié des années 2000, avec la reconnaissance des droits de la défense par la Cour de justice de l'Union européenne et de l'application de l'article 6 de la CEDH aux procédures concurrentielles¹.

¹ Pour une analyse juridique d'une telle judiciarisation et juridictionnalisation des procédures des autorités administratives indépendantes de la régulation, voir : Taïbi Achour M., 2013, « La justification du pouvoir de sanction des AAI de régulation est-elle toujours pertinente ? », *Revue Internationale de Droit Pénal*, 84-3/4, p. 463-480.

Si les avocats se sont saisis de la politique de concurrence, cela ne tient cependant pas uniquement aux réformes de la procédure régissant son application. L'extension de leur territoire professionnel¹ tient à une reconfiguration de leurs rapports au marché d'une part, et à l'État d'autre part. Depuis les années 1980, la profession d'avocat a connu un rapprochement avec le secteur privé. Principe fondamental de la légitimité positionnelle des avocats, cette rhétorique du « désintéressement »² est fragilisée depuis plusieurs décennies par un rapprochement de la profession avec les intérêts économiques et par le développement d'un barreau d'affaires³. Celui-ci s'est progressivement affirmé, notamment après la fusion avec les conseils juridiques, entérinée en 1991. Le barreau de Paris apparaît à ce titre comme l'épicentre de ces transformations et de ce repositionnement d'une frange de la profession. Le décentrement de la profession par rapport à ses activités contentieuses a permis le développement d'un ensemble de services de conseils à destination des entreprises. Comme l'a montré la première partie de ce rapport, la politique de concurrence a participé à ce mouvement mais celui-ci ne saurait s'y limiter : le rapprochement de la profession avec le marché concerne bien d'autres domaines du droit (droit fiscal, droit des sociétés, droit de la régulation financière ...). C'est dans ce processus de transformation de la profession et de son point d'équilibre entre l'État et le marché que les cabinets ont alors créé des départements « concurrence », permettant à leurs clients de se mettre en conformité avec le nouveau corpus de règles françaises et européennes, d'anticiper un éventuel conflit avec le régulateur et, le cas échéant, de les représenter auprès des autorités de concurrence française et européenne.

Un autre mouvement, plus récent que celui du rapprochement avec le marché, concerne les rapports de la profession à l'État (régulateur). L'État régulateur se caractérise notamment par une redéfinition des modalités de l'action publique et des frontières public/privé. Dans ces nouvelles modalités, les avocats se sont inventés une place de choix, agissant en auxiliaire de l'État régulateur ou en relais des intérêts des entreprises auprès de celui-ci. La réalisation d'études pour le compte de l'administration sur l'application des régulations par les cabinets d'avocats, le développement de services qui ont traités au domaine de la *compliance* ou encore du lobbying, sont autant de manifestations du rôle désormais incontournable des avocats. Ce processus se manifeste également par le développement des passages des élites politico-administratives vers les cabinets d'avocats parisiens que Pierre France et Antoine Vauchez qualifient de « nouveau pantouflage vers le barreau d'affaires »⁴, qui se déploie à partir de la fin des années 1990. Ces transformations concourent à l'extension de la juridiction des avocats vers le conseil en concurrence, ainsi qu'à la « genèse de ce champ de l'intermédiation et de l'influence » par « la montée en puissance conjointe d'un barreau d'affaires ... et d'un État dit « régulateur » qui noue de nouvelles alliances avec les professionnels des marchés et des secteurs dits « régulés » (télécoms, énergie, transports ...) »⁵.

¹ Abbott A., 1988, *op. cit.*

² Boigeol A., 1981, « De l'idéologie du désintéressement chez les avocats », *Sociologie du Travail*, 23-1, p. 78-85.

³ Boigeol A., Dezalay Y., 1997, « De l'agent d'affaires au barreau : les conseils juridiques et la construction d'un espace professionnel », *Genèses*, 27, p. 49-68.

⁴ Vauchez A., France P., 2017, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Presses de Sciences Po, p.17.

⁵ *Ibid.*

On ne peut comprendre l'extension de la juridiction des avocats sans retracer les évolutions de leur rapport au marché d'une part et à l'État d'autre part. Alors que le discours de la distance prévalait jusque dans les années 1980, les avocats d'affaires spécialisés dans la régulation concurrentielle semblent avoir opéré un double rapprochement : avec le marché d'abord, puis avec l'État et ses instances de régulation dans un second temps. La juridictionnalisation et la judiciarisation des procédures ont agi comme une consécration de leur rôle nouveau mais indispensable dans l'application des politiques de concurrence.

1.1.2 *L'appui sur des structures d'exercice solides*

C'est à la faveur de ces transformations professionnelles qu'une deuxième génération d'avocats en droit de la concurrence s'est formée. Elle profite également d'un ensemble de phénomènes externes à la profession : l'adoption d'un règlement européen des concentrations donne un nouveau souffle à leur contrôle au sein des États membres, notamment en France où malgré la loi de 1977¹, il restait peu appliqué². Le processus de libéralisation en France comme en Europe³ constitue également un tournant. En particulier, deux vagues de privatisations, en 1986-1988 et 1993-1994⁴, entraînent dans la logique du marché et le secteur privé un ensemble de structures publiques. Ce processus touche aussi bien le secteur de l'énergie⁵ que celui des télécommunications⁶. Si on ne retient souvent que les grandes dates de ce mouvement (privatisation de France Télécom en 1997, de Gaz de France en 2004), il s'agit en réalité d'un processus graduel, amorcé dès la fin des années 1970⁷. Les conséquences pour les avocats d'affaires en général et en droit de la concurrence en particulier sont la captation d'un ensemble de nouveaux clients, issus du secteur public :

Entretien 1 – avocat, associé, Paris, 4 mai 2018 : « Le deuxième [phénomène expliquant le développement du droit de la concurrence dans les années 1990], ça a été la libéralisation de tous les secteurs qui ont fait que des entreprises comme EDF, aéroports de Paris, la Poste, qui étaient des boîtes qui ... Le seul droit qu'ils connaissaient, c'était le droit public en gros. [...] Et j'ai été l'avocat de quasiment tous les groupes de secteurs soumis à libéralisation. Télécoms, les services postaux, les énergies... »

¹ Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977, relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante.

² Voir la première partie de ce rapport.

³ Jabko N., 2009, « Chapitre 6. Le marché comme norme », in *L'Europe par le marché. Histoire d'une stratégie improbable*, Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », p. 139-179.

⁴ Morin F., 1996, « Privatisation et dévolution des pouvoirs. Le modèle français du gouvernement d'entreprise », *Revue économique*, 47, p. 1253-1268.

⁵ Viallet-Thévenin S., 2015, « État et secteur énergétique en France : quels dirigeants pour quelles relations ? », *Revue française de sociologie*, 3-56, p. 469-499.

⁶ Fligstein N. D., 2010, « Chapitre 6. Les politiques des télécommunications », in Borraz O. (ed.), *Politiques publiques 2. Changer la société*, Paris, Presses de Sciences Po, p. 171-188.

⁷ Jobert B. (dir.), 1994, *Le Tournant néolibéral en Europe*, Paris, L'Harmattan.

Le temps où les petits cabinets généralistes¹, tels que ceux de Robert Collin ou Jacques Lassier², pouvaient se saisir des affaires est loin. À la faveur de la restructuration des cabinets d'avocats après la réforme de 1991 fusionnant la profession d'avocat et les conseils juridiques et ayant conduit à une polarisation forte des structures d'exercices³, ce sont des grands cabinets d'affaires parisiens qui monopolisent désormais ces affaires. Bredin Prat (fondé en 1966), Gide (fondé en 1920) ou Jeantet (fondé en 1924) sont des cabinets historiques sur la place de Paris. Ils se positionnent très tôt en cabinets tournés vers les affaires, développant une clientèle d'entreprise à qui ils dispensent davantage de conseils juridiques que des prestations de représentations devant les juridictions. Ces cabinets montrent un intérêt précoce pour le développement du droit européen – Gide a ouvert un bureau à Bruxelles en 1967, Bredin Prat en 1973. Leur entrée en concurrence s'appuie donc sur une connaissance fine des règles européennes en la matière. Déjà opposés au modèle du cabinet généraliste, ces cabinets recrutent des spécialistes dès les années 1960-1970. C'est ce que raconte Jean Loyrette (qui s'associe à Gide et Nouel en 1957), dans un entretien :

Jean Loyrette, Paris, 20 mars 2015 : « Les deux évolutions essentielles du cabinet ont été les suivantes : premièrement, contrairement à beaucoup d'autres avocats qui n'ont pas compris, nous nous sommes rendus compte qu'il fallait aller vers la spécialisation. C'est-à-dire que pendant ... l'avant-guerre, on était soit civiliste soit pénaliste. Point à la ligne. Mais il n'y avait pas d'autres spécialités. Et au fur et à mesure des années se sont constituées des spécialités : le droit social, le droit de la propriété industrielle etc. »

Cette spécialisation est justifiée par le type de clientèle de ces cabinets et correspondrait à une adaptation de ces cabinets aux besoins des grandes entreprises :

Jean Loyrette, Paris, 20 mars 2015 : « Et il fallait, on ne pouvait pas se prétendre avocat universel et si on voulait conseiller en particulier les grands groupes il fallait avoir une palette de gens. Pour vous donner un exemple, alors à Paris il doit y avoir dix spécialités à peu près c'est-à-dire il y a le droit social, le pénal, le droit de la propriété industrielle, le droit bancaire, le droit financier, le droit fiscal etc. bon. Alors ... nous, nous avons joué cette carte là au fur et à mesure, nous avons recruté des gens qui peu à peu se sont spécialisés. »

Au recrutement de spécialistes correspond une division des tâches des cabinets, organisés en département. Ce sont ces départements "concurrence" qui se développent dans les années 1980-1990. Par exemple, Robert Saint Esteben est recruté chez Bredin Prat en 1973, sur un poste à mi-temps. Il est promu associé à la fin des années 1970. Au début des années 1990, son équipe est composée de deux associés et 3-4 collaborateurs. Aujourd'hui, l'équipe comprend une vingtaine de collaborateurs. Celle du cabinet Gide est composée de 14 personnes basées à Paris, dont trois associés, tandis que celle de chez Jeantet comprend 4 associés et 2 *counsels*. À ces

¹ Par « cabinet généraliste », on entend les cabinets qui n'affichent pas de spécialisation particulière dans une branche du droit. Ils peuvent donc offrir des services juridiques aussi bien en droit de la famille, droit pénal ou encore en droit des affaires.

² Robert Collin et Jacques Lassier étaient les avocats des parties dans l'affaire Grundig/Consten. Voir première partie de ce rapport.

³ Selon Christian Bessy, la polarisation oppose les cabinets d'affaires (parisiens, de grande taille et d'affaires) aux cabinets issus du barreau traditionnel (généralistes, de plus petite taille et majoritairement situés en province). Cf Bessy C., 2016, « Organisation des cabinets d'avocats et marchés des services juridiques », *Revue d'économie industrielle*, 155, p. 41-69.

cabinets historiques, il faut ajouter ceux créés au moment du développement du barreau d'affaires et qui sont devenus rapidement des structures puissantes sur le marché du droit des affaires. Le cabinet Darrois Villey Maillot Brochier (fondé en 1987), De Pardieu Brocas Maffei (1993), Vogel & Vogel (1990, qui revendique être « une véritable entreprise de services juridiques »¹) ou August & Debouzy (1995).

Un autre ensemble de cabinets, plus internationaux, sont eux aussi devenus des *repeat players* au Conseil de la concurrence puis à l'Autorité de la concurrence. Herbert Smith Freehills, Baker & Mc Kenzie, Willkie Farr et Gallagher, Cleary Gottlieb, Bird & Bird, Allen & Overy, Linklaters, Clifford Chance, pour ne citer que les principaux. Là encore, les avocats bénéficient de structures établies, dont la légitimité et la crédibilité est bien établie. Par ailleurs, ils peuvent s'appuyer sur une expertise du cabinet dans les politiques de concurrence/antitrust européennes et américaines.

Enfin, on constate également le développement de cabinets de niche. Ces cabinets qui « connectent très étroitement "conseil" et "contentieux", en faisant plus ou moins œuvre inventive de jurisprudence dans un domaine précis (une "niche")² » sont apparus depuis les années 2000³. Leur création est le fait de figures connues, d'anciens associés de cabinets anglo-saxons, qui s'appuient sur leur expertise et leur reconnaissance dans les milieux économiques et juridiques pour développer une offre de services très spécialisés. Contrairement aux cabinets d'affaires de plus grande taille qui entendent proposer la gamme complète des services juridiques dont les entreprises auraient besoin, le cabinet de niche se focalise uniquement sur la concurrence. Ils ont donc souvent la taille d'un département spécialisé d'un grand cabinet. On trouve ainsi Fréget & associés (2 associés, 3 collaborateurs), fondé en 2014 par deux anciens de Bird & Bird, grand cabinet anglo-saxon. C'est aussi le cas du cabinet Magenta, d'une dizaine d'avocats, fondé en 2008 par deux anciens de White & Case spécialisés dans le droit de la concurrence et les secteurs régulés, proposant une offre « tant en matière de conseil que de contentieux devant les autorités spécialisées »⁴.

L'entrée en concurrence des avocats prend racine dès les années 1980 dans des structures déjà bien établies. Dans les deux cas, il s'agit de structures dont la longévité est élevée et qui ont accumulé beaucoup de crédit au fil des années. Au sein de ces structures et dans l'environnement professionnel du droit des affaires en général, le droit de la concurrence est aujourd'hui une spécialité particulièrement prisée et reconnue.

1.2 La concurrence comme point de départ de l'invention d'un nouveau groupe professionnel d'économistes-conseils

¹ [https://www.vogel-vogel.com/le-cabinet-vogel/](https://www.vogel-vogel.com/le-cabinet-vogel-vogel/)

² Bessy C., 2016, *art. cit.*

³ L'arrivée des cabinets de niche depuis les années 2000 est également identifiée par Chaduteau O., 2014, « Les cabinets d'avocats d'affaires en France », *Commentaire*, 147, p. 597-604.

⁴ <https://www.lemondedudroit.fr/interviews/2349-sylvain-justier-et-vincent-jaunet-avocats-magenta.html>

Les économistes-conseils, groupe professionnel qui s'invente au contact des politiques de concurrence, ne bénéficient pas de l'appui de structures anciennes et de la respectabilité liée à une profession telle que celle des avocats. Leur entrée dans le conseil se fait à la faveur des libéralisations sectorielles des années 1990 et tient à des circulations entre les écologies liées du groupe professionnel (université, administration). Ce n'est qu'au début des années 2000 que le conseil se désectorise pour devenir plus transversal. Là encore, cette évolution tient tout autant à des transformations dans les lieux de formation des économistes qu'à la pénétration de l'expertise économique dans les autorités de régulation.

1.2.1 Une première vague, sectorielle, d'entrée dans le conseil

La faible institutionnalisation du groupe des économistes français, sa dépendance vis-à-vis des institutions étatiques¹ tout comme l'orientation de l'économie industrielle française vers des questions non strictement liées aux structures et dynamiques de marché permettent de comprendre l'entrée plus tardive de ces professionnels sur le marché des services du conseil en concurrence (voir partie 1). Le recours à des économistes externes à l'entreprise n'intervient que tardivement dans l'histoire des politiques de concurrence. Cette redéfinition des rapports de la profession avec le monde économique est due notamment à la « libéralisation, les transformations de l'économie française », aux « modifications des politiques économiques accompagnant le processus d'eupéanisation » ainsi qu'à « la capacité d'entrepreneuriat de certains individus² ».

Ce n'est qu'au milieu des années 1990 qu'apparaissent les premiers économistes en concurrence, offrant des services de conseil aux entreprises. Pour la plupart, ce sont des transfuges issus du milieu des institutions étatiques de formation de l'élite qui avaient porté la transformation des savoirs économiques dans les années précédentes. Ils tirent leur prestige d'une part de leur position dans le champ académique (publications, cours) et d'autre part de leurs activités dans les arènes de l'État régulateur (Conseil de la concurrence, autorités de régulation). Car le groupe professionnel continue de dépendre des ressources acquises dans ses écologies liées pour acquérir une forme de respectabilité professionnelle, ne pouvant s'appuyer, comme les avocats, sur l'histoire longue de l'autonomisation d'une figure du professionnel du conseil.

Il est vrai que l'arrivée dans le marché du conseil en concurrence des économistes se fait, tout comme pour la deuxième génération d'avocats, par les politiques de libéralisation. Elle est donc sectorielle et centrée sur la régulation des entreprises, autrefois publiques, de réseaux. Ainsi, le premier cabinet de conseil en économie dans la concurrence est ouvert en 1996 par Laurent Benzoni. Celui-ci tire sa légitimité à conseiller les entreprises de son investissement dans l'enseignement et de ses publications en économie industrielle : il est co-auteur d'un *Traité*

¹ Marion Fourcade écrit ainsi que la « principale voie de légitimation de cette discipline a été une association étroite avec les fonctions administratives et industrielles de l'État central ». Voir Fourcade M., 2009, *Economists and Societies*, Princeton, Princeton University Press, p. XV.

² *Ibid*, p. 229.

d'économie industrielle en 1988¹ et contribue au numéro spécial de la *Revue d'économie industrielle sur la concurrence* en 1993². C'est lui qui a créé le département de recherche en économie de l'École nationale supérieure des télécommunications en 1986, s'imposant rapidement comme le spécialiste de ces questions. C'est à la faveur de la loi de 1996 qui permet de définir le cadre d'un secteur des télécommunications concurrentiel que Laurent Benzoni se saisit de cette opportunité pour créer le cabinet TERA. Dès sa création, TERA se positionne sur la (dé)régulation des télécoms et sur les relations entre les différents acteurs de la téléphonie, qui doivent partager des infrastructures. Il conseille notamment France Télécom et Bouygues. À cet effet, Laurent Benzoni et ses collègues mettent en œuvre des méthodes de calcul de coûts similaires à celles qu'il a enseignées depuis 1983 à l'École des Télécoms. Il peut compter sur un carnet d'adresse fourni puisque ses années d'enseignement à Télécom Paris lui ont permis de former des cadres dirigeants de France Télécom.

Le deuxième cabinet à voir le jour, en 2002, se spécialise dans un premier temps sur un autre secteur en plein libéralisation : l'électricité. Microeconomix est fondé par François Lévêque. Lui tire sa légitimité de son statut de chercheur au CERNA et de ses années d'enseignement de l'économie industrielle et de l'économie de l'énergie à l'École des Mines (depuis 1996). Il y avait inauguré en 1999 une nouvelle spécialité en droit et économie. Il conseille un autre grand monopole : EDF (qui finance également le centre d'économie industrielle – CERNA – où il est chercheur).

Contrairement aux avocats, qui intègrent le conseil des secteurs régulés dans des structures d'exercices anciennes, on voit que l'activité de conseil développées par les économistes intervient dans des structures *ad hoc*, créées spécifiquement pour offrir ces nouveaux services. Comme les économistes sont arrivés au conseil par la concurrence, ils n'ont pas pu s'appuyer sur des structures existantes, comme c'était le cas pour les cabinets d'avocats. Ainsi, les premiers cabinets sont créés dans la seconde partie des années 1990 et dirigent leurs activités vers le conseil sectoriel, se spécialisant dans la régulation du secteur des télécoms (TERA) ou de l'énergie (Microeconomix). De plus, la faible autonomie du groupe professionnel des économistes en concurrence a pour conséquence une plus grande dépendance de ces structures vis-à-vis des ressources individuelles de leur fondateurs-dirigeants, qui tirent leur reconnaissance professionnelle de leurs positions dans les sphères académiques ou de leurs positions précédentes dans les instances de l'État régulateur.

1.2.2 *Mutation des formations économiques et pénétration de la sphère de la régulation*

Après une première vague, sectorielle, d'installation d'économistes dans le conseil, une seconde vague d'installation apparaît dans la deuxième partie des années 1990 et début des années 2000. Les profils sont sensiblement différents : plus généralistes, les acteurs sont également passés d'abord par le milieu académique, puis dans les instances de régulation, avant de fonder leur cabinet de conseil, confirmant ainsi la nécessité d'étudier ce groupe professionnel en termes

¹ Arena R., Benzoni L., de Bandt J., Romani P-M., 1988, *Traité d'économie industrielle*, Paris, Economica.

² Glais M. (dir.), 1993, « Politiques de concurrence », *Revue d'économie industrielle*, 63.

d'écologies liées (voire partie 1). Pour comprendre l'arrivée de ces profils plus généralistes dans le secteur du conseil, il faut faire un détour par les lieux de formation et de recherche sur la concurrence, qui se réforment au début des années 1990, et dont les diplômés vont ensuite, quelques années plus tard, fournir un vivier d'économistes qui vont essaimer ensuite aussi bien dans les institutions de la régulation que dans les cabinets de conseils.

Ainsi, l'ENSAE opère sa mue vers l'économie industrielle et la micro-économie dans la première moitié des années 1990. Le mouvement est initié par un rapport¹ issu d'une mission de réflexion prospective sur l'école menée par Jacques Lesourne (professeur au Conservatoire National des Arts et Métiers) et Nicolas Curien (directeur-adjoint de l'ENSAE) à la demande du directeur général de l'INSEE. Envisageant les réformes possibles pour donner à l'ENSAE plus de visibilité et de poids, notamment face à la concurrence croissante d'autres pôles de formation et de recherche, les auteurs préconisent d'adapter la formation dispensée par l'école à la diversité de plus en plus grande des débouchés pour les élèves, à la montée en puissance des recrutements dans la finance et l'assurance et plus généralement au déclin des entreprises et industries comme employeurs à la sortie de l'école au profit du secteur des services. On compte déjà, dans les personnes interviewées pour ce rapport, Laurent Benzoni ainsi que d'autres noms de l'économie industrielle (David Encaoua, Jean-Jacques Laffont). De nombreuses recommandations du rapport tendent d'ailleurs à renforcer l'enseignement et la recherche en économie industrielle. Côté enseignement, le rapport envisage par exemple la création d'une filière « microéconomie ou/et économie industrielle », en troisième année et invite à « changer l'esprit des enseignements d'économie, jugés trop abstraits pour des enseignements de complément ; les tourner davantage vers les applications industrielles et financières ». Côté recherche, le rapport envisage un développement significatif du laboratoire (CREST). Philippe Nasse est ensuite nommé à la direction de l'école « dans le but tout à fait explicite de mettre en œuvre les recommandations du rapport Lesourne Curien² ». Il occupe ce poste jusqu'en janvier 1994 et donne priorité à la recherche en créant une « formation par la recherche », dont l'objectif est de repérer les élèves qui pourraient garnir les rangs du centre. Dès 1993, il réorganise le CREST, qui devient une fédération de laboratoires thématiques (statistique, économie industrielle, finance-assurance, micro-économétrie, sociologie quantitative³), et les effectifs des doctorants ont déjà doublé (une vingtaine). C'est également à cette période que la grille d'enseignement est caractérisée par « la montée de la micro-économie⁴ ».

La mutation de cette structure de formation et de recherche vers l'application des théories économiques et la recherche de réponse aux besoins des entreprises a resserré les liens entre le

¹ Lesourne J., Curien N., 1990, *L'ENSAE demain : réflexion prospective*, Centre national de l'entrepreneuriat (CNE), ENSAE.

² Entretien avec Philippe Nasse, directeur sortant de l'ENSAE, *Variations*, 2, 01 mai 1994 (*Variations* est le journal de l'association des anciens élèves de l'ENSAE). <https://www.ensae.org/fr/variances/article/entretien-avec-philippe-nasse-directeur-sortant-de-l-ensae/28>

³ L'entreprise de réforme de l'école culmine avec la publication du décret du 27 juin 1994 qui crée le Groupe des Écoles Nationales d'Économie et Statistique, rassemblant d'une part l'ensae (ancienne vision SEA), l'ENSAI (ancienne division GCSA) et enfin le CREST

⁴ Desrosières A., 2008, *Pour une sociologie historique de la quantification*, Paris, Presses des Mines, 329 p.

groupe des économistes et le régulateur. Institution de recherche, le CREST est devenu un vivier de régulateurs puis de conseillers des régulés. On a pu voir dans la première partie le rôle déterminant de Frédéric Jenny au Conseil de la concurrence (CDC), mais dont la trajectoire atypique est difficile à reproduire. À partir de la fin des années 1990, d'autres personnalités ayant une formation économique intègrent le CDC. C'est le cas de Philippe Nasse¹, dont on a vu le rôle dans la transformation de l'ENSAE. Il est membre du collège du Conseil de la concurrence de 1999 à 2001 puis vice-président². Après 2003, il retourne au CREST et en devient président. Mais c'est surtout sous la présidence de Bruno Lasserre entre 2004 et 2016, que le CDC/Autorité de la concurrence (ADC) connaît les plus grandes transformations (voir encadré). Anne Perrot, auparavant professeure à l'ENSAE et directrice du laboratoire d'économie industrielle du CREST/ENSAE entre 1997 et 2004 devient également vice-présidente de 2004 à 2012. Philippe Choné, chercheur au CREST rejoint l'ADC en 2014.

Bruno Lasserre, un conseiller d'État au service de l'économie ?

Le conseiller d'État Bruno Lasserre apparaît comme l'une des clés de voûte de l'instauration des agences de régulation. Nos enquêtés en font également une figure incontournable du CDC/ADC, le présentant en instigateur providentiel des réformes du CDC et défenseur de l'analyse économique de la concurrence. Un enquêté, issu du service économique de l'ADC, le décrit ainsi comme le « papa de la concurrence », un « dieu vivant », « c'est lui qui a tout fait, c'est un gars qui a une vision³ », un autre loue son « une intelligence hors normes⁴ ». Cette mainmise sur le CDC puis l'ADC lui vaut de se faire des ennemis : à la DGCCRF tout d'abord, qu'il aurait « dépouillée⁵ » à la faveur de la loi de modernisation de l'économie (LME), qui transfère les compétences de la DGCCRF en matière d'enquêtes et de contrôle des concentrations à la nouvelle Autorité, ravivant les conflits de compétences opposant les fonctionnaires de Bercy et les conseillers d'État. Un enquêté voit dans ce conflit une « histoire de corps⁶ », un autre décrit des « luttes intestines⁷ » entre les deux entités.

Outre l'arrivée d'économistes au sein du collège, c'est aussi la structure organisationnelle du CDC/ADC qui évolue, consacrant dans l'organigramme institutionnel la prise en compte de l'expertise économique. En 2001, le Conseil connaît des réformes de « modernisation⁸ » : deux postes de rapporteurs généraux adjoints sont créés, ainsi que des « cellules spécialisées de soutien au travail des rapporteurs » : cellule juridique, économique, sectorielle et méthodologique, auxquelles s'ajoute un service de la formation. La cellule économique, dirigée alors par Nadine Mouy, est composée de « deux chargés de mission et de plusieurs rapporteurs ». Elle veille notamment « à fournir aux rapporteurs les instruments nécessaires

¹ Mort en 2008.

² En 2003, il retourne ensuite au CREST pour en devenir président.

³ Entretien 2, économiste à l'ADC, Paris, 7 février 2019.

⁴ Entretien 3, avocat, associé, Paris, 21 février 2019.

⁵ Entretien 2.

⁶ Entretien 2.

⁷ Entretien 3.

⁸ voir le rapport annuel du Conseil de la concurrence de 2001 : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/024000476.pdf>

pour évaluer de manière plus concrète le dommage à l'économie résultant des pratiques anticoncurrentielles, et développe des réflexions avec le monde académique en vue d'approfondir certains concepts difficiles de l'économie de la concurrence ». Progressivement, la cellule économique s'étoffe pour devenir un service économique à part entière, dirigé par un chef économiste et comprenant aujourd'hui sept économistes, sur le modèle des transformations au niveau européen¹. Le rôle du service économique est notamment défini dans l'article 10 de la décision du 30 mars 2009 portant organisation de l'ADC : « il prête son concours à l'analyse des affaires en cours d'instruction ou à l'examen de questions générales d'ordre économique. Il met son expertise à la disposition de l'Autorité, notamment en réalisant des études économiques ou en contribuant à d'autres projets comportant des aspects économiques ». D'autres documents de l'autorité témoignent de la prise en compte de l'expertise économique, par exemple dans le domaine des concentrations².

1.2.3 Vers une désectorisation du conseil

C'est à la faveur de ces transformations, qui interviennent tout à la fois dans la sphère de la formation/recherche et dans celui de la régulation, que le conseil en économie de la concurrence va véritablement se déployer et se déssectoriser. Dans la deuxième moitié des années 2000, de nouveaux cabinets de conseil en économie sont créés, plus généralistes. Le troisième cabinet français à voir le jour, en 2007, est le cabinet MAPP, fondé par deux anciens membres du cabinet Compass Lexecon (Chicago, bureau de Paris ouvert en 2004), David Spector et Antoine Chapsal. Contrairement à TERA et à Microeconomix, les deux cabinets français préexistant, il s'agit moins dans ce cas de se spécialiser sur un secteur que de proposer des conseils d'expertise économique à un ensemble d'acteurs divers dans le cadre d'études stratégiques ou de procédures auprès des autorités concurrentielles. La légitimité du fondateur David Spector vient de son statut de professeur associé à l'École d'économie de Paris ainsi que de ses années d'enseignement à la London School of Economics et au MIT.

Cette déssectorisation correspond aussi à un renforcement des liens entre les écologies liées de l'économie : les interdépendances entre le secteur du conseil en économie et la sphère académique se manifestent notamment sur les stratégies de présentation et de légitimation des cabinets. Ainsi, le site de MAPP indique, dès sa page d'accueil que « [sa] proximité avec le monde de la recherche universitaire, [leur] permet de réaliser des analyses tenant compte des avancées les plus récentes de la recherche en théorie économique et en économétrie³ », même chose chez TERA, qui revendique une « grande proximité avec le monde académique qui garantit la crédibilité des travaux et permet en outre de solliciter des universitaires de grande notoriété pour la réalisation de consultation sur des sujets précis⁴ ».

¹ En 2004, une réforme de la Commission européenne mène à la création d'une « *Chief economist team* » chargée de donner un éclairage économique sur les affaires traitées par la Commission européenne.

² Les lignes directrices de l'ADC de 2009 relatives au contrôle des concentrations mentionnent ainsi l'indice IHH.
³ <https://home.kpmg/fr/fr/home/services/advisory/deal-advisory/competition-economics-mapp-by-kpmg.html#:~:text=L'expertise%20Mapp%20Economics,-Depuis%202007%2C%20Mapp&text=Notre%20expertise%20couvre%20l'ensemble,ententes%20et%20aides%20d'Etat>, [page consultée le 31 mars 2021].

⁴ <https://www.teraconsultants.fr/> [page consultée le 31 mars 2021].

Enfin, on constate une troisième vague de constitution de l'expertise économique en service du marché du conseil. Aujourd'hui, avec l'arrivée des cabinets anglo-saxons plus généralistes (Compass Lexecon, LECCG, NERA, Oxera, CRA, RBB) et le rachat du cabinet français MAPP par KPMG en 2018, le conseil a achevé sa désectorisation. Les cabinets offrent une gamme de services plus larges, destinés à couvrir l'ensemble des besoins entreprises susceptibles d'avoir affaire au régulateur. Cependant, nous verrons qu'avec le développement du marché du conseil aux entreprises, les cabinets ont dû recruter de nouveaux économistes, ne pouvant uniquement compter sur des transfuges de secteurs académiques ou étatiques, notamment pour les postes plus juniors.

Économistes et avocats ne pénètrent pas le monde de la concurrence au même moment, ni avec les mêmes ressources, et la bataille pour la concurrence ne s'engage pas à armes égales. Cette asymétrie se retrouve dans la structure des carrières en cabinet.

2. Faire carrière en concurrence

Cette asymétrie est particulièrement visible dans les carrières des jeunes avocat·es et économistes, qui constitueront le fil conducteur de cette partie. Les économistes sont généralement plus jeunes et leurs carrières sont plus instables et plus fluides

2.1 En droit, des carrières compétitives mais ouvertes

Le prestige du droit de la concurrence et son adossement à un monde professionnel structuré offrent aux jeunes avocat·es qui s'engagent dans cette voie des opportunités de carrière attractives. Les possibilités de reconversion compensent l'incertitude de pouvoir gravir les échelons de la hiérarchie des cabinets d'avocats d'affaires.

2.1.1 *Une compétition plus importante que dans les autres branches du droit des affaires*

Les places au sein des équipes spécialisées dans la concurrence des cabinets d'avocats sont rares. Certes, la « concurrence » est un label prestigieux, source de légitimation des cabinets d'affaires, qui n'hésitent pas à revendiquer une spécialisation en la matière. Cependant, l'étiquette recoupe des situations variées. Les cas de concentrations ou d'abus de position dominante sont en réalité peu nombreux si on compare la manne d'opérations traitées par d'autres branches du droit des affaires, que ce soit le droit des sociétés ou le droit fiscal et le label « concurrence » peut englober des affaires moins prestigieuses que celles relevant des concentrations, des ententes ou de l'abus de position dominante, tel que le droit des relations distributeurs-fournisseurs.

Cette distinction entre ce qui serait le « grand droit de la concurrence », le « vrai » droit de la concurrence, et le « petit droit de la concurrence » est liée aux origines du droit français de la concurrence. Comme nous l'avons vu dans la première partie, celui-ci a été en grande partie remanié par l'ordonnance du 1er décembre 1986 (dite Balladur). Son titre III traitait du droit des ententes, de l'abus de position dominante et des pratiques anticoncurrentielles. Quant au

titre IV, il régit les relations verticales entre distributeurs et fournisseurs, avec un objectif de transparence et de loyauté dans la négociation commerciale. Depuis, il s'est développé une hiérarchie claire entre ces deux ensembles de normes au profit du titre III, devenu au fil du temps une compétence exclusive du Conseil (puis de l'Autorité) de la concurrence, au détriment de la direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la répression des Fraudes (DGCCRF), une administration centrale du ministère de l'Économie et des Finances, qui elle s'est progressivement spécialisée dans le titre IV.

D'après une étudiante que nous avons rencontrée, une dizaine de membres de son master 2 de droit des affaires (sur une quarantaine au total) souhaitent, une fois leur diplôme obtenu, pratiquer le droit de la concurrence, signe d'une forte demande pour accéder à des emplois dans ce domaine. En raison de la concurrence pour accéder à ce type de poste, notre enquêtée a, dès son M1, déployé une stratégie élaborée. Elle a commencé les stages en cabinet d'avocat dès son année de césure, qui sépare son M1 et son M2. Elle précise que ces stages demandent beaucoup d'anticipation, la sélection se faisant quasiment un an à l'avance. Les stages en cabinet ne suffisent pas : il faut souvent les coupler avec un LL.M¹ d'une prestigieuse université anglo-saxonne, et beaucoup de cabinets affichent dans leurs critères de recrutement une expérience préalable dans un autre cadre institutionnel, comme la Direction générale de la concurrence à la Commission européenne ou, en France, à l'ADC.

Aux exigences de formation et d'expérience requises par les cabinets d'affaires se spécialisant dans le « grand droit de la concurrence », il faut ajouter les effets de la diffusion de l'expertise économique dans le droit français de la concurrence : nombre d'aspirant-es avocat-es mettent désormais en avant une double formation, en économie et en droit. Ainsi, un de nos enquêtés, aujourd'hui collaborateur *junior* dans un grand cabinet français, nous a détaillé les différentes formations qu'il a suivies pour parvenir à ce poste. Après une licence de droit combinée à une licence d'économie, il intègre HEC. Dès son admission, il commence un double-diplôme en droit des affaires et fiscalité en partenariat avec une université parisienne. Une fois passé le concours du barreau, il passe un an à Londres pour réaliser un LL.M. spécialisé en droit de la concurrence. Tout au long de ce parcours, il a multiplié les stages dans les cabinets d'affaires.

HEC et Sciences Po apparaissent comme les nouveaux pôles de formation au « droit économique » des futur-es avocat-es d'affaires, qui concurrencent directement les diplômes des universités les plus prestigieuses (comme ceux en droit des affaires des universités Paris Dauphine ou de l'université Paris 2 Panthéon-Assas) et ceux des pôles universitaires spécialisés dans le droit de la concurrence (comme l'Université Versailles-Saint-Quentin). Ils ont prospéré dans le sillage de la fusion entre conseils juridiques et avocats de 1990 et du rapprochement de la profession avec le marché : un décret de 1992 autorise les élèves des écoles de commerce à se présenter à l'examen d'entrée aux écoles de formation du barreau². Les élèves de l'IEP de Paris bénéficient des mêmes opportunités de 1991 à 1995, mais il faut ensuite attendre 2007

¹ « Master of Law » : il s'agit de formations courtes, d'un ou deux ans, sélectives et onéreuses, offertes par des universités anglophones et destinées, pour la plupart, à des étudiants internationaux.

² Biland E., 2013, « Quand les managers mettent la robe. Les grandes écoles de commerce sur le marché de la formation juridique », *Droit et société*, 83, p. 49-65.

pour que les élèves des masters « carrières judiciaires et juridiques » et « droit économique » puissent de nouveau bénéficier de cette possibilité¹. Si ces formations sont plus récentes, elles ont su s'imposer en viviers de collaborateurs pour les grands cabinets d'affaires : trois des six collaborateurs « concurrence » de Darrois Villey Maillot Brochier affichent ainsi un diplôme de Sciences Po. Trois des 14 avocats juniors (collaborateurs ou *counsels*) de chez Gide Loyrette et Nouel en ont également été diplômés. Sciences Po est moins représentée chez les collaborateurs de Bredin Prat (1/10) mais le cabinet valorise les passages en écoles de commerce (4/10).

Si les cabinets ne recrutent que dans les formations les plus prestigieuses que ce soit au sein des écoles de commerce (ESSEC, HEC), des universités (Paris Dauphine, Paris I et Paris II en tête) et Sciences Po, privilégiant souvent celles et ceux qui ont su cumuler ces formations d'élite, c'est parce que les places sont chères, comme le raconte cette enquêtée :

Entretien 4, Avocate stagiaire, 17 janvier 2020 : Il n'y a pas beaucoup de places en concurrence, c'est quand même un domaine assez concurrentiel pour le coup, enfin, il y a très peu de cabinets à Paris, je pense par rapport à d'autres domaines comme le droit des sociétés, les fusions/acquisitions, bon, bah ça, ça recrute beaucoup, il y a plein de cabinets dans le domaine alors que la concurrence, vous n'avez pas beaucoup de cabinets en tout cas qui font les ententes, les abus de position dominante.

Il est vrai que l'association des avocats pratiquant le droit de la concurrence, créée en 2008, compte 200 membres, quand l'institut des avocats conseils fiscaux en dénombre près de 1200. Les places sont chères mais sont très lucratives, avec une rémunération à l'embauche dans les grands cabinets d'affaires parisiens à 54 200 euros en moyenne².

2.1.2 Une carrière difficile avec des opportunités de reconversion

Avec un nombre de places limité et une demande importante, l'accès aux postes d'avocat en droit de la concurrence est sélectif et suppose d'accumuler des titres de noblesse académique et des stages. Une fois ces postes en cabinet atteints, le fait de s'y maintenir suppose également de déployer des gros efforts. Mais les jeunes avocats et avocates acceptent ces sacrifices dans la mesure où les postes offerts sont très rémunérateurs et qu'en cas d'échec, des possibilités de reconversion existent. Comme l'indique Christian Bessy³, une fois rentrés dans un grand cabinet d'affaires parisien, les jeunes avocats n'ont pas des trajectoires linéaires. Le turnover y est plus intense que dans les autres cabinets et les « durées d'accès à l'association y sont plus élevées ».

Les premières années comme stagiaire ou collaborateur junior sont rudes. Le traitement d'un cas de concurrence se caractérise par une forte division des tâches. Les collaborateurs seniors ou les associés interagissent avec les clients et élaborent la stratégie de défense face à l'Autorité,

¹ Vanneville R., 2013, « La formation contemporaine des avocats : aiguillon d'une recomposition de l'enseignement du droit en France ? », *Droit et société*, 83, p. 67-82 ; Ait-Aoudia M., 2013, « Le droit dans la concurrence. Mobilisations universitaires contre la création de diplômes de droit à Sciences Po Paris », *Droit et société*, 83, p. 99-116.

² Bessy C., *art. cit.*

³ *Ibid.*

la Commission européenne ou le Tribunal. Ce sont eux qui s'occupent des différents actes de procédure et qui coordonnent la rédaction des mémoires en défense. Pour ce faire, ils bénéficient du soutien de collaborateurs juniors et de stagiaires dont le travail est à la fois exigeant et fragmenté.

Entretien 5, avocat, collaborateur, Bruxelles, 19 février 2020 : Moi je commence à travailler généralement entre huit heures et neuf heures trente. (...) Je suis à mon bureau avec le téléphone qui sonne à peu près tout le temps. Je dois répondre aux questions des associés pour lesquels je travaille, faire le suivi des dossiers, en fait permettre aux associés pour lesquels je travaille qui font beaucoup plus de dossiers en même temps que moi de ne pas perdre de temps, d'être plus efficace, plus rapide. Donc en fait moi je dois soulever toutes les pierres dans chacun de mes dossiers pour permettre à l'associé d'être certain que, un, on ne passe pas à côté de quelque chose qu'on n'a pas vu et, deux, qu'on a bien traité les sujets existants et identifiés. Ça me prend une bonne partie de la journée. À côté de ça, on a des travaux de plus long terme. Ça c'est tout ce qui est par téléphone etc., des demandes par mail. C'est le tout-venant qui est très fréquent. À côté de ça, on a des travaux de plus long terme de rédaction où on essaie de rédiger nos formulaires et nos mémoires et conclusions, le cas échéant. Et donc il faut mener les deux de front. Le téléphone n'arrête pas de sonner en général jusqu'à 19 heures. Et donc c'est à partir de 19 heures qu'on a un petit peu plus de temps pour écrire. Malheureusement, quand on est jeune, c'est un peu le cas, et donc c'est pour ça que les journées peuvent être un peu longues.

En effet, seuls les collaborateurs seniors ont une vision d'ensemble d'un cas. Quant aux collaborateurs juniors, ils interviennent sur un grand nombre de cas pour effectuer des tâches très ponctuelles. Ils ont très peu de temps pour effectuer les tâches qui leur sont assignées. Face à ce flux de tâches imprévisible, ils effectuent des journées de travail très longues et ne sont pas en mesure de planifier eux-mêmes leur rythme de travail. Tous nos interviewés soulignent le manque d'autonomie du personnel subalterne et certains mentionnent des relations humaines froides avec leurs supérieurs. L'évaluation est constante et la moindre erreur peut valoir d'être mis « au placard »¹, même dans le cadre d'un stage de quelques mois.

Ainsi, outre qu'il impose un rythme de travail effréné aux jeunes juristes de la concurrence, ce flux constant de tâches sert à les évaluer en permanence. De la réussite ou non de ces tâches dépend leur capacité à gravir les échelons du cabinet et à accéder à des tâches plus valorisantes (et rémunératrices). Typique du système *up-or-out*, le cabinet d'avocats est organisé de manière pyramidale et le passage d'un échelon à un autre n'est pas garanti². En cas de réussite à ces tournois successifs, les avocats peuvent espérer, au bout d'une dizaine d'années, devenir associés d'un cabinet. En tant qu'actionnaires du cabinet, ils sont alors rémunérés non seulement par un traitement mensuel mais aussi par une participation aux résultats.

En cas d'échec en revanche, les avocats sont poussés vers la sortie. Mais les alternatives pour ces derniers sont plus larges que le recrutement par un autre cabinet. Ils peuvent accéder à d'autres opportunités : certains se tournent vers l'ADC ou la Commission, qui recrutent un certain nombre d'ancien·nes avocat·es de la concurrence. D'autres encore, peuvent intégrer le service juridique d'une entreprise. On pense ainsi à cette avocate, aujourd'hui rapporteure à

¹ Entretien 4 – avocate stagiaire, Paris, 19 janvier 2020

² Lazega E., 2001, *The Collegial Phenomenon: The Social Mechanisms of Cooperation*, Oxford, Oxford University Press, 346 p.

l'ADC. Passée par les grands cabinets d'affaires (un parisien et un américain), puis juriste concurrence pour un groupe dans les télécoms, elle a ensuite intégré l'Autorité. Selon des données que nous avons rassemblées sur LinkedIn, sur les 184 employés inscrits sur ce réseau qui travaillent à l'ADC, 32 personnes sont diplômées de l'École française du barreau.

Quant aux postes de salariés dans les directions juridiques de grandes entreprises, ils sont moins rémunérateurs que les postes d'avocats. Mais, de l'avis général, ils demandent moins d'implication personnelle et permettent de trouver un meilleur équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle, ce que le travail en tant qu'avocat rend très difficile¹, notamment du fait de la « pression de facturation² » (soit la nécessité de facturer des heures au client compte tenu des règles de rémunération et d'avancement en cabinet). Ces postes de juristes auxquels les avocat-es de la concurrence accèdent peuvent relever uniquement du droit de la concurrence. D'autres sont plus polyvalents : les ancien·nes avocat-es mettent alors à profit leurs connaissances dans le droit des affaires « général ».

Les avocat-es en droit de la concurrence font donc aujourd'hui partie d'un groupe professionnel cumulant les caractéristiques dominantes au sein de leur profession : pratiquant dans les cabinets d'affaires parisiens les plus prestigieux, aux rémunérations élevées. "Faire carrière en concurrence" est un chemin hautement concurrentiel mais qui offre de multiples opportunités de reconversion.

2.2 Les économistes : carrières fulgurantes ou abrégées ?

Les carrières des économistes, sont à bien des égards, différentes de celles des avocats et cela pour deux raisons : d'abord la professionnalisation du conseil en concurrence est tardive et ceux qui *font carrière* dans les cabinets sont encore jeunes. Ensuite, à la lumière des perspectives de carrière, il semble que l'accès aux positions les plus prestigieuses échappe à cette professionnalisation/autonomisation du conseil pour rester entre les mains de ceux qui cumulent des ressources issues d'autres sphères (les écologies liées de la profession).

2.2.1 La professionnalisation du secteur du conseil

Avec la désectorisation du conseil en économie, un nouveau profil de l'économiste en concurrence émerge depuis les années 2000. Plus jeune, formé non pas à un savoir sectoriel mais à un savoir généraliste. La création de formations dédiées à l'expertise économique a favorisé l'apparition de ce type de profils. Alors que la première génération d'économistes était passée par les autorités de régulation sectorielles ou avait fait ses premières armes dans la sphère académique, cette nouvelle génération intègre directement un cabinet une fois son diplôme obtenu. À partir de cette période, Toulouse et l'ENSAE ne sont plus seulement des pôles de recherche mais également des pôles de formation des jeunes économistes en concurrence.

¹ Boni-Le Goff I., Lépinard E., Le Feuvre N., Mallard G., 2020, « A Case of Love and Hate: Four Faces of Alienation Among Young Lawyers in France and Switzerland », *Law & Social Inquiry*, 45-2, p. 279-303.

² Entretien 6 – avocat, collaborateur, Paris, 23 janvier 2020

Ainsi en 2006, la Toulouse School of Economics (TSE, à laquelle l'IDEI est rattachée, voir encadré) est créée, grâce à un investissement de l'État mais aussi à une levée de fonds significative auprès du secteur privé (33 millions d'euros). Quelques années plus tard un master économie et droit de la concurrence voit le jour, spécifiquement destiné aux futurs économistes et avocats et dont les premiers diplômés en sortent en 2012. Produit de l'économisation des politiques de concurrence, cette double formation contribue, par un effet circulaire, à approfondir ce processus. Les étudiants y suivent des cours de microéconomie et d'économie industrielle. Les élèves des promotions, grâce à leur double formation, peuvent être embauchés aussi bien dans le département « régulation » des grandes entreprises, dans des cabinets d'avocats ou dans des cabinets de conseil. À ce titre, cette formation participe à l'homogénéisation des profils dans le monde de la concurrence, certains avocats, économistes, membres des autorités et salariés des grandes entreprises, partageant désormais des points de référence communs.

Le pôle toulousain de recherche et de formation en économie de la concurrence

Un pôle toulousain de recherche en économie de la concurrence se développe, notamment autour de l'Institut d'économie industrielle (IDEI) créé en 1990 par l'économiste Jean-Jacques Laffont, qui est rejoint en 1991 par Jean Tirole. L'IDEI, qui se présente comme un « centre de recherche partenariale » entend « répondre à des questions économiques posées par des entreprises et des organisations ». La proximité avec les entreprises objets de politiques de libéralisation est visible : La Poste, France Télécom ou encore EDF font partie des financeurs. L'IDEI contribue à redéfinir les relations entre le groupe professionnel des économistes et les entreprises, et propose, en développant les savoirs sur l'économie appliquée, de mettre la science économique au service des besoins des entreprises.

Un marqueur emblématique de la volonté de la TSE de faire dialoguer droit et économie est le cours *Topics on economics in competition law*. Il témoigne également de la volonté de donner une orientation pratique à la formation des futurs acteurs du monde de la concurrence mais aussi de leur fournir les clés d'un double point de vue, juridique et économique d'un même cas d'application des politiques de concurrence. Le cours est en effet l'occasion de faire dialoguer des intervenants professionnels, avocats ou économistes, sur une même affaire.

Entretien 7, économiste en cabinet, Paris, 21 janvier 2020 : Le mieux qu'on avait c'était Jorge Padilla, le directeur de Compass, et sa femme Cani Fernández, la directrice de Cuatrecasas [nb : *un grand cabinet d'avocats espagnol*]. Et donc eux, ils venaient toujours ensemble et on avait un cours sur la journée, le matin, on commençait avec elle qui nous faisait trois heures de droit de la concurrence sur un cas et l'après-midi lui il prenait l'aspect économique. Et les deux interagissaient [...]. Elle, elle assistait à tous ses cours donc c'était vraiment génial parce que parfois elle était assise dans la salle, elle levait la main, elle disait « Ah non, là, tu ne peux pas dire ça, c'est pas possible d'un point de vue juridique ça ne tient pas du tout. » et donc c'était super. Ah non, ça, c'était vraiment bien.

La formation entend délivrer les modalités d'application de la théorie économique et transmettre les outils pratiques du conseiller en économie de la concurrence, notamment au

travers de cas pratiques que les étudiant-es doivent réaliser. Ils doivent alors se mettre en position d'économiste en cabinet et déployer les outils abordés dans les cours. L'objectif est alors de leur transmettre la théorie mais aussi de leur apprendre à l'appliquer au quotidien, dans leur futur métier de conseil.

Entretien 7 : « À chaque fois c'était aspect théorique et pratique donc y'avait vraiment le côté « Voilà, alors là, ce marché, X et Y fusionnent, comment on fait ? ». Et donc là, on nous déballe la liste point par point de tous les outils économiques à utiliser et après on avait la vision pratique donc là, c'est le cas et on nous dit « Oui, mais là, tu as, tu vas faire ça, c'est super c'est la théorie, mais en pratique, ça colle pas au marché donc qu'est-ce que tu vas faire ? ». Donc il fallait à chaque fois, on *switchait* de l'un à l'autre. En général c'était un cours où on avait, (...) un cours sur la théorie et après un cas pratique qu'on devait préparer à l'avance et y'en avait un qui passait, qui devait expliquer ce qu'il avait fait. Et donc c'était en gros l'application de ce qu'on avait vu avant, mais pas bête et méchante, quoi. »

Les deux pôles de formation, ENSAE et Toulouse, ne forment pas de la même manière les futurs économistes. Tandis que le premier pôle est ancré dans la tradition des institutions de formation des élites aux savoirs d'État, dont le cursus aboutit à un diplôme d'ingénieur statisticien, le second pôle entend, par ses partenariats avec le privé et le développement d'une formation professionnalisante avec beaucoup d'intervenants extérieurs, issus du monde de la concurrence, dispenser les savoirs opérationnalisables dans toutes les arènes où se joue l'application des politiques de concurrence. Un enquêté, en poste dans un cabinet d'économistes, résume ainsi cette différence entre les deux pôles :

Entretien 8, économiste en cabinet, Paris, 21 janvier 2020 : « On va dire qu'un ENSAE est plus technicien de l'économétrie par sa formation, il est plus ingénieur statisticien.

SB : Les Toulousains, ils sont plus quoi ?

Économiste : (...) ils ont plus la connaissance du mainstream et puis on n'arrive pas à déformer un cerveau bien fait même en quatre ans d'études pas nécessairement bien foutues, quoi. (...) Et donc c'est pour nous important d'avoir quelqu'un qui a un peu le câblage d'un juriste. Ensuite, par rapport aux ingénieurs, ils rédigent mieux et ceux qu'on conserve, ceux qu'on garde après les avoir testés, c'est ceux qu'ont de la créativité. »

Il résulte de la création de formations spécialisées un rajeunissement du groupe professionnel des économistes. Les cabinets de conseil, qui sont de jeunes structures, prônent une culture d'entreprise très éloignée de celle des cabinets d'avocats, qui prend la forme d'une « ambiance *startup* », très « *relax*¹ ». Pour un entretien dans un des cabinets incontournables de conseil en économie, l'enquêté offre ainsi une bière à Lola (« on en a plein dans le frigo »), après lui avoir fait visiter les locaux du cabinet, organisés en open-space et espaces de socialisation, telle que la cuisine commune, précisant « on a des jeux, on a un tableau plein de photos ». Le caractère peu formel de ces lieux contraste avec les locaux occupés par les cabinets d'avocats, où le visiteur est accueilli par des réceptionnistes et où les bureaux individuels et les salles de réunion closes sont encore nombreux.

¹ Entretien 7 – économiste en cabinet, Paris, 21 janvier 2020

2.2.2 *Plafond de verre et dédoublement du groupe professionnel*

Cette ouverture du groupe professionnel initial à une nouvelle génération formée au conseil et le développement de la demande pour les services en concurrence a généré une croissance rapide de ces cabinets, qui ont donc permis l'intégration et la promotion de la nouvelle génération. Peu à peu, les carrières se sont unifiées dans les cabinets, pour structurer les parcours professionnels de cette nouvelle génération. Dans les petits cabinets de niche comme dans les cabinets anglo-saxons plus généralistes, une grille d'avancement s'est établie. Ainsi, le fondateur de l'un des premiers cabinets détaille :

Entretien 8, économiste en cabinet, Paris, 21 janvier 2020 :

SB : Qu'avez-vous comme échelon ? Consultant, directeur ?

Économiste : Je vous dis on a tout d'une grande, on a une grille de qualification junior 1, 2 confirmé, 1, 2, sénior 1, 2, manager 1, 2, directeur 1, 2, expert avec une évaluation annuelle avec une grille complètement normalisée sur les objectifs à atteindre. Est-ce qu'ils ont été atteints, dépassés, etc., pour passer d'un grade à un autre, il faut avoir atteint un certain niveau de compétences qui vont être techniques, il y a à la fois, des choses à la fois très techniques et des choses plus de créativité, etc. des choses plus relationnelles avec les clients et avec l'interne, tout ça, c'est dans une grille et on fait un comité d'évaluation annuel pour chacun pour les augmentations annuelles et les versements de primes. Comme un grand cabinet, on n'a pas besoin d'aller chez Deloitte ou KP[MG] pour organiser tout ça.

Ces échelons, s'ils sont nombreux, peuvent être gravis très rapidement et c'est là l'une des caractéristiques de parcours de carrières chez les économistes. Un enquêté, jeune économiste formé à la TSE et diplômé en 2018, gère ainsi, du haut de ses un an et demi d'expérience, une équipe de jeunes économistes, et doit désormais s'atteler à des tâches de délégation, de management et de gestion de projet.

Entretien 7 – économiste en cabinet, Paris, 21 janvier 2020 :

LA : Que fais-tu maintenant ?

Économiste : Et du coup, maintenant, je gère l'équipe donc je vérifie, je leur demande de faire des ajustements sur les données, je leur demande de faire des analyses, je vérifie ce qu'ils ont fait, je traque les mails, j'envoie aux avocats et je suis en communication toute la journée avec les avocats.

LA : Tu es sur le côté gestion...

Économiste : Ouais, gestion du projet.

LA : Combien as-tu de personnes maintenant ?

Économiste : J'en ai quatre, cinq.

LA : Cinq ? Et tu as commencé il y a deux ans...

Économiste : Y'a un an et demi, un peu plus d'un an et demi.

LA : C'est...

Économiste : C'est pas mal, je m'en sors bien pour l'instant, j'ai l'impression (riant).

La moyenne d'âge des cabinets est très jeune. Ainsi, dans le cabinet où l'enquêté travaille, l'âge de ses collègues va de 26 à 35 ans et la majorité a 30 ans ou moins. Cette moyenne d'âge « très, très basse » en cabinet de conseil selon l'enquêté tranche avec celle en cabinet d'avocats, où la montée en grade se fait selon un rythme régulier mais relativement lent. Notre base de données issue de LinkedIn permet d'objectiver cette différence. En moyenne, les avocats ont exercé cette profession pendant 8,3 années, contre 6,1 chez les économistes.

Là encore, même si l'enquêté estime que « ce n'est pas un problème », cette différence d'âge importante et donc d'expérience dans le domaine des politiques de concurrence pourrait constituer un élément explicatif d'une relation quelque peu déséquilibrée entre les deux groupes professionnels :

Entretien 7 – économiste en cabinet, Paris, 21 janvier 2020 :

LA : Donc, du coup, on parle de jeunes, comment cela se passe avec les avocats qui n'ont pas forcément la même moyenne d'âge ?

Économiste : Euh ! ouais, non du coup, c'est pas du tout la même moyenne d'âge, moi, ça me fait beaucoup rire, du coup, comme je les ai souvent au téléphone, tout ça, je pense qu'ils pensent que j'ai beaucoup d'expérience et hum ! et du coup, moi, je suis sur LinkedIn quand même donc ils vont voir, mais bon, dans la pratique ça ne se passe pas comme ça. Parfois, ils me disent « Oui, là de toutes tes expériences que tu as devant la Commission européenne, que penses-tu de ça ? » (*bruit de bouche signifiant le néant*) et je sais quand même parce que j'ai eu des feedbacks, j'ai regardé des décisions et puis mes supérieurs m'en ont parlé plein de fois, du coup, je ressors juste un truc qu'on m'a déjà dit « comme on a fait sur ce projet, ça se passe comme ça. » (*prenant une voix d'autorité*).

LA : Quand ils te voient arriver...

Économiste : Pour l'instant, là, depuis que je suis sur ce projet où je fais vraiment un job de management relation clients, je ne les ai pas vus parce que bon, mais en fait, mes supérieurs sont quand même très jeunes, y'en a qui a 28 ans, mais vraiment on dirait qu'il a 16 ans donc je sais pas comment pour lui ça se passe parce que lui il est senior depuis longtemps, je sais pas comment ça se passe quand il va en relation client, mais j'ai l'impression que ça se passe bien, en fait. On n'a pas l'impression que ça soit un problème.

Si les économistes ne bénéficient pas des ressources liées à des structures organisationnelles anciennes comme cela pouvait être le cas chez les avocats, c'est par des recrutements de transfuges qu'ils tentent d'asseoir leur légitimité. Les données quantitatives extraites du site LinkedIn mettent en lumière cette plus grande perméabilité du groupe professionnel des économistes par rapport aux avocats. Seuls trois juristes sur cent ont été régulateurs pour la concurrence avant de devenir avocats (même si 18 y ont fait un stage) et un seul a exercé une profession externe au monde du droit et de la concurrence. En revanche, 15 économistes sur 35 ont une expérience antérieure dans un métier autre que celui de consultant en économie, dont trois au sein d'instances de régulation.

Dans le même temps, l'arrivée d'économistes au sein de l'ADC permet ensuite aux cabinets de recruter des acteurs issus des institutions de la régulation : Anne Perrot rejoint MAPP en 2012, Thibaud Vergé (chef économiste de l'ADC de 2010 à 2013, professeur à l'ENSAE) rejoint Charles River Associates (CRA). On constate en effet le maintien d'une forme de plafond de verre entre d'un côté une jeune génération professionnalisée et de l'autre la première génération issue des structures universitaires d'enseignement et de recherche. Ainsi, il semble difficile pour les premiers d'accéder aux positions les plus élevées au sein des cabinets et de fait, si la moyenne d'âge reste basse c'est aussi parce que le groupe professionnel connaît un turnover important, les jeunes économistes trouvant des possibilités d'évolution professionnelles dans d'autres institutions.

Entretien 7 – économiste en cabinet, Paris, 21 janvier 2020 :

LA : Où vont les vieux ?

Économiste : Ils arrêtent de faire du conseil.

LA : Que font-ils ?

Économiste : Ils vont bosser dans les Autorités ou ils se recyclent, ils font autre chose...

L'évolution professionnelle de ces jeunes consultants rencontre rapidement un obstacle. Ils ne parviennent pas à accéder aux fonctions d'« expert », réservé aux membres les mieux rémunérés des cabinets, voire à ses fondateurs. Les « seniors des juniors » accèdent ainsi rapidement au titre de « vice-président », mais ne parviennent pas à passer au-dessus de ce grade. Il faut dire que le statut d'expert n'est pas inscrit dans la grille d'avancement d'un économiste en cabinet (Anne Perrot était « associée » chez MAPP, Thibaud Vergé « *senior academic consultant* »). En réalité, ce statut est moins lié à la position occupée dans le cabinet qu'à la reconnaissance par les autres acteurs de la concurrence de l'expertise incontournable de celui qui est ainsi désigné comme « expert ». De la même manière, les ressources pour accéder à ce statut, et donc aux positions les plus élevées au sein du groupe professionnel, sont essentiellement acquises en dehors des cabinets, soit dans la sphère académique soit dans les institutions de l'État régulateur.

Entretien 9 – économiste en cabinet, Paris, 17 janvier 2020

LA : Quelles sont les évolutions pour quelqu'un comme toi ?

Économiste : Je ne me suis jamais posé la question. Non, mais il va falloir forcément que je me pose la question parce que c'est pas très bien vu de rester longtemps à un truc et tout, mais c'est bien aussi de changer, mais j'ai changé de bureau déjà cette semaine. Non, enfin l'évolution naturelle c'est de devenir expert parce que VP [vice-président], VP c'est un truc ronflant, mais tu vois quand t'entres ici t'es *senior analyst* en un an, tu vois, c'est ronflant parce que quand tu vends, c'est pareil c'est ma compréhension, quand tu vends une équipe à des clients, t'as aucun intérêt à dire c'est une junior, hum donc VP c'est pareil, on est un certain nombre.

LA : Vous êtes combien à Paris ?

Économiste : (...) je crois, une trentaine. Bref, VP c'est les plus séniors des juniors on va dire et après il y a les experts (...). Justement historiquement, c'est plutôt des gars qui sont passés *chief economist* ou qui ont fait beaucoup de recherches, ils sont connus et qui arrivent en tant qu'experts, là, ils ont leur statut. Maintenant, comme ça fait un moment que notre activité elle existe, t'as aussi des bébés de cette activité qui commencent à taper à la porte des experts et là en gros les gens sont en train de chercher comment ça marche pour devenir expert parce que c'est compliqué, en fait.

À ce titre, si le groupe des économistes semble être en voie d'autonomisation et d'institutionnalisation, avec le développement de formations spécialisées et de parcours de carrière unifiés, la connexion du groupe, et notamment des acteurs aux positions les plus élevées à ses écologies liées (sphère académique et politico-administrative) reste très prégnante, comme en témoigne ce statut d'expert, dont la principale caractéristique semble être la capacité à cumuler des ressources acquises ailleurs que dans les cabinets de conseil.

Le groupe des conseillers en économie de la concurrence a connu ces dernières années un processus de professionnalisation, caractérisé par le développement de formations prestigieuses spécialisées, la structuration et la standardisation des carrières. Une génération s'est autonomisée des « écologies liées » de l'économie de la concurrence. Cependant, la genèse de ce groupe professionnel, au croisement des mondes universitaires et de la régulation, demeure contrariée. Une limite est cette forme de dédoublement du groupe entre d'un côté, les jeunes

professionnels orientés vers le conseil et l'application des théories économiques et de l'autre quelques experts légitimés par l'accumulation de ressources extérieures au groupe.

La comparaison des trajectoires de carrière des économistes et juristes permet de saisir une autre dimension des relations entre ces deux groupes professionnels de la concurrence. D'une part, un mouvement d'homogénéisation se dessine, que ce soit par la création de master de droit économique ou encore avec la double formation de la TSE ouverte en 2012. On constate cependant une similarité dans la structure des carrières, compétitives : le passage de collaborateur à associé pour les avocats apparaît comme extrêmement concurrentiel. Du côté des économistes, la marche qui mène au statut "d'expert" semble encore plus haute.

3. La confrontation des rhétoriques professionnelles : divergences d'approches ou rhétorique de différenciation professionnelle ?

Comme étudié dans la partie 1 de ce rapport à propos de la trajectoire de Frédéric Jenny et d'André-Paul Weber, l'irruption des économistes dans le domaine de la concurrence répond à un projet réformateur. À l'époque, ce projet réformateur était centré sur les dynamiques de marché. Avant de sanctionner des pratiques, le régulateur devait vérifier si la structure du marché était affectée. Contrairement à celle qui prévaut aujourd'hui, cette rhétorique professionnelle n'était pas opposée aux catégories du droit mais plutôt à la conception holiste et éthique du droit de la concurrence défendue par la DGCCRF. À partir des années 1990, la rhétorique professionnelle promue par les économistes a évolué. Elle a pris la forme d'une défense d'une approche « continue », centrée sur les effets, cherchant au maximum à se distinguer d'une approche « catégorielle » attribuée aux avocats et aux régulateurs. En reconstituant la construction d'une rhétorique autour de l'approche « économique » du droit de la concurrence, c'est aussi la constitution d'un groupe professionnel, celui des conseils en économie que l'on étudie. En effet, cette approche s'est construite par opposition avec une approche « juridique » de la concurrence (3.1). Les deux approches, si elles cohabitent bien souvent ne sont pour autant pas toujours mobilisées à parts égales par les juridictions (3.2). Cette position est tout autant théorique que rhétorique et l'observation nous a permis de saisir les enjeux sous-jacents à la mise en scène d'une différence professionnelle entre économistes et juristes (3.3).

3.1 Le rêve d'une approche « continue »

Avant d'étudier la manière dont cette rhétorique des économistes est mise en scène dans les interactions avec d'autres groupes professionnels, attardons-nous un instant sur ses soubassements. L'approche catégorielle à laquelle s'oppose l'approche continue défendue par les économistes consisterait à s'en tenir aux différentes catégories du droit de la concurrence, comme « l'entente », « l'abus de position dominante » ou, dans les cas de concentrations, la « domination » d'une ou plusieurs entreprises sur un marché. Ces catégories servent ensuite à qualifier des situations empiriques. Ainsi, le travail de qualification juridique auquel procède le régulateur mobilise des éléments qui, selon les économistes, ne relèveraient pas de l'analyse

économique mais plutôt de l'enquête policière. Des régulateurs peuvent par exemple accuser des entreprises d'avoir noué une entente uniquement sur la base de carnets de notes. Les parts de marché sont un autre élément important de ce travail de qualification juridique. Dans le contrôle des concentrations, elles sont le point de départ de l'analyse : il est rare que deux entreprises qui fusionnent soient inquiétées si leur part de marché cumulée est en dessous de 5 %. Inversement, elles devront se justifier si leur part de marché cumulée est supérieure à 50 %.

À cette approche catégorielle (ou « discrète »), les économistes opposent donc une approche « continue ».

Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars 2017 : Le calcul des parts de marché (...) c'est discret en quelque sorte (...) c'est 0 ou 1. Et l'objet de l'analyse, des analyses économiques, c'est d'essayer de s'affranchir un peu de la discontinuité qu'on peut avoir quand on passe par exemple d'un marché large à un marché étroit, ce genre de chose.

Un enjeu de la défense des entreprises qui font l'objet de poursuites est en effet de contester le découpage des « marchés pertinents » établi par l'ADC et d'élargir ceux-ci au maximum (et ainsi diluer les parts de marché des entreprises). En mettant en avant une approche continue, l'analyse économique relativise les frontières du marché et montre que les effets de la pratique incriminée sont moins graves qu'on pourrait le penser au premier abord. Pour les économistes, la contestation des frontières du marché n'est pas uniquement une stratégie de défense de l'entreprise cliente. Elle permet de les distinguer des juristes *en général*, qu'ils travaillent pour l'Autorité/la Commission européenne ou qu'ils défendent l'entreprise.

Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars 2017 : Il y avait une fusion entre des entreprises sur des produits assez différenciés et un marché d'appel, des marchés d'appel d'offre de gros équipements industriels. Et là toute la question est de savoir qui fait concurrence à qui, est ce que la fusion va supprimer la concurrence etc, c'est très lié à la question de savoir quel type d'équipement fait concurrence à quel type d'équipement, sachant que c'était un continuum lié en gros à la taille de l'équipement en question. (...) Donc vous voyez bien, il y a une approche un peu simpliste qu'on va appeler approche juridique mais ... n'y voyez pas ... je suis bien conscient que la question ... il y a une vision un peu d'économistes qui sont arrogants etc ... (rires) je veux dire que je simplifie en utilisant ce vocabulaire mais de manière un peu ironique aussi. En y adhérant à moitié si vous voulez. Donc [il y a une approche qui] consiste à dire : « voilà on va découper, il y a des segments, comme ceux qui sont dans le même segment ils se font concurrence, ceux qui sont juste à côté ils sont pas en concurrence du tout ». Évidemment, on peut toujours découper des segments d'une manière qui fait qu'on va expliquer que la concentration supprime toute concurrence. Donc là, il y avait le case team qui expliquait ça, les juristes qui expliquaient ça, les économistes de la Commission qui étaient beaucoup plus ... qui avaient une vision un peu plus nuancée, comme la nôtre et puis de l'autre côté les ... les avocats avec qui je travaillais qui eux avaient une vision beaucoup plus ... extrême dans l'autre sens, à expliquer, à considérer en concurrence des choses qui clairement ne l'étaient pas.

Une autre caractéristique de cette approche continue est de raisonner « par les effets ». Le but ici est de sortir du cadre strict des différentes catégories juridiques du droit de la concurrence (définition de l'entente, de l'abus de position dominante etc. tel qu'on le trouve dans les traités européens ou dans le Code de commerce) et de mettre en cause l'existence d'un lien de causalité entre la pratique incriminée et la performance des opérateurs économiques (le plus souvent

mesurée par les prix de vente). Il existe deux versions de ce type d'argumentation. Une première minimise la gravité de la pratique incriminée en montrant que la hausse de prix constatée était inévitable étant donnée la structure du marché, indépendamment de l'entente. Une autre version de cette approche cherche au contraire à relativiser les effets sur le marché de la structure observée. Telle est le cas de la défense « par les efficacités » dans les procédures de concentration. Les économistes y battent en brèche l'idée qu'une structure de marché avec une firme dominante ferait monter les prix. Ils mettent en avant les gains d'efficacité de la firme nouvellement créée qui devraient lui permettre de produire à des coûts plus bas. Une autre manière de relativiser une telle structure de marché est de mettre en avant la capacité d'entrée d'un nouvel acteur sur le marché. Ce n'est donc plus la présence d'un concurrent mais la capacité d'entrée d'un concurrent qui conduit une firme, même dominante, à modérer ses prix.

Peu à peu, la diffusion de cette analyse continue des cas de concurrence a conduit les autorités chargées de faire appliquer les règles de concurrence à introduire des « règles de raison » où les enquêteurs doivent non seulement prouver qu'une pratique répréhensible a eu lieu mais aussi qu'elle a eu des effets délétères sur le marché. Une telle logique se retrouve aussi dans l'évaluation des dommages. Une fois la pratique caractérisée, l'amende peut être calculée en fonction d'une évaluation quantitative des « dommages à l'économie ». La notion de « dommages » est aussi mobilisée dans des procédures devant les tribunaux de commerce. Une fois que l'Autorité condamne des entreprises pour entente, des entreprises qui s'estiment lésées par l'entente peuvent assigner l'entreprise condamnée qui devra alors, outre l'amende, payer des dommages à ses concurrentes.

Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars 2017 : En France, l'économie intervient quand même souvent dans les dossiers d'entente pour évaluer le dommage à l'économie donc sur l'amende. Ça intervient aussi en matière d'entente mais de manière plus limitée. Par exemple, en matière d'ententes, il y a toutes les pratiques qui sont interdites. Maintenant il y a des pratiques qui ne sont pas interdites de manière... Vous savez en anglais il y a la distinction entre *per se* et *rule of reason*. Une interdiction *per se* c'est ce qu'est interdit en soi et *rule of reason* c'est au cas par cas. Ça correspond aux expressions communautaires "restriction par effet" et "restriction par objet". Si vous regardez en matière de pratiques qui relèvent de l'article 101, il y en a qui relèvent d'une restriction par effet, donc dont la qualification renvoie à des analyses économiques. Ça concerne par exemple tout ce qui est les échanges d'informations entre entreprises. Donc là c'est des pratiques pour lesquelles l'analyse économique va compter parce que la qualification d'une infraction ne va pas de soi. Elle va dépendre de l'analyse de l'effet plausible de la pratique sur le marché. Donc par exemple quand des entreprises échangent des informations sur leurs intentions de prix futures, ce qui n'est pas la même chose que s'entendre sur les prix mais simplement échanger des informations détaillées sur les prix futurs, ça c'est interdit en soi, c'est considéré comme une restriction par objet. Si elles échangent des informations sur leurs ventes du dernier trimestre, c'est considéré comme une restriction par effet, ça veut dire que là on peut arriver à une analyse économique qui va analyser si dans le cas d'espèce, qui va regarder si, compte-tenu du fonctionnement du marché, il y a lieu de penser que ça peut réduire la concurrence et éventuellement voir si ça a des effets positifs sur l'efficacité.

Pour synthétiser, nous avons réunis les principales caractéristiques des approches juridique et économique au sein d'un tableau.

	Droit	Économie
Raisonnement	Catégoriel	Continu
Approche	Par objet	Par les effets
Contrôle	<i>Ex ante</i>	<i>Ex post</i>
Interdiction	<i>Per se</i>	Règle de raison

Il s'agit là de forcer les oppositions pour mieux les faire apparaître, et les deux approches bien souvent sont combinées dans l'application des cas de concurrence. Maintenant que nous l'avons esquissée, comment cette rhétorique professionnelle s'incarne-t-elle dans les différents débats relatifs à la politique de concurrence ? Il est intéressant de noter que ces oppositions sont construites, discursivement, et mises en scène par les acteurs du monde de la concurrence.

3.2 Crispations institutionnelles : les institutions judiciaires entre adaptations et résistances

La confrontation des deux approches se perçoit notamment dans le traitement de l'expertise économique par les instances judiciaires. En effet, lors des recours contre les décisions de l'ADC, devant la cour d'appel de Paris puis devant la Cour de cassation, rien ne garantit que les expertises économiques réalisées soient prises en compte. Ces institutions judiciaires, peuplées de magistrats, sont considérées par certains économistes comme des « foyers de résistance à l'économie »¹. La confrontation des mondes économiques et judiciaires y semble plus manifeste, les économistes pénétrant un univers qui leur est peu familier et maîtrisant moins les logiques de l'interaction entre les différents acteurs qui y prennent part :

Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars 2017 : « L'Autorité de la concurrence... c'est un univers beaucoup plus familier pour les économistes tout simplement parce qu'on y va plus souvent et parce que c'est une atmosphère qui ressemble à des séminaires universitaires. C'est-à-dire que tout le monde parle, il y a des questions... des réponses, des arguments échangés. La cour d'appel, c'est quelque chose qui nous paraît beaucoup plus bizarre, beaucoup plus solennel, dans laquelle chacun raconte son truc. Les avocats parlent, il n'y a quasiment pas de questions. » ... « Si vous voulez dans les autorités de concurrence, avec des débats, des questions, avec lesquels les gens du collège de l'Autorité essaient de mettre un peu en difficulté les avocats ou les parties, c'est un univers qui nous est assez familier. La cour d'appel avec ses types en robe, ses salles avec beaucoup de dorures au plafond, dans lesquelles il y a au fond aucun échange, aucun débat, dans lesquelles on s'ennuie énormément, on est beaucoup moins à l'aise là-dedans. »

À la cour d'appel de Paris, ce sont les chambres 5-4 et 5-7 qui gèrent les matières concurrentielles. La première s'occupe des demandes de dommages et la seconde des recours contre les décisions de l'ADC. À mesure que les décisions de l'ADC intégraient des analyses économiques, les deux chambres ont tenté de se doter des ressources pour s'en saisir. Car si la

¹ Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars 2017.

cour ne peut pas réaliser de nouvelles études économiques, elle peut s'appuyer sur celles fournies par les parties. Et pour cela, il faut avoir la capacité de les assimiler. Les présidents des deux chambres ont opté pour des solutions différentes. La première a eu recours à un expert externe, Gildas de Muizon, économiste chez Microeconomix puis Deloitte après le rachat du cabinet. La chambre 5-7 a quant à elle opté – pour un temps – pour un recrutement interne afin d'intégrer un économiste à temps plein. Mais les affinités avec l'économie dépendent des magistrats nommés présidents de chambre. À ce titre, la présidence de Guy Canivet entre 1996 et 1999 semble avoir également joué en faveur de l'analyse économique. Les passages d'Irène Luc (présidente de la chambre 5-4 de 2016 à 2019, aujourd'hui vice-présidente de l'ADC) ou de Valérie Michel-Amsellem (qui, après être passée comme rapporteure au CDC - 2002 à 2003 – part à la Cour de cassation jusqu'en 2012 puis passe à la cour d'appel où elle préside la chambre 5-7 de 2015 à 2020).

Guy Canivet, homme providentiel de la Cour de cassation ?

Pour ce qui concerne la Cour de cassation, difficile de ne pas céder à la tentation de l'illusion héroïque tant la figure de Guy Canivet, son premier président de 1999 à 2007 semble incontournable. D'abord, il a une affinité particulière avec le droit de la concurrence : il a présidé la chambre 5-7 de la cour d'appel de 1991 à 1996 et l'enseigne à l'université Paris-Descartes et à Sciences Po Paris. Ensuite, nos enquêtés économistes le décrivent comme quelqu'un qui « s'intéressait à l'économie »¹, poussant à compléter la formation des magistrats en économie². Il recrute d'ailleurs Jenny en conseiller extraordinaire et, au même titre que Lasserre, est considéré comme un « modernisateur ». Il monte un groupe de travail sur « la réparation du préjudice économique »³, présidé par l'économiste Maurice Nussenbaum, et crée des séminaires hebdomadaires pour former les magistrats⁴. Un enquêté remarque : « la Cour de cassation c'était devenu un endroit où il se passait des tas de choses. Il y avait des séminaires tout le temps, il y avait des rencontres entre des juges, et des économistes, il y avait ... alors, c'était Canivet qui présidait ces séminaires, il y avait toujours un juriste et un économiste. Et la population qui assistait au séminaire, c'était des juges.⁵ » Signe de son implication, il dirige enfin un ouvrage intitulé *La modernisation du droit de la concurrence*, paru dans la collection « Droit et économie » (LGDJ 2006).

Si l'économisation de la concurrence semble connaître une avancée dans la deuxième moitié des années 2000 au sein des juridictions, elle est souvent présentée comme le fait d'entreprises individuelles : celles d'Irène Luc ou de Valérie Michel-Amsellem à la cour d'appel de Paris ou encore de Guy Canivet à la Cour de cassation. Comme le montre le tableau ci-dessous, ces magistrats se connaissent et se côtoient et sont en contact avec les autres réformateurs du droit français de la concurrence que sont Bruno Lasserre (à la tête du Conseil puis de l'Autorité de

¹ Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars 2017.

² Entretien 11 – économiste en cabinet, Paris, 24 avril 2017.

³ https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/26-04-2007/26-04-2007_synopsis_nussenbaum.pdf

⁴ Entretien 11 – économiste en cabinet, Paris, 24 avril 2017.

⁵ Entretien 11 – économiste en cabinet, Paris, 24 avril 2017.

la concurrence en 2004 et 2016) et Frédéric Jenny, qui joue un rôle actif au sein du Conseil jusqu'à la fin des années 1990 (voir partie I). p

	B. Lasserre	G. Canivet	V. Michel-Amsellem	F. Jenny
Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence, Dalloz, 2006.		X		X
Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (coffret 1 CD-Rom). Évolutions et perspectives, LGDJ, 2006	X	X		X
Droit et économie de la concurrence (coffret 1 CD-Rom), LGDJ, 2006, 2008		X		X
Le nouveau droit communautaire de la concurrence, LGDJ, 2008		X		X
L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, LGDJ, 2008		X	X	
Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, LGDJ, 2014	X (préface)	X (avant-propos)		
Le droit français de la concurrence, trente ans après. L'ordonnance du 1er décembre 1986 : rétrospectives et perspectives, JGDJ, 2017	X	X	X	

Cette personnalisation de l'économisation au sein des institutions judiciaires a ses limites : les mandats de présidents de chambre de la cour d'appel (CA) ou président de la Cour de cassation ne sont pas éternels et lorsqu'ils prennent fin, rien ne garantit que le successeur donne le même élan. Or Guy Canivet quitte la Cour de cassation en 2007, Jenny en 2012 sans être remplacé.

Entretien 11 – économiste en cabinet, Paris, 24 avril 2017 : « à partir du moment où les choses ne sont pas institutionnalisées et ancrées vraiment dans un cursus de formation par exemple à l'ENM, c'est trop dépendant des personnes, des personnes qui sont là à la Cour de cassation, des personnes qui sont là à la cour d'appel, et une fois que ces personnes sont parties, tout retombe. »

Les limites de la personnalisation apparaissent au moment d'une controverse autour de la détermination des sanctions contre les cartels qui a lieu en 2008-2011. C'est un exemple parmi d'autres des débats que suscite la place de l'analyse économique au sein des institutions, à un moment où le président de la chambre de la cour d'appel ne compte pas parmi les plus fervents

défenseurs de l'approche économique. Le débat est déclenché par un arrêt de la CA Paris¹ qui, tout en confirmant la décision de l'ADC relative au cartel du négoce de l'acier, réduit considérablement l'amende infligée aux entreprises concernées. Celle-ci est alors divisée par sept, passant de 574 à 74 millions d'euros. Cet arrêt est vécu comme un « moment choc pour la vie de la jeune autorité² ».

Or on peut replacer cet arrêt dans un moment où la CA, privée de personnalités proche des milieux défendant l'approche économique, y semble moins favorable. Le président de la chambre 5-7 est alors Thierry Fossier (magistrat, thèse en droit de la famille). Il est l'auteur d'un article dans un numéro spécial de la revue *Tracés* sur les « économistes au pouvoir » en 2011. Dans cet article, intitulé « l'économiste au prétoire³ », il se montre moins accueillant des propositions qui auraient trait à l'économisation du traitement des affaires de concurrence. Il se livre à un « sommaire un peu désespérant [des] différences » entre le juge et l'économiste. Selon lui, ils « n'assignent pas les mêmes finalités au fonctionnement de la collectivité ». De plus, « la méthodologie de l'économiste et celle du juge diffèrent aussi très notablement, jusqu'à n'être pas conciliables ». Enfin, « la science économique est traversée de doutes, en tout cas de débats » alors que « le juge doit tendre à la certitude, au moins à la sécurité ». Alors certes, il évoque à un moment « l'envie » de créer un service économique à la CA. Mais il rappelle plus loin que « le juge est un généraliste : sa légitimité est dans la connaissance du droit, de la procédure et dans l'égalité de traitement de tous les usagers, elle n'est pas dans une hyperspécialisation qui sentirait le corporatisme ».

Le débat que suscite l'arrêt acier de la CA sur le calcul des sanctions dépasse le cadre institutionnel et acquiert une visibilité au sein des revues spécialisées⁴ mais aussi des médias, y compris généralistes nationaux⁵. Face à l'ampleur de la controverse et aux critiques relatives à la prévisibilité des sanctions qui s'élèvent, la ministre Christine Lagarde met en place un groupe de travail, présidé par l'ancien patron de Peugeot. Le rapport de ce groupe, dit « rapport Folz » invite l'ADC à adopter des « lignes directrices de calcul des sanctions », ce qui « permettrait de préciser l'application et le mode de calcul des sanctions et de garantir une meilleure sécurité juridique pour le justiciable⁶ ». C'est l'occasion pour l'ADC, qui avait essuyé un revers consécutif avec l'arrêt de la CA de « transformer la menace en opportunité⁷ » : les lignes directrices publiées en 2011⁸ sont élaborées en étroite collaboration avec le service économique.

Au total, depuis le départ des grandes figures de l'économisation de la concurrence (Lasserre, Jenny, Canivet) des trois institutions chargées de l'application et du contentieux de la concurrence, l'ADC joue un jeu d'équilibriste entre la prise en compte de l'analyse économique

¹ Arrêt du 19 janvier 2010 de la Cour d'Appel de Paris, pôle 5, chambre 5-7, n° 09/00334.

² Entretien 2 – économiste à l'ADC, Paris, 7 février 2019

³ Fossier F., 2011, « L'économiste au prétoire », *Tracés*. Revue de Sciences humaines.

⁴ Voir par exemple la bibliographie fournie dans le numéro 2 de l'année 2010 de la revue *Concurrences*, p. 202.

⁵ *Ibid.*

⁶ Folz J-M. (dir.), 2010, *Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*.

⁷ Entretien 2 – économiste à l'ADC, Paris, 7 février 2019.

⁸ Communiqué du 16 mai 2011 de l'autorité relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

et le maintien du raisonnement juridique. Certains évoquent même un « rétropédalage¹ ». L'ADC, anticipant la réticence des magistrats de la cour d'appel à la matière économique, éviterait de rendre des décisions trop techniques. C'est ce qui ressort de cet entretien avec un ancien membre de l'ADC :

Entretien 11 – économiste en cabinet, Paris, 24 avril 2017 : « C'est le sentiment, qui n'est pas infondé, que quand finalement l'Autorité met beaucoup d'économie dans ses décisions, bah tout ça arrive en cour d'appel et en cour d'appel personne comprend rien et du coup plus on en dit, plus la cour d'appel finalement on lui donne des bâtons pour faire annuler les décisions de l'autorité finalement" ... « [au début des années 2010], il y avait déjà eu des décisions avec lesquels moi je m'horrifiais complètement sur l'absence de fondements économiques dans la décision etc. et le président disait '(...) plus on en dit et plus on donne des alibis à la cour d'appel pour finalement contrecarrer nos décisions. Donc finalement, disons le moins possible.' Et ce n'est pas un mauvais calcul hein. Je crois que le taux d'annulation ou de réformation par la cour d'appel de décisions a baissé depuis qu'il y a moins d'économie dedans ».

Un autre enquêté, auparavant en poste à la CA de Paris, évoque le même processus d'autocensure au sein de cette juridiction :

Entretien 12 – économiste, Paris, 15 février 2019 : « ils aimeraient en fait introduire [les analyses économétriques] mais ils se rendent compte que c'est assez dangereux car ils sont assez sensibles au regard que porte la Cour de cassation. [...] ils [la cour d'appel] sont hyper flippés parce qu'ils ont des statistiques ... leurs objectifs dépendent du nombre d'arrêts qui n'ont pas été cassés etc. et du coup ils ne veulent pas trop s'engager dans des terrains qu'ils ne maîtrisent pas pour pas se mettre à risque vis-à-vis de la Cour de cassation. Et du coup c'est pour ça qu'ils n'aiment pas trop introduire des grands paragraphes ... »

La différence construite entre d'un côté une approche juridique et de l'autre économique trouve donc des traductions dans les débats au sein des institutions judiciaires et dans leur dialogue avec l'ADC. Il semble à la lumière de ces quelques éléments que si les deux approches se côtoient, l'avancement de l'approche économique a été freiné par une absence d'institutionnalisation de sa prise en compte au sein de la CA et de la Cour de cassation. Le départ des « entrepreneurs de l'économisation » en leur sein aurait, selon nos enquêtés, conduit à un reflux de l'analyse économique, par effet domino : l'ADC anticiperait dans ses décisions les réticences des juridictions.

3.3 Réification et mise en scène des identités professionnelles

Outre les traductions institutionnelles d'une construction théorique en approches conflictuelles entre l'économie et le droit, on retrouve ces oppositions dans les identités et stratégies de présentation de soi de chaque groupe professionnel. Notre observation du *Competition Day*, réalisée le 26 février 2019 nous a fourni plusieurs exemples de cette mise en scène de l'opposition théorique entre économistes et juristes et de sa traduction en différents *ethos* professionnels. Le *Competition Day* est une journée de conférences organisées au siège de l'OCDE, à Paris. Il est le premier du genre. L'évènement est désormais annuel et deux autres ont eu lieu depuis : un en 2020 et l'autre, en ligne, en 2021. Il est ouvert à « la grande

¹ Entretien 11 – économiste en cabinet, Paris, 24 avril 2017.

communauté de la concurrence¹ » et est donc un lieu privilégié d'observation des rapports entre « avocats, économistes, consultants, juristes salariés, régulateurs, chercheurs et les médias ». Durant la journée, clôturée par un cocktail, 4 panels successifs de discussion sont organisés. Le premier a porté sur les ententes verticales dans le commerce numérique², le second sur la concurrence non-tarifaire dans les marchés du numérique³, le troisième sur les prix excessivement élevés dans le marché pharmaceutique⁴ et le quatrième sur la non-notification d'une concentration et les échanges d'information qui peuvent intervenir à cette occasion⁵. Les panels comprennent chacun un président et trois ou quatre intervenants. Chaque panel est composé de manière à représenter la diversité des points de vue du monde de la concurrence, faisant dialoguer un juriste (des professeurs de l'université de Leeds, NYU et du Collège d'Europe, un avocat de chez Bredin Prat), un économiste (le fondateur du cabinet LEAR, Jorge Padilla, président de Compass Lexecon, un vice-président senior du même cabinet) et un régulateur (issu de la DG Concurrence de la Commission européenne, de l'autorité italienne, de la *Bundeskartellamt* et du *U.S. Department of Justice*).

Nous avons assisté à cette journée de conférences. Plusieurs moments sont révélateurs de la construction d'identités propres aux groupes professionnels et de leur reconnaissance mutuelle comme des acteurs différents, mais complémentaires. Ainsi, le premier panel consiste à commenter des cas de restrictions verticales dans le secteur du e-commerce. Les invités sont notamment appelés à commenter l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne *Pierre Fabre*⁶ dans lequel la Cour avait estimé que l'interdiction de vente en ligne des produits de la marque cosmétique violait le droit de la concurrence. Dans un premier temps, les intervenants soulignent la difficulté d'interprétation de cette décision, qui porte sur la faculté d'une marque à restreindre la diffusion de son produit aux seuls points de vente physiques. Le modérateur, très enthousiaste, demande alors aux participants quels enseignements tirer de ce cas et d'autres relatifs au e-commerce. Chaque invité reprend son « identité » de professionnel : l'économiste dit qu'on regarde les effets, la juriste dit qu'il faut regarder la qualification juridique des faits et le caractère plus ou moins proportionné de la sanction et le régulateur insiste sur le fait qu'il faut regarder les éléments qui émergent de l'enquête. Quand c'est le tour de Pinar Akman, professeure de droit de la concurrence et directrice du centre de droit des affaires de l'université de Leeds, de répondre à une question du modérateur, un expert de l'OCDE, on assiste à cet échange :

Pinar Akman (répondant à une question posée par le modérateur) :

Je crois que je suis obligée de vous donner une réponse d'économiste : ça dépend.

Modérateur :

Oh ça c'est une réponse de juriste

Pinar Akman :

Non, c'est ce que les juristes pensent que les économistes répondent

¹ <https://www.oecd.org/competition/oecd-competition-open-day.htm>

² Traduction de « Vertical restraints in e-commerce ».

³ Trad. : « Non-price competition in digital markets ».

⁴ Trad. : « Excessive prices in pharmaceutical markets ».

⁵ Trad. : « Gun jumping and pre-closing exchanges of information ».

⁶ Cour de justice de l'Union européenne, 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/Président de l'Autorité de la Concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, C 439/09.

(rires)¹

On a déjà traité de la fonction de l'humour dans d'autres travaux² et notamment de ses effets sur l'intégration du groupe des économistes dans le monde de la concurrence. On constate ici une connivence et une réification des ethos des juristes d'une part, et des économistes d'autre part. L'affirmation de la différence vaut également reconnaissance mutuelle d'un rôle complémentaire dans l'application des politiques de concurrence.

Plus tard dans l'échange, l'intervenant issu d'une autorité de régulation, Gunnar Kallfass, de la *Bundeskartellamt*, endosse le rôle d'arbitre entre les deux groupes, et donc entre les deux approches. Questionné sur son expérience de la répression des accords de distribution sélective qui touchent au commerce en ligne, il insiste sur « l'importance des faits et des dossiers d'enquêtes ». Il continue : « à la *Bundeskartellamt*, personne ne veut d'une approche figée mais tout le monde veut la sécurité juridique » et invite à trouver un « compromis entre les deux dimensions ».

Toujours dans ce même panel, un deuxième point de débat porte sur les clauses de la nation la plus favorisée sur les marchés en ligne, une clause « selon laquelle un vendeur garantit à une plateforme que le prix qu'il demande pour un produit particulier sur cette plateforme n'est pas plus élevé que le prix qu'il demande pour le même produit sur une autre plateforme³ ». Ces clauses sont par exemple utilisées par la plateforme *Booking* et empêcheraient d'autres plateformes d'émerger sur le marché des comparateurs d'hôtels. Le débat qui s'ensuit témoigne, là encore, de la différence d'approche entre la juriste et l'économiste : alors que la première cherche à *qualifier* cette pratique (est-ce une restriction verticale ou horizontale ?), l'économiste insiste sur le fait qu'il faut regarder les *effets* de ces clauses.

Si le premier panel est cordial et *met en scène* les différentes approches sans les renvoyer dos à dos, on assiste dans le troisième panel à des échanges beaucoup plus virulents entre les participants, notamment entre l'économiste John Davies (vice-président de Compass Lexecon) et le juriste Philip Marsden (présenté dans le programme comme professeur de droit au collège d'Europe). Le débat porte sur les prix excessifs sur le marché pharmaceutique. Le modérateur rappelle rapidement en introduction les enjeux du débat : alors qu'on espère généralement que l'entrée d'un générique sur le marché génère une baisse des prix des médicaments, des cas récents sont allés à l'encontre de ces attentes. Un certain nombre d'autorités de la concurrence ont ainsi décidé de s'attaquer au problème, en sanctionnant certains fabricants pour « prix excessifs⁴ ». Dans leurs échanges, les deux hommes reviennent notamment sur l'affaire, encore

¹ Traduit de l'anglais par nos soins.

² Avril L., 2019, *op. cit.*

³ Akman P., Sokol, D., 2016, « Online RPM and MFN Under Antitrust Law and Economics », *Review of Industrial Organization*.

⁴ Pour une analyse détaillée de ce sujet, voir ce rapport du comité de la concurrence de l'OCDE de 2018: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)12/fr/pdf#:~:text=Le%20ph%C3%A9nom%C3%A8ne%20des%20prix%20excessifs,une%20r%C3%A9glementation%20sectorielle%20sp%C3%A9cifique%20\(OCDE%2C](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)12/fr/pdf#:~:text=Le%20ph%C3%A9nom%C3%A8ne%20des%20prix%20excessifs,une%20r%C3%A9glementation%20sectorielle%20sp%C3%A9cifique%20(OCDE%2C)

en cours à l'époque de la conférence, opposant l'entreprise Pfizer et la *Competition Market Authority* (CMA) britannique¹.

John Davies commence sa présentation. Il met en avant son identité professionnelle à plusieurs reprises, commençant ses phrases par « en tant qu'économiste... ». Sa position est celle d'un économiste dont le cabinet a notamment conseillé des entreprises pharmaceutiques visées par les autorités de concurrence pour des pratiques de prix excessifs. Dans son intervention, qui reprend des arguments développés ailleurs², il ne tente pas de défendre les pratiques de ses clients (dans le cas des médicaments, assez délicates à justifier), mais plutôt de pointer les défaillances du régulateur. Pour lui, les autorités de concurrence manquent de rigueur dans leur analyse économique, notamment en ne réalisant pas d'analyses qui puissent prouver qu'il y a bien eu des pratiques de prix excessifs.

En revanche, le juriste Philip Marsden axe son intervention sur un autre angle, insistant sur la dangerosité de ces pratiques, notamment dans le secteur de la santé. Il défend les autorités de concurrence, rappelant également qu'il était, dans le cadre de la décision Pfizer, président du *Case decision group* dans le cadre de l'enquête de la CMA.

Les présentations étant individuelles, le panel ne donne pas lieu dans sa première partie à de véritables échanges entre les intervenants. C'est au moment des questions de la salle, que les divergences apparaissent de manière plus frontale. Une personne déclare être « choquée par l'intervention de John Davies » et souhaite « féliciter le professeur Marsden pour sa décision, très importante pour le futur », soulignant que ce dernier a « démonté » (*took apart*) la présentation du premier. L'échange qui suit est révélateur des tensions que suscitent ce cas particulier et la question des prix excessifs plus généralement :

Davies: ... C'est à propos des aspects économiques. Dire simplement que les prix sont trop élevés ne suffit pas. Je ne vois rien de mal à ça.

Marsden : Nous ne disons pas simplement "les prix sont beaucoup trop élevés" (damn too high). Il y avait beaucoup de preuves. J'ai tenté de montrer le contexte ... les prix excessifs ne sont pas une réponse populiste à un échec de la réglementation.

En suivant ce débat, on peut avoir l'impression de faire face à deux logiques incompatibles. On propose ici plutôt d'analyser ces échanges comme une mise en scène de l'identité de chaque groupe professionnel du monde de la concurrence : régulateurs, économistes et juristes. En réalité, ces identités et positions sont bien moins réifiées que dans les panels auxquels nous avons assisté. D'ailleurs, Marsden présenté comme juriste, est aussi un peu régulateur, puisqu'il a siégé à la CMA. Six mois avant cet échange, en novembre 2018, il rejoignait également, en tant que *senior adviser* le département concurrence du très prestigieux cabinet d'économie Charles River Associates (CRA). De son côté, John Davies est également passé par une autorité de régulation : il a été *chief economist* de la *UK Competition Commission* de 2003 à 2008.

¹ Pfizer Inc. and Pfizer Limited v Competition and Markets Authority.

² Padilla J., Davies J., 2018, « Another look at the economics of the UK CMA's Phenytoin case' in Excessive Pricing and Competition Law Enforcement », in Katsoulacos Y., Jenny F. (dir.), Excessive Pricing and Competition Law Enforcement. International Law and Economics Springer.

Ainsi, il s'agit là davantage d'une mise en scène de la diversité des points de vue professionnels, qui apparaissent, tout au long de la journée, complémentaires et nécessaires à une compréhension globale des fonctionnements des marchés. La façon même dont chaque panel est organisé, faisant dialoguer les groupes professionnels du monde de la concurrence, contribue à réifier les rôles et les positions durant les discussions, les intervenants ponctuant leurs prises de parole d'un rappel de leur rationalité située : "en tant qu'économiste", "une réponse de juriste"...

Certes, la théorisation de l'économie de la concurrence s'est en partie construite en réaction à une "analyse juridique". Sans préjuger de la réalité ou non de ces oppositions, qui n'est pas de notre ressort, l'observation ethnographique d'une journée de conférence à l'OCDE témoigne de l'importance de ce discours pour la constitution d'identités professionnelles distinctes au sein du monde de la concurrence.

4. La division du travail entre avocats et économistes : Du modélisateur au « soutier »

Les relations asymétriques qu'entretiennent les économistes et les avocats se reflètent dans une composante fondamentale de l'État régulateur : le type d'expertise déployé à l'interface des institutions étatiques et des entreprises. Nous parlons ici des « cas » de concurrence. Il s'agit de dossiers traités par l'Autorité ou par la Commission européenne où une entreprise est poursuivie pour abus de position dominante, pour entente ou qui doit démontrer que son projet de fusion-acquisition ne mène pas à une structure de marché anticoncurrentielle. Ces procédures sont lourdes et durent souvent de longs mois. Les entreprises n'ont d'autre choix que de solliciter les services d'avocats spécialistes de la concurrence et, dans les affaires les plus importantes, d'un cabinet d'experts en économie. Nous nous penchons ici sur les relations asymétriques entre les avocats et économistes qui interviennent sur un même cas. Alors que les économistes aspirent à déployer une autre approche de la concurrence, dont la traduction serait le développement de la modélisation dans le traitement des cas, on constate que les contraintes, notamment économiques, pesant sur les cabinets les ont conduits à adapter leurs outils, pour rendre la théorie opérationnalisable (4.1). De plus, les avocats restent les maîtres du dossier et à bien des égards, dans les interactions quotidiennes entre groupes professionnels chargés des cas de concurrence, les économistes restent en retrait (4.2). Au total, l'analyse des rapports entre les deux groupes professionnels montrent qu'ils restent considérés souvent comme des sous-traitants par les avocats et doivent se contenter de faire des tâches qu'ils considèrent comme peu valorisantes.

4.1 De la modélisation à l'invention de nouveaux outils

Une grande partie de l'outillage mobilisé par les économistes de la concurrence n'est pas spécifique à l'économie industrielle. Pour mettre en œuvre l'approche continue et discuter les liens de causalité entre structure du marché, le comportement des firmes et les effets sur le

consommateur, les économistes s'appuient également sur l'économétrie ou la microéconomie appliquée. Une fois maîtrisée la littérature théorique, l'économie industrielle, la théorie des jeux, la théorie des contrats, il reste à la rendre opérationnalisable dans les cas sur lesquelles travaillent les économistes en cabinets. Cette alliance des intuitions théoriques de l'économie industrielle et des méthodes empiriques s'incarne dans la modélisation, où il s'agit de réunir en un seul modèle tous les facteurs qui contribuent à la formation des prix sur un marché :

Entretien 7 – économiste en cabinet, Paris, 21 janvier 2020 : « c'est vraiment, c'est du code très, très poussé où tu crées des modèles, par exemple pour calculer un prix donc ça va être, par exemple, comment expliquer ton prix avec plein de variables et par exemple, si y'a un cartel, tu vas avoir une variable qui va prendre une certaine valeur selon si t'es dans la période de cartel ou pas et l'idée c'est qui faut que ça soit la même pour les cartels (riant). »

Parce qu'elle repose sur une approche continue de la concurrence, la modélisation est considérée par les économistes comme une tâche particulièrement noble. Elle permet d'ailleurs de mettre à profit les compétences qu'ils ont acquises à l'ENSAE ou, dans une moindre mesure, à Toulouse. Pourtant s'ils mettent en œuvre leurs compétences en matière de quantification, il est rare qu'ils aillent jusqu'à proposer des modèles à leurs entreprises clientes. En réalité, la plupart du temps, ils contribuent à diverses tâches ponctuelles qui sont surtout là pour faciliter le travail de défense des avocats.

L'un de nos enquêtés, qui dans la citation précédente met en avant son intérêt pour la puissance des modèles statistiques qui réduisent la réalité du marché à quelques variables et permettent d'isoler l'effet propre d'un comportement comme une entente, nuance cependant durant la suite de l'entretien. En effet, juste après cette tirade, il fait une pause et confesse :

Entretien 7 – économiste en cabinet, Paris, 21 janvier 2020 : « Pour l'instant, je n'en ai jamais fait, non. Une fois, on m'a dit d'y réfléchir. Ça ne m'a pas... en fait, c'est très dur de faire de l'économétrie parce qu'il faut des très bonnes données. Il faut beaucoup, beaucoup de données et des données très fiables et très bonnes et souvent, c'est pas le cas, en fait donc... on est souvent limité par le nombre de données, du coup, on n'en fait pas. Là, on est en train de voir si on va en faire sur le projet, ça m'étonnerait, on n'a pas assez d'informations. »

Ainsi, alors qu'il aimerait mettre en œuvre des modèles économétriques, il ne le fait pas car, dit-il, les informations requises pour les « faire tourner » ne sont pas disponibles en quantité suffisante. Cette contrainte est liée d'une part au fait que ces économistes opèrent dans un cadre administratif ou judiciaire, avec des délais contraints. D'autre part, les entreprises peuvent être réticentes à partager leurs informations (pour modéliser le fonctionnement d'un marché il faut amasser des données non seulement sur l'entreprise cliente mais également sur ses concurrentes).

Un autre exemple de ce glissement d'une tâche perçue comme noble mais trop complexe vers l'invention d'outils plus opérationnalisables dans le contexte d'une affaire de concurrence concerne les cas de concentrations. Ainsi, un autre enquêté témoigne de l'existence, dans les années 2000, d'une analyse appelée « simulation de fusion » :

Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars 2017 : « pendant quelques années durant la décennie 2000, il y avait un truc qui était très à la mode, c'était un type d'analyse qui était extrêmement compliqué, qui permettait de faire ce qu'on appelait une simulation de fusion (...) ça revient à aller au cœur du sujet et de dire « bon bah voilà on va simuler la fusion et regarder ce qu'elle fait sur les prix »

Ce type d'analyse reposait plus directement sur la théorie économique. Il avait notamment été défendue et disséminée par des économistes de Toulouse (dont Jean Tirole et Patrick Rey) dans un rapport pour la DG Concurrence de 2003¹. Mais comme l'explique notre enquêté, ces simulations sont « extrêmement compliquées techniquement ».

Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars 2017 : donc ça revient à dire bon bah voilà on a le modèle de la théorie économique de base qui est l'équilibre de Nash, on va se dire que le marché qu'on observe avant l'opération c'est l'équilibre du marché dans lequel chaque entreprise maximise son profit. En observant les prix, les quantités, avec quelques données que les entreprises peuvent nous donner sur leurs coûts, ça nous permet de calculer des tas de paramètres, c'est-à-dire qu'on observe que si les prix sont de tel niveau, si les marges sont de tel niveau et si les entreprises maximisent leur profit, ça veut dire que la demande a telle élasticité mais aussi ceux qu'on appelle les élasticités croisées etc etc. tout ça (...) est extrêmement compliqué techniquement.

De cette complexité, il résulte une difficulté de mise en œuvre de la simulation pour les cabinets de conseil : d'abord, « très peu de gens, même dans les cabinets d'économistes les comprennent² » mais aussi, ces analyses complexes sont extrêmement coûteuses, facturées plus de 100 000 euros. Dernier élément, pour être fiables, elles requièrent un grand nombre de données, très détaillées. Face à ces difficultés, un autre outil, plus frustré mais aussi plus robuste, a été développé :

Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars 2017 : on a un certain nombre d'économistes qui ont essayé de définir des types d'analyses plus simples, réalisables à partir d'analyses disons plus économes en termes de besoin de données et qui mais en même temps sont plus sophistiquées que les simples calculs de parts de marché.(...) Alors il y a un truc qui est très à la mode et qui marche assez bien qui est devenu l'un des trucs que vendent les cabinets d'économistes, c'est ce qu'on appelle l'approche par le GUPPI (...) Donc c'est une notion qui a été inventée il y a quelques années par deux économistes américains et qui permet d'estimer un peu l'effet qu'aura une concentration sur les prix. De manière moins complète que l'approche par la simulation de fusion. (...) c'est quelque chose qui demande simplement de connaître, ou d'estimer ce qu'on appelle le taux de diversion. Ça revient, au lieu d'estimer l'ensemble des élasticités de la demande entre toutes les entreprises présentes sur le marché – y compris celles qui ne participent pas à l'opération, ça ne nécessite que de connaître en fait l'élasticité croisée de la demande entre les parties à l'opération. Ainsi que les marges des parties à l'opération. Donc ça demande beaucoup moins de données ... c'est juste un indice. Donc c'est quelque chose de beaucoup plus limité mais qui donne quand même des indications qui ont quand même un certain intérêt.

L'indice dont il est question ne vient pas de la sphère universitaire. Comme le souligne un autre enquêté : « l'innovation vient plutôt de ce que nous proposent les cabinets de conseil en

¹ Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J., 2003, *The Economics of Tacit Collusion. Final Report for DG Competition*, European Commission.

² Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars 2017.

économie mandatés par les opérateurs. C'est des choses qui se situent au niveau de la pratique. Il n'y a pas vraiment d'introduction d'innovations au travers de la littérature universitaire ». L'indice GUPPI (Gross Upward Pricing Pressure Index), évoqué dans la citation précédente, est un exemple de l'inventivité des cabinets en matière d'opérationnalisation de la théorie. L'indice a été développé à la fin des années 2000 par Steven Salop¹ et Serge Moresi, alors tous deux membres du cabinet Charles River Associates (le premier comme consultant, le second comme directeur de la *Competition modeling*). Ils présentent pour la première fois l'indice dans leurs commentaires adressés aux autorités de régulation américaines (DOJ et FTC) en 2009 à propos de la réforme de leurs *merger guidelines*². Certes, ils précisent les limites de cet indice : il « ne tient pas compte des autres facteurs qui affectent la pression à la hausse sur les prix » ni « de la pression à la baisse sur les prix causée par les gains d'efficacité ». Cependant, ils insistent sur le fait « qu'il est intéressant de se concentrer sur le GUPPI car c'est le facteur le plus facile à mesurer simplement et rapidement ».

Les cabinets se sont donc progressivement émancipés de la littérature théorique pour forger leurs propres outils, plus compatibles avec les contraintes – commerciales – qui sont les leurs : diminution des coûts, du temps nécessaire pour les réaliser les analyses et des données indispensable à leur application.

4.2 La quantification : les économistes, prestataires des avocats ?

L'invention de nouveaux outils d'analyse par les cabinets de conseil reste l'exception. Le quotidien de ces cabinets est fait d'autres tâches, considérées comme beaucoup moins nobles que la modélisation ou l'application d'outils qui restent sophistiqués. En effet, les économistes sont bien souvent appelés à réaliser des opérations relevant simplement de la collecte et du traitement de données quantitatives :

Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars 2017 : « il y aussi un aspect beaucoup moins noble dans l'activité des économistes dans les concentrations qui est un aspect simplement de ... de soutien, heu c'est-à-dire dans lequel on va simplement, enfin c'est pas moi hein, c'est mes collaborateurs, mes collaborateurs font ça parfois, qui vont simplement aider à ... mouliner des chiffres pour sortir des parts de marché dans tous les sens, fournir des données simplement, donc choses dans lesquelles il y a aucune question de stratégie ou d'argumentation. Il faut simplement sortir des données, traiter des données. C'est des choses dans lesquelles il y a à peine de l'économie (...) effectivement les économistes ont évidemment une compétence (...), de traitement des données, d'utilisation des outils statistiques etc. (...) Par exemple : donner le pourcentage de clients qui habitent à moins de 150 km de tel site et qui ont acheté tel produit et ensuite faire des statistiques dessus... Voilà il faut des gens qui sont capables d'aller chercher dans une base de données énorme et de sortir ces statistiques rapidement sans faire trop d'erreurs. Donc on vend ça aussi. Ça n'a aucun intérêt mais... »

L'absence d'économétrie et de l'approche continue valorisée dans les discours professionnels n'est pas due uniquement au manque de disponibilité des données. Elle est liée aussi à des relations marchandes asymétriques entre économistes et avocats. Les avocats que nous avons

¹ Steven Salop est également professeur d'économie et de droit à Georgetown.

² Salop S., Moresi S. 2009, *Updating the Merger Guidelines: Comments*.

rencontrés insistent d'ailleurs souvent, lorsqu'on les interroge sur les raisons qui les poussent à recourir à des économistes, sur ces aspects moins nobles du travail des cabinets. Ainsi, aucun avocat ne nous a répondu qu'il cherchait à intégrer des économistes pour favoriser ce qui a été caractérisé comme l'approche continue. Ils présentent plutôt les économistes comme des sous-traitants, qui peuvent répéter et systématiser un ensemble de tâches simples que les avocats pourraient faire eux-mêmes s'ils disposaient du temps pour le faire. Cette vision est sans aucun doute exagérée mais témoigne des rapports déséquilibrés entre les deux groupes professionnels.

Si on morcelle la procédure des cas et les types d'interactions entre avocats et économistes en plusieurs phases distinctes, on constate que les avocats restent maîtres du jeu de la concurrence tout au long du processus, que ce soit lors de l'identification d'un besoin en expertise économique, de la prise de contact avec un économiste, de la maîtrise de l'argumentation visant à la défense de l'entreprise ou encore de sa représentation lors des audiences devant l'ADC.

4.2.1 Identification d'un besoin en expertise économique

Les avocats décrivent plusieurs contextes pour lesquels ils ont recours aux économistes. Dans leurs justifications, les économistes apparaissent comme des partenaires permettant de pallier des difficultés techniques plutôt que comme des associés permettant une diversification théorique dans le traitement du cas. Un premier enquêté évoque ainsi les cas où « il y a beaucoup de données », les avocats ne disposant pas des outils « ne serait-ce qu'informatiques » pour les traiter¹. Même s'il précise que l'économiste reste indispensable au « débat de fond », c'est bien des tâches moins nobles qui apparaissent :

Entretien 5 – avocat, collaborateur, Bruxelles, 19 février 2020 : « Nous par exemple, pour calculer des parts de marché, quand il y a beaucoup de données à traiter, ça nous prend beaucoup de temps, ce n'est pas évident que ce soit absolument impeccable. Il peut y avoir des erreurs matérielles parce que l'erreur est humaine, et ça c'est typiquement quelque chose où quand un économiste intervient, en dehors de ce débat de fond où il est quasi indispensable, l'économiste peut avoir une utilité immédiate et très concrète : calcul de parts de marché et analyse un peu sophistiquée quand on est en appel d'offres etc. »

Dans les grandes opérations de concentrations, le calcul des parts de marché peut être fastidieux et complexe. Une équipe d'un cabinet d'économie peut alors être mobilisée, comme ce fut le cas lors de la fusion entre deux groupes du secteur de l'aéronautique relaté par un des économistes rencontrés :

Entretien 13 – économiste en cabinet, Paris, 23 novembre 2019 :

Économiste : « Il y a avait pas de gros problèmes de concurrence mais c'était ultra compliqué de calculer les parts de marché. Parce qu'il y avait énormément de produits. Enfin tu vois dans un avion il y a tellement de pièces, c'est limite un marché pertinent par pièce.

LA : C'est quoi ?

Économiste : Un marché pertinent par pièce quoi. Enfin tu avais un marché pertinent des câbles électriques, un marché pertinent de la ... enfin moi je faisais : câbles électriques, distribution, génération, il y en avait qui faisaient les roues, il y en avait qui faisaient les portes.

¹ Entretien 5 – avocat, collaborateur, Bruxelles, 19 février 2020

LA : ah ouais ? vous étiez toute une équipe ?

Économiste : Bah on avait fait deux équipes du coup. Moi je bossais avec [X], on était spécialistes de l'électricité. Mission génération câbles. Et il y avait une équipe qui faisait les roues, les portes et les moteurs.

(rires). »

La réalité de la pratique du travail d'économiste s'éloigne donc de la théorie défendant une rupture dans l'approche des traitements des cas. Face au constat que les économistes n'ont pas pris le pouvoir, contrairement à ce qu'annonçaient certains, on a tenté de chercher, dans leurs interactions quotidiennes et leurs rapports, les raisons de ce décalage. L'une d'elles est la suivante : les avocats maîtrisent la situation de travail dans laquelle se trouvent les économistes et peuvent ainsi faire prévaloir *leur* vision du cas.

4.2.2 *Prise de contact avec un économiste*

Les économistes ont rarement un accès direct au client, un privilège qui appartient aux avocats. Ces derniers profitent de l'antériorité de leurs relations avec les grandes entreprises, la légitimité des structures au sein desquelles ils exercent et l'historicité propre de la construction de leur profession. Les grands cabinets proposent également une approche juridique pluridisciplinaire des cas, notamment en matière de concentrations où ils peuvent accompagner toutes les étapes d'une opération de fusion-acquisition : en mobilisant le droit des sociétés pour la constitution et le financement de la nouvelle entité, le droit de la fiscalité pour optimiser la domiciliation fiscale, et le droit de la concurrence pour la procédure du contrôle des concentrations devant l'Autorité ou la Commission européenne. Les économistes n'interviennent qu'à un moment précis de la concentration, pour des tâches identifiées au préalable et circonscrites dans le temps global de l'opération. C'est d'ailleurs pourquoi dans la plupart des cas, ce sont les avocats qui contactent les économistes :

Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars : « normalement on est plutôt contacté par les avocats. Alors ce qu'il se passe c'est que soit on est contacté directement par les avocats qui nous amènent avec eux, soit on est mis en concurrence par les avocats eux-mêmes qui gèrent plusieurs cabinets et donc là on fait des présentations orales soit des propositions écrites avec à la fois ... et là on est sélectionné sur à la fois la nature de la proposition, les caractéristiques du cabinets, l'expérience qu'on peut avoir, et puis évidemment des considérations budgétaires. »

Les présentations orales (*pitch*) dont il est question ici sont rarement mises en œuvre. Elles sont parfois mises en place par l'avocat pour montrer que les économistes sont mis en concurrence et que les coûts sont maîtrisés¹. Mais en général, le recrutement se fait de « gré-à-gré² », selon une logique personnifiée, « des histoires d'amitié ou de reconnaissance³ ». Les avocats travaillent avec les économistes qu'ils connaissent, quel que soit leur cabinet d'appartenance : « c'est souvent parce qu'on aime bien travailler avec tel ou tel économiste qu'on fait appel à ses services, qu'on le recommande⁴ ». Si le client décide toujours qu'il souhaite *in fine* engager, la

¹ On peut estimer que dans une grosse affaire, l'expertise économique ne représente que 15 % des frais engagés, le reste étant versé aux avocats contre 65 % aux avocats. Voir Avril L. *op. cit.*, p. 369.

² Entretien 5 – avocat, collaborateur, Bruxelles, 19 février 2020.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

métaphore utilisée par l'un de nos enquêtés avocat, qui compare son rôle à celui « d'un prescripteur, à la manière d'un médecin qui fait une ordonnance », montre bien l'ascendant que peut avoir l'avocat sur son client dans ce choix. Le caractère personnel des relations entre l'avocat et « son » économiste apparaît également quand l'un ou l'autre change de cabinet : ils poursuivent généralement leurs relations malgré le changement de structure.

Entretien 6 – avocat, collaborateur, Paris, 23 janvier 2020 : « Si tu veux moi j'ai deux, trois économistes que je connais que je respecte dont j'aime le raisonnement, le raisonnement le côté pragmatique, etc., et par exemple, y'en a un particulier auquel je pense, bah on faisait appel à lui dans notre ancien cabinet. Quand on a changé de cabinet, on faisait toujours appel à lui. Lui, il a changé de cabinet, on a continué à faire appel à lui, maintenant, il a créé sa boîte, on continue à faire appel à lui. C'est quelqu'un, on aime comment il travaille et c'est un peu comme un associé en cabinet d'avocat en fait, t'aimes comment il travaille, t'aimes son raisonnement, tu lui fais confiance, bah pour nous c'est plutôt, bon, on fait appel à lui parce que voilà, on lui fait confiance à son raisonnement économique et honnêtement il travaillait avec un collaborateur que je trouvais excellent, bah le collaborateur est parti, il travaille maintenant, avec d'autres collaborateurs et collaboratrices, on fait appel à lui et l'autre aussi qui a créé sa boîte d'ailleurs, eh bah on fait appel à lui sur un autre dossier où le premier est pas dispo. C'est, pour moi, c'est la même chose de dire « Tu fais appel à un cabinet ou tu fais appel à une personne parce que (...) en fait tu fais toujours appel à une personne. ».

Cette logique personnifiée ne peut que renforcer la dépendance des économistes vis-à-vis des avocats et réduire d'autant leurs marges de manœuvre.

Enfin, même quand les avocats reconnaissent l'utilité qu'il y aurait, dans un dossier, à déployer le raisonnement continu typique des économistes, ce sont eux qui suggèrent les pistes à explorer aux économistes. Charge à ces derniers de proposer les analyses *empiriques* qui viennent corroborer les arguments que l'avocat souhaite utiliser.

Entretien 5 – avocat, collaborateur, Bruxelles, 19 février 2020 : « La plupart du temps, en tout cas dans les dossiers que j'ai vus, c'est l'avocat qui est à la manœuvre en écrivant son raisonnement. L'économiste qui à la lecture de ce raisonnement et au vu des données factuelles qui sont à sa disposition corrobore ou non le raisonnement. Donc l'économiste vient en appui de l'avocat. Après, l'économiste peut être à l'initiative mais moi je ne l'ai pas vu ça. Mais c'est possible que ça existe. Il est possible que des économistes excellents, X, ou Y, pour qui il travaille, soient parfois à l'initiative d'un argument, en disant : regardez, on peut... En fait, mon impression est que les économistes sont souvent à l'initiative du type d'analyse qui va venir corroborer l'argument. Ah, on peut faire tel type d'analyse, ou que tel type n'est pas concluante, ou que pire ça montre l'inverse qu'on veut montrer. Et dans ce cas-là, tel autre type d'analyse est plus judicieux, au moins dans une stratégie de défense. »

Les avocats se réapproprient ensuite ces analyses : ce sont eux qui les présentent lors des audiences et non les économistes qui les ont réalisées.

Entretien 7 – économiste en cabinet, Paris, 21 janvier 2020

LA : Ce sont les avocats qui parlent en audience ?

Économiste : Normalement, non. C'est plus les avocats qui parlent bien sûr, mais on peut être aussi amené à faire appel aux économistes, ils peuvent être amenés à parler parce que le partenaire était venu exprès pour l'audience. Là, en l'occurrence, je ne crois pas qu'on ait parlé, mais du coup, c'est les avocats qui ont « Ah bah oui, ce graphique, voilà... » donc c'est les avocats qui ont expliqué et nous on était derrière en backup (riant). Mais, du coup, c'était très

sympa et en plus à la fin, le, je sais plus comment il s'appelle, un des mecs de l'Autorité, il est venu nous voir en nous disant « Vous avez fait un super rapport, c'était vraiment très bien. », super !

Finalement il prévaut toujours cette logique catégorielle et narrative typique de l'administration et du droit. Au lieu de faire exploser les catégories, les analyses économiques deviennent un élément parmi d'autres du processus de qualification : elles sont un élément matériel qui appuie la caractérisation (ou au contraire la non-caractérisation) d'une situation de marché comme « entente », « abus de position dominante » etc. Selon cet avocat, une telle intégration de l'économique dans le juridique est liée au caractère narratif des procédures : au bout du compte, il faut toujours « raconter une histoire » qui mette en lien une définition juridique d'un phénomène et des faits...

Entretien 5 – avocat, collaborateur, Bruxelles, 19 février 2020 : « Tout le monde dans notre matière... Parce qu'elle est très abstraite... raconte une histoire en quelque sorte. Donc l'autorité de la concurrence, sur un dossier de contentieux et de concentration, nous explique que parce que l'entreprise X a fait ça, ou parce que l'entreprise X rachète l'entreprise Y, il va se passer ça, ou l'entreprise Z va être évincée du marché. C'est, du coup, une histoire qui suppose un rapport de cause à effet. Et pour le démontrer, l'Autorité de la concurrence, la Commission européenne va avancer certains faits qui sont... Comme à chaque fois, si on raconte une histoire à laquelle on croit, on va avancer pour chercher à démontrer la véracité de l'histoire des faits qui sont nécessairement stylisés. On va regarder : vous avez fait ça, la rentabilité de telle entreprise a baissé pendant telle période, donc dès que vous avez arrêté de faire ça, elle a ré-augmenté. Donc c'est bien qu'il y a eu un effet d'éviction. Vous avez racheté telle entreprise, regardez l'effet que ça a eu sur les prix, donc c'est bien qu'on peut s'attendre à la même chose cette fois. Là où l'économiste est intéressant, c'est qu'il va permettre... Alors d'abord l'économiste il est chez l'Autorité de la concurrence ou la Commission, lui il va chercher à faire des études économétriques pour démontrer une corrélation, c'est pas une causalité, mais vous connaissez ça aussi bien que moi je pense, et ce qu'est bien c'est d'avoir un autre économiste pour chercher à expliquer qu'il y a peut-être d'autres variables explicatives de la variable observée, donc qu'il y a peut-être d'autres explications de la variable explicative et que donc les éléments observés ne sont pas probants. Je crois que c'est là toute l'utilité de l'économie, c'est d'arriver à formaliser de manière cohérente un argumentaire de fond qui remet en cause la crédibilité des histoires qu'on nous raconte. »

Les consultants en économie décrivent des relations parfois tendues avec les avocats et sont conscients que le rapport de force est en leur défaveur. Leurs attentes sont minimales : renonçant à véritablement peser sur le dossier, ils espèrent simplement être consultés en amont de celui-ci et voir leur travail valorisé par l'avocat avec lequel ils travaillent :

Entretien 9 – économiste en cabinet, Paris, 17 janvier 2020 : Ça dépend vraiment (souriant). Bah les deux extrêmes, mais à l'extrême, t'as... À l'extrême qu'est agréable pour nous, c'est l'avocat qui, bon, c'est pas nécessaire, mais par exemple, un avocat qu'on connaît bien qui reconnaît enfin qui pense que ce qu'on fait c'est utile et qui valorise notre écoute donc lui il va nous faire intervenir tôt puis il va, il peut prendre des décisions, mais il va nous solliciter, à partir du moment où il y a eu un enjeu économique, une question économique, il va nous sonder sans forcément nous écouter à la fin, mais en tout il va nous écouter puis on va faire des choses en bonne entente, en se partageant des choses en se relayant mutuellement donc là, c'est vraiment un travail d'équipe et c'est sympa. Et l'extrême opposé, bah c'est l'avocat qui se voit imposer des économistes parce que le client pense que c'est une bonne idée, mais lui il vit ça comme une cannibalisation de son... comme le fait qu'on lui pique une partie du budget, non

seulement une partie du budget, mais aussi une partie de la responsabilité du truc et donc là ça peut-être une guéguerre pas très agréable

En somme, la relation d'interdépendance entre avocats et économistes fait d'eux des « associés-rivaux condamnés à vivre ensemble »¹. Cette relation est à l'avantage des avocats qui sont les premiers appelés sur le dossier et qui délimitent les grandes lignes du raisonnement à suivre, au détriment de l'approche « continue » et modélisatrice que les économistes appellent de leurs vœux.

Conclusion

Dans cette partie, nous nous sommes intéressés aux groupes professionnels qui portent différentes approches de la concurrence. En prenant pour parti d'adopter une perspective sociologique, appliquée à plusieurs niveaux d'analyse (les groupes professionnels, leurs structures d'exercice, les carrières individuelles, les stratégies discursives et les pratiques et savoir-faire), nous avons tenté de résoudre l'énigme suivante : pourquoi les économistes en concurrence n'ont pas pris le pouvoir ? Pourquoi, la révolution annoncée et parfois redoutée par les juristes, n'est pas advenue ?

Au terme de notre démarche d'enquête, il semble que les relations de ces deux groupes auxiliaires de l'État régulateur tiennent tout autant à la concurrence qu'à l'interdépendance. Le développement de filières communes en économie et droit tend d'ailleurs à homogénéiser les profils des jeunes recrues des cabinets d'avocats et d'économie. Cependant, les avocats gardent une avance indéniable dans leur position d'intermédiaires, parce qu'ils peuvent s'appuyer sur des structures d'exercice plus anciennes et des carrières moins volatiles mais aussi parce qu'ils gardent le contrôle du contact avec le client d'une part et des interactions avec les juridictions d'appel d'autre part.

Cette sociologie des groupes professionnels au cœur de l'État régulateur ne se suffit pas à elle-même. Elle doit donner lieu, en contrepoint, à une étude approfondie de la réception des savoirs portés par ces acteurs dans les institutions, que ce soit le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ou les instances judiciaires que sont la cour d'appel de Paris et la Cour de Cassation (voir les deux parties suivantes du rapport). En effet, la reconnaissance de ces savoirs dans les milieux administratifs est également une clé de compréhension des relations asymétriques entre avocats et économistes. À ce titre, si un moment propice à l'économisation a pu être dégagé, notamment dans les années 2000, on constate que l'économie n'a pas gagné complètement le cœur des magistrats.

¹ L'expression vient de Bourricaud F., 1961, *Esquisse d'une théorie de l'autorité*, Paris, Plon et a été utilisée en sociologie pour décrire des contextes collégiaux d'hybridation entre différentes expertises. Voir Lazega E., 1999, « Le phénomène collégial : une théorie structurale de l'action collective entre pairs », *Revue française de sociologie*, 40-4, p. 639-670.

Partie III

L'économie dans la jurisprudence : approche quantitative

1. Introduction

Les économistes ont participé à la mise en place d'une politique de concurrence à la française et se sont ensuite positionnés comme intermédiaires entre les régulateurs et les entreprises régulées. Ils ont cependant dû composer avec la concurrence – voire la tutelle – des professionnels du droit, qui y occupent une position structurellement plus importante. Comment se traduit ce statut singulier des économistes dans les décisions rendues par l'Autorité de la concurrence et les tribunaux ?

Avant de répondre à cette question, il est utile de revenir sur ce qu'est une politique de concurrence « plus économique » dans l'histoire de la théorie économique. D'après la chronologie développée par Bougette *et al.*¹, les premières réflexions sont formulées par l'École de Chicago, dont le développement fut initié par l'entremise de Friedrich von Hayek à travers le Fonds Volker utilisé pour deux grands programmes d'étude, le projet « Free Market Study » (1946-1952) et le projet Antitrust (1953-1957), tous deux codirigés par Aaron et Edward Levi. Cette approche se décline aussi bien dans la sphère économique que dans la sphère juridique. Chez les économistes, Stigler², Coase³ ou encore Friedman⁴ sont des membres fondateurs de l'approche économique dans l'antitrust. Chez les juristes, Richard Posner ou Robert Bork, sont les figures de proue de cette approche.

Rapidement des critiques furent adressées à l'École de Chicago, accusée de « trop de simplification ou de « stylisation » face à des marchés très diversifiés »⁵. Le « post-Chicago » ou « la nouvelle économie industrielle » essaie de répondre aux critiques basées sur les fondements canoniques de l'approche telles que définies par Bork⁶, en développant une analyse économique plus élaborée. Ainsi, Spector⁷, parle de l'intégration de l'économie comme un

¹ Bougette P., Deschamps, M, et Marty, F., 2015, “When Economics Met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law”. *Enterprise & Society*, 16-2, 313-353

² Prix Nobel d'économie en 1982 pour l'ensemble de ses études sur les structures industrielles, sur les fonctionnements des marchés, et des mises causes des effets de la régulation publique.

³ Prix Nobel en 1991.

⁴ Prix Nobel d'économie en 1976 pour l'ensemble de ses études sur l'analyse de la consommation et la démonstration de la complexité des politiques de stabilisation.

⁵ Bosco D et Prieto, C. 2013, *Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante*. Bruylant.

⁶ Bork, R., 1993, *The Antitrust Paradox*, New York, Free Press. 1978

⁷ Spector D., 2011, L'économiste appelé à la barre : la régulation économique et juridique de la concurrence. *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 11, p. 237-246.

« marqueur de modernité » pour le droit de la concurrence, aussi vu au travers de la présence croissante d'économistes au sein des autorités, que par l'évolution du droit de la concurrence dans sa globalité. Cette évolution est réalisée par une adoption explicite des concepts économiques dans le *hard Law* à travers des règlements, mais aussi dans le *soft Law*, à travers des lignes directrices et des communications des autorités concernées.

Cette théorisation d'une politique de concurrence « plus économique », développée aux États-Unis dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'*antitrust* à partir des années soixante-dix, a été transposée en Europe avec une évolution similaire, mais temporellement décalée. Le droit de la concurrence européen avait déjà connu une évolution sensible au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, en Europe avec l'ordolibéralisme. Ce dernier introduisait déjà des raisonnements économiques. Ils demeuraient cependant non formalisés et plus centrés sur des catégories formelles que sur une évaluation au cas par cas des pratiques. Le droit de la concurrence repose sur deux principes complémentaires, mais parfois difficiles à articuler : la protection du bien-être du consommateur et la préservation du libre jeu de la concurrence. En France, l'Autorité de la Concurrence joue le rôle de juge de première instance. Comme nous l'avons montré dans les deux parties précédentes, elle s'appuie de façon croissante sur des fondements économiques pour étayer ses décisions. L'application du droit de la concurrence est appelée à s'orienter vers une approche par les effets, à l'inverse de la *form-based approach* d'inspiration ordolibérale¹. Comme le suggère l'arrêt Acier abordé dans la partie précédente, il peut exister un conflit entre l'Autorité de la concurrence et les cours supérieures sur la place à donner à l'analyse économique. C'est pourquoi cette étude inclut à la fois des décisions de l'Autorité et des arrêts de la chambre commerciale de la cour d'appel de Paris qui nous intéresse.

Les analyses économiques peuvent être utilisées et réclamées par les différentes parties, défendeurs ou plaignants, mais également mises en œuvre par les juges. Les analyses de la concurrence portent sur la définition du marché pertinent, l'établissement de la théorie du dommage, la définition des remèdes ainsi que l'évaluation du dommage causé aux tiers, laquelle cependant ne sera pas intégrée dans le champ de la présente étude. L'analyse de la pratique décisionnelle montre que de nombreux tests économiques sont susceptibles d'être utilisés, comme le test SNIPP (voir *infra*), le Herfindal-Hirschman Index (HHI) ou encore les différents tests de coûts utilisés dans la définition des prix d'éviction qui doivent permettre une évaluation des effets nets sur le bien-être du consommateur. L'utilisation de l'expertise économique peut permettre un éclairage sur la complexité du marché pour les différentes parties engagées comme en témoigne le cas de la prise en considération de la nature *biface* de certains marchés pour jauger de la légitimité d'éventuelles allégations de prix d'éviction ou de prix excessifs. En contrepartie, il est important de prendre du recul sur l'expertise économique lorsqu'elle est principalement étudiée comme une modélisation microéconomique. L'utilisation des outils économiques peut donner un résultat positif pour un comportement anti-concurrentiel sans pour autant l'être, on parle de *faux positif*. La problématique des *faux positifs* est récurrente dans le cas de prix « bas ». Des prix « bas » sont interprétables comme des prix d'éviction, alors que

¹ Petit N., 2009, "From formalism to effects? The Commission's communication on enforcement priorities in applying article 82 EC", *World Competition*, vol. 32, no 4, p. 485-503.

des prix « bas » peuvent être également la résultante d'une guerre des prix dans un cadre d'un marché en concurrence. Les *faux positifs* peuvent aussi émerger lors d'une mauvaise délimitation du marché pertinent, connu par le cas de la « *cellophane fallacy*¹ ».

Cependant une approche par les effets rend-elle la décision de l'Autorité la concurrence plus robuste ? Nous pourrions définir la notion de robustesse au travers de la limitation du risque de remise en cause par le contrôle juridictionnel réalisé par la cour d'appel. La question est alors la suivante : l'utilisation de l'analyse économique en première instance limite-t-elle le risque de recours et / ou le risque de réformation en appel ? De façon complémentaire, nous pourrions nous interroger si lors de la seconde instance, les potentielles réformations par la cour d'appel conduisent à une remise en cause de l'analyse économique en revenant à des analyses formelles ? La cour d'appel met-elle en cause les tests utilisés ou propose-t-elle d'autres types de tests ? Vérifie-t-elle les tests tels qu'appliqués par l'Autorité dans une logique de contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation en matière économique ? Sommes-nous dans une situation dans laquelle le requérant s'appuie sur des moyens purement procéduraux, s'attachant à démontrer que l'Autorité n'a pas exactement suivi ses propres règles procédurales dans la mise en œuvre des tests ? La situation serait alors non pas une remise en cause de la démonstration économique elle-même, mais plutôt la mise en exergue d'un défaut de conformité au texte de *soft law* sur lequel l'Autorité appuie sa démarche. Nous pourrions enfin nous demander si le recours repose plus sur des dimensions comptables, se rattachant par exemple à l'estimation de la valeur des ventes ou à la durée des pratiques, plutôt que sur la démonstration de l'effet net de la pratique.

Les valeurs numériques, particulièrement présentes dans notre base, soulignent l'importance de la discussion du quantum de la sanction pécuniaire vis-à-vis de la contestation de la théorie du dommage en elle-même. Si la contestation de la décision de première instance est alors effectivement *chiffrée*, elle ne mobilise cependant guère un raisonnement ou une évaluation économique *stricto sensu*. Cela interroge la pertinence de qualifier d'analyse économique toute évaluation chiffrée d'une pratique donnée sur la base des données comptables. L'analyse économique suppose-t-elle à l'inverse un appui sur une modélisation ou du moins la construction d'une *théorie du dommage* sur la base des résultats communément admis dans le cadre de la littérature académique en économie de la concurrence ?

Nous pouvons tout d'abord vérifier, dans le cadre de ce rapport, si l'analyse économique est présente ou non dans les décisions de la cour d'appel, soit par réplcation (à des fins de vérification) du raisonnement économique initialement développé dans le cadre de la décision de l'autorité de la concurrence, soit par une discussion de la pertinence des tests utilisés voire par l'introduction de nouveaux éléments d'analyse économique, venant par exemple modifier la théorie du dommage ou du moins introduire de nouveaux tests. Cela implique de questionner

¹ United States v.e.i. DuPont de Nemours & Co., 351 US 377. L'affaire concernant l'entreprise Du Pont Nemours met en avant la difficulté de bien délimiter le marché. En effet, en 1956 deux délimitations du marché ont été faites pour le vendeur de cellophane. Une première délimitation du marché se limitait à la cellophane et donc déclarait l'entreprise Pont Nemours en quasi-monopole. Et une seconde délimitation, plus large, incluait les emballages flexibles et déclarait l'entreprise de cellophane en concurrence sur son marché.

l'existence d'un raisonnement économique autonome de la cour d'appel. Dans un second temps, nous pouvons évaluer si certaines des réformations observées en cour d'appel sont dues à une remise en cause des analyses économiques (ou des tests) développées en première instance ou procèdent plus simplement à une réévaluation des différents paramètres des tests utilisés ou des composantes à la base du calcul du quantum de la sanction pécuniaire prononcée. Enfin, cette étude pourrait permettre de s'interroger sur les effets du contrôle et des éventuelles corrections des critères économiques de première instance par la cour d'appel : s'agit-il exclusivement de chercher une sanction plus « objectivement fondée » sur la seule base de l'espèce ou s'agit-il au travers de cette (ré)évaluation d'harmoniser les remèdes ou la sanction avec l'ensemble de la jurisprudence ?

Le travail de Posner¹ qui a le premier développé une analyse statistique de la pratique décisionnelle concurrentielle constitue la référence méthodologique de notre étude. Celle-ci a supposé la réalisation d'une base de données regroupant les arrêts de la cour d'appel de Paris (Pôle 5-Chambre 7), sur la période 2003 à 2017. Chaque arrêt pris en compte a été complété d'une analyse de la décision de l'Autorité de la concurrence (ou du Conseil de la concurrence) qui a fait l'objet du pourvoi (et d'une étude de l'arrêt de la Cour de cassation, si l'arrêt a lui-même fait l'objet d'un pourvoi). Notons d'ailleurs que plusieurs arrêts ont donné lieu à des *navettes* entre les différents degrés de juridiction.

Ce suivi, en trois étapes, permet d'avoir un grand nombre de données qualitatives et quantitatives. L'ensemble de cette base de données est composé de 51 sections, qui correspondent aux critères choisis pour référencer les acteurs des affaires et les différentes composantes juridiques utilisées (cf. la notice de codage). Les 114 sous-sections, correspondent aux réponses possibles pour chaque section, soit de 2 à 3 réponses possibles par sections. Initialement, il y a 854 décisions de l'Autorité de la concurrence qui ont conduit à 212 arrêts de cour d'appel.

2. Méthodologie

2.1 Cadre conceptuel

Comme énoncé *supra*, cette étude s'appuie sur la méthodologie proposée par Posner². Sa contribution a constitué la première étude statistique menée sur l'application de la législation antitrust aux États-Unis. Nous appliquons le même cadre conceptuel au contentieux concurrentiel français et nous enrichissons nos questions de recherche à la lumière des nombreux développements apportés par la littérature d'économie industrielle ce dernier demi-siècle.

¹ Posner RA., 1970, "A statistical study of antitrust enforcement", *The Journal of Law and Economics*, 13-2, p. 365-419.

² Posner RA, *op. cit.*

Pour la réalisation de la base de données, nous avons choisi trois sections pour ordonner la recherche : les tests économiques, les procédures négociées ou non négociées et le vocabulaire. Par exemple, si nous suivons Bordalo et *al.*¹ les composantes d'un dossier peuvent influencer la décision judiciaire, ceci par les aspects mis en lumière dans le dossier à l'intention du juge. Par conséquent on doit relever les différentes composantes de l'analyse économique qui sont utilisées dans le jugement pour voir si la présence de critères (dans notre base de données on nomme ce critère une section) peut influencer le juge et dans quelle mesure.

Baye et Wright² mettent en avant l'importance de l'utilisation de tests dans les décisions concurrentielles et étudient si la complexité économique, qu'entraîne l'utilisation des tests économiques, a une incidence sur les décisions juridiques elles-mêmes. L'hypothèse est que l'analyse est devenue trop complexe pour les juges généralistes. Le recours à l'analyse économique risque paradoxalement (en regard des objectifs initiaux) d'entraîner un appel si les juges ne sont pas formés à l'économie. Dans l'article de Baye et Wright, la complexité économique augmente la probabilité d'appel et la formation économique d'un juge diminue le risque d'appel.

Ash et *al.*³ ont réalisé une étude sur les juges de 1976 et 1999, aux États-Unis en mettant en avant la nature du vocabulaire utilisé. D'après ces auteurs si les juges utilisent un langage économique, ils ont tendance à rendre des verdicts plus conservateurs et infligent des peines plus lourdes. Cet article d'Ash et *al.* trouve un écho avec le rapport de Cahuc et Carcillo⁴ sur la formation de la magistrature en France. L'article en question met en avant que si les juges ont suivi une formation économique, ils seront 2,5 fois plus enclins à utiliser des références économiques et à prendre des décisions *pro-marché* (voir *infra*). Par conséquent, Cahuc et Carcillo exprimeraient qu'une connaissance en économie orienterait les juges vers une position présentée comme plus *libérale*. Les deux articles de Ash et *al.* et Cahuc et Carcillo valident l'importance de l'étude du vocabulaire utilisé dans les décisions de la cour d'appel pour analyser si un recours plus significatif à l'analyse économique tendrait à se traduire par des positions plus *chicagoéennes*, que l'on pourrait définir de la façon suivante :

- Sévérité par rapport aux pratiques de marchés des (anciens) titulaires de droit exclusifs
- Méfiance vis-à-vis des allégations d'abus de dominance portées par des concurrents contre des opérateurs devant leur position aux seuls mérites
- Sévérité vis-à-vis des ententes horizontales
- Méfiance quant aux actions mettant en avant les effets anti-concurrentiels des arrangements verticaux

¹ Bordalo P., Gennaioli N. et Shleifer A, "Salience theory of judicial decisions". The Journal of Legal Studies, 2015, 44-1, p. 7-33

² Baye, MR. et Wright JD, 2015, "Is antitrust too complicated for generalist judges? The impact of economic complexity and judicial training on appeals". The Journal of Law and Economics, 2011, 54-1, p. 1-24.

³ Ash E., Chen D. et Naidu S., 2018, "Ideas have consequences: The impact of law and economics on American justice". working paper.

⁴ Cahuc P. et Carcillo S., 2012, « Les juges et l'économie : une défiance française ». Rapport de l'institut Montaigne.

2.2 Le codage et ses limites

Pour analyser l'appropriation de l'économie dans le droit de la cour d'appel de Paris, nous avons pris en compte l'analyse économique dans les décisions, permettant d'étudier une transition entre une approche « formaliste » et une approche par « les effets ». Cette étude soulève la question des conséquences d'une analyse économique sur les décisions juridiques.

Dans cet objectif cinq critères ont été définis :

- Définition du type de pratique anti-concurrentielle. Dans cette section nous pouvons nommer la pratique notifiée par l'Autorité de concurrence puis par la cour d'appel.
- Le quantum de la sanction pécuniaire. Dans cette section nous prendrons en compte le montant des sanctions pécuniaires et énumérons les critères retenus par l'Autorité de la concurrence et de la cour d'appel pour évaluer cette sanction.
- Les tests. Dans cette section nous référençons les différents tests de l'analyse économique dans le dossier, permettant une meilleure compréhension du cadre économique de l'affaire.
- La mesure des effets. Dans cette section nous observons si les dommages faits à l'économie ont été notés, évalués et/ou pris en compte dans l'évaluation des sanctions.
- Le vocabulaire. Ici une grille de vocabulaire a été mise en place pour évaluer les différents champs lexicaux utilisés entre « le formalisme » et « l'ordolibéralisme ». Le formalisme étant un vocabulaire plus juridique et l'ordolibéralisme un vocabulaire plus économique.

Ces cinq critères sont étudiés pour les décisions de l'Autorité de la concurrence et pour les arrêts de cour d'appel. *A contrario*, les pourvois en cassation font l'objet d'études plus simples se limitant pour l'heure à noter si les pourvois sont acceptés ou rejetés.

Comme tout codage, celui-ci a certaines limites. Dans un premier temps, il a fallu décider d'un ensemble de données extractibles dans l'ensemble des affaires s'appuyant sur les composantes clés d'une analyse du droit de la concurrence : le marché pertinent, la théorie du dommage, les remèdes et l'évaluation du dommage causé aux tiers. Par conséquent, l'ensemble des sections rassemble des données quantitatives et qualitatives qui sont tirées des dossiers sur les deux niveaux d'instances juridiques. Économiquement nous cherchons à tirer des résultats basés sur des théories statistiques. Il est important de souligner qu'une base de données ne permet pas de retranscrire la subtilité présente dans les dossiers des deux instances. Mais une base de données permet une étude « objective » basée sur les éléments sélectionnés en amont. Le tableau 1 en annexe regroupe l'ensemble du codage.

2.3 Les tests économiques

Le référencement des tests économiques se limite aux choix plus représentatifs dans l'ensemble des affaires et dans les études du droit de la concurrence. Il a été choisi de garder le test SSNIP, le test HHI, le test du ciseau tarifaire et les études de comparaison des prix.

- Le test SSNIP et le test HHI sont tous deux des tests de contrôle de structure de marché.

Le test SSNIP¹ ou du Monopoleur hypothétique

Ce test est utilisé pour définir le marché pertinent. Ce test a pour principe de créer une augmentation faible des prix (5-10%) sur un marché pour observer si les consommateurs se déplacent sur un marché substituable au premier. Si les consommateurs ne se déplacent pas vers un autre marché on considère ce marché comme marché pertinent. Dans le cas d'un déplacement des consommateurs pour un autre marché, il nous faut intégrer ce nouveau marché au marché pertinent. La première étape de l'augmentation des prix (5-10%), doit être renouvelée sur le nouveau le marché. Cette méthode itérative s'appuie sur le principe de l'élasticité croisée entre deux biens. À savoir que l'élasticité croisée est une valeur qui informe sur la substituabilité entre différents biens ou services. Ce test peut être réalisé à deux échelles, uniquement produit ou produit et géographie.

Juridiquement, un marché pertinent « *comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »².

Il est fait référence à ce test dans l'affaire du secteur de la parfumerie de luxe³ : lors de cette affaire, il est mis en évidence l'abus de position dominante de Sephora sur un marché géographique restreint. Les fournisseurs de parfums et cosmétiques de luxe étaient prêts à payer 11 % de plus le service de la distribution de leurs produits. La cause étant que cette distribution se réalisait sur les Champs-Élysées.

Même si ce test est très pertinent, il ne reste que rarement utilisé dans les analyses économiques des dossiers. La raison est que cette étude a besoin d'un ensemble de données de prix et de quantités sur une longue période. De plus, ce test est à utiliser avec soin, car une des difficultés rencontrées est connue sous le nom de *cellophane fallacy*⁴. Lorsqu'une entreprise possède un pouvoir de marché, elle fixe un prix supérieur au prix en concurrence pure et parfaite. Lors de l'application du test SSNIPP, on constate alors un déplacement des consommateurs. Ainsi, ceci signifie qu'il existe des substituts à ce bien pour ce prix. Cependant l'étude initiale est biaisée dès le début du test par un comportement anti-concurrentiel. Par conséquent, le test SSNIP utilisé sur un marché qui applique un prix supra-concurrentiel (ne correspondant pas à une situation de concurrence pure et parfaite) crée un élargissement artificiel du marché.

Test HHI ou Indice de Herfindahl-Hirschmann :

Ce test prend en compte toutes les parts de marché pour évaluer la concentration. Ceci permet

¹ SSNIP : *Small but Significant and non-transitory increase in price.*

² Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, [Journal officiel C 372 du 07/12/1997], §8.

³ Décision 06-D-04 du 13 mars 2006, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/06d04.pdf>

⁴ Confère explication en amont.

d'établir des seuils de mesure pour évaluer le niveau de concurrence. Sachant que lorsque le HHI tend vers 0 le marché est en situation de concurrence pure et parfaite et en opposition si le HHI tend vers 10 000 le marché est en situation de monopole. Il est également un outil qui permet d'autoriser ou de suspendre une fusion sur un marché (contrôle des concentrations), situation qui n'est pas étudiée dans notre dossier. Dans ce contrôle des concentrations, on distingue classiquement trois seuils :

- Un HHI inférieur à 1 000, présente un secteur peu concentré ou une fusion peut être réalisée sans engendrer des difficultés dans la concurrence.
- Un HHI compris entre 1 000 et 2 000 peut permettre une fusion à condition que la variation entre les deux situations ne soit pas supérieure à 250.
- Un HHI supérieur à 2 000 peut permettre une fusion à condition que la variation entre les deux situations ne soit pas supérieure à 150.

L'expression mathématique s'écrit sous la forme :

$$HHI = \sum_{i=1}^n S_i^2$$

Ce test permet d'évaluer la concentration du marché. Un marché très concentré permet de valider la position dominante de certaines firmes et de mettre en exergue les risques d'abus. Le test a été notamment utilisé dans l'affaire du secteur de la téléphonie mobile¹ permettant dans l'expertise économique de cette affaire (l'Autorité de la concurrence et la cour d'appel), d'appliquer et d'estimer un HHI. Un HHI de 3864 illustrant un marché très concentré, il est à noter que la France est un pays où la concurrence sur le réseau de téléphonie mobile s'est peu développée. Dans ce marché, seuls trois acteurs étaient alors présents, SFR, Bouygues Télécom et Orange (opérateur historique).

- Le test du ciseau tarifaire et les études de comparaison des prix sont des méthodes d'évaluation des effets concurrentiels possibles des tarifs fixés par les opérateurs dominants.

Test du ciseau tarifaire ou compression de marges :

Ce test s'applique pour les entreprises verticalement intégrées. Ce test permet d'évaluer les effets d'évictions causés par les tarifs appliqués par la firme en amont, soit vérifier qu'il existe une concurrence sur le marché en aval suivant la tarification choisie.

Le test référence est celui d'Areeda et Turner². L'objectif est de faire la différence entre des prix concurrentiels et des prix prédateurs. D'après ce test, les firmes excluent leurs concurrents lorsque les prix sont inférieurs au coût marginal³ de court terme. Ce mécanisme de compression des marges crée des prix faibles, mais non rémunérateurs. Ce comportement prédateur des

¹ Décision 05-D-65 du 30 novembre 2005, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05d65.pdf>

² Areeda P. et Turner, D., 1975, "Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act", Harvard Law Review, 88-4, p. 697-733.

³ Coût marginal de court terme que l'on peut estimer par les coûts variable moyen.

firmes permet d'agrandir leurs parts de marché par comportement anti-concurrentiel en opposition totale au principe du « mérite » dans un marché concurrentiel. Ce test évolue, pour prendre à la place du coût marginal le coût évitable. Dans le cas d'une entreprise dominante monopolistique et d'une activité concurrentielle, le coût à prendre en compte est le coût incrémental.

On peut également se référer au « test de l'opérateur aussi efficace ». Ce test vérifie qu'une entreprise active sur le marché aval et aussi efficace que l'entreprise intégrée peut répliquer les prix du concurrent sans subir de perte. Ce test étudie l'écart entre les prix amont et aval.

Un coût variable moyen : c'est la moyenne des coûts variables suivant les coûts qui varient suivant le volume de production.

Le coût marginal : coût supplémentaire de production d'une unité additionnelle (le coût de la dernière unité produite).

Le coût total : somme des coûts fixes et des coûts variables.

Le coût évitable : coût supplémentaire que l'entité peut éviter en abandonnant une activité.

Le coût incrémental : coût pour une entreprise qui fabrique deux produits sur une même période. Le coût incrémental est l'addition des coûts pour les productions des deux biens moins les coûts qui concernent uniquement un des biens.

À titre d'exemple, nous pourrions analyser l'utilisation que fait l'Autorité de la concurrence du concept des coûts incrémentaux dans la décision Vedettes Vendéenne¹. Dans le cadre de cette affaire, la cour d'appel a indiqué la définition qu'elle donne des coûts incrémentaux² : « coûts qui ne sont liés qu'à un seul service ; les coûts fixes qui ne sont pas liés qu'à un seul service, dits coûts fixes communs, ne sont pas des coûts incrémentaux ; les coûts fixes communs ne disparaîtraient que si l'entreprise cessait de fournir tous ses services » ; que cette définition apparaît plutôt restrictive, comparée à celle que donne la littérature économique de différence entre le profit d'une entreprise en concurrence et le profit d'une entreprise en concurrence astreinte à un service universel ». Cependant, ceci n'est pas évalué d'un point de vue quantitatif. Il est juste notifié que les coûts incrémentaux sont inférieurs au tarif pratiqué, ne permettant pas de justifier d'un abus de position dominante.

Pour pouvoir prouver que le prix défini pour la vente est inférieur aux coûts de production variables moyens, il faut une parfaite connaissance des structures de coût de la firme et donc des coûts incrémentaux.

Le test du ciseau tarifaire est utilisé pour les intégrations verticales, ceci permet de mettre en lumière un prix de prédation pour une firme en amont ou en aval. Il est à noter que ce test est souvent utilisé dans le secteur des télécommunications, de l'énergie et des transports. Ce test a été utilisé dans l'affaire TDF sur le site de la Tour Eiffel³.

¹ Décision n° 04-D-79 du 23 décembre 2004, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/04d79.pdf>

³ Décision 15-D-10 du 11 juin 2015, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/15d10.pdf>

Études de comparaison des prix :

Cette étude ne répond pas à un test économique précis, mais plus à une méthodologie économique. Ici nous prenons en compte la démarche d'étudier la formation des prix appliqués sur le marché et si les concurrents présents sur le marché utilisent la même structure de prix. Ceci permet de mettre en avant des prix anti-concurrentiels.

Plusieurs méthodologies peuvent être utilisées :

- Une comparaison des prix avec un *Benchmark* : Cette méthode est initialement empruntée au marketing, il s'agit de comparer deux entreprises similaires, d'un même marché, et d'observer leurs différences. Ici une comparaison des prix peut être réalisée permettant de voir où se trouve la différence dans la structure des prix.

- Une comparaison des prix avant/après une évolution structurelle ou comportementale : Le principe est de comparer les prix par leurs valeurs, et de vérifier si cette évolution justifie ce changement de prix. Par exemple, la mise en place d'une nouvelle réglementation justifierait-elle une augmentation de prix.

- Une comparaison de prix entre différents marchés : Cette méthode doit être réalisée entre deux entreprises similaires, mais sur des marchés différents, s'appuyant généralement sur une modélisation de la structure des prix. La variable de changement entre les différentes entreprises peut être le pays de localisation, l'Europe est un contexte idéal pour ce type d'application.

Ces derniers outils peuvent donner des résultats fiables et robustes suivant la catégorie de comparaison de prix utilisée.

Le problème entourant le principe de l'étude par *Benchmark* est que celle-ci est peu fiable. La raison est qu'il est difficile de trouver une firme de référence qui doit répondre strictement aux mêmes conditions que la firme mise en cause. De nombreux biais sont créés lors de cette méthodologie. Pour exemple, deux entreprises peuvent être purement identiques d'un point de vue structurel, mais ne pas avoir la même politique, une politique purement concurrentielle et une entreprise à but non lucratif. Le problème entourant l'étude entre différents marchés, concerne la structure du marché (éléments extérieurs à la firme) qui influence les politiques commerciales.

La méthode la plus robuste reste celle de la comparaison avant/après une évolution technologique ou structurelle. Effectivement, dans ce cas, nous restons sur un même agent économique qui a une évolution. Le traitement avant/après permet de garder un cadre d'application fixe, créant ainsi moins de biais.

L'affaire des traitements des chèques remis à des fins d'encaissement¹ s'est appuyée sur une étude détaillée de la structure de tarification de l'encaissement des chèques à travers les coûts

¹ Décision 10-D-28 du 20 septembre 2010, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d28.pdf>

que doivent supporter les banques. Le principe est que le changement de technologie aurait dû faciliter le traitement d'encaissement, donc faire baisser les coûts de réalisation et par finalité faire baisser les prix. Nous sommes dans un cas d'étude de comparaison des prix avant/après une évolution technologique.

2.4 Les types de procédures

Les procédures négociées apparaissent comme une évolution récente, mais majeure de l'application du droit de la concurrence. Celles-ci permettent de rendre les entreprises acteurs du contrôle de la concurrence et faciliter la résolution de problématiques anti-concurrentielles en se basant sur la bonne volonté des acteurs économiques. Dans notre étude, ces mesures appauvrissent l'analyse économique en matière concurrentielle. En effet, l'utilisation des procédures négociées peut engendrer des sanctions sous-dissuasives. Par conséquent, pour notre étude sur la présence de l'économie dans les décisions de la cour d'appel, la présence de procédures négociées appauvrit notre échantillon pour l'étude économétrique.

Il faut mettre en lumière qu'il existe deux formes de procédures. Le premier type s'appelle « procédures négociées » et regroupe les actions de clémence, la non-contestation des griefs et les engagements de la part des entreprises soupçonnées de pratiques anticoncurrentielles. Dans ce type de procédures, la présence de l'analyse économique est faible. On distingue un second type de procédures de nature contentieuse, qui comprend les mesures conservatoires et la détermination du quantum de la sanction administrative. Les décisions prises à l'issue de ces procédures sont, contrairement aux procédures négociées, très souvent remises en cause pour une réévaluation de la sanction fondée sur l'analyse économique.

Évoquons maintenant les procédures contentieuses, dont il faut distinguer deux types :

- Mesures conservatoires : sont des procédures qui s'appliquent pour les dossiers qui nécessitent un règlement urgent. Pour obtenir des mesures conservatoires, il faut que les faits dénoncés risquent de porter une atteinte immédiate au secteur économique, au bien-être du consommateur ou à la firme plaignante. Les mesures conservatoires sont une procédure limitée dans les restrictions qu'elles peuvent imposer, mais si elles ne sont pas respectées, elles peuvent provoquer des sanctions pécuniaires. Cette procédure est utilisée dans l'affaire de l'iPhone avec Orange¹ : la société est soumise à des mesures conservatoires majeures. Orange est enjoint à cesser la procédure d'exclusivité (08-MC-01).
- Des sanctions pécuniaires dont le calcul du montant est basé sur différents facteurs comme l'évaluation de l'assiette des ventes, la durée de l'infraction, la gravité des faits, la capacité des entreprises et des facteurs d'aggravation à l'instar de la réitération des pratiques. L'évaluation du quantum de la sanction ne se fait pas obligatoirement sur l'ensemble des critères défini, mais peut être réalisée que sur certains éléments déterminés par les juges. On observe avec la base de données une prise en compte de plus en plus de critères pour évaluer la sanction pécuniaire.

¹ Décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/08mc01.pdf> .

Il est à noter que ces éléments ne sont pas des éléments de l'expertise économique. Cependant, pour réaliser notre étude, il est important de comprendre dans quelles mesures ces interventions volontaires peuvent structurer les sanctions pécuniaires. La sanction pécuniaire à elle seule ne peut être une information qui prouve l'utilisation d'une analyse économique dans le jugement de la cour d'appel. Mais cette donnée (quantum) peut être utilisée comme filtrage pour observer l'évolution de jugement entre les deux instances.

2.5 Champs lexicaux

Cette troisième section met en lumière l'importance d'intégrer l'étude du vocabulaire dans les décisions économiques. Pour ceci, il a fallu définir différents champs lexicaux. Cette prise en compte permet de définir l'évolution du vocabulaire utilisé, et donc d'apprécier indirectement l'influence de l'économie dans les jugements. Les champs lexicaux sont divisés entre une approche formaliste et une approche par les effets, comme le présente Nicolas Petit¹. L'ensemble des éléments de ces champs lexicaux sont définis dans le tableau 1 de l'annexe.

- Vocabulaire de type formaliste : un champ lexical appuyé sur l'analyse de décisions plus juridiques, s'appuyant sur des termes moins orientés économiquement pour définir les comportements des firmes.
- Vocabulaire relevant de l'approche dite « par les effets » : un champ lexical appuyé sur l'analyse économique, prenant en compte des références de modèles économiques ou de tests de contrôle de la concurrence.

Pourquoi s'intéresser au vocabulaire mobilisé dans les décisions ? Comme nous le montrons dans la partie IV du présent rapport, la pénétration des savoirs économiques au sein de la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation reste timide. Or le vocabulaire permet de mesurer cette pénétration. L'article de Cahuc et Carcillo² met en avant le résultat suivant : si avant la formation de la magistrature, les juges ont suivi une formation économique, ils seront 2,5 fois plus enclins à utiliser des références économiques et à prendre des décisions plus favorables à l'autorégulation du marché. Cette étude est basée sur un questionnaire proposé aux magistrats en septembre 2011.

Ainsi, la présente étude est réalisée au travers d'une analyse du vocabulaire. Ces études de l'importance du vocabulaire utilisé peuvent être réalisées de différentes façons. Soit par mot clef et par champ lexical, avec la mise en place d'une grille de mots définis, nous pouvons évaluer leur présence dans une décision. Une étude par pattern³ peut également être réalisée, ce qui implique une réflexion sur l'ensemble du vocabulaire étudié dans la décision juridique. Cette seconde technique permet l'identification d'un pattern à partir d'une inférence statistique sur le texte même des décisions au travers de méthodes d'apprentissage machine.

¹ Petit, N., *op. cit.*

² Cahuc P. et Carcillo S., *op. cit.*

³ Pattern : Modèle spécifique représentant d'une façon schématique la structure d'un comportement individuel ou collectif.

Par conséquent, le vocabulaire n'est pas une variable à utiliser seule pour déterminer la présence de l'analyse économique. Elle est même une variable à prendre avec précaution, pour exemple le dossier des Vedettes Vendéennes¹, qui est une affaire avec une forte analyse économique, mais qui n'utilise ni test du contrôle de la concurrence ni vocabulaire économique notable. En revanche, certaines affaires, comme l'affaire du ciment en Corse² comportent de nombreux chiffres mais ne mobilisent finalement pas une analyse économique poussée.

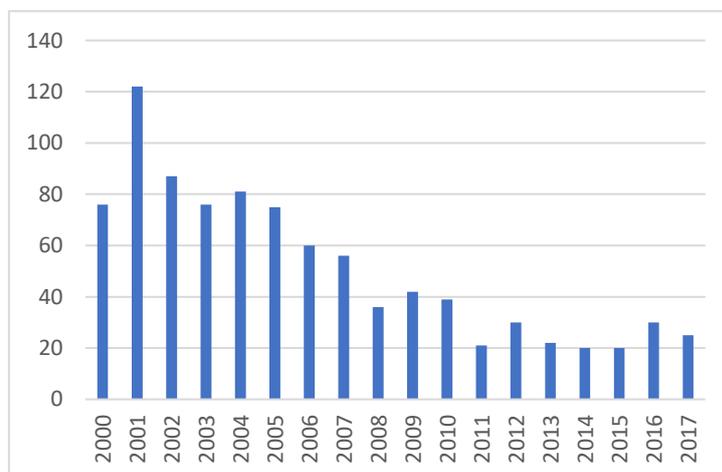
3. Résultats : statistiques descriptives

La période utilisée pour les statistiques descriptives est 2003-2017 pour la fiabilité des référencements faits par l'Autorité de la concurrence. Il faut noter qu'en amont de 2004 les arrêts de la cour d'appel ne sont pas obligatoirement en accès direct tant sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence, que sur celui de Légifrance.

3.1 Statistiques générales

La présentation ci-dessous fait une description quantitative du nombre d'affaires traitées par l'Autorité de la concurrence et par la cour d'appel de Paris sur la période 2000-2017. Ceci permet de définir le nombre de cas d'étude et les composantes de la base de données.

Figure 1 : Nombre annuel d'affaires traitées par l'Autorité de la concurrence (2000-2017)



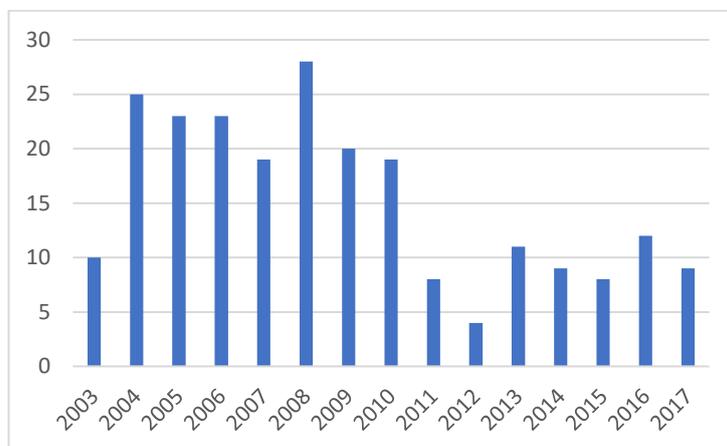
Ce premier graphique est une représentation du nombre d'affaires par année traitées par l'Autorité de la concurrence de 2000 à 2017. Le référencement commence en 2000 pour prendre en compte l'effet de retard (i.e. le nombre d'années de décalage) entre d'une part la décision de

¹ Décision n° 04-D-79 du 23 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV).

² Décision n° 07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse.

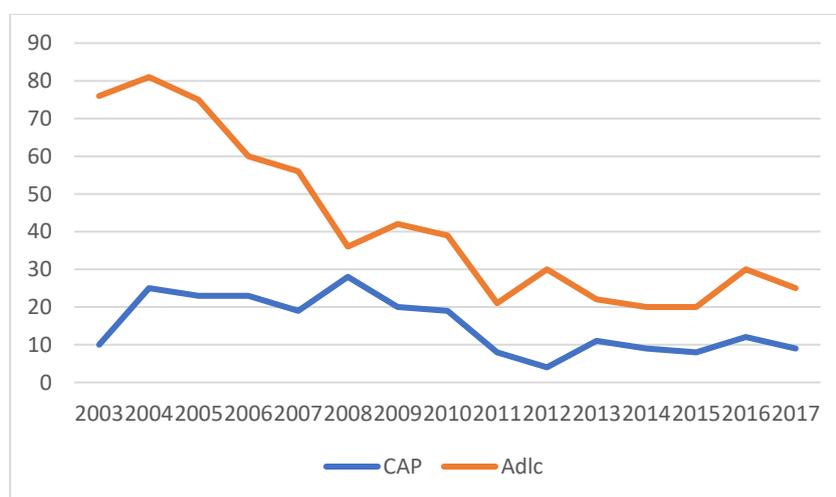
première instance et d'autre part l'arrêt de la cour d'appel. Le délai existant entre la première et la seconde instance est utilisé dans la suite de l'analyse.

Figure 2 : Nombre annuel d'affaires traitées par la cour d'appel de Paris (2000-2017)

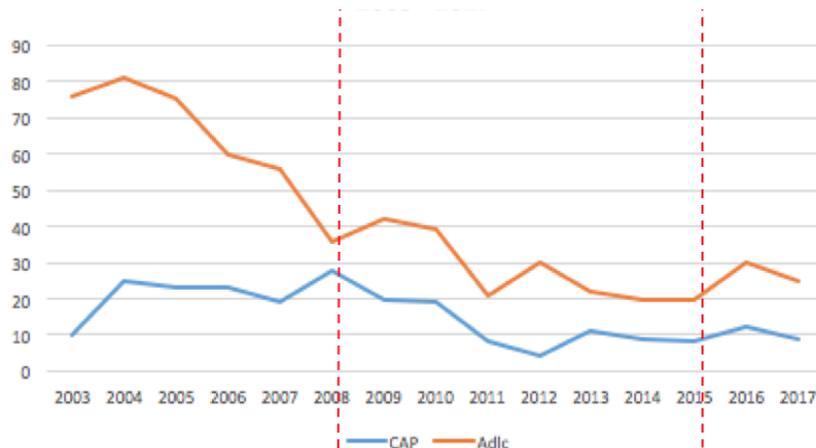


Le graphique ci-dessus est une représentation du nombre d'affaires par années traitées par la cour d'appel entre 2003 et 2017. Le référencement des arrêts commence en 2003 par l'Autorité de la concurrence, ce référencement permet d'avoir d'une série temporelle plus robuste.

Figures 3 et 4 : Nombre d'affaires par année traitées par l'Autorité de la concurrence et par la cour d'appel de Paris (2003 – 2017)



Nb : Ce premier graphique représente le nombre d'affaires par année. Il ne prend pas en compte le temps moyen qu'il y a entre la première et la seconde instance. Le graphique prenant en compte ce temps de décalage est représenté dans le point suivant.



On note une phase de symétrie entre l’Autorité de la concurrence et la cour d’appel, de 2008-2014. Le 13 novembre 2008, l’ordonnance n°2008-1161 de l’Autorité de la concurrence porte sur la modernisation de la régulation de la concurrence. Cette modernisation du droit permet de mieux prendre en compte les spécificités de la concurrence des marchés, ainsi qu’une meilleure application juridique et donc de créer une régularisation dans les procès. C’est à partir de cette année qu’une symétrie se crée entre le nombre d’arrêts de l’Autorité de la concurrence et le nombre d’arrêts de la cour d’appel.

Résultat 1

Le récapitulatif des affaires traitées par l’Autorité de la concurrence est de 2000 à 2017 pour permettre prendre en compte l’année ou les deux années de décalages entre la première instance et l’appel.

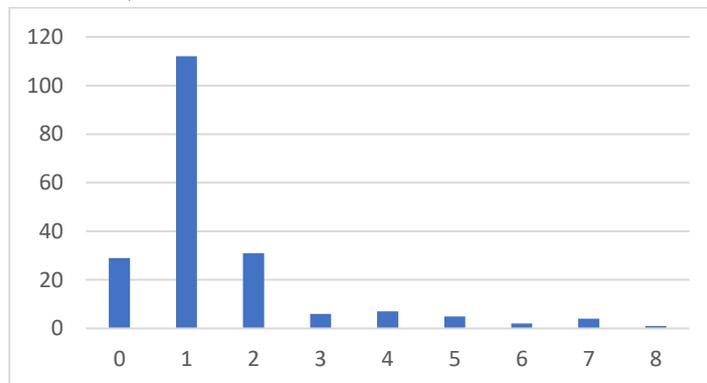
À travers ces statistiques descriptives, on observe 918 décisions de l’Autorité de la concurrence sur la période 2000-2017, contre 228 arrêts de cour d’appel et 119 arrêts de cassation. En moyenne 36 % des décisions de l’Autorité de la concurrence font l’objet d’un appel et 52 % des arrêts de la cour d’appel donnent lieu à un recours devant la Cour de cassation.

On peut voir que le nombre d’affaires traitées par l’Autorité de la concurrence a tendance à diminuer, passant par exemple de 76 décisions en 2003 à 25 en 2017, avec un minima de 20 enregistrés pour les années 2014 et 2015. En opposition, on note que les arrêts de la cour d’appel restent stables avec un maximum de 28 en 2008 et minimum de 4 en 2012. Un premier paradoxe peut être noté : alors que l’approche plus économique devrait se traduire par une plus forte robustesse des décisions, i.e. une moindre probabilité d’interjeter appel, il apparaît, sur la fin de la période considérée que le taux d’appel s’accroît. Les décisions plus économiques sont-elles plus ou moins concernées que les autres ? Font-elles plus ou moins l’objet de réformations ?

Combien de temps prend une décision de seconde instance ? Il faut déjà intégrer à ce temps la durée de la procédure menant à la décision de première instance. Quel délai supplémentaire faut-il prévoir avant qu’une décision en seconde instance soit prise ? Une temporalité longue

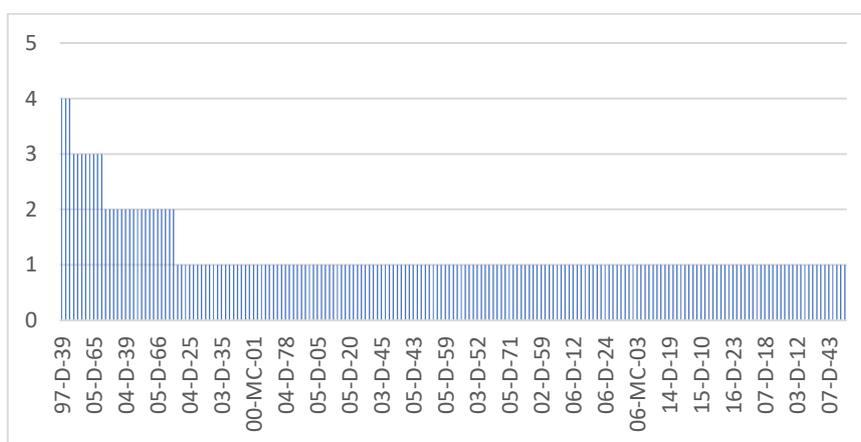
peut décourager les agents à continuer en seconde instance. À l'inverse, une temporalité courte peut encourager un comportement abusif dans les recours de justice.

Figure 6 : Temps entre la décision de l'Autorité de la concurrence et la décision de la cour d'appel (en nombre d'années)



Dans cet histogramme, les affaires sont classées en fonction du nombre d'années séparant la décision prise en première instance et celle prise en seconde instance. On note que dans la plupart du temps, ce délai est d'un an, soit un délai relativement court.

Figure 7 : Le traitement répété de mêmes affaires par la cour d'appel de Paris



Résultat 2

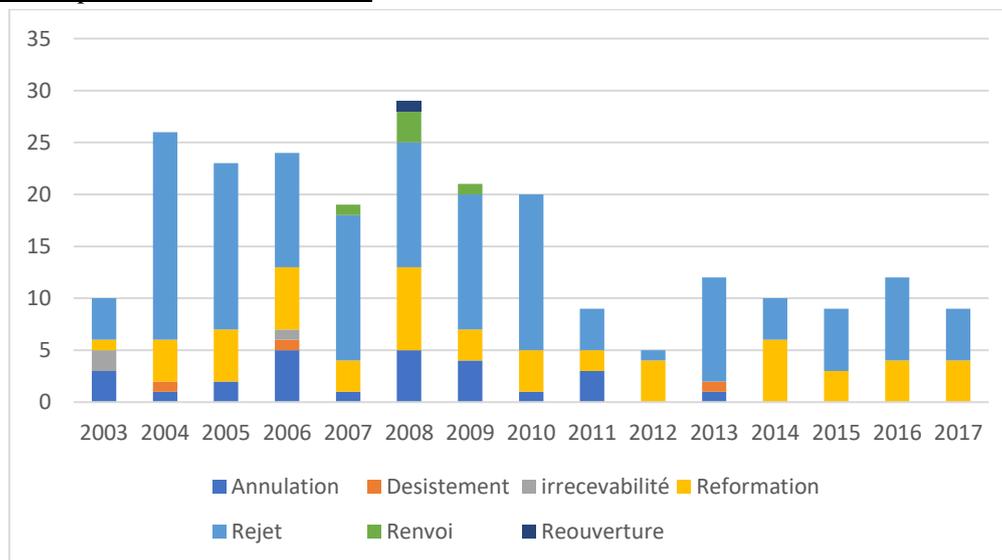
Dans un premier temps, les graphiques montrent qu'en temps normal les affaires mettent globalement 1 an (1,2 an d'après le calcul) pour passer de la première instance à la cour d'appel. Le graphique ci-dessus met en avant le « laps de temps » nécessaire pour conduire une affaire jusqu'en cour d'appel. Ici les affaires mettent majoritairement un an pour passer en seconde instance. La durée pour passer d'une instance à l'autre peut être un frein juridique. Les graphiques ci-dessus mettent en avant une répétition des affaires, certaines affaires vont jusqu'à être présentes quatre fois en cour d'appel. L'historique qui précède (figure 7) montre la répartition des affaires en fonction du nombre de fois qu'elles apparaissent à la cour d'appel.

Année	Nombre d'affaire en annulation	Nombre d'affaire en désistement	Nombre d'affaire en irrecevabilité	Nombre d'affaire en reformation	Nombre d'affaire en rejet	Nombre d'affaire en renvoi	Nombre d'affaire en réouverture	Total général
2003	3		2	1	4			10
2004	1	1		4	20			26
2005	2			5	16			23
2006	5	1	1	6	11			24
2007	1			3	14	1		19
2008	5			8	12	3	1	29
2009	4			3	13	1		21
2010	1			4	15			20
2011	3			2	4			9
2012				4	1			5
2013	1	1			10			12
2014				6	4			10
2015				3	6			9
2016				4	8			12
2017				4	5			9
Total général	26	3	3	57	143	5	1	238

3.2 Nature des décisions prises par la cour d'appel de Paris

La seconde instance rend une décision en fonction du jugement de la première instance. Les décisions sont variables et peuvent aller d'un rejet de la procédure, donnant un jugement identique à la première instance, à une réformation, ce qui implique un ajustement.

Figure 8 : Répartition des décisions



Résultat 3

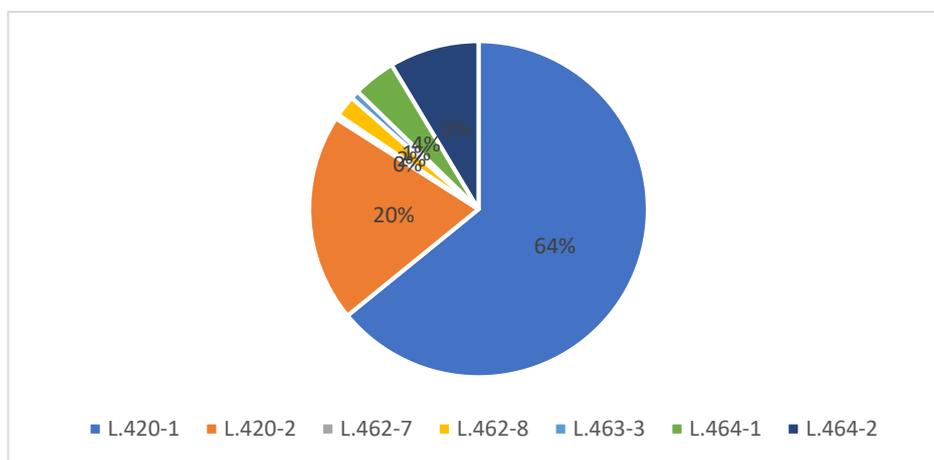
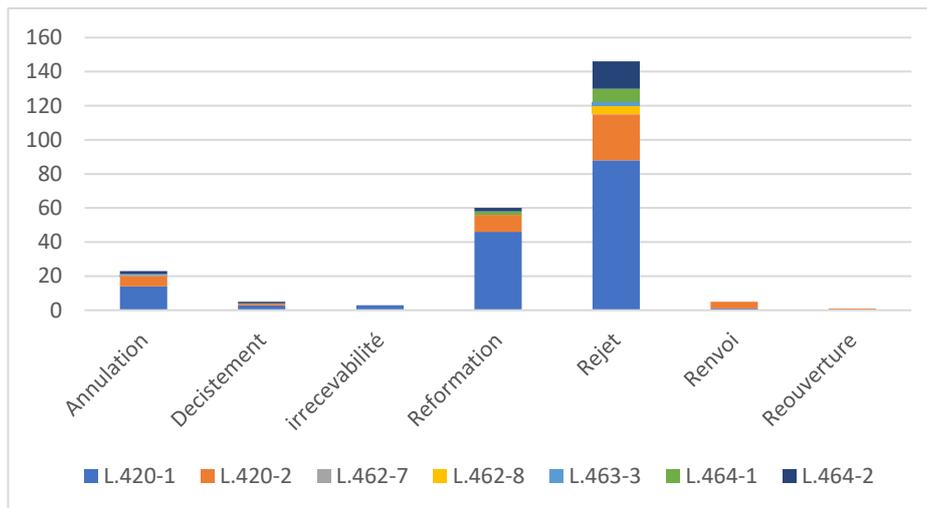
Le graphique ci-dessus est une représentation de la répartition des dispositifs décisionnels sur l'ensemble des arrêts. On note que dans leur majorité les recours font l'objet d'un rejet par la cour d'appel. 60,08% des affaires sont rejetées et 23,94% sont réformées, le reste des arrêts se divise entre irrecevabilité, désistement, ou réouverture. Seule l'année 2012 connaît une majorité

de réformations. Cependant, ce phénomène peut s'expliquer par un faible nombre d'affaires traitées.

Chaque décision de la cour d'appel de Paris s'appuie sur des fondements juridiques. Dans cette section, les fondements juridiques sont relevés et sont adossés à la décision juridique prise par la cour d'appel de Paris.

Figures 9 et 10 : Décision juridique en fonction de l'article (histogrammes et secteurs)

Fondement juridique	Nombre d'affaire en annulation	Nombre d'affaire en désistement	Nombre d'affaire en irrecevabilité	Nombre d'affaire en reformation	Nombre d'affaire en rejet	Nombre d'affaire en renvoi	Nombre d'affaire en réouverture	Total général
L.420-1	14	3	3	46	88	1		155
L.420-2	6	1		10	27	4	1	49
L.462-7	1							1
L.462-8					5			5
L.463-3					2			2
L.464-1				2	8			10
L.464-2	2	1		2	16			21
Total général	23	5	3	60	146	5	1	243



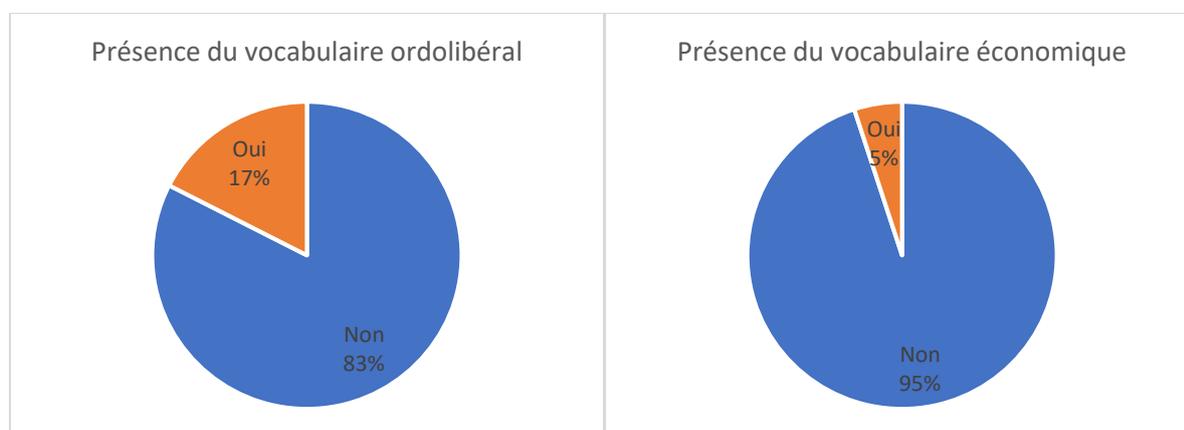
Résultat 4

On note que majoritairement (64 %) les affaires relèvent du fondement juridique de l'article L.420-1 du Code de commerce, en d'autres termes des ententes anticoncurrentielles.

Pour l'étude du vocabulaire, nous avons pris le parti de créer deux catégories de vocabulaire : une catégorie orientée sur une vision économiste qui s'intéresse à une « approche par les effets » et une catégorie plus ordolibérale.

Figure 11 : Étude du vocabulaire

Le référencement est fait en binaire, 0 est pour une absence du test pendant l'année de référence et 1 est pour une présence du test pendant l'année de référence. Les références des affaires sont là pour donner un exemple où le test apparaît.



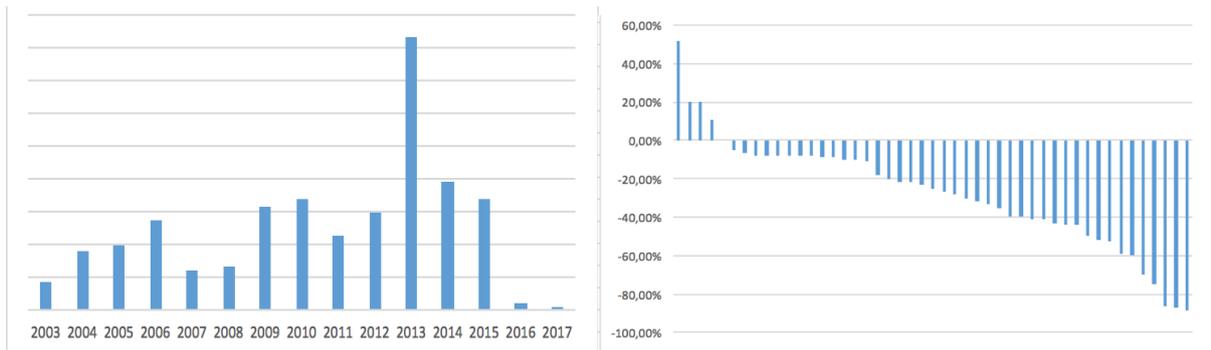
Note : Vocabulaire choisi pour l'approche ordolibérale : « Concurrence effective », « Processus de concurrence », « Structure concurrentielle », « responsabilité particulière ». Vocabulaire choisi pour l'approche économique : « Bien-être du consommateur », « Surplus », « Défense sur la base de l'efficacité », « Balance des effets ».

Résultat 5

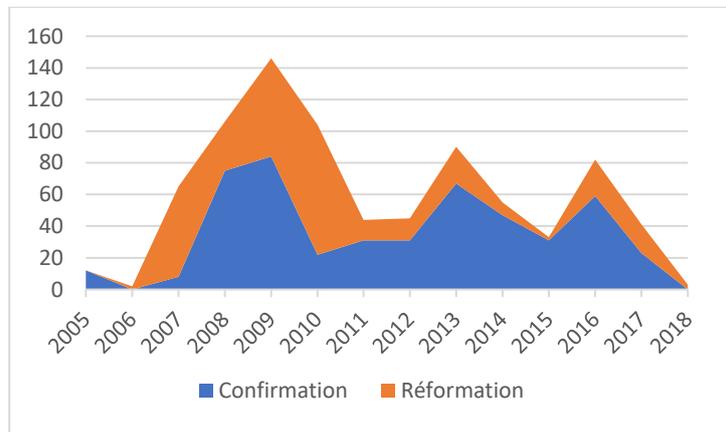
Aucun vocabulaire ne ressort significativement de l'analyse de l'ensemble de la base de données. Cependant, on peut observer que le vocabulaire ordolibéral tend à disparaître à partir de la moitié de la première décennie de notre siècle.

La partie suivante aborde la notion de sanction pécuniaire que subit un agent. Cette forme de sanction est la plus répandue et, de par sa forme quantitative, elle est facilement observable.

Figures 12 et 13 : Analyse du quantum

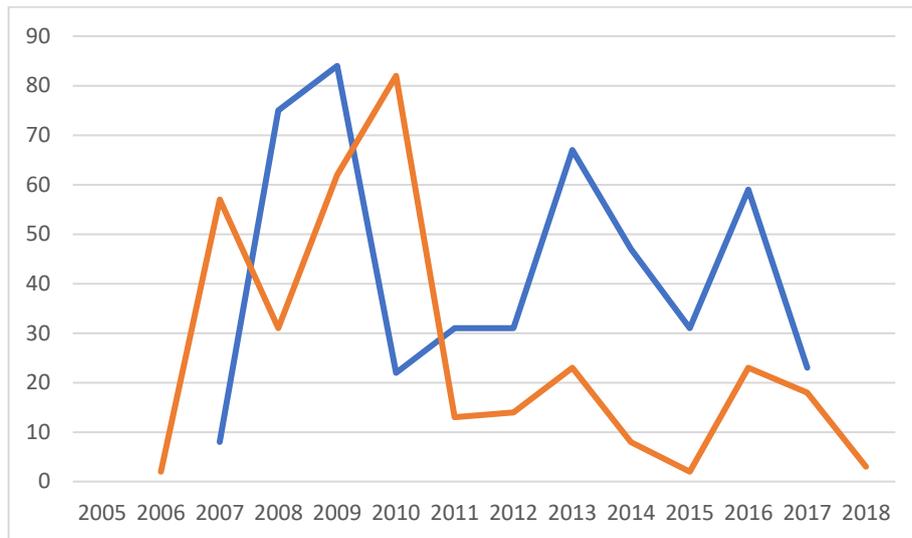


Le premier graphique représente les variations du quantum cumulé par année. Le second graphique représente les variations des réformes du quantum entre la première instance et l'appel. Ces variations sont classées en allant d'une variation positive (augmentant le quantum) vers une variation négative (baissant le quantum).



La différence entre la courbe orange et la courbe bleu représente la proportion de réformation du quantum en cour d'appel. Et en s'appuyant sur les graphiques ci-dessus, on peut voir que les variations du quantum sont globalement dans le sens d'une « baisse la sanction pécuniaire ». Ce graphique ne prend pas en compte le délai entre la première instance et l'appel.

Figure 15 : Réformation du quantum



Résultat 6

On note une forte variation du quantum majoritairement orienté vers une réduction des sanctions pécuniaires dû à une révision en appel de la capacité de contribution des entreprises. Les inducteurs d'une révision à la baisse du quantum peuvent tenir à des arguments plus économiques comme une mauvaise délimitation du marché pertinent ou encore une non-consideration des facteurs aggravants de la sanction pécuniaire (facteur de gravité ou de réitération).

3.3 Moyens utilisés devant la cour d'appel de Paris

A propos des graphiques ci-dessous :

- *Dans les premiers graphiques, la zone bleue correspond à une absence de l'utilisation du moyen considéré et l'orange à une utilisation de ce moyen.*
- *Dans les graphiques suivants, l'orange signifie que la cour d'appel réfute le moyen et donc justifie le test de l'Autorité de la concurrence ; il n'y a pas de remise en cause. À l'inverse, les zones bleues correspondent à une confirmation du moyen ; le raisonnement de l'Autorité de la concurrence est alors remis en cause.*

- Théorie du dommage

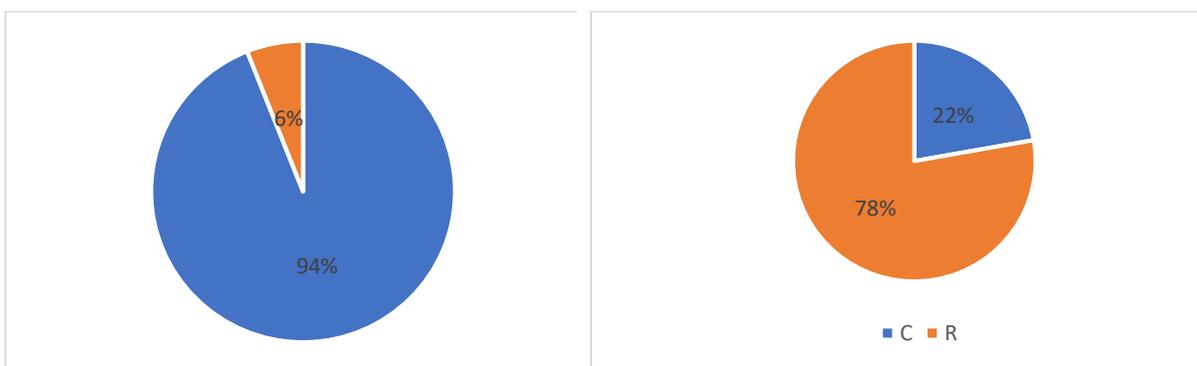
Figure 16 : Analyse du moyen de la théorie du dommage pour contestation



Le moyen correspondant à la contestation de la « théorie du dommage » est utilisé dans 53% des affaires. Pour autant, il est rejeté dans 69% des cas. Sachant que dans les 31% des cas restants pour lesquels on observe des réformations, il s’agit majoritairement d’une conséquence d’une nouvelle définition du périmètre du marché pertinent retenu. Une telle remise en cause a potentiellement un effet sur la théorie du dommage. Si le marché est défini de façon plus restrictive qu’en première instance, des concurrents peuvent être exclus, créant ainsi une fausse position dominante et donc possiblement une théorie du dommage erronée.

- Balance des effets

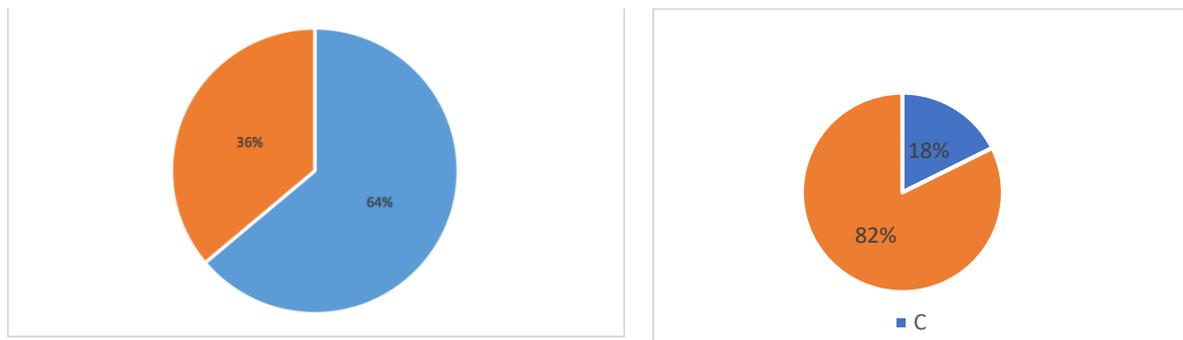
Figure 17 : Analyse du moyen de la balance des effets pour contestation



Le moyen « balance des effets » est utilisé dans seulement 6% des affaires. De surcroît, il est rejeté dans 78% des cas. À ce niveau, il est important de souligner que ce moyen qui relève indubitablement d’un argument économique est pratiquement absent des arrêts. On peut supposer une faible présence des moyens de nature « économique » en cour d’appel.

- Marché pertinent

Figure 18 : Analyse du moyen du marché pertinent pour contestation



Le moyen « Marché pertinent » est utilisé dans 36% des affaires. Il n'en demeure pas moins qu'il est rejeté dans 82% des cas. Il est à noter que ce moyen « économique » est peu utilisé et surtout mal employé. Le marché pertinent résulte d'une évaluation économique qui devrait en toute rigueur reposer en partie sur l'utilisation d'un test SSNIP. Cependant, le moyen « Marché pertinent » tel qu'utilisé par les requérants repose principalement sur la demande exprimée en termes qualitatifs et non étayée par des tests alternatifs.

- Réévaluation confirmée ou refusée

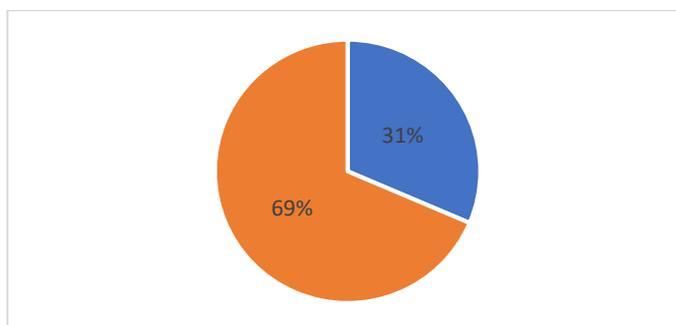
Figure 19 : Analyse du moyen de la réévaluation du quantum pour contestation



Le moyen relatif à une réévaluation du « quantum » est utilisé dans 56% des cas, ce qui correspond au taux le plus élevé relevé dans notre base. Cependant, il est refusé dans 64% des cas. Pour autant, il s'appuie la plupart des temps, sinon toujours, sur une approche que nous pourrions qualifier de « comptable ». Il s'agit en fait d'une approche chiffrée s'attachant aux composantes du quantum de la sanction. Avec ce moyen, il n'y a pas de remise en cause du raisonnement « économique » en lui-même, mais seulement des données sur lequel celui-ci repose.

- Remise en cause reposant sur des arguments de procédure

Figure 20 : Taux de remise en cause par la procédure



Le moyen « procédure » est utilisé dans 69% des affaires. Il est largement le moyen le plus utilisé en cour d'appel, laissant loin derrière lui les arguments économiques présentés *supra*. Cette forte utilisation conduit inexorablement le juge de seconde instance vers des raisonnements purement juridiques

Résultat 7

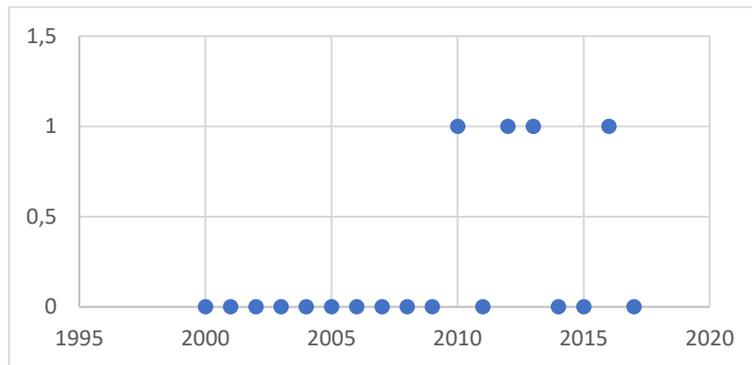
Le moyen « procédure » est le plus largement utilisé comme argument en cour d'appel (69% des affaires). À un second rang, c'est la théorie du dommage et l'évaluation du quantum de la sanction pécuniaire qui sont le plus souvent utilisées comme moyens lors de l'appel. Cependant, tous les moyens sont majoritairement rejetés par la cour d'appel. De fait, les moyens portant sur le calcul du quantum sont ceux qui sont globalement les plus fréquemment acceptés. De surcroît, ceux-ci permettant une réévaluation de la sanction pécuniaire qui se fait en grande majorité à la baisse. Notons que l'argument qui est le plus topique du raisonnement économique, la balance des effets, n'est pas mobilisé en cour d'appel, que cela soit dans les moyens utilisés par les requérants ou dans le raisonnement du juge. Ainsi, on note que le moyen le plus utilisé est finalement un moyen purement juridique : la procédure, et le moyen le moins utilisé sont un argument économique : la balance des effets.

3.4 Analyse de la présence de tests économiques

Sous un angle économique, le contrôle de la concurrence s'effectue principalement par l'application de test de contrôle. Les tests de SSNIP et HHI, présentés en amont, sont choisis pour cette étude.

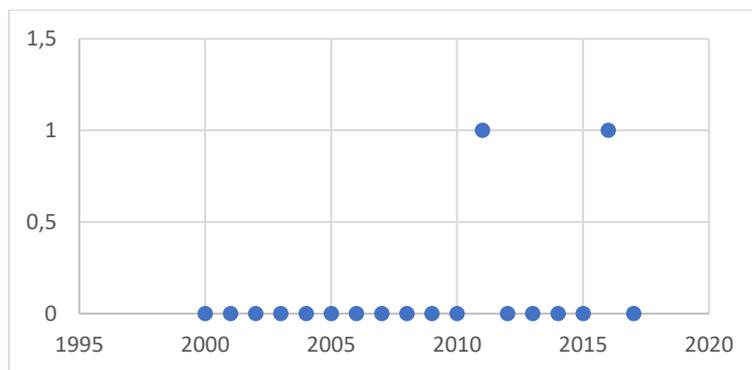
Le référencement est fait en binaire, 0 est pour une absence du test pendant l'année de référence et 1 est pour une présence du test pendant l'année de référence. Les références des affaires sont là pour donner un exemple où le test apparaît.

Figure 21 : Présence du test SSNIP



On note globalement une faible présence du test SSNIP, cependant on observe une apparition de test à partir des années 2010. Il apparaît de façon récurrente dans les années suivantes.

Figure 22 : Présence du test HHI



On note une absence du test HHI, la simple présence de ce test a deux reprises s'explique uniquement par son application en première instance à l'Autorité de la concurrence. La cour d'appel ne fait que confirmer le test. Sa relative rareté dans le corpus peut cependant s'expliquer par d'autres biais : il constitue principalement un test utilisé en contrôle des concentrations et n'est très logiquement que rarement mobilisé dans le cadre du contentieux des pratiques anticoncurrentielles.

Résultat 8

On note que les tests économiques apparaissent tardivement. Le test de SSNIP apparaît en 2010 et le test HHI apparaît en 2011. Le test de SSNIP trouve une certaine régularité dans ses apparitions dans les années suivantes. En opposition, le HHI ne trouve aucune régularité dans son utilisation par la cour d'appel, ce qui est normal vu qu'il s'agit initialement d'un test de contrôle des concentrations.

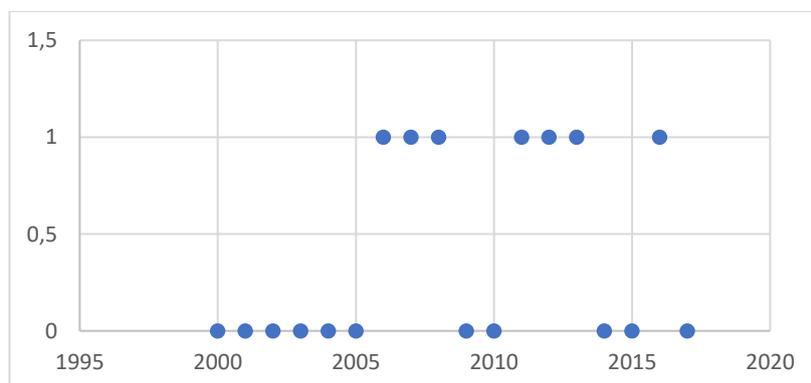
Ce manque d'utilisation des tests en cour d'appel peut se justifier par un manque d'application en première instance par l'Autorité de la concurrence. Le test de SSNIP pourrait être utilisé

systématiquement comme essai de le faire la Commission européenne. Cependant, le test est inapplicable dans de nombreux cas, qu'il s'agisse de secteurs dans lesquels les prix sont réglementés ou des marchés bifaces, notamment dans le secteur numérique. Par conséquent, le recours au test SSNIP ne saurait constituer une procédure automatique pour la définition des marchés.

Par conséquent, l'absence des tests économiques s'explique pour deux raisons majeures. Tout d'abord leur non-utilisation par l'Autorité de la concurrence rend difficile une application du test par la cour d'appel, laquelle ne tend pas à mettre en œuvre un raisonnement économique autonome par rapport à ce qui a été fait dans le cadre de la première instance. Dans un second temps, il est compréhensible que les tests ne se suffisent pas à eux même, car ils ne fournissent qu'un résultat théorique. Pour une utilisation juste, il faut toujours une étude du marché pour valider les résultats. Cette idée d'une « non-fiabilité » du test seul n'encourage pas les instances à faire reposer leurs décisions et arrêt sur ces derniers.

Ici le test du ciseau tarifaire et les comparaisons des prix sont des outils économiques référencés pour l'étude, mais volontairement séparés des tests de SSNIP et HHI. En effet, ces tests se rapprochent de « test comptable ».

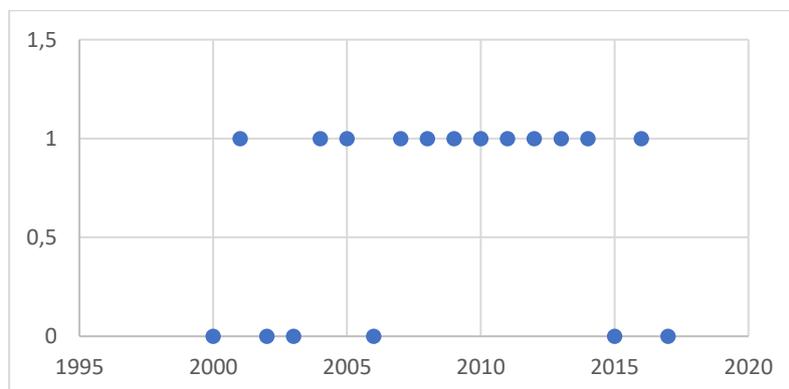
Figure 23 : Présence du Ciseau tarifaire



On note que le ciseau tarifaire est utilisé dès 2006 et qu'il connaît une utilisation de plus en plus régulière comme le montrent le graphique et le référencement. L'Autorité de la concurrence met en place un groupe de travail qui publie en 2009 un compte rendu sur le test du ciseau tarifaire pour valoriser son utilisation dans le contrôle de la concurrence¹.

¹ Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation, LES PRATIQUES DE CISEAU TARIFAIRE (2009)

Figure 24 : Présence du test de comparaison des prix



La comparaison des prix n'est pas un test économique à proprement parler. Elle constitue plutôt une étude approfondie du marché permettant de prendre en compte la possible variabilité des prix. Cette variabilité doit trouver une explication, qui peut être anti-concurrentielle. La facilité d'utilisation de cette méthode peut expliquer sa forte présence.

Résultat 9

Le ciseau tarifaire est le test le plus utilisé à la cour d'appel. Un dossier publié en octobre 2009 par l'Autorité de la concurrence elle-même met en relief son utilisation du ciseau tarifaire, ce qui peut expliquer la régularité de l'utilisation de cet outil par la cour d'appel. De plus il est important de noter que le ciseau tarifaire est un outil plus facilement utilisable tant pour les autorités que pour les parties. Effectivement, seule la comptabilité de l'entreprise concernée est nécessaire pour son utilisation, contrairement au HHI et au SSNIP. De plus, la forte utilisation du test du ciseau tarifaire a permis de le faire évoluer. Initialement le test référence est celui d'Areeda et Turner (1975), l'objectif est de faire la différence entre des prix concurrentiels et des prix prédateurs. D'après ce test, les firmes excluent leurs concurrents lorsque les prix sont inférieurs au coût marginal de court terme. Ce test évolue pour les entreprises multi-activités en distinguant dorénavant coût incrémental de long terme et coût moyen évitable. Le parfait exemple de l'évolution de ce test est son application à l'affaire des Vedettes Vendéennes.

4. Résultats du modèle *logit* sur les déterminants du quantum de la sanction pécuniaire

Afin de travailler sur l'importance de l'analyse économique dans les décisions de la cour d'appel de Paris, nous pouvons utiliser un traitement économétrique. Cette étude nous permettra d'évaluer si l'analyse économique prend une importance dans la décision de la cour d'appel de Paris et dans quelle mesure elle peut influencer les sanctions. Pour ceci, il nous faut reprendre

la base de données et sélectionner les variables clefs, à savoir la variable expliquée (Y, *infra*) et les variables explicatives (X, *infra*).

Nous pouvons mobiliser le quantum de la sanction pécuniaire comme une variable expliquée intéressante pour faire ressortir les effets du recours à l'analyse économique. Effectivement, si on observe une évolution du quantum de la sanction entre la première instance et l'appel, cela implique en toute logique une modification de l'évaluation du dommage causée à l'économie. Cette nouvelle évaluation est supposée être modifiée par la prise en compte d'un critère qui permet une évaluation par la cour d'appel de Paris. Ainsi, la sélection de la variation de la sanction quantum est considérée comme la variable expliquée. Il faut chercher à trouver des variables explicatives pertinentes pour expliquer ces variations. Les révisions de la sanction pécuniaire peuvent s'expliquer par un manque de robustesse de l'analyse économique ou par les paramètres de calcul de la sanction pécuniaire. Ainsi, nous pouvons étudier quelles variables X influencent Y.

Pour le premier *Logit*, la variable Y (binaire) correspond à la probabilité de la confirmation du jugement en appel, soit par la cour d'appel, s'il y a une présence économique. Par conséquent, différentes variables explicatives X seront choisies : présence d'un test économique en première instance (HHI, SSNIP, ciseau tarifaire), vocabulaire ordolibéral en première instance, vocabulaire économique en première instance, moyen sur la théorie du dommage, moyen sur les marchés pertinents, présence d'un test économique en appel (HHI, SSNIP, ciseau tarifaire).

Économétriquement, ce modèle s'écrit sous la forme :

$$P(Y = 1|X) = G(\beta_1 + \beta_2 X_2 + \dots + \beta_k X_k)$$

Statistiques descriptives sur les variables :

N	Variable expliquée	Temporalité	SSNIP - HHI	Test ciseau	Vocabulaire ordolibéral	Vocabulaire « par les effets »
06-D-07:136	Min. :0.0000	Min. : 0.00	Min. :0.0000	Min. :0.00	Min. :0.0000	Min. :0.0000
07-D-50: 74	1st Qu.:0.0000	1st Qu.: 11.00	1st Qu.:0.0000	1st Qu.:0.00	1st Qu.:0.0000	1st Qu.:0.0000
06-D-04: 48	Median :0.0000	Median : 16.00	Median :0.0000	Median :0.00	Median :0.0000	Median :0.0000
97-D-39: 48	Mean :0.4424	Mean : 32.84	Mean :0.0648	Mean :0.12	Mean :0.2336	Mean :0.2328
06-D-37: 47	3rd Qu.:1.0000	3rd Qu.: 32.00	3rd Qu.:0.0000	3rd Qu.:0.00	3rd Qu.:0.0000	3rd Qu.:0.0000
12-D-09: 42 (Other):855	Max. :1.0000	Max. :241.00 NA's :45	Max. :1.0000	Max. :1.00	Max. :1.0000	Max. :1.0000
Théorie du dommage	Marché pertinent					
0 : 413	Min. :0.0000					
1 : 836	1st Qu.:0.0000					
l : 1	Median :0.0000					
	Mean :0.2216					
	3rd Qu.:0.0000					
	Max. :1.0000					

Analyse logit :

=====	
Variable dépendante : probabilité de confirmation de la sanction par la cour d'appel	

Temporalité	0.004** (0.002)
SSNIP -HHI	1.591*** (0.320)
Test ciseau	-0.763*** (0.245)
Vocabulaire ordolibéral	0.671*** (0.159)
Vocabulaire « par les effets »	-0.195 (0.173)
Théorie du dommage	-0.789*** (0.142)
Marché pertinent	1.594*** (0.169)
Constant	0.495** (0.249)

Observations	1,205
Log Likelihood	-731.345
Akaike Inf. Crit.	1,478.690

Note:	*p<0.1; **p<0.05; ***p<0.01

Le test économétrique permet de mettre en avant quatre variables qui influencent la variation confirmation de la sanction en appel : SSNIP et HHI, Vocabulaire ordolibéral en première instance, Théorie du dommage en appel et le Marché pertinent.

SSNIP et HHI : La présence de test économique est corrélée positivement à une confirmation du jugement de première instance. Ainsi, on peut dire que la présence d'un test économique rend les jugements plus robustes.

Vocabulaire ordolibéral en première instance : La présence du vocabulaire ordolibéral est corrélée positivement à la confirmation du jugement de première instance. D'après l'étude économétrique, l'utilisation de ce vocabulaire donne une robustesse au jugement de première

instance. Cependant, il est important de prendre ce résultat avec précaution, l'utilisation de ce vocabulaire orienté « juridique » ne signifie absolument pas une absence d'économie pure dans le jugement. Ce résultat semble montrer que le vocabulaire donne une forme de légitimité au jugement de première instance.

Théorie du dommage en appel : Une utilisation de la théorie du dommage en appel est corrélée négativement au jugement de première instance. Ainsi, l'utilisation de la théorie du dommage a tendance à orienter le jugement vers une réforme. Ceci semble pertinent, car la réussite d'une remise en cause de la théorie du dommage fait changer dans sa globalité le jugement de l'affaire et donc oriente le jugement sur une réforme.

Marché pertinent : Une utilisation de la théorie du marché pertinent est corrélée positivement au jugement de première instance. Ainsi, l'utilisation de la théorie du marché pertinent a tendance à orienter le jugement vers une confirmation. Ceci semble pertinent, car l'utilisation du marché pertinent est utilisée pour chaque demande sur le calcul du quantum. Cependant la majorité des affaires ne subissent pas un recalcul de la sanction pécuniaire. Ainsi, ceci crée un « faux » positif dû à une grande présence du test qui est souvent corrélé à une confirmation du jugement de première instance.

5. Conclusion

La réalisation de la base de données regroupe les arrêts de la cour d'appel de Paris (Pôle 5-Chambre 7), sur la période 2003 à 2017. Chaque arrêt pris en compte a été complété d'une analyse de la décision de l'Autorité de la concurrence (ou du Conseil de la concurrence) qui a fait l'objet de l'appel et d'une étude, de l'arrêt de la Cour de cassation (si l'arrêt a lui-même fait l'objet d'un pourvoi). Ce suivi à trois niveaux permet d'avoir un grand nombre de données qualitatives et quantitatives, qui sont résumées dans les statistiques descriptives. Ces statistiques révèlent un usage faible du vocabulaire économique, bien moins fréquent que le champ lexical relevant de la doctrine ordolibérale. Quant aux décisions qui sont examinées par la cour d'appel, les moyens soulevés renvoient peu souvent à l'analyse économique et davantage à la procédure.

A partir de cette première approche descriptive, nous avons proposé une étude économétrique de la base de données. Cette dernière étude révèle des corrélations positives ou négatives entre les composantes des décisions et les décisions juridiques. La présence de test économique, le vocabulaire ordolibéral et l'utilisation de la théorie du marché pertinent sont corrélés positivement à la confirmation du jugement de première instance. À l'inverse, une utilisation de la théorie du dommage en appel est corrélée négativement au jugement de première instance. Ces résultats montrent un effet contrasté de l'usage des outils économiques sur la solidité en appel d'une décision prise par l'Autorité.

Partie IV

L'économie dans la jurisprudence : études thématiques

La partie précédente a montré que la diffusion du vocabulaire économique dans les décisions de la cour d'appel de Paris demeurait faible. Les moyens soulevés par les parties portent généralement sur la procédure et très peu sur des aspects économiques, comme la balance des effets. Elle a aussi montré que lorsque des décisions de l'Autorité faisaient appel à des notions économiques, cela produisait des effets contrastés en termes de sécurité juridique. Il reste maintenant à préciser ces résultats en étudiant de manière approfondie la jurisprudence dans quatre thématiques différentes du droit de la concurrence.

Thibault Schrepel, Hélène Aubry et Marie Malaurie-Vignal, tous trois juristes, sont ainsi partis des décisions de l'Autorité de concurrence entre 2003 et 2017, et les arrêts d'appel, puis ont étudié l'influence de l'analyse économique dans le raisonnement des juges à partir de quatre thèmes : 1) Entente d'imposition d'un prix de revente (M. Malaurie-Vignal), 2) Échanges d'information (M. Malaurie-Vignal), 3) abus de position dominante non tarifaires (T. Schrepel), 4) Délimitation du marché pertinent (H. Aubry).

Grille d'analyse commune aux quatre thématiques

La grille d'analyse suivante a été utilisée dans les quatre études de cas :

A/ Les juges d'appel ont-ils retenu une analyse économique ou ont-ils privilégié une analyse exclusivement juridique ? Les juges d'appel ont-ils conservé l'analyse économique éventuellement retenue par l'autorité de la concurrence ?

B/ Quelle est l'étendue du contrôle juridictionnel ? En cas d'analyse économique complexe, jusqu'où va le contrôle exercé par la cour d'appel ? S'agit-il d'un contrôle substantiel ou un simple contrôle de légalité ?

C/ Le cas échéant, en quoi la décision est-elle comparable à la jurisprudence européenne ?

D/ Quelle a été la réception de l'arrêt d'appel par la doctrine ? Une présentation bibliographique choisie sera annexée au commentaire thématique.

L'ensemble des commentaires thématiques porte une attention particulière à l'historique des décisions pour souligner les éventuelles évolutions ou à l'inverse l'absence de toute évolution vers une analyse économique.

Leurs conclusions sont similaires : en matière d'imposition de prix, les juges d'appel ne retiennent aucune analyse économique avec l'adoption de critères juridiques (le triple test).

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. Même si une étude plus approfondie serait nécessaire pour le vérifier, il semble que les juridictions françaises utilisent moins l'analyse économique que la Commission, le Tribunal et la Cour de justice de l'Union européenne pour définir le marché pertinent.

1. L'entente d'imposition d'un prix de revente

1.1 Description des affaires

- Affaire des calculatrices scolaires : CA Paris 21 sept.2004,2003/18636 sur recours déc. 03-D-45, 25 sept. 2003, puis CA Paris 20 nov. 2007, n° 2006/21159¹ rendu après cassation ².
- Affaire des vidéo-cassettes : CA Paris 29 mai 2007, n°2006/01886³ sur recours de déc. 05-D-70 (Sté Carrefour et Casino).
- Affaire des produits d'électronique grand public : CA Paris 19 juin 2007, n°2006/00628⁴, sur recours déc.05-D-66, 5 déc. 2005, SARL Avantage et secteur produits d'électronique grand public, puis CA Paris 29 avr.2009, n° 2008/11907⁵ rendu après cassation, puis CA Paris 16 févr. 2012⁶, n° 2011/00951 rendu après une 2ème cassation.
- Affaire des parfums : CA 26 juin 2007, n°2006/0782⁷ sur recours de déc. 06-D-04 bis ; CA Paris 10 nov. 2009 n° 2008/18277 rendu après cassation⁸, puis CA Paris 26 janv. 2012, 2010/23945 rendu après une nouvelle cassation⁹, puis CA Paris 10 avr. 2014, n°2013/12458 rendu après une 3 ème cassation¹⁰.
- Affaire des vélos : CA Paris 4 mars 2008, n°2007/00370¹¹ sur recours déc. 06-D-37 ; 7 déc.2006.

¹ Cet arrêt d'appel ne se prononce que sur la sanction

² Cass.com. 22 novembre 2005 : Pourvoi sur le montant de la sanction, délai raisonnable, sur l'existence d'un prix imposé (ristournes faussement conditionnelles ; analyse juridique de l'imposition d'un prix via de telles ristournes)

³ Cass.com. 8 avril 2008 : Pourvoi portant sur l'imputabilité de la pratique et sur la qualification d'entente pour imposition d'un prix de revente – argumentation juridique

⁴ Recours ultérieurs devant la Cour de cassation (Cass.com. 8 av. 2008) puis Cour de renvoi ne portant que sur des questions procédurales (l'enregistrement d'une communication téléphonique à l'insu de l'auteur des propos est-il une preuve recevable en justice ?).

⁵ Cet arrêt accueille les arguments de la sté Sony tenant en l'absence d'une police des prix.

⁶ Cet arrêt accueille les arguments de la sté Philips que « des prix portant sur des produits non encore commercialisés ont, oralement ou non, été évoqués entre la société Philips et ses distributeurs et que par ailleurs, l'alignement des prix pratiqués par la plupart des distributeurs de ce fournisseur ne peut s'expliquer que par cette évocation » et les arguments de la sté Sony tenant en l'absence d'une police des prix.

⁷ L'arrêt porte notamment sur le standard de preuve (triple test).

⁸ Cass.com. 10 juillet 2008 : censure sur une question liée à l'étendue de la saisine (saisine d'office ne portant que sur les parfums alors que les investigations ont été étendues au secteur des cosmétiques de luxe).

⁹ Cass.com.23 novembre 2010 : censure l'arrêt d'appel sur des questions de durée raisonnable de la procédure : « en se déterminant ainsi, par une motivation générale, sans rechercher en quoi le délai écoulé durant la phase d'instruction devant le Conseil avait causé à chacune des entreprises, formulant un grief à cet égard, une atteinte personnelle, effective et irrémédiable à son droit de se défendre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

¹⁰ Cass.com. 11 juin 2013 : le moyen du pourvoi portant sur l'identification des distributeurs parties à l'entente et sur des question de preuve est rejeté (« la démonstration d'une entente verticale anticoncurrentielle reprochée à un fournisseur n'exige pas l'identification de tous les distributeurs ayant participé à l'entente (...) qu'ayant ainsi délimité le champ des ententes, qui n'ont pas été retenues à l'encontre de tous les distributeurs des différents réseaux, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait, peu important les mises hors de cause et l'absence de certains distributeurs de la procédure ») mais cassation est prononcée sur une question liée au montant des sanctions.

¹¹ Pas de pourvoi formé devant la Cour de Cassation.

- Affaire des jouets : CA Paris 28 janv. 2009, n° 2008/00255¹ sur recours déc. 07-D-50, 20 déc.2007.
- Affaire des croquettes chat et chiens (Royal Canin): CA Paris 10 oct. 2013, n°2012/07909², sur recours déc. 12-D-10, 20 mars 2012 (procédure de non-contestation des griefs sauf pour les stés Hil's et Colgate mais ne contestent pas la question de l'imposition d'un prix de revente)
- Affaire Didl : CA Paris 16 mai 2014³, sur recours de déc. 11-D-19, 15 déc. 2011.

1.2 Premières vues

1.2.1 Répartition chiffrée

Le corpus inclut huit arrêts rendus sur recours contre une décision de l'Autorité de concurrence sur sept ans. On précise que d'autres décisions rendues par l'Autorité de la concurrence ont été rendues sur ce sujet, mais elles n'ont pas donné lieu à un recours devant la cour d'appel (ex. : déc. 15-D-07, 23 avr. 2015, pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits phytosanitaires⁴; déc. 05-D-06 du 23 février 2005 relative à une saisine de la société Studio 26 à l'encontre des sociétés Rossimoda, Marc Jacob's International, LVMH Fashion Group et LVMH Fashion Group France⁵ ; déc. 07-D-06, 28 févr. 2007 secteur des consoles de jeux et jeux vidéo⁶ ; déc. 07-D-04, 24 janvier 2007, Jeff de Bruges⁷).

Sur ces arrêts :

- 5 ne portaient que sur cette question : affaires des parfums, produits d'électronique grand public, Didl, vidéocassettes, jouets.
- 3 arrêts portaient sur une pratique de prix imposés couplée à d'autres pratiques anticoncurrentielles (aff. calculatrices : échange d'information entre concurrents sur les prix ; aff. vélo : ententes verticale et horizontale tendant à exclure certains distributeurs de cycles ; aff. croquettes : pratiques de partage de clientèle et de territoire et exclusivité d'achat).

1.2.2 Secteur d'activités mis en cause

¹ Pourvoi sur le montant de la sanction

² Pourvoi portant sur des questions de procédure et d'évaluation de la sanction.

³ Le pourvoi portant sur la qualification d'entente. L'analyse est purement juridique (pb lié à la preuve de la participation des distributeurs à l'entente).

⁴ L'Autorité de la concurrence décide de ne pas poursuivre : v. pt 49 : « Il n'est cependant pas établi que cette invitation du fournisseur à suivre une politique tarifaire particulière a été suivie d'un acquiescement des distributeurs»

⁵ L'Autorité de la concurrence ne retient pas la preuve d'un acquiescement à l'entente et rejette donc la demande de mesures conservatoires

⁶ Le Conseil de la concurrence condamne la sté Sony pour prix imposé- pas de recours contre la décision.

⁷Le Conseil de la concurrence condamne la sté Jeff de Bruges SAS pour prix imposé- pas de recours contre la décision.

Les affaires portaient sur des domaines d'activité variés : le luxe avec la distribution de parfums, les produits du quotidien (croquettes pour chien et chats, jouets, calculatrices, vélo, jouets), certains étant des produits de base (croquettes), et d'autres plus coûteux (vélo).

1.2.3 Type de distribution

- Distribution sélective (aff. parfums) ou distribution agréée (aff. vélo¹)
- Distribution exclusive (aff. Didl, aff. Royal Canin (croquettes),
- Accord de partenariat ou de coopération (aff. calculettes ; aff. jouets ; aff. produits d'électronique grand public ; aff. vidéo-cassettes)
- Distribution en magasin, la distribution en ligne² étant très peu développée à l'époque de la saisine de l'Autorité de concurrence (saisine avant 2000).

1.3 Analyse des affaires

1.3.1 Un raisonnement économique minimaliste

Une analyse du marché sans véritable conséquence

Les juges d'appel décrivent généralement le marché en présentant les acteurs du marché et le secteur économique (ex. aff. parfums : CA 26 avr. 2012, p. 7 à 10), mais pas toujours (ex. aff. calculettes : CA 21 sept. 2004). La taille des acteurs est parfois mise en avant. Ainsi, l'importance économique de la grande distribution est-elle parfois soulignée pour insister sur le caractère nocif de la pratique. Par exemple, dans l'affaire des parfums, est souligné le « raidissement de la structure du prix de revente de détail des produits » « nécessairement amplifié par la force unificatrice des politiques de prix dans les grandes chaînes de distribution représentant 50% du marché de la distribution » (CA Paris 26 janv.2012, page 49).

Il est exceptionnel que la pratique de prix imposés soit analysée sous l'angle de l'abus de position dominante. À notre connaissance, il est une seule décision du Conseil de la concurrence en 1993³ qui n'a pas fait l'objet d'un recours. Dans l'affaire des parfums, la position dominante d'un distributeur (Sephora) sur le magasin des Champs-Élysées est envisagée par le Conseil de la concurrence. L'autorité a recours au test SSNIP pour caractériser un marché bloqué sur certaines zones géographiques (Champs Élysées Paris) (voir point 765 déc.06-D-04 bis) ;

¹ Les contrats de distribution étaient, dans l'affaire des vélos, comportaient une procédure d'agrément des distributeurs

² L'imposition de prix de revente dans le cadre de la vente en ligne a fait l'objet de décisions récentes devant l'Autorité de concurrence (: ex : Aut.conc. déc. n°18-D-26, 20 déc. 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des fertilisants liquides pour la production hors-sol dédiés à la culture domestique (les distributeurs étaient des grossistes et de pure- players) et devant la Commission européenne (Comm. UE, déc. n° AT.40182, 24 juill. 2018, Pioneer; Comm. UE, déc. n° AT.40181, 24 juill. 2018, Philips ; Comm. UE, déc. n° AT.40469, 24 juill. 2018, Denon & Marantz ; Comm. UE, déc. n° AT. 40465, 24 juill. 2018, Asus, Rev.contrats, n°01-2019, p.122, n. C. Prieto.

³ Déc. 93-D-56, 7 déc. 1993, consoles de jeux et logiciels de jeux vidéo.

cependant, le Conseil conclut qu'il n'est pas démontré que « l'exigence d'obtention d'une marge plus forte sur ce marché ait excédé l'exercice normal du jeu de la concurrence et ait eu un objet ou un effet anticoncurrentiel » (pt. 766). Et l'arrêt d'appel ne revient pas sur la question.

Cependant, certains éléments particuliers, qui, pour certains économistes, pourraient justifier une analyse moins systématique, ne sont pas retenus par les juges. Ainsi, en est-il de la spécificité des produits(i) ou de la nature du marché(ii).

- (i) La *spécificité des produits* (ex. produits de luxe) n'est jamais soulignée par les juges d'appel.

Dans l'affaire des parfums, les sociétés mises en cause ont fait le reproche de ne pas tenir compte de « la spécificité de la structure particulière du marché des parfums de luxe ». La cour d'appel, dans les deux arrêts de renvoi, a rejeté cet argument : « les particularités des accords de distribution sélective aboutissent généralement, sur un marché donné, à une réduction de la concurrence par les prix liée aux investissements importants consentis par les distributeurs, notamment pour la formation du personnel et l'équipement des points de vente, afin de recevoir l'agrément des fournisseurs, elles ne sauraient expliquer à elles seules l'alignement général des prix des prix de ventes sur les prix conseillés » (CA Paris 26 juin 2007, page 33 ; et « la protection de l'image de marque ne justifiait pas une restriction de concurrence sur les prix (CA Paris 26 janv. 2012, page 86).

Or des économistes soulignent que le secteur du luxe est un de ceux dans lesquels les pratiques de prix imposés ou de prix minimum sont le plus à même de lutter contre les phénomènes de parasitisme et de produire des gains d'efficacité (Allain M.-L. et Chambolle C., *The recent economic debate on the welfare effects of resale price maintenance*, Concurrences 3-2008, Tendances, p. 14).

- (ii) La *nature du marché* – innovant ou marché mature – n'est jamais soulignée par les juges d'appel.

Or il est soutenu par certains économistes que la pratique des prix imposés peut être justifiée sur les marchés avec des biens différenciés où sont lancés de nouveaux produits de façon récurrente. La marque joue un rôle de repère pour les consommateurs et le prix positionne le bien sur le marché (J. d'Aspremont, J.Gabszewicz et J.-F. Thisse, *Product differences and prices*).

On constate une absence d'analyse des effets de la pratique sur le marché.

Dans aucun arrêt, les juges d'appel ne procèdent à une analyse des effets de la pratique sur le marché, avec une mise en balance des effets négatifs et des effets positifs sur la concurrence. Dans aucun arrêt, les juges ne se demandent si la pratique litigieuse a eu un effet sur la dynamique concurrentielle. La jurisprudence n'utilise pas une règle de raison pour apprécier la

nocivité de la pratique – à la différence de la solution rendue par l’arrêt Leegin (Cour suprême USA 28 juin 2007 abandonnant l’analyse *per se* pour apprécier la pratique de prix imposé) .

La condamnation de la pratique d’imposition d’un prix de revente est prononcée sans qu’aucune différence d’analyse n’ait été faite entre une pratique d’imposition d’un prix de revente *ut singuli* (absence d’autres comportements anticoncurrentiels) et une pratique couplée à d’autres ententes, tels que des échanges d’informations sur les prix entre concurrents de nature à entraver la concurrence inter-marques.

La pratique d’imposition d’un prix de revente peut être considérée comme anticoncurrentielle alors même que l’Autorité de la concurrence fait état d’une vive concurrence inter-marques – circonstance qui n’est parfois même pas relevée par les juges d’appel. Par exemple, dans l’affaire des produits électroniques grand publics, le Conseil de la concurrence souligne « qu’à l’époque, des faits, objet de la présente affaire, le secteur des produits bruns se caractérisait par la présence de nombreux fabricants (...) et de nombreux distributeurs » (déc. 05-D-66, p.2). L’arrêt d’appel (CA Paris 19 juin 2007) ne reprend pas ce constat. De même, dans l’affaire des parfums, le Conseil de la concurrence (déc. 06-D-04 bis) avait souligné aux points 4 et 6 ets. que le marché du parfum était en constante progression et évolution avec l’apparition de nouveaux produits. L’arrêt d’appel est silencieux sur cet aspect.

Une analyse formelle du prix imposé.

Le prix de référence retenu est le prix affiché en magasins, sans tenir compte des prix effectivement payés par le consommateur (voir affaire des parfums : CA 26 janv. 2012, n° 2010/23945, p.47¹). Or le consommateur peut bénéficier de remises de fidélité. L’analyse est donc assez formelle puisque seul est pris en compte le prix affiché. Des économistes ont critiqué la solution retenue dans l’affaire des parfums au motif qu’elle méconnaît la réalité économique concurrentielle car ces remises « font partie du jeu concurrentiel entre les distributeurs » (v. André-Paul Weber, professeur d’économie, ancien rapporteur au Conseil de la concurrence, commentaire de la déc. 06-D-04, 13 mars 2006, in Lexbase Hebdo édition affaires n°210 du 13 avril 2006, n° Lexbase : X6215ADK²).

Des décisions de l’Autorité de la concurrence font parfois le grief que le prix imposé est un prix « qui se situe très au-dessus de son niveau concurrentiel » sans donner aucune précision sur ce qu’est ce prix concurrentiel (ex. affaire vidéo-cassette, déc. 05-D-70, point 213). Néanmoins, on ne retrouve jamais une telle affirmation dans les arrêts d’appel.

¹ La CA justifie la solution au motif qu’il s’agit de « gestes commerciaux accordés individuellement en fonction des caractéristiques du client et non du produit vendu », ce qui a pour conséquence qu’ils ne sauraient « être pris en considération dans l’appréciation de la politique tarifaire du distributeur vis-à-vis des marques ».

² l’auteur souligne que si l’on veut admettre qu’il y a imposition des prix, il eut fallu démontrer qu’ « aucun distributeur donc n’a retenu des prix de vente consommateur se situant en deçà ou au-delà des prix préconisés par les fournisseurs, et que soit également constaté qu’aucun distributeur n’a introduit une concurrence par le moyen, par exemple, de carte de fidélité ».

1.3.2 Une analyse exclusivement juridique de la pratique d'imposition d'un prix minimal de revente

Les juges énoncent parfois que la pratique d'imposition d'un prix de revente est analysée comme une restriction de concurrence par objet (voir aff. croquettes : CA Paris 10 oct.2013, p. 20) ou qu'elle constitue une restriction caractérisée au regard du règlement (UE) 330 du 20 avr. 2010 (voir aff. Didl : CA Paris 16 mai 2013, page5 ; aff. parfums : CA Paris 26 juin 2007 : « la fixation d'un prix de revente aux consommateurs appartient, ainsi que le conseil l'a relevé à bon droit, à la catégorie des restrictions caractérisées, énumérées par le règlement n°2790/99...sans atteindre l'ampleur de certains cartels ou restrictions horizontales de concurrence, elles sont particulièrement graves »). La qualification de restriction de concurrence par objet rejoint les analyses de la doctrine juridique majoritaire (v. notamment, L. Idot, La distinction restriction de concurrence par objet/ restriction de concurrence par effet et l'art.101 TFUE : un sujet de *disputatio*) ; certains auteurs regrettent l'absence d'analyse économique dans le traitement de ces pratiques (J. et L.Vogel, Le droit de la concurrence et le droit de la distribution prennent-ils suffisamment en compte l'analyse économique des restrictions verticales ?).

Les juges ne prennent, parfois, même pas la peine de préciser que cette pratique est constitutive d'une restriction de concurrence par objet. Les arrêts passent directement à la question du contrôle sur la qualification de l'entente. Les arrêts d'appel comportent donc tous des développements sur les questions de preuve. Les juges d'appel vérifient si, faute d'une clause expresse d'imposition de revente dans le contrat de distribution ou de coopération, le comportement des distributeurs traduit un acquiescement à l'invitation faite par le fournisseur de respecter les prix de revente conseillés¹ (ex. aff. produits d'électronique grand public, aff. vidéo-cassette).

Sans entrer dans le détail du raisonnement juridique, la preuve du consentement à l'entente doit résulter d'un faisceau d'indices « graves, précis et concordants ». Depuis l'affaire des parfums, la cour d'appel retient un standard de preuve reposant sur une triple exigence systématiquement vérifiée dans tous les arrêts d'appel :

- Les prix de vente au détail souhaités par le fournisseur sont connus des distributeurs
- Le fournisseur a mis en place une police des prix sous forme de menaces, rétorsions ou pressions exercées²
- Ces prix sont significativement appliqués par les distributeurs.

En l'état de la jurisprudence, un test économique d'alignement des prix est réalisé consistant à vérifier si plus de 20 % des prix affichés chez les distributeurs sont inférieurs à 1 % des prix

¹ La simple poursuite de relations commerciales notamment dans le cadre d'un réseau de distribution ne suffit pas à prouver une adhésion à l'entente. Il convient de rechercher l'acquiescement, au moins tacite, des membres du réseau, à la politique décidée par la tête de réseau (CJCE 6 janv. 2004, aff.C-2/01, Bayer).

² ex. : aff. Royal Canin : CA Paris 4 avril 2006 : «il n'est pas incompatible avec l'existence de l'entente que quelques entreprises aient refusé d'y adhérer et n'aient pas fait l'objet de mesures de rétorsion, dès lors que la société Royal Canin elle-même ne conteste pas que des pressions ont été exercées sur les détaillants récalcitrants – appels téléphoniques répétés et visites de ses représentants ou de ses distributeurs régionaux – afin de les inviter à se plier à la discipline commune, qui ont été suivies d'effet ».

conseillés – ce qui permet de conclure en une convergence des prix traduisant « une concentration remarquable des prix autour de ceux conseillés par le fabricant » (ex. : aff. des produits d'électronique grand public : CA 19 juin 2007, p. 10¹).

L'analyse de ce triple test par les juges d'appel est juridique.

En effet, le triple test est systématiquement requis, quel que soit le marché ou la taille des parties mises en cause, que la pratique soit ou non couplée à d'autres ententes verticales de nature à verrouiller le marché ou à des échanges d'informations sur les prix entre concurrents de nature à assécher toute concurrence par les prix.

En outre, les problématiques liées à la preuve d'une imposition des prix sont exclusivement analysées sous l'angle juridique. Les juges d'appel exercent un contrôle de la pertinence et licéité des preuves. Ainsi, par exemple, dans l'affaire des produits d'électronique grand public (CA 19 juin 2007), la cour relève que « l'alignement significatif des prix retenu par le Conseil demeure contestable, (...) ; Que dès lors, un faisceau d'indices suffisamment précis, graves et concordants établissant l'entente alléguée n'est pas caractérisé et la société Panasonic doit être mise hors de cause » (CA 19 juin 2007).

Il est symptomatique de relever que l'Autorité de la concurrence adopte une méthode économique, tandis que la cour d'appel une méthode juridique pour établir l'existence d'une similitude de prix pratiqués par les distributeurs. Ainsi, dans l'affaire des parfums, le Conseil de la concurrence souligne que « lorsque ce taux est inférieur à 80 %, il convient de pousser plus loin l'analyse et de prendre en considération la dispersion effective des prix relevés, en observant directement, sous forme d'un graphique, la concentration effective des prix à proximité du prix public indicatif »². Une des parties mises en cause a contesté devant la cour d'appel la pertinence économique des preuves rapportées³. Et pour autant, la réponse de la cour d'appel est juridique. Lorsque la preuve économique est insuffisante (car le taux de respect par les distributeurs est inférieur à 80 %), il convient alors de compléter cette preuve économique par d'autres preuves juridiques (et non économiques) : « les relevés de prix de

¹ CA 19 juin 2007, n°2006/00628, p. 10 : « les convergences constatées au sein des relevés produits par la partie saisissante, confortées par les constatations ultérieures des enquêteurs (rapport d'enquête pages 33 à 42) et déduites de nombreuses observations portant sur des références variées communes à l'ensemble des distributeurs (67 prix de téléviseurs, 27 prix de chaînes Hi-Fi, 54 prix de magnétoscopes), sans qu'il soit nécessaire, comme le soutient la société Philips, que soient relevées un minimum de trente observations par référence pour au moins trente références, que le Conseil a estimé que ces convergences traduisaient une concentration remarquable des prix autour de ceux conseillés par le fabricant, qu'ayant été constatées pour des enseignes appartenant à des types de distribution distincts, comme telles offrant des services variables pour des coûts nécessairement différents, elles ne pouvaient s'expliquer par un parallélisme spontané des comportements »

² déc.06-D-04 bis, pt. 515.

³ CA Paris 26 juin 2007, p. 40 : la sté Hermès soutient que « les relevés de prix retenus pour prouver l'adhésion des distributeurs à l'accord ne concernent que deux produits sur les 119 que compte la gamme Hermès, ce qui serait insuffisant pour justifier d'un alignement général des distributeurs ; qu'en outre, le taux de 1,97 utilisé pour calculer le PPI est arbitraire et ne correspond à aucune réalité commerciale, surtout par comparaison avec le coefficient de 2 appliqué par la marque dans ses propres boutiques ; que le critère de "dispersion effective" retenu dans l'appréciation des relevés est également arbitraire et fausse leur analyse ».

détail « ne constituent qu'un indice parmi d'autres au sein du troisième élément du faisceau »¹. Le deuxième arrêt d'appel rendu le 26 janvier 2012 dans l'affaire des parfums est explicite ; il retient à la page 60 la notion de *preuve économique* (constituée par des relevés de prix), mais précise que cette preuve doit être complétée par d'autres preuves (déclarations orales ou écrites des distributeurs).

De même, les arrêts d'appel comportent des développements de nature juridique sur la question de la représentativité des échantillonnages de relevés de prix (aff. des parfums). Les arrêts peuvent aussi être saisis de la question de la pertinence ou la licéité de telle ou telle preuve (licéité de l'enregistrement d'une communication téléphonique à l'insu de l'auteur des propos : aff. parfums ; ou validité des relevés de prix par les services administratifs de la DGCCRF : aff. produits d'électronique grand public).

Le constat est donc que l'analyse de la pratique des prix imposés devant la cour d'appel est juridique – parfois même plus juridique que celle retenue devant le Conseil de la concurrence.

1.3.3 Une évolution avec l'admission de la preuve de gains d'efficience économique ?

Une application rarissime de la faculté d'exemption sur la preuve de gains d'efficience

Cette faculté d'exemption sur la preuve de gains d'efficience est prévue par les points 60 et 225 des lignes directrices sur les restrictions verticales publiées par la Commission européenne en 2010². Cependant, la jurisprudence fait une application rarissime de cette faculté.

Un seul arrêt a admis qu'une exemption individuelle pouvait être accordée si la preuve de gains d'efficience économique était rapportée. Il s'agit de l'affaire des parfums : le second arrêt d'appel, rendu après cassation a ouvert la porte à une analyse plus économique de la pratique d'imposition de prix (CA Paris 26 janv.2012, 2010/23945). En revanche, le 1^{er} arrêt de renvoi (CA Paris 26 juin 2007) était muet sur une éventuelle exemption de la pratique.

Dans l'arrêt du 26 janvier 2012, la cour rappelle qu'une imposition du prix de revente, de nature à limiter la concurrence entre distributeurs du réseau, a pour conséquence indirecte d'affaiblir la concurrence inter-marques, notamment sur un marché concentré. Pour autant, la cour admet qu'elle peut être exemptée sur la preuve des gains d'efficience (page 86 : « les entreprises en cause ayant mis en œuvre de telles pratiques peuvent uniquement se défendre en faisant valoir des gains d'efficience au sens de l'art. 101 §3 TFUE, à condition de démontrer que des gains d'efficience résultent de l'introduction de prix de vente imposées dans l'accord d'une part, et que toutes les conditions de l'art.101§3 sont remplies d'autre part ». En l'espèce, la cour regrette que la société Nocibo qui est entrée dans cette voie est restée au stade des généralités.

¹ CA Paris, 26 juin 2007, n° 2006/07821, aff. parfums, p. 35.

² Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01.

En revanche, les arrêts postérieurs sont muets sur la possibilité de racheter la pratique par la preuve de gains d'efficacité¹. Ainsi, par exemple, un arrêt sanctionne sur le fondement de l'article L.420-1 du Code de commerce un fournisseur qui a imposé un prix de revente à l'un de ses distributeurs (en revanche, la participation des autres distributeurs à l'entente étant non démontrée). L'arrêt applique le standard probatoire à trois branches (prix évoqués, police des prix et application significative des prix par un nombre important de distributeurs). En revanche, il n'est nullement évoqué la possibilité de racheter la pratique par la preuve de gains d'efficacité ou d'écarter la qualification d'entente anticoncurrentielle par une analyse des effets de la pratique sur le marché en vertu d'une règle de raison.

La possibilité de sauver une pratique de prix imposés : arguments juridiques et économiques

La possibilité de sauver une pratique de prix imposés rejoint les enseignements de la doctrine économique (Marvel H.-P et McCafferty S., *Resale Price Maintenance and Quality Certification*, *Rand Journal of Economics*, 1984, vol. 3, p. 86-105). Ainsi, est-il souligné que la pratique est de nature à conférer des gains d'efficacité en cas d'utilisation ponctuelle et limitée dans le temps de prix imposés pour éviter la pratique de marque d'appel (A.Gurin, *Qui se soucie encore des restrictions verticales ? Quel est le rôle de la Commission européenne ?* *Revue Lamy de la concurrence*, N° 19, 1er avril 2009). Plus généralement, la pratique permettrait de lutter contre le « parasitisme » entre les distributeurs (*free riding*) ou pour satisfaire aux exigences du fournisseur en matière de promotion de la marque.

Pour autant, la question des prix imposés ne suscite pas l'unanimité en doctrine économique comme Emmanuelle Claudel le souligne (E. Claudel, *Le Luxe et le droit de la concurrence : Entre bienveillance et rigueur ?*). L'auteur cite les doutes exprimés par Marie-Laure Allain et Claire Chambolle qui considèrent qu'il n'est pas certain que le distributeur soit réellement incité à utiliser les marges tirées d'un prix minimum pour promouvoir la marque du fournisseur, ce qui ne résout pas le problème du « parasitisme ». Il est encore soutenu que les industriels, désormais confrontés à la puissance d'achat de leurs partenaires (et nous avons vu que le secteur du luxe était concerné), ne sont pas nécessairement demandeurs d'une liberté qui pourrait se révéler un « cadeau empoisonné » (de Gramont D., *Le contrôle des prix de revente : un cadeau empoisonné*, *Concurrences* 3-2008, *Tendances*, p. 26).

En revanche, les arguments juridiques tels que la nécessité de respecter l'obligation légale de ne pas vendre à perte ou de celle de préserver l'image de marque attachée aux produits de luxe²

¹ ex. CA Paris 19 déc. 2018, n° 16/07213, *Bubble diving*, *Concurrences* 2-2019, p. 73, n. S.C.G : sanctionne sur le fondement de l'article L.420-1 C.Com. un fournisseur qui a imposé un prix de revente à l'un de ses distributeurs (en revanche, la participation des autres distributeurs à l'entente étant non démontrée). L'arrêt applique le standard probatoire à trois branches (prix évoqués, police des prix et application significative des prix par un nombre important de distributeurs).

² Affaire des parfums : Cons. conc., 13 mars 2006, n° 06-D-04, *Pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe*, pt 505, pts 450 et 781

ou encore de celle de se prémunir contre les fluctuations du cours des devises¹ sont systématiquement écartés comme fait justification d'une éventuelle exemption.

1.4 Principaux enseignements tirés de l'analyse des arrêts d'appel

1.4.1 *Les juges d'appel valident-ils l'analyse économique ?*

Les juges d'appel ne retiennent aucune analyse économique, sauf un seul arrêt qui évoque la possibilité de racheter la pratique par la preuve de gains d'efficacité (CA Paris 26 janv.2012, 2010/23945, aff. des parfums). L'analyse du prix de revente n'est pas économique mais très formelle. La délimitation du marché repose exceptionnellement sur un test économique (ex. : aff. des parfums et test SSNIP et point 765 déc.06-D-04 bis, plus haut n° 3-1-1). Mais l'Autorité de la concurrence comme les juges d'appel ne tirent aucune conséquence des spécificités du marché. Les juges d'appel ne se départent pas de l'analyse du Conseil de la concurrence. La grille d'analyse pour étudier la pratique du prix minimal imposé de revente est exclusivement juridique.

1.4.2 *Étendue du contrôle juridictionnel*

En la matière, le contrôle juridictionnel est exclusivement probatoire afin de vérifier s'ils ont adhéré à l'entente.

1.4.3 *Comparaison avec la jurisprudence européenne*

La jurisprudence condamne les pratiques d'imposition d'un prix minimal de revente mais elle se fonde sur les règlements d'exemption européens qui condamnent *per se* la pratique (règlement (CEE) n° 1983/83 du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 § 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive ; Règlement (CE) n° 2790/1999 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 ; règlement (UE) n°330/2010, 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101§3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concernant l'application de l'article 101§ 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ».

1.5 Bibliographie sur l'imposition d'un prix de revente par la tête de réseau

- Allain M.-L. et Chambolle C., The recent economic debate on the welfare effects of resale price maintenance, *Concurrences* 3-2008, Tendances, p. 14)
- R. Amaro, *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution* 2015, p.296

¹ Cons. conc., 28 févr. 2007, n° 07-D-06, Pratiques mises en œuvre dans le secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo, pt 107

- Les prix imposés en droit de la concurrence : un « péché majeur », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015, p.296: non ouvertement critique
- E. Claudel, Le Luxe et le droit de la concurrence : Entre bienveillance et rigueur, Revue Lamy Droit des Affaires, n° 66, 1er décembre 2011
- N. Daley, docteur en économie de l'École des mines de Paris, L'analyse économique des marges arrière ,Revue Lamy de la concurrence, N° 20, 1er juillet 2009
- C. d'Aspremont, J. Jaskold Gabszewicz et J.-F. Thissey, Product differences and prices, <http://www.di.ens.fr/~aspremon/Claude/PDFs/dAsp83a.pdf>
- L. Benzoni, Le contrôle du niveau des prix : aspects économiques AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015, p.310
- Gramont D., Le contrôle des prix de revente : un cadeau empoisonné, Concurrences 3-2008, Tendances, p. 26
- A. Gurin, Qui se soucie encore des restrictions verticales ? Quel est le rôle de la Commission européenne ? Revue Lamy de la concurrence, N° 19, 1er avril 2009
- L. Idot, La distinction restriction de concurrence par objet/ restriction de concurrence par effet et l'art.101 TFUE : un sujet de *disputatio*), Mélanges Lucas de Leyssac, Lexis Nexis, 2018, p. 243-268.
- Marvel H.-P et McCafferty S., Resale Price Maintenance and Quality Certification, Rand Journal of Economics, 1984, vol. 3, p. 86-105
- L. Peeperkorn , Resale Price Maintenance and Its Alleged Efficiencies, European Competition Journal, juin 2008, pp. 201-212
- P. Rey, Impact des accords verticaux entre producteurs et distributeurs, Revue française d'économie, vol. XII 2, printemps 1997 p. 24, puis The Economics of Vertical Restraints, May 5, 2003, disponible à <http://esnie.u-paris10>).
- V. Sélinisky, revue Lamy de la concurrence, N° 6, 1er janvier 2006, note critique sur l'absence d'analyse économique de la pratique de prix imposé sous déc n° 05-D-66 (produits électroniques grand public) et décisions n° 05-D-70 (vidéocassettes).
- D. Spector, Minimum resale prices : is a ban justified ?, Concurrences 2007-3, p. 2 (plaide qu'une prohibition per se était excessive et qu'il devait être permis, dans le cadre d'une règle de raison structurée, de faire tomber une présomption simple en rapportant la preuve d'une efficacité économique
- J.Vogel et L. Vogel, Le droit de la concurrence et le droit de la distribution prennent-ils suffisamment en compte l'analyse économique des restrictions verticales ?, Concurrences, n° 1-2011, p. 1-8.
- André-Paul Weber, Professeur d'économie, Ancien rapporteur au Conseil de la concurrence, commentaire de la déc. 06-D-04, 13 mars 2006, in Lexbase Hebdo édition affaires n°210 du 13 avril 2006, N° Lexbase : X6215ADK

2. Les échanges d'information entre concurrents

2.1 Diversité des échanges d'informations

2.1.1 *Un échange d'informations peut revêtir des formes diverses*

2.1.1.a. Échange d'informations, accessoires à une entente

On donnera pour exemple l'affaire du cartel des farines¹. Les parties à l'entente, dans le cadre d'un pacte de non-agression, échangent des informations. L'échange d'informations peut favoriser la conclusion du cartel et/ou favoriser entre une police des cartellistes quant au respect du cartel.

2.1.1.b. Échange d'informations entre concurrents à l'occasion d'un appel d'offres

Les exemples sont nombreux. On citera ainsi l'affaire des tables d'opérations². Il est fait grief à une entreprise de s'être entendue avec une entreprise concurrente pour présenter des soumissions séparées fictivement indépendantes, par recours à divers procédés simulant l'autonomie des offres et des entreprises, en échangeant des informations et en trompant ainsi les responsables des différents appels d'offres sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence.

Parfois, il y a tout à la fois un échange d'informations dans le cadre d'un appel d'offres et un échange d'informations sans lien direct avec l'appel d'offre. Ainsi, dans l'affaire des produits laitiers³, il est distingué deux griefs, entre les mêmes acteurs, sur la même période, et sur le même marché :

1°) des accords portant sur la définition en commun des taux de hausses de prix futurs par familles de produits, sur la fixation des volumes détenus par les sociétés concurrentes et sur la remise d'offres de couverture dans le cadre d'appels d'offres lancés par les distributeurs (grief n° 1).

2°) des échanges d'informations (sur les prévisions de hausse tarifaire des produits, sur des données futures de fixation des prix et sur les compensations de volumes entre concurrents-échanges ayant eu lieu lors de réunions auxquelles ont participé les entreprises poursuivies (grief n°2)

2.1.1.c. Échanges d'information se rattachant à la notion de pratique concertée

¹ CA Paris 20 nov. 2014, n° 2012/06826

² CA Paris 28 oct.2010, n° 2010/03405 sur recours déc.10-D-04 du 26 janvier.

³ CA Paris 23 mai 2017, n°2015/0822

Les échanges peuvent avoir lieu lors de réunions ou d'échanges informels (téléphones, diners, mails, etc.) dont l'objet est anticoncurrentiel (ex. : répartition de marchés ou contournement de la loi Galland).

Ces échanges d'informations ne constituent pas pour autant une catégorie d'entente particulière, comme peut l'être une pratique de boycott ou de limitation de la production ou des importations ou encore une pratique d'imposition d'un prix minimal de revente. Ils se rattachent à la notion plus générale de pratique concertée – ce qui signifie que les parties ne se sont pas entendues, expressément ou tacitement, pour adopter un plan anticoncurrentiel, mais ont adopté une forme de coopération entre elles qui peut être de nature à limiter l'autonomie des entreprises qui se sont échangées les informations.

Les exemples sont nombreux. On citera les affaires des produits sidérurgiques¹, du travail temporaire², des produits d'hygiène corporels³, des papiers peints⁴, de la messagerie⁵. Il arrive que si sont dénoncés à la fois un échange d'information dans le cadre d'une pratique concertée et une entente anticoncurrentielle, deux sanctions différentes sont prononcées (aff. téléphonie mobile) ou au contraire une seule sanction : ainsi, dans l'affaire des produits laitiers⁶, une seule sanction a été infligée pour deux griefs en raison de l'identité des périodes, des marchés et de l'objet général poursuivi par les deux pratiques litigieuses⁷. Les deux griefs portaient sur :

1°) des accords portant sur la définition en commun des taux de hausses de prix futurs par familles de produits, sur la fixation des volumes détenus par les sociétés concurrentes et sur la remise d'offres de couverture dans le cadre d'appels d'offres lancés par les distributeurs (grief n° 1).

2°) des échanges d'informations (sur les prévisions de hausse tarifaire des produits, sur des données futures de fixation des prix et sur les compensations de volumes entre concurrents-échanges ayant eu lieu lors de réunions auxquelles ont participé les entreprises poursuivies (grief n°2).

2.1.1.d. Échanges d'informations autonomes

Ces échanges peuvent ne pas s'inscrire dans une stratégie commune dans le cadre d'une pratique concertée ayant pour objet ou effet de fausser le jeu de la concurrence. Ce sont des échanges d'information autonomes. Cette hypothèse est relativement rare. On peut citer l'affaire de la distribution des carburants sur autoroute⁸, l'affaire des palaces parisiens⁹ et celle de la téléphonie mobile¹⁰.

¹ CA Paris 19 janv.2010, n° 2009/00334

² CA Paris 26 janv. 2010, n° 2009/03532

³ CA Paris 27 oct. 2016, n°2015/01673

⁴ CA Paris 14 nov. 2016, n°2015/01855

⁵ CA Paris 19 juill. 2018, n° 16/01270

⁶ CA Paris 23 mai 2017, n°2015/0822

⁷ Déc. 15-D-03 du 11 mars 2015, pt. 278.

⁸ CA Paris 9 déc.2003

⁹ CA Paris 26 sept. 2006, n° 2005/2428),

¹⁰ CA Paris 12 déc. 2006, n° 2006/00048

2.1.2 Délimitation du sujet

Lorsque l'échange d'informations est le support d'une entente expresse ou tacite (hypothèse visée par le a), la question ne soulève guère de difficultés. Une jurisprudence bien établie énonce que l'échange d'informations, quelle que soit la nature de l'information en cause, enfreint l'article 101 TFUE ou l'article L. 420-1 du Code de commerce quand ledit échange constitue le support d'une entente sur les prix ou sur la répartition des parts de marché dont il ne peut être dissocié. Ce type d'échange ne sera pas étudié dans le cadre de la présente étude. Il suffit de renvoyer aux études générales portant sur le droit des ententes.

Ainsi, par exemple, dans l'affaire du cartel des farines¹, la cour d'appel a approuvé la décision du Conseil de la concurrence qui a sanctionné le pacte de non-agression entre meuniers français et allemands dont l'objet était de limiter l'accès réciproque à leurs marchés nationaux respectifs et retenu la qualification de restriction de concurrence par objet – sans même discuter de la question des échanges d'information. Cet échange, ayant permis l'entente, est emporté par la qualification de restriction de concurrence par objet. La solution est également retenue en droit européen².

De même, ne seront pas étudiées toutes les décisions portant sur les échanges d'informations à l'occasion d'un appel d'offres car la pratique vise à fausser le jeu de la concurrence en limitant artificiellement la concurrence entre les offreurs. Le régime des échanges d'information entre soumissionnaires à des appels d'offres est connu³. Les échanges d'informations (...) entre sociétés soumissionnaires avant le dépôt des offres, perturbent nécessairement le jeu normal de la concurrence (...) Par suite, le seul fait de procéder à un échange d'informations avant le dépôt des offres (...) suffit à caractériser la volonté des entreprises de fausser la concurrence devant s'exercer entre elles »⁴.

Seules seront étudiées les hypothèses visées au 2.1.1.c. et 2.1.1.d, soit les échanges d'information autonomes et les échanges d'information liés à une pratique concertée.

2.2 Description des affaires

2.2.1 Brève description

Affaire distribution des carburants sur autoroute⁵

¹ CA Paris 20 nov. 2014, n° 2012/06826 sur recours de déc. 12-D-09, 13 mars 2012

² CJCE Aalborg, C-204/00 du 7 janvier 2004

³ C. GRYNFOGEL, De quelques variations sur le même thème : l'échange d'informations et le droit de la concurrence, RJDA, 2008, p. 221.

⁴ ex. : Décision Cons conc. du 27 avril 2005, Secteur des marchés de travaux de voirie en Côte d'Or, point 54

⁵ CA Paris 9 déc. 2003 (1re chambre, section H), sur recours de déc. n°03-D-17 du 31 mars 2003

Les stations-service échangeaient de façon quasi-quotidienne sur les prix du carburant à la pompe. Il leur est fait grief d'avoir consciemment et volontairement aligné les prix de leurs carburants vendus sur autoroute.

Le Conseil de la concurrence a considéré que ces échanges pouvaient s'analyser comme un « accord de volonté entre [les entreprises] pour accroître artificiellement la transparence des prix sur un marché oligopolistique ». La décision est annulée par la cour d'appel qui considère que l'échange n'a eu aucun effet sur les prix et n'a pas modifié l'autonomie commerciale des entreprises. Pour la cour, les conditions du marché conduisent à une tendance naturelle à l'alignement des prix sur ce marché. Le système a seulement favorisé une mise en œuvre plus rapide des stratégies commerciales individuelles.

[Affaire des palaces parisiens¹](#)

À la suite des attentats de New York du 11 septembre 2001, les hôtels ont connu une crise. Les six palaces parisiens ont alors décidé d'échanger, sur une base hebdomadaire, les taux d'occupation, le prix moyen par chambre louée et le revenu moyen par chambre disponible. Le Conseil de la concurrence a, compte tenu de la nature oligopolistique du marché, considéré que ces pratiques avaient altéré le jeu normal de la concurrence, en favorisant un équilibre collusif. La cour d'appel de Paris rejette les recours formés contre la décision du Conseil.

[Affaire de la téléphonie mobile²](#)

Les opérateurs mobiles ont échangé entre eux, de 1997 à 2003, tous les mois, des chiffres précis et confidentiels concernant les nouveaux abonnements qu'ils avaient vendus durant le mois écoulé, ainsi que le nombre de clients ayant résilié leur abonnement. En outre, entre 2000 et 2002, ils ont échangé des informations en vue de stabiliser leurs parts de marché pour assurer un gel des marchés (grief n°2 ne posant guère de difficulté puisqu'une telle entente anticoncurrentielle par objet).

En décembre 2005, le Conseil de la concurrence avait sanctionné les trois opérateurs de téléphonie mobiles pour avoir notamment échangé des informations mensuelles sur leurs ventes (nouveaux abonnements souscrits et nombre de résiliations). La cour d'appel de Paris confirme le 26 septembre 2006 l'analyse du Conseil, avec une analyse plus structuraliste. Le 29 juin 2007, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché de « façon concrète », si « l'échange d'informations avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, (...) de permettre de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents ». La cour d'appel de renvoi le 11 mars 2009 satisfait à la demande de la Cour de cassation en relevant l'effet sur le marché, en reprenant méthodiquement la grille d'analyse des autorités de concurrence pour qualifier d'entente illicite l'échange d'informations entre concurrents.

¹ CA Paris 26 sept. 2006, n° 2005/2428 sur recours déc. 05-D-64, 25 nov. 2005

² CA Paris 12 déc. 2006, n° 2006/00048 sur recours de déc. 05-D-65, 30 nov. 2005 puis Cass.com. 29 juin 2007, puis CA 7 avr. 2010, puis CA 30 juin 2011 et Cass.com. 30 mai 2012 de la Cour de cassation

Affaire des produits sidérurgiques¹

Dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs et d'une demande de clémence pour une entreprise, le Conseil de la concurrence a sanctionné onze entreprises de négoce et le principal syndicat professionnel de l'acier pour avoir échangé, par l'intermédiaire du syndicat, lors de plusieurs réunions, pendant près de cinq années consécutives, des informations dont le but était de se mettre d'accord sur les conditions commerciales accordées aux clients (barèmes de prix, classement des clients en fonction de leur potentiel, taux de remise maximum, etc.) et de se répartir les clients et les marchés. La cour d'appel, page 23, « reprend les explications données par la décision que la cour reprend à son compte », et admet que « l'accord de volonté d'une entreprise partie à l'entente est démontré par sa participation à au moins une réunion ayant un objet anticoncurrentiel, sans qu'il soit nécessaire de constater la mise en œuvre effective des décisions prises ni de démontrer les effets concrets de cette entente ». Elle rejette les recours formés contre la décision du Conseil, sauf en ce qui concerne les sanctions.

Affaire du travail temporaire²

Les trois leaders mondiaux du secteur du travail temporaire, par des discussions et une coordination plus ou moins poussées, échangeaient fréquemment sur les différents éléments de leur politique commerciale et tarifaire vis-à-vis de leurs clients « grands comptes », et parfois discutaient du montant des offres afin de faire en sorte que la compétition par les prix joue le moins possible entre elles.

Dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs pour un certain nombre d'entreprises mises en cause à l'exception de la société Manpower, le Conseil de la concurrence sanctionne ces échanges d'information au titre de pratiques ayant un objet anticoncurrentiel. La cour d'appel rejette les recours contre la décision du Conseil.

Affaire des produits d'hygiène corporelle et d'entretien³

Les entreprises du secteur des produits d'hygiène corporelle et de l'entretien se réunissaient pour échanger des informations sur les prix et quantités futurs afin de contourner les effets des réformes introduites entre 2003 et 2006 sur la transparence tarifaire (lois Galland et Dutreil). Un certain nombre d'entreprises n'ont pas contesté les faits et certaines ont demandé à bénéficier de la clémence. Toutes les entreprises ont été condamnées pour avoir participé à une

¹ CA Paris 19 janv.2010, n° 2009/00334, sur recours déc. 08-D-32, 16 déc.2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques- clémence et transaction (pas de pourvoi en cassation) - procédure de non-contestation des griefs, et pour une entreprise demande de clémence.

² CA Paris 26 janv. 2010, n° 2009/03532 : procédure de non-contestation des griefs (donc pas de possibilité de contester la qualification des faits, ou matérialité des faits) sur recours de déc. 09-D-05 du 02 février 2009, puis recours Cass.com. 29 mars 2011, n°10-12.0913 et 10-13.686. `

³ CA Paris 27 oct. 2016, n°2015/01673 (rejette les recours formés contre déc. 14-D-19, 18 déc. 2014 sauf en ce qui concerne les sanctions) ; Cass.com.27 mars 2019, n° 16-26.472 et autres.

entente restrictive de concurrence par objet. La cour d'appel approuve cette analyse sauf en ce qui concerne les sanctions.

Affaire des papiers peints¹

Les entreprises du secteur des papiers peints participaient à des réunions en vue d'établir une politique commerciale commune (à l'exception de la société G&B n'ayant pas participé à ces réunions², mais ayant échangé des informations par échange d'informations par téléphone concernant une hausse tarifaire). Les échanges portaient sur le niveau des remises d'échantillonnage, d'amortissement et de participation au rouleau coupé, sur le niveau prévisible des évolutions tarifaires ainsi que sur les niveaux de progression de leurs chiffres d'affaires respectifs. Un certain nombre d'entreprises se sont engagées dans une procédure de non-contestation des griefs, à l'exception de l'éditeur Grandeco et sa société mère Gimv N.V., ainsi que G&B France et sa société mère G&B Limited, tandis que certaines (SC Johnson, Colgate-Palmolive et Henkel) ont demandé à bénéficier de la clémence.

Le Conseil condamne les entreprises pour avoir, en participant à ces réunions au cours desquelles les informations étaient échangées, fait obstacle à la fixation des conditions commerciales en matière de collections communes et des prix des papiers peints par le libre jeu du marché.

La cour d'appel approuve cette analyse sauf en ce qui concerne les sanctions pécuniaires.

Affaire des produits laitiers³

Les entreprises du secteur des produits laitiers ont, au cours de réunions et par des échanges téléphoniques, échangé des informations sur les prix actuels et à venir entre concurrents, sur la définition en commun de la hausse de ces prix et sur la stratégie commerciale (grief n°1) et avoir conclu un accord anticoncurrentiel portant sur la fixation des volumes en s'abstenant de capter des marchés de produits détenus par les sociétés concurrentes et en faussant les appels d'offres lancés par les enseignes de la grande distribution(grief n° 2).

À l'égard d'une des sociétés, la société LSM, le Conseil a considéré que sa participation aux pratiques relevant du grief n° 2 n'était pas établie (décision, §§ 198 à 202) tandis que pour le grief n°1, il a considéré que la société a « renouvelé de façon constante et persistante son adhésion aux comportements anticoncurrentiels » (décision §§ 203 à 246).

Une seule sanction a été infligée pour les deux griefs (échange d'informations et entente sur les prix) en raison de l'identité des périodes, des marchés et de l'objet général poursuivi par les

¹ CA Paris 14 nov. 2016, n°2015/01855, sur recours déc. n° 14-D-20 du 22 déc. 2014 ; Cass.com. 8 novembre 2017 cassation partielle (sanction) –et CA Paris de renvoi, 20 déc. 2018 (sanction)

² pt 65 déc. n° 14-D-20

³ CA Paris 23 mai 2017, n° 2015/08224, sur recours déc.15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais (pouvoi en cours)

différentes ententes qui empêche le Conseil de distinguer les effets potentiels ou réels produits sur le marché par l'une et l'autre de ces infractions et d'apprécier séparément le dommage causé à l'économie par chacun des griefs¹.

Sauf en ce qui concerne le calcul des sanctions, la cour d'appel rejette les recours formés, sauf en ce qui concerne la société Senagral relativement à sa participation aux pratiques relevant du grief n°2.

Affaire de la messagerie (livraisons de colis)²

Des échanges d'informations portant sur les hausses tarifaires futures pour l'année 2005 via des réunions au sein d'une organisation professionnelle ont été stigmatisés au titre des ententes. Ces pratiques ont été révélées par des demandes de clémence.

Toutes les entreprises mises en cause ont demandé à bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs. Par décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015, l'Autorité de la concurrence a condamné une vingtaine d'entreprises des secteurs de la messagerie et de la messagerie express pour s'être concertées sur les hausses tarifaires annuelles qu'elles appliquaient à leurs clients respectifs (grief n°2). La décision a également sanctionné 15 de ces mêmes entreprises pour s'être entendues sur le principe et sur la méthode de répercussion de la hausse du gazole à leurs clients (grief n°1).

Par un arrêt rendu le 19 juillet 2018, la cour d'appel de Paris confirme dans les grandes lignes la décision n°15-D-19. Cependant, la cour d'appel censure partiellement la décision de l'Autorité de la concurrence sur une question probatoire relative au comportement de la société Geodis (pt 334 de l'arrêt). La participation de Geodis au grief n° 2 n'est donc pas établie en ce qui concerne la campagne 2005-2006 (pt 336). La cour annule l'article 2 de la décision attaquée en tant qu'il a dit que la société Geodis avait participé au grief n° 2 entre le 17 octobre 2005 et le 27 septembre 2006 (pt 337). La cour en tire les conséquences sur le montant de la sanction. Par ailleurs, la cour d'appel reproche à l'autorité de ne pas avoir recherché si DHL avait participé au grief n° 2 au titre des campagnes 2006-2007 à 2009-2010. Elle annule en conséquence l'article 2 de la décision attaquée en tant qu'il dit qu'il est établi que DHL a participé au grief n° 2 entre le 2 mars 2006 et le 1er mars 2010 (pt 211). En bref, la solution de la cour d'appel ne porte pas sur la question du caractère anticoncurrentiel des échanges d'information mais sur des questions de preuve de la participation à des pratiques anticoncurrentielles.

2.2.2 Premières vues

Répartition chiffrée

¹ Sur cet aspect, v. I. Luc, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p. 277. Dans les décisions précédentes, l'autorité de concurrence se contentait d'insister sur l'identité ou la connexité des secteurs en cause.

² CA Paris 19 juill. 2018, n° 16/01270 sur recours de déc. 15-D-19 du 15 décembre 2015

Neuf arrêts rendus sur recours contre une décision de l'Autorité de la concurrence entre 2010 et 2018 ont été retenus au titre des échanges d'information exclusifs de toute autre entente. Ont été exclus les arrêts assez nombreux mettant en cause des échanges d'informations à l'occasion d'un appel d'offres et les échanges d'information, support d'une entente ouvertement anticoncurrentielle (en vue par exemple d'une répartition des marchés) (pour plus d'explications, voir n°3-2-4).

Marchés et secteurs d'activités

Les marchés affectés par les échanges d'information peuvent être :

- oligopolistiques (ex. : marché des palaces parisiens avec opérateurs, marché de la distribution de carburants sur autoroute avec opérateurs, marché de la téléphonie mobile avec opérateurs, marché du travail temporaire avec trois leaders mondiaux).
- atomistiques (marchés ouverts : ex.: marché des produits sidérurgiques (11 entreprises présentes sur le marché), marché des produits d'hygiène corporelle (avec une multiplicité d'opérateurs) ou des papiers peints (avec 7 opérateurs), marché des produits laitiers avec une multiplicité des opérateurs ou marché de la messagerie (20 entreprises ainsi que le syndicat professionnel).

Les secteurs mis en cause par ces échanges d'informations sont divers. Il peut s'agir de secteur :

- intéressant le grand public avec des produits homogènes, standardisés comme la téléphonie mobile, la distribution de carburants, de produits laitiers, de produits d'hygiène corporelle ou le marché de la messagerie
- secteur très étroit (ex : secteur du luxe avec l'affaire des palaces parisiens)
- ou secteur très spécialisé (secteur des produits sidérurgiques).

Type d'informations communiquées

Les informations échangées peuvent être diverses. Elles peuvent porter sur des prix ou des données stratégiques (a), passés ou futurs (b). Elles peuvent être précises et individualisées ou au contraire données agrégées (c'est-à-dire données regroupées) (c). Ce sont des informations qui sont confidentielles et ne sont pas dans le domaine public (d).

a) prix ou données stratégiques

Les informations échangées portent sur les prix ou des données intéressant la politique économique et commerciale des entreprises. Il peut d'abord s'agir de données sur les prix ou les modalités de composantes du prix (affaires des carburants, produits sidérurgiques, travail temporaire, produits d'hygiène, papiers peints, produits laitiers, messagerie). Ainsi dans l'affaire des produits d'hygiène corporelle, la cour d'appel de Paris a relevé au point 46 de l'arrêt que « (...) les pratiques examinées ont consisté en une concertation sur les prix grâce à des échanges fréquents de *données précises, individualisées et stratégiques* couvrant les

principaux paramètres de fixation du futur prix triple net, des grandes marques nationales, aux plus hauts niveaux des directions commerciales »¹.

Dans l'affaire des papiers peints², les échanges portaient sur le niveau des remises d'échantillonnage, d'amortissement et de participation au rouleau coupé ainsi que sur le niveau prévisible des évolutions tarifaires et les niveaux de progression des chiffres d'affaires respectifs des opérateurs.

D'autres données stratégiques peuvent être communiquées. Ce sont des données commerciales susceptibles d'influencer la politique commerciale des entreprises. Ainsi dans l'affaire des palaces parisiens, la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 26 septembre 2000, a relevé que les informations portant sur les taux d'occupation, le prix moyen par chambre louée et le revenu moyen par chambre disponible « avaient un caractère stratégique en ce qu'elles permettaient à chacun des membres de l'oligopole de connaître d'une manière précise et immédiate non seulement les performances de ses concurrents, mais aussi les modifications éventuelles de leur politique commerciale, réduisant ainsi de manière significative la concurrence ».

De même dans l'affaire de la téléphonie mobile³, les opérateurs mobiles ont échangé entre eux, de 1997 à 2003, tous les mois, des chiffres précis et confidentiels concernant les nouveaux abonnements qu'ils avaient vendus durant le mois écoulé, ainsi que le nombre de clients ayant résilié leur abonnement. Même si échanges d'informations ne portaient pas sur les prix que les opérateurs avaient l'intention de fixer, ces échanges d'informations étaient de nature à réduire l'intensité de la concurrence sur le marché des mobiles car ces données étaient précises, récentes, stratégiques, et non accessibles. Outre le fait que l'échange d'informations a eu lieu pendant une période en même temps qu'une entente de gel de parts de marché, la cour d'appel de Paris a relevé que l'échange d'informations permettait aux entreprises « de connaître leurs stratégies réciproques et d'évaluer les effets des politiques commerciales de leurs concurrents (notamment le volume de clients nouveaux et conservés) ».

Il en est de même dans l'affaire des produits sidérurgiques⁴, les échanges pendant près de 5 années portaient certes sur des barèmes et autres conditions tarifaires, mais aussi sur les clients et les parts de marché.

b) données passées ou futures

Les échanges peuvent porter sur des *données passées*. Ainsi dans l'affaire des palaces parisiens, les informations échangées portaient sur le taux d'occupation des chambres, l'origine

¹ CA Paris 27 oct. 2016, n°2015/01673, nous mettons en italique). Sur les échanges, l'Autorité a résumé la nature et l'objet des informations échangées, ainsi que la fréquence, le niveau de participation et le moment de ces échanges au point 909, tels que ces éléments ressortent respectivement aux points 869 à 906, puis 228 à 744.

² CA Paris 14 nov. 2016, n°2015/01855

³ CA Paris 12 déc. 2006, n° 2006/00048

⁴ CA Paris 19 janv.2010, n° 2009/00334

géographique de la clientèle et le revenu moyen par chambre – conduisant à une transparence artificiellement créée favorisant un équilibre collusif, en détectant les déviations.

Ils peuvent porter également sur des *données futures*. Par exemple, dans l'affaire des produits d'hygiène du corps, les échanges ont porté sur les prix et quantités futurs. Pareillement, dans l'affaire du travail temporaire, les entreprises échangeaient des informations sur des données futures – par exemple sur les coefficients de facturation appliqués aux salaires des intérimaires, sur les remises de fin d'année ou encore sur le niveau des rétrocessions aux entreprises utilisatrices des allègements de charges (allègements Fillon) et discutaient aussi du montant de leurs offres futures.

Les échanges peuvent porter sur des *données passées et futures*, car le futur se construit sur le passé. Par exemple, dans l'affaire des papiers peints, les informations échangées permettaient de lister, pour chacun des participants, leurs clients respectifs et les conditions d'encartage qui leur étaient appliquées, en particulier les participations au rouleau coupé et les remises d'échantillonnage (pt 80 déc. Conseil), mais portaient aussi sur le niveau prévisible des évolutions tarifaires.

c) données individualisées ou agrégées

Informations individualisées ou non. Les informations échangées doivent permettre d'identifier la stratégie commerciale des concurrents.

Elles peuvent être individualisées comme dans l'affaire des palaces parisiens¹. Les informations échangées étaient secrètes, précises et individualisées et portaient sur les taux d'occupation des chambres. La cour d'appel relève que « les informations échangées entre les seuls palaces parisiens mis en cause, nominatives et non publiques, ne pouvaient être assimilées aux données agrégées publiées par les professionnels du secteur ; que le caractère systématique, régulier et rapproché de ces échanges hebdomadaires et mensuels, voire annuels, confirmé par les documents saisis lors de l'enquête.... Elles avaient un caractère stratégique en ce qu'elles permettaient à chacun des membres de l'oligopole de connaître d'une manière précise.... ».

Les informations peuvent ne pas être ouvertement individualisées mais suffisamment précises pour influencer la stratégie commerciale des concurrents.

Ainsi dans l'affaire des produits hygiène corporelle, la cour d'appel souligne-t-elle au point 49 de l'arrêt que « l'absence d'individualisation des données échangées par produit ne remet pas en cause leur caractère stratégique, car les données échangées en l'espèce permettaient néanmoins de connaître les tendances retenues par chaque entreprise, les informations étant bien individualisées par chacune »².

¹ CA Paris 26 sept. 2006, n° 2005/2428 sur recours déc. 05-D-64, 25 nov. 2005

² CA Paris 27 oct. 2016, n°2015/01673, pt 49

Pareillement dans l'affaire des papiers peints, les sociétés mises en cause faisaient valoir que, s'agissant de la nature de l'information échangée, celle-ci n'était pas de nature à influencer le comportement d'un opérateur économique car les informations échangées consistaient en des données « globales, théoriques ou agrégées », d'où il réassortissait un « taux global de hausse tarifaire » ne donnant pas d'indications individualisées sur les conditions commerciales pratiquées, ni sur leur application aux différents produits ou familles de produits. La cour d'appel de Paris, en approuvant l'Autorité de la concurrence, souligne que « les informations échangées présentaient un caractère confidentiel et stratégique, puisqu'elles étaient susceptibles par définition d'éliminer les incertitudes quant au comportement envisagé par les concurrents et *qu'elles permettaient l'identification des stratégies individuelles*¹ de ceux-ci, de sorte que, comme le souligne l'Autorité dans ses observations, "en échangeant des informations sur leurs prévisions tarifaires, les sociétés en cause pouvaient] tenir compte de ces informations pour déterminer la limite supérieure de hausse qui pourrait être jugée acceptable par les distributeurs sur le marché concerné".

d) Informations confidentielles ou n'étant pas dans le domaine public

Des échanges d'informations confidentielles entre concurrents sont de nature à fausser le jeu de la concurrence.

À l'inverse, on peut penser que des échanges d'informations qui sont déjà du domaine public ne sont pas de nature à constituer une infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce ou article 101 TFUE (en ce sens, v. pt 90 des lignes directrices²). L'exemple de l'affaire des carburants sur autoroute peut être cité en ce sens mais il est ambigu. En l'espèce, trois fois par semaine, les gérants des stations-service se communiquaient par téléphone les prix pratiqués. Poursuivis pour entente anticoncurrentielle, les gérants se défendaient en invoquant le caractère public de ces informations du fait de l'obligation réglementaire d'affichage qui incombait aux distributeurs. Néanmoins, le Conseil de la concurrence a condamné de tels échanges, soulignant que l'affichage était incomplet et l'échange par téléphone permettait de réduire sensiblement le coût de la collecte. Cependant, la cour d'appel de Paris a annulé cette décision, jugeant que « rien ne permet d'affirmer, comme l'a fait le Conseil, que les informations transmises par les stations-service à leurs sociétés modifient l'autonomie commerciale de chaque compagnie pétrolière ; que même en possession de renseignements sur les prix transmis souvent par téléphone par les gérants de stations, chaque société fixait de façon autonome le prix du carburant ; que l'alignement des prix qui peut en résulter, licite, résulte non d'un accord entre sociétés concurrentes mais d'une décision spécifique à chaque société ». En bref, pour la cour, l'échange n'a pas eu d'effet néfaste sur la concurrence. Cependant, la solution de la cour d'appel n'est pas explicitement motivée par le caractère public des informations échangées. Bien au

¹ Nous mettons en italique.

² Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, pt. 90 : « en général, les échanges d'informations réellement publiques ne sont pas susceptibles de constituer des infractions à l'article 101 (71). Les informations réellement publiques sont des informations généralement accessibles dans des conditions identiques (en termes de coûts d'accès à tous les concurrents et clients) ».

contraire, la cour d'appel énonce que « l'affichage des prix sur les panneaux autoroutiers, s'il concourt à la transparence du marché, constitue aussi une incitation à l'alignement des prix »¹ – laissant penser qu'un échange d'informations même portant sur des données publiques peut favoriser ou faciliter un alignement des prix. La motivation de la cour d'appel est très circonstanciée permettant à la juridiction de conclure que « même en possession de renseignements sur les prix transmis souvent par téléphone par les gérants de stations, chaque société fixait de façon autonome le prix du carburant » (v. aussi, pour une analyse de l'arrêt de la cour d'appel, plus loin n° 3-2-5).

En tout état de cause, ce n'est pas tant le caractère public d'une information qui importe mais plutôt l'utilité économique de l'information accessible aux opérateurs. Ainsi dans l'affaire de la téléphonie mobile, le Conseil de la concurrence observe que « les données échangées n'étaient pas identiques à celles que publiaient l'ART dans l'observatoire des mobiles (pt.197) et que les données fournies par l'ART étaient « inutilisables par les opérateurs en temps réel pour surveiller leurs parts de marché » (pt. 198). La cour d'appel confirme cette analyse².

Ainsi dans l'affaire des palaces parisiens, le Conseil de la concurrence énonce que « même dans le cas où cet échange porte sur des informations qu'il est possible de se procurer sur le marché mais dont la collecte entraînerait un tel coût de veille concurrentielle qu'il devient avantageux de les obtenir directement du concurrent »³. Ce point n'est pas contesté par la cour d'appel de Paris qui, sans même entrer dans le débat, qualifie les informations de « données non publiques » (page 9). Un tel échange d'informations conduit à une augmentation artificielle de la transparence.

On soulignera que cette analyse rejoint les solutions de la jurisprudence européenne⁴ : un échange d'informations portant sur des informations accessibles au public peut être

¹ CA Paris 9 déc.2003 (1re chambre, section H), sur recours de déc. n°03-D-17 du 31 mars 2003.

² CA Paris, p.16 : « contrairement à l'argument des requérantes, les chiffres en cause ne pouvaient être connus d'elles avec autant de précision par des sources indirectes et non officielles, telles que les données des distributeurs ou des articles de journaux, dans la mesure où ces dernières ne faisaient respectivement état que de données disséminées et approximatives

³ pt.263 : « le cas du Ritz est encore plus parlant puisqu'il a demandé le classement de documents relatifs aux forfaits et promotions spéciales, dans les termes suivants : "Ces informations, bien que communiquées au public, sont difficiles à réunir par un tiers. Elles donnent de précieuses indications sur la politique promotionnelle du Ritz. Dès lors leur communication doit être couverte par le secret d'affaires". On ne saurait mieux décrire les effets d'un échange d'informations entre concurrents, même dans le cas où cet échange porte sur des informations qu'il est possible de se procurer sur le marché mais dont la collecte entraînerait un tel coût de veille concurrentielle qu'il devient avantageux de les obtenir directement du concurrent ».

⁴ ex. : TPICE 12 juill.2001, aff. jtes T-202/98, T-204/98 et T-207/98, pt.60 : « (...)En effet, en premier lieu, à supposer même que British Sugar ait communiqué préalablement, individuellement et de façon régulière à ses clients les prix qu'elle avait l'intention de pratiquer, ce fait n'implique pas que, à ce moment, ces prix constituaient une donnée objective du marché, repérable de façon immédiate. Par ailleurs, il est constant que les réunions en cause précédaient la mise sur le marché des informations qui étaient communiquées au sein de celles-ci. En deuxième lieu, l'organisation des réunions litigieuses permettait aux participants d'avoir connaissance de ces informations de façon plus simple, rapide et directe que par le biais du marché. En troisième lieu, comme la Commission l'a constaté au considérant 72 de la décision attaquée, la participation systématique des entreprises requérantes aux réunions en cause leur permettait de créer un climat de certitude mutuelle quant à leurs politiques futures de prix ».

anticoncurrentiel s'il facilite la quête de ces informations et allège le coût de cette quête pour les entreprises.

2.3 Analyses économiques et réponses du droit

2.3.1 *Analyses économiques*

Une critique de l'application de la notion de restriction de concurrence par objet aux échanges d'information

La théorie économique considère que les échanges d'informations sont des pratiques aux effets particulièrement ambivalents sur la concurrence. Les échanges d'informations sont indispensables au bon fonctionnement d'un marché. Des auteurs écrivent qu'« Aucun marché ne peut convenablement fonctionner si ceux qui y évoluent (entreprises et consommateurs) ne disposent pas d'une masse suffisante d'informations pour prendre des décisions motivées et cohérentes »¹. Aussi la théorie économique reconnaît-elle que « l'information est un bien rare et que sa diffusion est souvent utile »².

En outre, les effets de ces échanges sur le marché vont dépendre d'un grand nombre de facteurs et ce n'est qu'après une analyse approfondie de l'ensemble des facteurs que le risque de collusion engendré par ces échanges sera connu³.

Certes, ces échanges peuvent faciliter la conclusion d'ententes anticoncurrentielles en permettant l'adoption d'une ligne de conduite commune, peuvent favoriser la stabilité interne de la coordination ainsi que sa stabilité « externe » en suivant les actions de clients ou concurrents susceptibles de déstabiliser la coordination. Ils peuvent favoriser des comportements de collusion. En échangeant des données portant sur le marché, les entreprises améliorent la transparence et la compréhension des modalités d'alignement de leurs comportements, ce qui peut conduire à une collusion sur le marché ou au renforcement d'une collusion existante.

Les échanges d'informations peuvent aussi conduire à un verrouillage anticoncurrentiel du marché. Par exemple, lorsque l'information échangée est stratégique, les concurrents qui n'y ont pas accès sont placés dans une situation désavantageuse. Ce risque peut être illustré par l'affaire des tracteurs anglais dans laquelle la CJCE a considéré que l'entrée sur le marché d'un concurrent ne participant pas à un échange d'informations entre les entreprises présentes sur le marché pouvait être rendue plus difficile en raison précisément de sa non-participation à l'échange. Cependant, une approche par les effets est préférable à une approche condamnant *per se* ces pratiques. Ainsi la théorie économique est-elle très réservée à l'idée de considérer un

¹ M. Glais et P. Laurent, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p.103

² W. Carlton et J.M. Perloff, *Économie industrielle*, traduction de la 2^{ème} édition américaine, De Boeck, 2008, p. 898.

³ J.Michel, *les échanges d'information entre concurrents*, thèse Univ. Toulouse I, nov.2015, n°196.

échange d'informations comme restrictif de concurrence par objet¹. Elle relève qu'en pratique, d'un cas à l'autre, la nature des informations échangées peut varier beaucoup selon ces différentes dimensions, ce qui rend toute classification hasardeuse et est très mesurée sur une qualification d'infraction par objet concernant un échange d'information, en l'absence de certitude établie sur son degré de nocivité, dans la logique énoncée dans l'arrêt Cartes bancaires².

En conséquence, un certain nombre d'économistes considèrent que lorsqu'il n'existe pas d'entente adossée à l'échange, ces échanges ne devraient faire l'objet d'une interdiction que dans la mesure où ils causent un dommage à l'économie³.

Gains d'efficacité économique des échanges d'information

Les économistes soulignent les aspects pro-concurrentiels des échanges d'information. Ces échanges peuvent :

- Améliorer l'efficacité interne des entreprises en leur permettant de comparer leurs résultats ou leurs coûts aux meilleures pratiques du secteur ou encore leur permettant de rediriger leur activité vers des marchés où la demande est importante (méthodes d'étalonnage sur le marché dit encore benchmarking)
- Ajuster et orienter la production vers les marchés à forte demande/ faibles coûts en fonction des informations communiquées, permettre un déstockage efficace des produits périssables, éviter les surcapacités (investissements simultanés).
- Faciliter l'entrée sur un marché grâce à une meilleure connaissance du marché.
- Pallier les défaillances de marché liées à des asymétries d'informations (ex : marché de l'assurance : ces échanges d'information permettent de connaître les risques)
- Améliorer l'information des consommateurs si ces informations leur sont communiquées.

Aspects positifs pour les consommateurs

Certains auteurs considèrent même que les échanges entre oligopoleurs peuvent être favorables aux consommateurs⁴. Un échange d'information ne devrait être appréhendé que si son impact négatif sur le bien-être des utilisateurs est démontré.

Un économiste a ainsi énoncé que sur certains marchés instables et peu propices à la collusion en raison du grand nombre de concurrents, la communication de certaines informations futures peut permettre une stabilisation pro-concurrentielle du marché. L'objectif des règles de

¹ en ce sens, D. Sevy, Nouvelles pratiques d'échanges d'informations : l'apport de l'analyse économique, Concurrences, 4 oct.2016 : « On ne peut donc qu'être mesuré sur une qualification d'infraction par objet concernant un échange d'information, en l'absence de certitude établie sur son degré de nocivité ».

² CJUE 11 sept. 2014, aff. C-67/13 P

³ Pour une analyse plus détaillée, voir F. Venayre (2005), «Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations», Revue Lamy de la Concurrence 2005, Vol. 2, pp.122-125.

⁴ F. Levêque, Echanges d'informations : faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ? La jurisprudence John Deere vue par un économiste, Concurrences 2006-3, p. 33.

concurrence devrait être le surplus du consommateur et non le maximum d'incertitude stratégique¹.

On soulignera que la Cour de justice (CJCE) a eu l'occasion de retenir les gains d'efficience en admettant que, dans le domaine de l'assurance et du crédit, des échanges d'informations sur les consommateurs permet de prévenir les situations de surendettement pour les consommateurs de crédit et d'entraîner une disponibilité plus grande du crédit². Pareillement, les lignes directrices sur les accords horizontaux admettent au point 98 que les échanges d'information permettent par exemple aux entreprises de mettre en avant la qualité d'un produit (par exemple, les meilleures ventes d'un livre ou d'un CD) afin d'aider les consommateurs à faire un choix.

2.3.2 Réponses du droit : publications

La question de l'analyse concurrentielle des échanges d'informations a fait l'objet de plusieurs publications par les autorités de la concurrence.

Lignes directrices de la Commission sur les accords horizontaux (par. 55 à 110)³

Les échanges, entre concurrents, de données individualisées concernant les futurs prix ou quantités envisagés sont analysés comme constituant une restriction de la concurrence par objet (pt.74 des lignes directrices).

Les lignes directrices adoptent une approche sous forme de « checklist » qui déterminent dans quelle mesure un échange d'information peut faciliter la coordination entre entreprises et peut donc être considéré comme ayant des effets anticoncurrentiels. Ces conditions tiennent en :

- Analyse de la structure du marché (s'il facilite ou non la collusion). L'effet anticoncurrentiel sera plus facilement caractérisé, par exemple, sur des marchés « transparents », « concentrés », où « les conditions de l'offre et de la demande sont relativement stables ». Ainsi, les effets anticoncurrentiels seront moins probables sur un marché peu concentré que sur un marché concentré.
- Caractéristiques des échanges d'information
- Teneur des informations : elles doivent être stratégiques. Sont considérées comme stratégiques les informations portant sur « les prix », « les listes de clients, les coûts de production, les quantités, le chiffre d'affaires » ou encore « les investissements, les technologies et les programmes de R&D et les résultats de ceux-ci ».
- Ancienneté de l'information et de son échange
- Fréquence des échanges
- Caractère public ou non de l'information échangée

¹ D. Spector, Echanges d'informations : quelle grille d'analyse ? Concurrences 1er juin 2018

² CJCE, 23 nov. 2006, aff. C-238/05, Asnef– Equifax, Contrats, conc. consom. 2006, comm.15.

³ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, JO C 11 du 14.01.2011, p. 1 ; pour une étude approfondie, v. notamment, V.Lorieul, P.Wilhem, Etude du nouveau paquet restrictions horizontales, Contrats conc. consom. mars 2013 étude 4.

- Caractère individualisé ou non des données.

Pour autant, les lignes directrices de 2011 établissent une distinction entre les échanges d'informations sur des données individuelles, stratégiques et futures, qui sont une restriction de concurrence par objet (pt 74 des lignes directrices) et les échanges d'informations sur d'autres types de données nécessitant une analyse casuistique selon la grille d'analyse présentée en introduction de la partie III, car ils peuvent constituer des restrictions par effets.

La Commission reconnaît les éventuels gains d'efficacité attachés aux échanges d'informations (pts 95 à 104). En outre, elle précise qu'une restriction de concurrence est plus probable dans le cas d'un marché oligopolistique de biens homogènes.

[Autorité de la concurrence, rapport pour l'année 2009, étude thématique sur les échanges d'information](#)

Pour évaluer l'impact d'un échange d'informations, l'Autorité de la concurrence (comme la Commission européenne) adopte une approche « graduée », différenciant les échanges d'informations anticoncurrentiels par objet de ceux nécessitant un examen plus détaillé de leurs effets pour être qualifiés. La communication de données futures est ainsi particulièrement susceptible d'être jugée restrictive de concurrence par objet, surtout si ces données ne sont transmises qu'aux concurrents.

[Réponses de la pratique décisionnelle de la Commission européenne et de la jurisprudence européenne](#)

La jurisprudence a élaboré une grille d'analyse spécifique aux échanges d'informations autonomes. Dans l'affaire *Suiker Unie*¹, la Cour de justice (CJCE) décide qu'un simple échange d'informations sur les prix est constitutif d'une infraction autonome. Auparavant, les échanges d'informations avaient toujours été sanctionnés par le biais de l'entente dont ils étaient le support alors qu'ici ils sont à eux seuls considérés comme une pratique concertée indépendante de toute autre infraction. Dans cette espèce, les principaux producteurs de sucre européens se sont rendus coupables de multiples infractions au droit de la concurrence et ont, notamment, échangé des informations sur les prix par le biais de différentes associations professionnelles.

Puis dans le fameux arrêt *John Deere*² (affaire des tracteurs anglais), la Cour de justice a développé une grille d'analyse en retenant trois critères : 1) situation oligopolistique et fermée

¹ CJCE, 16 déc.1975, Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA et autres, Aff. jtes C-40 à 48/73, 50/73, 54 à 56/73, 111/73, 113 et 114/73

² TPICE, 27 oct. 1994, aff. T-35/92, *John Deere*, pt 51 : « la généralisation, entre les principaux offreurs et [...] au seul profit de ceux-ci et, par suite, à l'exclusion des autres offreurs et des consommateurs, d'un échange d'informations précises et selon une périodicité rapprochée, concernant l'identification des véhicules immatriculés et le lieu de leur immatriculation, est de nature, sur un marché oligopolistique fortement concentré, tel le marché en cause, et où, par suite, la concurrence est déjà fortement atténuée et l'échange d'informations facilité, à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques »- approuvé par la Cour de Justice (CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95.

du marché, 2) périodicité des échanges d'informations stratégiques et confidentielles, et 3) réduction de l'autonomie décisionnelle des concurrents résultant la diminution de l'incertitude quant au comportement des autres opérateurs.

La Cour admet donc le principe selon lequel les échanges d'informations (très précises) sont plus susceptibles d'aboutir à une coordination sur les marchés de type oligopolistique¹. Si les informations portent sur des prix futurs, la Cour de justice a admis, dans l'affaire dite des bananes, que des échanges d'informations sur des données individuelles, stratégiques et futures, sont une restriction de concurrence par objet dès lors qu'un tel échange réduit l'incertitude stratégique – et donc la concurrence². L'analyse est structuraliste puisqu'il est affirmé que « l'article 81 CE vise (...) à protéger non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle. Dès lors, la constatation de l'existence de l'objet anticoncurrentiel d'une pratique concertée ne saurait être subordonnée à celle d'un lien direct de celle-ci avec les prix à la consommation »³. Dans le cas où l'échange porte sur des prix futurs, le degré de concentration n'est pas pertinent.

2.3.3 Réponses du droit : analyses retenues par la cour d'appel de Paris

On a vu que la structure des marchés (oligopolistiques ou marchés ouverts) et les situations dans lesquelles un échange a lieu (lors d'un appel d'offres, ou afin de coordonner une politique commune ou encore afin de contourner les effets d'une réglementation, etc.) sont de multiples facteurs de différenciation qui rendent difficiles une systématisation de la jurisprudence.

Cependant, à l'instar des lignes directrices, il est habituel en doctrine de distinguer les échanges d'informations portant sur des *données futures* – ils seraient alors anticoncurrentiels par objet – des échanges portant sur des *données passées*⁴ – pour ces données, il faudrait alors distinguer les échanges d'informations, accessoires d'une entente (ils sont traités avec l'entente) des échanges autonomes qui sont alors appréhendés par les effets, en appliquant les critères retenus par l'arrêt J. Deere (tenir compte des conditions économiques qui prévalent sur le marché, notamment transparence, degré de concentration, symétrie de la situation des entreprises et caractéristiques des informations échangées (agrégées ou individualisées, ancienneté ou fréquence des échanges)).

Nous retiendrons un autre angle d'approche car, lorsque des informations futures sont échangées, elles le sont avec des informations passées (ex. : affaire des papiers peints, v. *supra*.)

Comme nous l'avons vu, il existe différents scénarios :

¹ La définition de l'oligopole retenue par la Commission est contestée en doctrine car jugée simpliste et correspondant au seul caractère non atomisé du marché, Voir notamment P. Wihlem et F. Vever, Échanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence, Contrats concurrence consommation, n° 5, mai 2006, étude 6

² CJUE 19 mars 2015, Dole Food Company Inc. et Dole Fresh Fruit Europe, aff. C-286/13, pt. 121 et 127.

³ pt 125 de l'arrêt.

⁴ E. Combe, Economie et politique de la concurrence, Dalloz, 2ème éd., n° 91 ; M. Béhar-Touchais, Vice et vertus de la transparence, Lamy droit conc., oct./déc. 2007, n° 13, p. 164 et s.

- Lorsque l'échange est le support d'une entente ouvertement anticoncurrentielle, à l'occasion ou non d'un appel d'offres, l'échange d'informations est alors traité avec l'entente (v. plus haut, 2.1.1). La prohibition des ententes s'applique alors, indépendamment de la nature des informations échangées (qui peuvent être assez anciennes, ou récentes ou futures, précises et individualisées ou non)¹. Ainsi, dans l'affaire du cartel des farines, les échanges d'informations entre les cartellistes n'ont pas suscité une attention particulière de l'autorité de la concurrence – car cet échange s'inscrivait dans une entente destinée à se partager le marché² (v. plus haut, 2.1.3). De même, tout échange lié à un appel d'offres car il s'inscrit dans une entente visant à fausser le jeu de la concurrence. Ce type d'échanges d'information a été exclu du champ de notre étude (voir *supra*).
- L'échange ne se rattache pas à une action commune sur un marché. Il est alors considéré de façon autonome (a)
- L'échange d'informations est lié à une pratique concertée (b)

a) Échange d'informations autonome

Trois affaires sont relatives à cette situation. La question est de savoir si ces échanges d'information ont entraîné une collusion tacite. Plus précisément, il s'agit de savoir si le parallélisme est conscient et résulte des échanges d'informations.

Affaire de la distribution des carburants sur autoroute³

Les stations-service, par échanges téléphoniques quasi-quotidiens, communiquaient sur les prix. Le marché était restreint (Total Fina Elf France, Pétroles Shell, Esso Saf, BP France). Le Conseil a sanctionné les échanges d'information en relevant un « accord de volonté entre [les entreprises] pour accroître artificiellement la transparence des prix sur un marché oligopolistique » (sur la nature des informations échangées, v. plus haut).

La décision a été annulée par la cour d'appel qui relève l'absence d'effet sur les prix de ces échanges et la tendance naturelle à l'alignement des prix sur ce marché. L'échange d'informations n'a pas modifié l'autonomie commerciale des entreprises. Le système a seulement favorisé une mise en œuvre plus rapide des stratégies commerciales individuelles. Cette solution peut être critiquée. Elle procède néanmoins d'une analyse des effets des échanges d'information tarifaire sur le marché.

Affaire des palaces parisiens

Pour condamner les échanges d'information sur des données stratégiques passées (taux d'occupation, le prix moyen par chambre louée et le revenu moyen par chambre disponible), la

¹ L. Vogel, *Droit européen des affaires*, Dalloz, 2^{ème} éd., n° 604.

² CA Paris 20 nov. 2014, n° 2012/06826 sur recours de déc. 12-D-09, 13 mars 2012

³ CA Paris 9 déc.2003 (1^{re} chambre, section H)

cour d'appel de Paris¹ approuve le Conseil de la concurrence qui, compte tenu de la nature oligopolistique du marché, a considéré que ces pratiques avaient altéré le jeu normal de la concurrence, en favorisant un équilibre collusif. Pour condamner les échanges d'information, la cour d'appel souligne le « faible nombre de ses acteurs », la transparence du marché et le caractère sensible des données échangées². On retrouve la grille d'analyse adoptée quelques années plus tard par la jurisprudence européenne dans l'affaire des tracteurs anglais (J. Deere³) et les lignes directrices de 2011⁴. En conséquence, la cour présume que cet échange est alors de nature à connaître les positions et les stratégies de chacun, et donc de favoriser un équilibre collusif. L'analyse est donc très différente de celle retenue dans l'affaire de la distribution des carburants sur autoroute ayant adopté une analyse des effets des échanges d'information sur le marché.

Affaire de la téléphonie mobile

La cour d'appel⁵ rejette le recours formé contre la décision du Conseil de la concurrence, tout en adoptant une analyse moins économique et plus structurelle que le Conseil. On rappelle que dans cette affaire, deux échanges ont été stigmatisés, l'un autonome, ayant fait l'objet d'une sanction autonome, et un autre associé à une entente de répartition de marché consistant en un gel des marchés (voir plus haut). À propos de l'échange d'informations autonome, la cour d'appel affirme qu'« un tel échange anticipé de données précises et détaillées relatives aux volumes de ventes brutes, de résiliations et de ventes nettes révélait aux trois opérateurs la position de chacun d'entre eux sur le marché oligopolistique en cause et leur permettait ainsi de connaître leurs stratégies réciproques et d'évaluer les effets des politiques commerciales de leurs concurrents (notamment le volume de clients nouveaux et conservés) ; Qu'en contribuant dès lors à réduire de manière significative l'incertitude quant au comportement de chacun sur le marché pertinent pendant la période 1997-2003, les trois opérateurs ont nettement restreint leur autonomie décisionnelle et ainsi contrevenu aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce ».

L'attendu de principe est très proche de celui retenu dans l'affaire des palaces. On y retrouve la grille d'analyse de l'arrêt J. Deere fondée sur la structure oligopolistique, le caractère précis et détaillé des informations confidentielles. Sous ces conditions, la cour présume alors que cet échange est alors de nature à réduire l'incertitude quant aux comportements de chacun sur le

¹ CA Paris 26 sept. 2006, n° 2005/2428.

² « Considérant que si la transparence entre les acteurs économiques n'est pas susceptible, sur un marché concurrentiel, de restreindre l'autonomie de décision et par suite la concurrence entre les offreurs au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce compte tenu du caractère atomisé de l'offre et de l'incertitude subsistant pour chacun des opérateurs économiques quant au caractère prévisible du comportement de ses concurrents, il en va autrement sur un marché oligopolistique fortement concentré où l'échange régulier entre les acteurs assurant la majeure partie voire la totalité de l'offre, selon une périodicité rapprochée et systématique, d'informations nominatives, précises et non publiques sur le marché est de nature à altérer sensiblement la concurrence ».

³ CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95

⁴ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale.

⁵ CA Paris 12 déc. 2006, n° 2006/00048

marché (affaire téléphonie mobile). La Cour présume ainsi un équilibre collusif- comme dans l'affaire des palaces.

Une analyse économique faible par la cour d'appel

Les solutions retenues dans les affaires des palaces parisiens et de la téléphonie mobile ont été critiquées car elles condamnent les échanges d'informations en raison de la seule structure du marché oligopolistique. La perte d'autonomie des opérateurs présents sur le marché est présumée (en se fondant sur la grille d'analyse et notamment la structure oligopolistique du marché). Pour des auteurs, les décisions auraient fait de l'échange d'informations sur un marché oligopolistique une infraction *per se*, en se prononçant abstraitement et non concrètement¹.

Par ailleurs, à propos de l'affaire de la téléphonie mobile, il a été souligné par Nicolas Petit² que la cour d'appel a adopté *un raisonnement moins économiste que celui adopté par le Conseil de la concurrence. L'approfondissement de l'analyse des effets adopté par le Conseil de la concurrence n'a pas été suivi par la cour d'appel de Paris*. Pour cet auteur, « le Conseil avait développé une analyse économique relativement robuste. Il était allé plus loin que la jurisprudence communautaire John Deere, qui prévoit un standard d'appréciation formaliste (ou *per se*) : la simple conclusion d'un accord d'échange d'informations récentes et précises, « est de nature, sur un marché oligopolistique fortement concentré à altérer sensiblement la concurrence ». Faisant partiellement sienne l'analyse stratégique de la collusion tacite³, issue du contrôle des concentrations, le Conseil ne s'était pas contenté d'examiner une checklist de paramètres de marché, mais avait cherché à étayer la justesse de son diagnostic en vérifiant l'existence de mécanismes de représailles⁴. Le Conseil avait ajouté aux critères de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) John Deere en énonçant au point 164 que les « autres critères, moins structurels, comme l'évolution de la demande, l'intensité de la concurrence et la possibilité de représailles entre opérateurs » ne sont pas « nécessaires à la démonstration juridique, [mais] peuvent être utiles pour mesurer les effets ». De plus, le Conseil s'était appuyé sur des données économiques empiriques pour prouver que les informations échangées avaient facilité l'ajustement des politiques commerciales des opérateurs.

Or la cour d'appel a promu un standard d'évaluation des accords d'échange d'informations relativement structuraliste en reprenant la grille d'analyse de l'arrêt J. Deere.

¹ M.A. Afchain, Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents, JCP E, 2007, n° 1278 ; Kenneth Khoo, Regulating the Inferential Process in Alleged Art 101 TFEU Infringements, July 12, 2016, Journal of Competition Law & Economics, Volume 13, Issue 1, 1 March 2017, Pages 45–88. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2808824>; v. commentaire par Florence LE ROUX et Ana NICOLESCU in Lamy dt conc evue du 01/07/2017

² N. Petit, L'actualité du droit des ententes, Petites affiches - n°133 - page 5, 03/07/2008

³ N. Petit, Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence, Bruylant-LGDJ, 2007.

⁴ déc. no 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, préc. (§ 187). Divers outils pouvaient être utilisés à cette fin, comme les subventions à l'achat du terminal ou des actions sur le prix des coffrets. Après avoir rappelé, qu'il n'était ni tenu à la preuve *in concreto* d'un mécanisme de représailles (§ 180), ni la démonstration d'un alignement des prix (§ 18), comme le lui avait suggéré judicieusement une partie (§ 163).

On soulignera que l'analyse structuraliste retenue par la cour d'appel n'a pas été suivie par la Cour de cassation, puisque la haute Cour a reproché à la cour de ne pas avoir poussé suffisamment loin son analyse du marché en ne procédant pas à un examen des effets des accords d'échange d'informations en oligopole. Des auteurs se sont félicités de la décision de la Cour de la cassation qui procède d'une « réappropriation de l'économie par le droit »¹. Sur renvoi de Cour cassation, la cour d'appel de renvoi a satisfait à l'exigence posée par la haute juridiction consistant à montrer en quoi l'échange « avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, [...] de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné »². La cassation et la réponse de la cour d'appel de renvoi dans l'affaire de la téléphonie mobile permettent d'affirmer que de simples échanges d'informations entre concurrents, même stratégiques, mêmes individualisées, même ayant eu lieu sur un marché oligopolistique fortement concentré, ne suffit pas. On ne peut donc simplement déduire le caractère anticoncurrentiel de l'échange d'une simple analyse structurelle du marché et de la nature des informations échangées. Il faut encore démontrer que ces informations ont été effectivement utilisées ou ont été de nature à infléchir la politique commerciale des protagonistes³.

b) Échanges d'information liés à une pratique concertée

Échanges d'information et pratique concertée. Lorsque les échanges ont lieu à l'occasion de réunions, la situation relève de la notion de pratique concertée.

En l'absence de définition dans les traités et dans le Code de commerce, la notion de pratique concertée a été explicitée par la jurisprudence de la CJUE dans toute une série d'arrêts : ICI et Matières colorantes⁴, Suiker Unie⁵, Anic Partecipazioni⁶ et Ciment⁷. La pratique concertée y est définie comme « une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence »⁸, cette coopération aboutissant à des

¹ M. Bazex et S. Blazy, *Contrats Concurrence Consommation* n° 8-9, Août 2007, comm. 209 : Ces auteurs reprochent au Conseil de la concurrence d'avoir qualifié d'entente les échanges d'informations d'opérateurs sur le marché oligopolistique de la téléphonie mobile, en faisant passer au premier plan le dysfonctionnement du marché et en en inférant l'existence d'une concertation, et se félicitent d'« la décision de la Cour de la cassation qui procède à ce que Louis Vogel appelle la « réappropriation de l'économie par le droit » .

² *CA Paris 11 mars 2009, RTDCom. 2010. 75, obs. E. Claudel qui considère que la Cour d'Appel de Paris satisfait à la demande de la Cour de cassation en reprenant méthodiquement la grille d'analyse des autorités de concurrence pour qualifier d'entente illicite l'échange d'informations entre concurrents- arrêt approuvé par Cur cassation Com. 7 avr. 2010, pn° 09-12.934 : cour d'appel a bien « vérifié que les informations échangées, en dépit de leurs imperfections, avaient été effectivement utilisées par les opérateurs pour ajuster leur stratégie » (c'est nous qui soulignons).*

³ en ce sens, E.Claudel, *RTDCom. 2010. 75*

⁴ CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI et CJCE, 14 juillet 1972, aff. 54/69, Matières colorantes

⁵ CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie

⁶ CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazion

⁷ TPICE, 15 mars 2000, aff. T-25/95 et s., Cimenteries

⁸ CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI, point 64

conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché. Ne sont pas visés les décisions ou les accords, mais plutôt les situations informelles qui découlent de collusions invisibles.

La participation à la concertation suppose que soit établi que l'entreprise a eu connaissance de la finalité poursuivie. Les juges exigent que soit établie la preuve que « l'entreprise a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs¹.

La jurisprudence exige l'existence d'une « coopération pratique » entre les entreprises, coopération qui « suppose l'existence de contacts caractérisés par la réciprocité. Cette condition est satisfaite lorsque la divulgation, par un concurrent à un autre, de ses intentions ou de son comportement futur sur le marché a été sollicitée ou, à tout le moins acceptée par le second »². Cette condition de réciprocité est considérée comme remplie dès lors qu'une entreprise ne s'oppose pas au comportement anticoncurrentiel de l'autre³.

Une jurisprudence constante énonce ainsi que la préservation de la concurrence sur un marché donné s'oppose donc « à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs de nature soit à influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit à dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché, lorsque ces contacts ont pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume du marché »⁴.

Pratique concertée, échanges d'informations et réunion

Dans l'hypothèse d'une participation à une réunion ou des réunions informelles, de nature le plus souvent occultes ou secrètes, dont l'objet est anticoncurrentiel, l'échange d'informations auquel se livrent les participants est présumé être le support d'une pratique anticoncurrentielle, le moyen d'une entente de prix, de répartition de marché ou toute autre entente restrictive de concurrence par objet.

La participation de concurrents à une réunion occulte dont l'objet est anticoncurrentiel suffit à faire présumer que ceux-ci tiendront compte des informations échangées.

Il faut cependant prouver que les données échangées sont stratégiques, non publiques et suffisamment précises car elles doivent être de nature à réduire l'incertitude en permettant aux

¹ CJCE, 8 juill. 1999, aff. C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA, § 87

² TPICE, 15 mars 2000, aff. T-25/95 et s., Cimenteries, point 1849

³ Des transmissions d'informations unilatérales peuvent donc être qualifiées de pratiques concertées.

⁴ CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 174 ; CJCE, 14 juillet 1981, aff. 172/80, Züchner, point 14 ; CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere, point 87.

entreprises de connaître les stratégies des entreprises et ne permettant pas de fixer de façon autonome sa politique commerciale (voir plus haut).

Il importe peu que la ou les entreprises n'aient pas tenu compte des informations divulguées. L'échange auquel se livrent les participants est alors présumé être le support d'une pratique anticoncurrentielle sur les prix ou sur une répartition des marchés ou toute autre entente anticoncurrentielle (ex. : entente de quota). Si l'entreprise est restée active sur le marché, il y a présomption réfragable d'un lien de causalité entre la pratique et son comportement sur le marché.

C'est à l'entreprise de fournir la preuve du contraire : elle peut notamment prouver qu'elle s'est distancée publiquement de la concertation, ou a indiqué aux autres participants qu'elle participait aux échanges dans un esprit différent de celui de ses concurrents.

Jurisprudence de la cour d'appel de Paris

De nombreuses décisions visent cette hypothèse. Les arrêts appliquent tous la même solution. Une jurisprudence constante et nombreuse affirme que, dans l'hypothèse d'une participation à une réunion dont l'objet est anticoncurrentiel, l'échange auquel se livrent les participants est présumé être le support d'une pratique anticoncurrentielle. L'échange d'information est alors restrictif de concurrence par objet. Il n'est pas nécessaire de prouver les effets des échanges d'information sur le marché.

Il est présumé que les échanges d'informations individualisées, privées, qui permettent l'anticipation des actions futures et qui présentent un caractère stratégique, facilitent une telle coordination.

Dans l'affaire des produits sidérurgiques, les entreprises de ce secteur avaient participé à un nombre très important et régulier de réunions et avaient échangé des informations stratégiques sur des données futures (barèmes de prix, le classement des clients en fonction de leur potentiel, taux de remise maximum, etc.) dans le but de se mettre d'accord sur les conditions commerciales accordées aux clients et de se répartir les clients et les marchés. En outre, les entreprises s'étaient entendues sur des offres de couverture pour simuler l'existence d'une compétition lors d'un appel d'offres. On précise que seules les entreprises Maisonneuve, Morel, Clisson Métal, Liametho, CODIP et Ferren Fers ont contesté les griefs. La motivation de la cour d'appel est très développée mais classique. Elle reprend la jurisprudence européenne sur la question de la participation à des réunions secrètes dont l'objet est anticoncurrentiel. La cour d'appel¹ « reprend à son compte » les explications données par la décision (page 23), et considère « que l'accord de volonté d'une entreprise partie à l'entente est démontré par sa participation à au moins une réunion ayant un objet anticoncurrentiel, sans qu'il soit nécessaire de constater la mise en œuvre effective des décisions prises ni de démontrer les effets concrets

¹ CA Paris 19 janv. 2010, n° 2009/00334

de cette entente ». En bref, l'arrêt présume qu'un échange d'informations au cours de réunion dont l'objet est anticoncurrentiel est restrictif de concurrence.

Pareillement, dans l'affaire du travail temporaire¹, les entreprises en cause, afin d'atténuer significativement la concurrence entre elles, au cours de réunions, échangeaient des informations sur des données futures (par exemple sur les coefficients de facturation appliqués aux salaires des intérimaires, sur les remises de fin d'année ou encore sur le niveau des rétrocessions aux entreprises utilisatrices des allègements de charges décidés à l'époque (allègements Fillon) – voire discutaient du montant de leurs offres. Le but de la concertation était de faire en sorte que la compétition par les prix joue le moins possible entre elles. Seule une entreprise, la société Manpower, a décidé de contester les griefs. À son égard, la cour d'appel de Paris² énonce page 13 « qu'il importe peu que toutes les concertations et coordinations attestées par les pièces étudiées dans la décision déférée n'aient pas de rapport direct avec les prix ou avec leur formation, dès lors que l'exigence d'autonomie des opérateurs économiques s'oppose à toute prise de contact directe ou indirecte (...) ayant, objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à , ou que l'on envisage de tenir soi-même sur le marché ». La Cour conclut qu' « ayant démontré l'existence de pratiques ayant un objet anticoncurrentiel, le Conseil n'était pas tenu, au regard des dispositions de l'article L.420-1 et de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE, de caractériser par surcroît les effets des pratiques anticoncurrentielles en cause ».

Ou encore, dans l'affaire des produits hygiène corporelle³, au cours de réunions, les entreprises échangeaient fréquemment des informations précises, individualisées et stratégiques couvrant les principaux paramètres de fixation du futur prix triple net, des grandes marques nationales, aux plus hauts niveaux des directions commerciales. Seules les sociétés Hillshire Brands Company, société mère de Sara Lee Household & Body Care France à l'époque des pratiques poursuivies, SC Johnson SAS et SC Johnson & Son, Inc., Bolton Solitaire SAS et Bolton Manitoba S.p.A. ont choisi de contester les griefs. À leur égard, la cour d'appel a relevé la fréquence, la nature des informations (stratégiques) échangées et rappelle, s'agissant des échanges d'information l'exigence d'autonomie des opérateurs, qui s'oppose à toute prise de contact direct ou indirect entre eux (pt 42 de l'arrêt) pour sanctionner de tels échanges ayant eu lieu au cours de réunions informelles en retenant la qualification de restriction de concurrence par objet (pts 39 à 55).

Dans l'affaire des produits laitiers⁴, deux griefs étaient reprochés aux entreprises de ce secteur. Il a été reproché aux entreprises du secteur une entente sur les prix futurs et les volumes de production et des échanges dans le cadre d'appel d'offres (grief n°2 n'appelant pas de commentaire particulier car il s'agit d'une entente anticoncurrentielle par objet). Étaient aussi reprochés des échanges d'informations au cours de réunions dont le but était notamment de

¹ CA Paris 26 janv. 2010, n° 2009/03532

² CA Paris 26 janv. 2010, n° 2009/03532

³ CA Paris 27 oct. 2016, n°2015/01673

⁴ CA Paris 23 mai 2017, n° 2015/08224

fixer en commun des taux de hausses de prix futurs, de fixer des volumes détenus par les sociétés concurrentes (grief n°2). Comme le Conseil le relève au point 169, « ces échanges ont eu lieu, soit au cours de réunions secrètes et informelles tenues de manière régulière, soit à l’occasion de contacts téléphoniques très fréquents. Ces échanges ont également eu lieu à l’occasion ou au cours d’appels d’offres et de consultations tarifaires émises par les clients distributeurs des entreprises destinataires des griefs ». Un certain nombre de sociétés n’ont pas contesté les griefs. À l’égard d’une des entreprises ayant contesté les griefs, la société LSM, l’Autorité de concurrence a considéré que sa participation au grief d’entente (grief n°2) n’était pas établie. À son égard, l’Autorité de la concurrence reprend le test probatoire classique en rappelant au point 203 de sa décision qu’une entreprise doit s’abstenir rigoureusement de participer à des prises de contact, directes ou indirectes, avec ses concurrents en vue d’échanger sur leurs politiques commerciales et notamment sur le prix des biens ou des services qu’elles offrent sur le marché. Ce type de réunion n’appelle qu’une réponse de la part des entreprises : refuser d’y participer ou, si la bonne foi du participant est surprise, se distancier sans délai et publiquement du mécanisme anticoncurrentiel dont la réunion est le support. La participation à une seule de ces réunions, même si elle est passive, suffit en effet à conforter le mécanisme de l’entente ».

La cour d’appel approuve l’analyse du Conseil en reprenant exactement le même argumentaire que celui, au point 67 de son arrêt : « selon le standard de preuve de participation à une entente horizontale, la présence d’une entreprise à une réunion anticoncurrentielle suffit à établir sa participation à une pratique concertée quand bien même aurait-elle adopté une attitude passive au cours de cette réunion ou n’aurait pas utilisé les informations parvenues à sa connaissance » et reprend à son compte le point 203 de la décision du Conseil.

Ainsi, comme dans les affaires des produits sidérurgiques, travail temporaire et produits d’hygiène corporelle, la cour d’appel affirme donc que, dans l’hypothèse d’une participation à une réunion dont l’objet est anticoncurrentiel, l’échange auquel se livrent les participants est présumé être le support d’une pratique anticoncurrentielle. L’analyse n’est guère économique. Pareillement, dans l’affaire de la messagerie¹, la cour d’appel de Paris confirme dans les grandes lignes la décision n°15-D-19 de l’Autorité de la concurrence qui avait sanctionné les principaux opérateurs du secteur de la messagerie pour des échanges d’informations commerciales, intervenus dans le cadre de leur syndicat professionnel, portant sur les hausses de tarifs que les entreprises projetaient d’appliquer à leurs clients, avant le début des négociations tarifaires menées avec eux, et au cours de campagne tarifaire, avec un suivi des informations échangées précédemment et un rappel à l’ordre d’une entreprise déviante, afin qu’elle respecte le taux d’augmentation qu’elle avait annoncé, lors de la réunion précédente (grief n° 2) ainsi que pour une concertation sur le prix (grief n° 2). À l’égard de l’échange d’informations dans le cadre de réunions ayant pour objectif de s’entendre sur les hausses de prix, la cour affirme page 91 au point 585 que « Si, (...) il ne peut, en théorie économique, être affirmé qu’un échange d’informations portant sur un comportement futur est systématiquement anticoncurrentiel, il

¹ CA Paris 19 juill. 2018, n° 16/01270 sur recours de déc. 15-D-19 du 15 décembre 2015. Dans cette affaire, un certain nombre d’entreprises ont décidé de contester les griefs.

n'en demeure pas moins que, si ce comportement futur est l'application d'une hausse de prix à un taux sur le montant duquel les parties échangent au préalable et peuvent s'aligner entre elles, la pratique comporte un degré de nocivité particulier pour le jeu de la concurrence ». La cour d'appel mobilise, à l'appui de son analyse, la jurisprudence européenne¹ (Trib. UE, 16 juin 2015, FSLe.a./Commission, T-655/11), points 456 à 458). Le point 589 de l'arrêt souligne l'importance des réunions au cours desquelles les échanges ont eu lieu : « Si, à la suite des réunions annuelles initiales, les participantes à la concertation ont échangé des informations passées et en partie publiques sur les hausses finalement retenues et acceptées par certains clients, ces informations provenant des entreprises elles-mêmes leur permettaient de s'assurer de la fiabilité de celles précédemment échangées et leur évitaient d'avoir à réaliser un travail de veille concurrentielle complexe, fastidieux et incertain. Les échanges constatés ont ainsi accru la transparence du marché et diminué significativement l'incertitude qui résulte du jeu normal de la concurrence ». La cour conclut au point 604 que les pratiques de concertation sont restrictives de concurrence par objet.

La même solution est adoptée lorsque les échanges portent sur des données passées et futures. Par exemple, dans l'affaire des papiers peints, les échanges portaient sur le niveau des remises d'échantillonnage, d'amortissement et de participation au rouleau coupé passées, mais également sur le niveau prévisible des évolutions tarifaires. Toutes les entreprises ont demandé à bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs, sauf les sociétés Graham & Brown. À leur égard, la cour d'appel retient la notion de restriction de concurrence par objet en énonçant page 11 que « l'échange d'informations en cause tombe sous le coup de la prohibition des ententes non par ses effets, mais par son objet, dès lors, comme le rappelle à juste titre l'Autorité dans ses observations, qu'il porte sur des "déterminants des prix futurs" ; il est alors de jurisprudence constante que la prohibition s'applique sans qu'il soit nécessaire de démontrer que la concurrence s'est trouvée réellement empêchée, restreinte ou faussée. Dès lors, le constat que cet échange d'informations n'a été suivi d'aucun accord de fixation des prix, ou que la société G. & B. n'a pas, après cet échange, modifié le taux de hausse des prix qu'elle envisageait à l'origine, manifestant ainsi une indépendance de comportement, n'est pas de nature à écarter l'application des articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 TFUE ».

Certes, cet attendu ne précise pas que ces échanges avaient lieu lors de réunions entre concurrents. Cependant, en l'espèce, l'enquête avait démontré les nombreuses visites (notamment au sein de l'Association des Malfaiteurs du Papier Peint).

[La cour d'appel a-t-elle une analyse plus économique que l'Autorité de la concurrence ?](#)

Il faut distinguer les deux scénarios :

a) Échange d'information autonome

¹ Trib. UE, 16 juin 2015, FSLe.a./Commission, T-655/11), points 456 à 458.

Dans l'affaire de la distribution de carburants sur autoroute, la cour d'appel a recherché les effets des échanges d'information sur le marché. L'analyse de la pratique par les effets répond à une analyse économique de ces échanges. On rappelle que la cour a reproché au Conseil de la concurrence d'avoir retenu un « accord de volonté entre [les entreprises] pour accroître artificiellement la transparence des prix sur un marché oligopolistique, sans rechercher les effets réels des échanges d'information sur le marché. Pour la cour, l'échange n'a eu aucun effet sur les prix et n'a pas modifié l'autonomie commerciale des entreprises, les conditions du marché conduisant à une tendance naturelle à l'alignement des prix sur ce marché. Le système a seulement favorisé une mise en œuvre plus rapide des stratégies commerciales individuelles.

En revanche, dans l'affaire de la téléphonie mobile, la cour d'appel a retenu une analyse économique plus faible que le Conseil de la concurrence a adopté une analyse plus économique que la cour d'appel de Paris (voir plus haut, 2-3-3 a) .

Dans l'affaire des palaces parisiens, le Conseil de la concurrence et la cour d'appel ont appliqué l'analyse relativement formaliste de la jurisprudence John Deere avec une « checklist », sans procéder à une analyse *in concreto* des effets des échanges sur le marché.

b) Échanges d'informations et pratique concertée.

Dès lors que l'échange a lieu à l'occasion de réunions informelles et secrètes ayant un objet anticoncurrentiel (fixation d'un prix, partage ou gel de marchés, etc.), l'échange auquel se livrent les participants est présumé être le support d'une pratique anticoncurrentielle. L'échange d'information est alors restrictif de concurrence par objet. Il n'est pas nécessaire de prouver les effets des échanges d'information sur le marché. L'analyse n'est guère économique. Cependant, la Cour d'appel exige que les données échangées soient stratégiques, non publiques et suffisamment précises car elles doivent être de nature à réduire l'incertitude en permettant aux entreprises de connaître les stratégies des entreprises et ne permettant pas de fixer de façon autonome sa politique commerciale.

2.4 Bibliographie sur les échanges d'information

- M. A Afchain Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents, JCP E, 2007, n° 1278
- M. Bazex et S. Blazy, Caractérisation de l'entente en cas d'échanges d'informations, Contrats Concurrence Consommation n° 8-9, Août 2007, comm. 209
- M. Béhar-Touchais, Vice et vertus de la transparence, Lamy droit conc. , oct./déc. 2007, n° 13, p.164 et s.
- W. Carlton et J.M. Perloff, Économie industrielle, traduction de la 2ème édition américaine, De Boeck, 2008, p. 898.
- E. Combe, Economie et politique de la concurrence, Dalloz, 2 ème éd., n° 91
- M. Glais et P. Laurent, Traité de d'économie et de droit de la concurrence, PUF, 1983, p.103

- C. Grynfogel, De quelques variations sur le même thème: l'échange d'informations et le droit de la concurrence, RJDA, 2008, p. 221.
- Kenneth Khoo, Regulating the Inferential Process in Alleged Art 101 TFEU Infringements, July 12, 2016, Journal of Competition Law & Economics, Volume 13, Issue 1, 1 March 2017, Pages 45–88., <https://ssrn.com/abstract=2808824>
- F. Levêque, Echanges d'informations : faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ?, La jurisprudence John Deere vue par un économiste, Concurrences 2006-3, p. 33
- V. Lorieul, P. Wilhem, Etude du nouveau paquet restrictions horizontales, Contrats conc. consom. mars 2013 étude 4.
- Irène Luc, Quand les ententes affectent les produits laitiers frais – Autorité de la concurrence 11 mars 2015 – AJCA 2015
- J. Michel, les échanges d'information entre concurrents, thèse Univ. Toulouse I, nov.2015, n°196.
- N. Petit, L'actualité du droit des ententes, Petites affiches , n°133 - page 5, 03/07/2008
- N. Petit, Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence, Bruylant-LGDJ, 2007.
- D. Sevy, Nouvelles pratiques d'échanges d'informations : l'apport de l'analyse économique, Concurrences, 4 oct. 2016
- D. Spector, Echanges d'informations : quelle grille d'analyse ? Concurrences 1er juin 2018
- F. Venayre, Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations», Revue Lamy de la Concurrence 2005, Vol. 2, pp.122-125. et Echanges d' informations ; évaluation des effets anticoncurrentiels, RLC, janv.-mars 2006, p. 20
- F. Wagner-von-Papp, Who is't that can inform me ? - The Exchange of Identifying and Non-Identifying Information (2007) 4 ECLR, p. 264).
- P. Wilhelm et F. Vever, Échanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence : Contrats, conc. consom. 2006, étude 6).

3. Les abus de position dominante non tarifaires

3.1 Remarques d'ordre général

La première décision de notre étude date de 2013 (seulement). Elles sont logiquement peu nombreuses, toutefois, cette étude de la pratique décisionnelle de l'Autorité ainsi que des cours d'appel et de cassation en matière d'abus de position dominante non-tarifaires permet d'identifier plusieurs tendances, aux premiers rangs desquelles :

- L'Autorité se contente généralement d'évoquer une corrélation entre les pratiques et des effets "potentiels", sans toutefois établir un lien de causalité entre ces derniers. On peut logiquement supposer que cela soit dû à la difficulté de quantifier les effets de pratiques non-tarifaires ;
- La pratique décisionnelle de l'Autorité, de la cour d'appel et de cassation ne diffère que peu ;
- L'arrêt le plus significatif de cette étude date du 2 septembre 2020. La Cour de cassation a effectivement rejeté l'application du test du « concurrent aussi efficace » au profit d'une analyse des effets potentiels, et ce, au motif que les pratiques mises en œuvre n'étant exclusivement tarifaires.
- On regrettera, globalement, que l'Autorité ne fasse pas usage d'outils d'analyse économique afin de quantifier les effets anticoncurrentiels des pratiques visées (bien que cela ne soit pas requis par la jurisprudence), ainsi que pour établir des tests de légalité correspondant à chaque type de pratique – ce qui permettrait d'augmenter la sécurité juridique.

3.2 Premières vues

3.2.1 Base de données

Dans un premier temps, nous avons sélectionné les décisions rendues par l'Autorité de la concurrence – depuis la publication du règlement CE n°1/2003 – en ce qui concerne les pratiques non-tarifaires relevant de l'article 102 du TFEU et/ou L. 420-2 du Code de commerce, et dont la décision en appel a déjà été rendue (au plus tard le 31 octobre 2020).¹ Les décisions traitant exclusivement de pratiques tarifaires, les avis, les mesures conservatoires et les décisions de contrôle des concentrations sont par conséquent exclus de notre analyse. Voici la liste des décisions que nous avons ainsi analysée :

¹ Méthodologie : nous avons entré la recherche suivante dans le moteur de recherche Google :
site:https://www.autoritedelaconcurrence.fr/ "article 102" "décision"

- Décision 13-D-06 du 28 février 2013
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-marche-de-la-teletransmission-de-donnees>
- Décision 13-D-11 du 14 mai 2013
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-pharmaceutique>
- Décision 13-D-20 du 17 décembre 2013
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-par-edf-dans-le-secteur-des-services-destines-la>
- Décision 14-D-06 du 08 juillet 2014
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-par-la-societe-cegedim-dans-le-secteur-des-bases-de>
- Décision 16-D-14 du 23 juin 2016
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-du-zinc-lamine-et-des-produits>
- Décision 17-D-06 du 21 mars 2017
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-de-la-fourniture-de-gaz-naturel>
- Décision 17-D-25 du 20 décembre 2017
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-des-dispositifs-transdermiques-de>

Voici, par ailleurs, la liste des arrêts rendus par la cour d'appel de Paris que nous avons étudiée :

- Arrêt du 18 décembre 2014, 2013/12370
https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/ca_plavix_13d11.pdf
- Arrêt du 26 février 2015, 2013/06663
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/ca13d06.pdf>
- Arrêt du 21 mai 2015, 2014/02694
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/ca13d20.pdf>
- Arrêt du 24 septembre 2015, 2014/17586
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/ca14d06.pdf>
- Arrêt du 21 mars 2017, 2017/07296
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/ca17d06.pdf>
- Arrêt du 17 mai 2018, 2016/16621
https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/ca_16d14_zinc.pdf
- Arrêt du 27 septembre 2018, 17/22720
https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/ca2_13d20_sept18.pdf
- Arrêt du 11 juillet 2019, 18/01945
https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/appealsd/2019-09/ca17d25_11juill19.pdf

La liste des arrêts rendus par la Cour de cassation est la suivante :

- Arrêt 18 octobre 2016, 15-10.384
https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/cass_13d11.pdf
- Arrêt du 8 février 2017, 15-15.005
https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/cass_13d06.pdf
- Arrêt du 21 juin 2017, 15-25.941
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/cass14d06.pdf>
- Arrêt du 27 septembre 2017, 15-20.087
https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/docs/cass_27sept17_13d20.pdf
- Arrêt du 2 septembre 2020, 18-18.501
<https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/202090000411476.PDF>

3.2.2 Remarques préliminaires

- Autorité de la concurrence : la plus ancienne des décisions de l’Autorité traitant d’une pratique d’abus de position dominante non-tarifaire date du 28 février 2013. La moyenne des sanctions imposées s’élève à 36,4 millions d’euros.
- Cour d’appel : sur les huit arrêts rendus par la cour d’appel de Paris, six sont des arrêts de rejet, soit 75% de ces derniers.
- Cour de cassation : sur les cinq arrêts rendus par la Cour de cassation, cinq sont des arrêts de rejet, soit 100% de ces derniers – un seul ordonne une cassation partielle.

3.3 Analyse des affaires

3.3.1 Les pratiques visées

Décision 13-D-06 du 28 février 2013 : L’Autorité de la concurrence a sanctionné l’Ordre des experts-comptables à hauteur de 77 220 € et l’association ECMA à hauteur de 1 170 000 €, pour avoir cherché à rendre leur portail de télédéclaration « jedeclare.com » incontournable pour les professionnels comptables et les organismes de gestion agréés.

Décision 13-D-11 du 14 mai 2013 : L’Autorité de la concurrence a sanctionné Sanofi-Aventis à hauteur de 40,6 millions d’euros pour avoir mis en place auprès des professionnels de la santé (médecins et pharmaciens d’officine) une stratégie de dénigrement à l’encontre des génériques de Plavix® afin de limiter leur entrée sur le marché et de favoriser ses propres produits, le princeps Plavix® ainsi que son auto-générique Clopidogrel Winthrop®.

Décision 13-D-20 du 17 décembre 2013 : L’Autorité de la concurrence a sanctionné EDF à hauteur de 13,543 millions d’euros pour avoir abusé de sa position dominante en mettant en œuvre des pratiques anticoncurrentielles sur le marché émergent des offres de services photovoltaïques aux particuliers. Pour promouvoir les services de sa filiale, EDF a effectivement entretenu une confusion dans l’esprit des consommateurs entre son activité de service public de fourniture d’électricité et son activité de services photovoltaïques

Décision 14-D-06 du 08 juillet 2014 : L’Autorité de la concurrence a sanctionné la société Cegedim à hauteur de 5,7 millions d’euros pour avoir abusivement refusé de vendre sa base de données d’informations médicales à certains laboratoires pharmaceutiques. Cegedim a effectivement refusé de vendre sa base de données OneKey – la référence du secteur – aux laboratoires recourant au logiciel commercialisé par Euris, alors qu’elle acceptait de la vendre à des laboratoires ayant recours à des logiciels concurrents. Plusieurs laboratoires, ainsi que les dirigeants de Cegedim, ont confirmé ces faits au cours de la procédure (voir paragraphes 201 et suivants de la décision). Cegedim justifiait son refus par l’existence d’un contentieux pour contrefaçon intenté contre Euris.

Décision 16-D-14 du 23 juin 2016 : L’Autorité de la concurrence a sanctionné à hauteur de 69 millions d’euros le groupe belge Umicore (la maison mère ainsi que sa filiale française), principal fournisseur de zinc laminé en France, pour avoir mis en place, entre 1999 et 2007, une politique commerciale contraignant ses distributeurs-revendeurs, parmi lesquels certaines grandes enseignes spécialisées (Point P, Asturienne, Larivière), à s’approvisionner exclusivement auprès de lui. Cette politique commerciale s’accompagnait d’un système de surveillance, de menaces et de représailles visant à discipliner les revendeurs et à s’assurer qu’ils s’approvisionneraient uniquement auprès de lui.

Décision 17-D-06 du 21 mars 2017 : L’Autorité de la concurrence a sanctionné ENGIE à hauteur de 100 millions d’euros pour avoir abusé de sa position dominante sur les marchés du gaz afin d’inciter ses clients à basculer sur ses offres de marché de gaz et d’électricité. ENGIE a notamment utilisé son fichier des clients éligibles aux tarifs réglementés de vente (TRV) du gaz naturel, qu’elle détient en sa qualité d’opérateur historique, ainsi que ses infrastructures commerciales dédiées aux TRV, pour commercialiser auprès des particuliers et des petits clients professionnels ses offres de fourniture de gaz et d’électricité à prix de marché. ENGIE a par ailleurs employé auprès des consommateurs un argument commercial trompeur selon lequel elle aurait garanti une sécurité d’approvisionnement en gaz supérieure à celle de ses concurrents pour inciter les clients à choisir ses offres.

Décision 17-D-25 du 20 décembre 2017 : L’Autorité de la concurrence a sanctionné le laboratoire Janssen-Cilag et sa maison-mère Johnson & Johnson à hauteur de 25 millions d’euros pour avoir empêché puis limité le développement des médicaments génériques de Durogesic, son médicament princeps. Deux pratiques ont été sanctionnées : (i) l’intervention répétée, et juridiquement non fondée de Janssen Cilag, auprès de l’Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS), afin de convaincre l’autorité de santé de refuser l’octroi au niveau national du statut de générique aux spécialités concurrentes de Durogesic, et

ce, en dépit de l'obtention de ce statut au niveau européen. (ii) La mise en œuvre par Janssen Cilag d'une vaste campagne de dénigrement des génériques de Durogesic, propageant auprès des professionnels de santé exerçant en ville et à l'hôpital (médecins, pharmaciens) un discours trompeur de nature à instiller un doute dans leur esprit sur l'efficacité et l'innocuité de ces génériques, notamment en déformant la portée de la mise en garde que l'AFSSAPS avait décidé de faire inscrire au répertoire des génériques.

3.3.2 Teneur de l'analyse économique

Recherche par mots-clés

Nous avons dans un **premier temps** réalisé une recherche par mots-clés au sein des décisions identifiées. Voici nos résultats.

Évaluation des positions dominantes

- « élasticité » : 3/7
- « substituabilité » : 3/7
- « SSNIP » : 1/7
- « monopoleur hypothétique » : 1/7
- « test GUPPI » : 0/7
- « pression sur les prix » : 0/7
- « pression concurrentielle » : 4/7
- « entrée sur le marché » : 6/7
- « concurrence potentielle » : 1/7
- « dynamisme concurrentiel » : 0/7

In fine, l'Autorité a principalement recours à des concepts permettant d'évaluer la concurrence de façon statique, non dynamique. Si elle étudie effectivement la pression concurrentielle et les entrées récentes – deux éléments qui indiquent le dynamisme concurrentiel – elle ne considère pas la concurrence potentielle ou future, et ce, bien que plusieurs de ses décisions traitent de marchés technologiques qui sont par nature dynamiques (*voir* description ci-dessus).

Caractérisation des pratiques

- « bien-être des consommateurs » : 1/7
- « surplus des consommateurs » : 0/7
- « dommage au consommateur » : 0/7
- « baisse des prix » : 1/7
- « amélioration du produit » / « de la qualité » : 0/7
- « allocation des ressources » : 1/7
- « test de légalité » : 0/7
- « efficacité économique » : 0/7
- « sacrifice des profits » : 0/7

- « sens économique » : 1/7
- « concurrent aussi efficace » : 2/7
- « balance des effets » : 0/7

Il en ressort que l’Autorité de la concurrence est très peu explicite sur le test de légalité qu’elle applique à chaque pratique – afin d’évaluer le caractère licite de ces dernières. Par ailleurs, elle n’étudie pas directement le dommage causé au consommateur afin de décider de leur licéité, prouvant un risque de décorrélation (en pratique) de sa pratique avec la protection de leur bien-être.

Calcul de la sanction

- « communiqué du communiqué du 16 mai 2011 » : 7/7
- « valeur des ventes » : 6/7
- « évaluation du dommage » : 0/7
- « quantification » : 0/7
- « quantifier » : 1/7
- « effets potentiels » : 4/7
- « effets avérés » : 1/7
- « impact économique » : 0/7

Là encore, le dommage causé au consommateur n’est que rarement étudié lorsqu’il s’agit de pratiques non-tarifaires d’abus de position dominante. Par ailleurs, l’Autorité fonde une majorité de ses décisions en la matière sur les « effets potentiels ». Il ne lui revient pas en effet de quantifier le dommage, mais relevons qu’établir la seule « potentialité » présente le risque d’identifier un lien de cause à effet qui n’existe pas.

Analyse par décision

Dans un **second temps**, nous avons opéré une analyse approfondie de chaque décision ainsi que des arrêts rendus par la cour d’appel et la Cour de cassation. Voici notre analyse.

Décision 13-D-06 du 28 février 2013

Dans cette décision, l’Autorité sanctionne l’Ordre des experts-comptables ainsi que l’association qu’il a créée (l’ECMA) à hauteur de 1 247 220 € pour avoir mis en place une stratégie visant à évincer du marché les portails de télédéclaration comptable et fiscale concurrents de "jedeclare.com". L’Autorité a relevé que « Les contrats en cause ont instauré, ce faisant, des clauses d’exclusivité particulièrement larges, qui tendent par leur économie à capter la demande émanant de la clientèle d’experts-comptables des éditeurs de logiciels de production comptable » (point 195). De plus, « Ces clauses d’exclusivité ont été complétées par une intégration technique qui, même si elle n’a pas rendu impossible l’utilisation de portails concurrents, a conduit la clientèle experts-comptables à choisir en priorité le portail « *jedeclare.com* » (voir paragraphes 89 et suivants), ce dernier étant référencé par défaut. » (point

196). Elle en conclut que les clauses d'exclusivité « ont eu pour objet et pour effet d'empêcher les entreprises concurrentes de l'ECMA de signer avec les éditeurs de logiciels des accords leur permettant d'accéder à la clientèle d'experts-comptables » (point 200). Elle ne le démontre pas. L'autre pratique sanctionnée est tarifaire, et de fait, en dehors du champ de notre analyse. Quant à l'évaluation des effets de la pratique, l'Autorité relève que « [s]i l'existence d'un effet potentiel suffit à caractériser celle d'un dommage à l'économie comme cela a été rappelé plus haut, il convient de constater que les pratiques ont bien eu, en l'espèce, des effets réels et non seulement potentiels » (point 256). Elle souligne pour cela que « cet effet de marginalisation des portails concurrents n'a pas été uniquement potentiel. Il ressort clairement de l'analyse des parts de marché des différents acteurs du marché que les pratiques ont effectivement permis de renforcer la position dominante de l'ECMA au détriment de ses concurrents, au-delà de la seule concurrence par les mérites » (point 261), se contentant de relever une corrélation entre les pratiques et l'augmentation des parts de marché – sans prouver de lien de causalité.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris souligne que « ces pratiques (...) *tendent* à élever les barrières à l'entrée et à empêcher les concurrents de se développer sur le marché en dépit de leurs mérites propres » (page 11). Elle considère que « l'Autorité a ainsi relevé à juste titre que si l'existence d'un effet potentiel suffit à caractériser celle d'un dommage à l'économie, les pratiques mises en œuvre par l'ECMA ont bien eu, en l'espèce, des effets réels et non seulement potentiels sur le marché en permettant au portail 'jedeclare.com' de bénéficier très largement de la croissance du marché et en marginalisant les portails concurrents » (page 14). La Cour de cassation ne revient pas sur ces différents points de discussion.

Décision 13-D-11 du 14 mai 2013

Dans cette décision, l'Autorité relève que « Sanofi-Aventis a mis en place une stratégie de dénigrement à l'encontre des génériques concurrents de Plavix® et de Clopidogrel Winthrop®, à partir d'actions de communication mises en œuvre pendant cinq mois, de début septembre 2009 à janvier 2010. Cette pratique a eu pour effet de limiter durablement l'entrée de ces génériques sur le marché français du clopidogrel commercialisé en ville. Elle constitue un abus de position dominante prohibé par l'article L.420-2 du Code de commerce et l'article 102 TFUE » (point 584). Pour cela, elle souligne de nombreuses corrélations, par exemple, entre « le lien entre le discours dénigrant et la position dominante de Sanofi-Aventis » étant donné « la notoriété et la confiance » dont dispose l'entreprise (point 578). Afin d'établir le caractère « avéré » des effets des pratiques de Sanofi-Aventis, l'Autorité explique qu'il « ressort non seulement des témoignages directs des médecins et des pharmaciens d'officine, mais également des remontées d'information de la CNAMTS ainsi que des éléments fournis par les deux groupements de pharmaciens exposés aux paragraphes 195 et suivants ci-dessus que la pratique mise en œuvre par Sanofi-Aventis consistant à remettre en cause la bioéquivalence et la substituabilité des génériques concurrents de Plavix® a eu un impact réel et significatif sur le comportement des professionnels de la santé » (point 492), ne faisant pas appel à l'analyse économique. Celle-ci n'est pas plus utilisée dans le calcul du dommage causé au consommateur. Elle souligne simplement que « [l]a pratique en cause a causé un dommage à l'économie qui a généré une perte de bien-être pour les consommateurs. Ce dommage comprend notamment le

surprix payé sur le marché de la ville pour l'achat de clopidogrel qui résulte de la moindre pénétration des génériques » (point 661).

La cour d'appel de Paris fait elle aussi utilisation de « témoignages » et de « remontées de terrains » (pages 13 et 17) afin d'établir une corrélation entre les pratiques reprochées et des effets anti-concurrentiels. Elle rejette les études chiffrées de la société Sanofi (pages 19 et 20) au motif qu'elles ne traduisent que des effets « atypiques » des pratiques sur le marché (page 20). La Cour de cassation, quant à elle, relève que « la notion d'exploitation abusive d'une position dominante est une notion objective visant les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché » (page 7), et fait ensuite référence aux mêmes témoignages que ceux utilisés par l'Autorité de la concurrence dans sa décision.

Décision 13-D-20 du 17 décembre 2013

Dans cette décision, l'Autorité rappelle que « [p]our établir une violation de l'article 102 TFUE, il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante a eu un effet anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés mais seulement qu'il tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, qu'il est de nature à ou susceptible d'avoir un tel effet » (point 467). Dès lors, « l'Autorité doit seulement démontrer l'existence d'un effet anticoncurrentiel au moins potentiel, sans avoir à apporter la preuve d'une détérioration effective quantifiable de la position concurrentielle des autres opérateurs sur le marché » (page 469). Elle ajoute qu'au cas d'espèce « il a été mis en évidence : le caractère systématique et coordonné d'un ensemble de pratiques commerciales visant à faire croire au prospect, grâce à l'emploi de personnels d'EDF, du Conseil Énergie Solaire et de la marque Bleu Ciel, qu'il traitait directement avec EDF et non avec sa filiale, mettant ainsi en œuvre une confusion délibérée entre les activités du fournisseur historique et les activités de diversification ; profitant ainsi, sur un marché principalement composé de PME et caractérisé par des incertitudes liées à la nouveauté de la filière et au contexte réglementaire, de sa notoriété et de la confiance qu'inspirait sa position d'opérateur historiquement chargé d'un service public ; amplifiant enfin cet avantage par des conditions financières avantageuses. Les pratiques ne pouvaient manquer d'exercer des effets, au moins potentiels, sur la concurrence » (points 472 et 473). Elle soulève par ailleurs que « si EDF pouvait avoir un intérêt économique rationnel à s'implanter sur ce marché et à bénéficier d'un retour d'image positif par sa présence dans le photovoltaïque, cela n'exclut en rien le fait que cette implantation a pu se faire dans des conditions ne relevant pas d'une concurrence par les mérites » (point 477), et qu'ainsi, il n'est pas besoin d'apporter la preuve directe d'un dommage.

EDF oppose un argument contrefactuel que l'Autorité rejette au motif que « si la croissance d'activité de Solaire Direct a été forte sur les parcs solaires, à l'inverse, sur le marché résidentiel, Solaire Direct a progressé beaucoup moins vite qu'EDF ENR, sans qu'aucun élément autre que les pratiques reprochées à EDF ne vienne expliquer les raisons de ce différentiel » (point 492). Elle relève, en somme, une corrélation entre la pratique et ses effets potentiels, sans établir

aucun lien de causalité entre ces derniers. Les autres pratiques sont tarifaires, et de fait, échappent au champ de cette étude.

La cour d'appel de Paris valide le raisonnement de l'Autorité selon lequel « l'absence de pratiques de prix abusivement bas ne permet pas de conclure à l'absence de pratiques visant à évincer les concurrents ou à fausser la concurrence » (page 19). La cour d'appel relève plus particulièrement que « c'est également à juste titre que l'Autorité a décidé (paragraphe 521 à 528 de la Décision) que les tests économiques mis en œuvre en annexe des observations d'EDF au rapport et, en particulier, le test de l'absence de sens économique, ne peuvent constituer un standard de preuve se substituant à l'analyse concrète, menée par l'Autorité, de l'objet ou des effets réels ou potentiels des pratiques en cause » (pages 20 et 21). La Cour de cassation valide ce raisonnement au motif que « EDF ENR, bien qu'ayant été presque totalement absente du marché en 2007, a connu une forte progression en dix-huit mois pour devenir, en 2010, le premier acteur sur le marché, tandis que les parts de marché de ses concurrents sont demeurées très inférieures aux siennes et leur progression comparativement moins rapide ; qu'il retient que, sans qu'il soit utile de rechercher le nombre de clients qui se seraient tournés vers les concurrents en l'absence de ces pratiques, la société EDF a asséché le marché des prospects par des moyens non replicables par ses concurrents, ce qui a entraîné une croissance significative de la société EDF ENR non fondée sur ses mérites ; que de ces constatations et appréciations, justifiant légalement sa décision, la cour d'appel a pu déduire l'existence d'effets tant réels que potentiels de restriction de concurrence » (page 11).

Décision 14-D-06 du 08 juillet 2014

Dans cette affaire, l'Autorité explique qu'en « refusant de vendre OneKey aux seuls clients actuels et potentiels d'Euris, le comportement de Cegedim fausse nécessairement, compte tenu de son caractère discriminatoire, le jeu de la concurrence par les mérites qui devrait prévaloir sur le marché des CRM dans le secteur d'activité de l'industrie de la santé » (page 235). Elle précise ainsi que « [l]es agissements de Cegedim créent sans raison économique légitime un désavantage en termes de coûts et d'image qui pèse sur Euris, aussi bien en ce qui concerne l'usage du CRM de Cegedim que l'usage des CRM d'autres entreprises intervenant sur le marché ». Ce faisant, l'Autorité fait un usage, sans le dire, du test de l'absence de sens économique, tel que théorisé par Gregory Werden.¹ Elle conclut sur cette base qu'il « résulte de ce qui précède que les pratiques mises en place par Cegedim ont, par leur nature même, nécessairement faussé le jeu de la concurrence sur le marché des logiciels CRM dans le secteur d'activité de l'industrie de la santé » (page 243). De surcroît, elles « ont réduit les possibilités offertes aux clients en les forçant à faire un choix entre l'accès à deux produits relevant de marchés distincts et ont fragilisé un concurrent dont l'activité est spécialisée dans le secteur concerné. Ces pratiques ont ainsi généré des effets anticoncurrentiels et sont susceptibles d'en produire encore ».

¹ Gregory Werden, *The No Economic Sense Test for Exclusionary Conduct*, 31 J. Corp. L. 293 (2005-2006).

La cour d'appel de Paris valide ce raisonnement au motif qu'en « refusant de vendre le fichier OneKey aux seuls clients actuels et potentiels de la société Euris, la société Cegedim avait créé au préjudice de celle-ci, sans justification économique ou juridique, un désavantage en termes de coûts et d'image par rapport à l'ensemble de ses concurrents sur le marché des logiciels de gestion de la relation client dans le secteur d'activité de l'industrie de la santé faussant ainsi le jeu de la concurrence par les mérites » (pages 13 et 14). Elle ne semble toutefois pas reprendre le test de l'absence de sens économique. La Cour de cassation le consacre à nouveau, soulignant que « la société Cegedim refusait de vendre sa base de données Onekey aux seuls utilisateurs actuels et potentiels de solutions logicielles commercialisées par la société Euris, cependant qu'elle acceptait de la vendre à des utilisateurs ayant recours à des logiciels concurrents, l'arrêt retient que ce refus discriminatoire a eu un effet anticoncurrentiel en créant, au préjudice de la société Euris, sans justification économique ou juridique, un désavantage en termes de coûts et d'image par rapport à l'ensemble de ses concurrents sur le marché des logiciels de gestion de la relation clients (logiciels CRM) dans le secteur de la santé, faussant ainsi le jeu de la concurrence sur ce marché » (page 8).

Décision 16-D-14 du 23 juin 2016

Dans cette affaire, l'Autorité relève que « les éléments au dossier permettent de démontrer les effets potentiels et concrets que les pratiques ont eu sur le marché » (point 875), en effet, « [l]es pratiques étaient de nature à empêcher le développement des concurrents d'Umicore sur les marchés français des produits de couverture en zinc et des EEP en zinc en limitant leur accès au réseau de distribution » (point 876). *In fine*, « [l]es pratiques mises en œuvre par Umicore et appliquées aux centres VM Zinc, y compris ceux appartenant aux enseignes Asturienne, Point P et Larivière, ont conduit à verrouiller l'accès des concurrents aux principaux distributeurs de produits de couverture en zinc et de produits EEP en zinc. Ces obligations d'exclusivité ont eu pour effet potentiel et réel de fausser la concurrence sur les marchés concernés » (point 893). L'Autorité souligne que « Umicore ne peut alléguer une absence d'effet des pratiques au motif que le test du concurrent aussi efficace qu'elle a réalisé pour les besoins de la présente procédure montrerait une absence d'effets potentiels des pratiques (point 512 du mémoire en réponse). En effet, les pratiques d'achats exclusifs mises en œuvre par Umicore dépassent très largement la seule pratique de remises analysée par le test puisque les menaces et représailles appliquées par Umicore ne se limitaient pas à la suppression de la bonification qualitative » (point 1001).

Dans son arrêt, la cour d'appel de Paris relève « bien que les sociétés Umicore aient produit une étude concluant que la pratique de rabais ne pouvait empêcher un concurrent aussi efficace que la société Umicore France de la concurrencer, l'Autorité ne s'est pas appuyée, pour qualifier les pratiques au regard des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce, sur les résultats d'un test du concurrent aussi efficace » (page 52). Elle souligne toutefois que « l'arrêt Intel n'a pas remis en cause l'affirmation de la jurisprudence européenne, selon laquelle 'il n'est pas possible de déduire de l'article 82 CE [devenu l'article 102 du TFUE] ou de la jurisprudence de la Cour une obligation juridique de se fonder systématiquement sur le critère du concurrent aussi efficace pour constater le caractère abusif d'un système de rabais pratiqué par une entreprise en position dominante' (CJUE, arrêt du 6 octobre 2015, Post Danmark, C-23/14,

point 57) » (page 53). En l'espèce, il suffisait à l'Autorité de relever qu'en « s'appuyant sur un mécanisme autre que celui de la concurrence par les mérites, la politique commerciale de la société Umicore tendait 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 au marché aux autres producteurs, sans que les concurrents, même ceux qui auraient été aussi efficaces qu'elle en termes de prix, puissent réagir à son comportement. Cette politique produisait en conséquence un effet d'éviction, y compris des concurrents aussi efficaces, effets au demeurant constatés par l'Autorité aux paragraphes 875 à 893 de la décision attaquée, auxquels la cour renvoie » (page 53).

La Cour de cassation souligne également qu'en « l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a procédé à une analyse de l'ensemble des circonstances et établi les effets potentiels, sur les concurrents aussi efficaces, de la politique globale de la société Umicore France et ainsi mis en évidence, sans la présumer, sa capacité d'éviction de ces derniers et qui n'avait pas, compte tenu des caractéristiques des pratiques en cause, qu'elle a décrites, à recourir au test du concurrent le plus efficace, a pu statuer comme elle a fait » (page 17). Effectivement, « l'arrêt expose que le test du concurrent le plus efficace, qui consiste à estimer le prix qu'un concurrent devrait offrir pour indemniser le client pour la perte du rabais conditionnel, si ce dernier s'adressait à lui plutôt qu'à l'entreprise en position dominante, pour une partie de la demande ou une fraction pertinente de celui-ci, n'est approprié que lorsque l'instrument de la fidélisation est de nature financière » (page 16). Ainsi, on peut raisonnablement conclure que la présence de pratiques non-tarifaires a conduit à écarter le test du concurrent aussi efficace au profit d'une analyse des simples effets potentiels. Cet arrêt, à ne pas en douter, est la plus significative de notre étude sur les abus de position dominante non-tarifaires.

Décision 17-D-06 du 21 mars 2017

Dans cette décision, le problème posé était « celui de l'utilisation, par l'opérateur titulaire d'une position dominante acquise à l'occasion d'un ancien monopole légal, de différents moyens ou pratiques de nature à freiner l'ouverture du marché à la concurrence ou le bon fonctionnement concurrentiel du marché » (point 128). L'opérateur devait effectivement « veiller à éviter toute exploitation abusive de moyens qui ne sont pas reproductibles par les nouveaux entrants sur le marché ouvert à la concurrence à un coût raisonnable et selon des délais acceptables, eu égard à sa responsabilité particulière sur ce marché » (point 128). À défaut, l'Autorité devait analyser la pratique en suivant la méthodologie suivante : « [p]our déterminer si les pratiques fondées sur l'utilisation de moyens tirés de l'ancien monopole peuvent être regardées comme constitutives d'un abus de position dominante, il convient de raisonner en fonction, notamment, des circonstances de l'ouverture à la concurrence des activités ayant précédemment bénéficié d'un monopole légal et des caractéristiques de fonctionnement du marché. Il pourra aussi être tenu compte, pour l'appréciation de la situation concurrentielle du marché, du maintien de possibilités spécifiques de commercialisation réservées à tel ou tel opérateur, notamment la commercialisation d'offres sous le régime de tarifs réglementés. Pourra également être pris en compte, pour apprécier la conformité des pratiques précitées, le degré de compréhension et de

connaissance par le consommateur du fonctionnement du marché (par exemple en cas d'incertitude du consommateur sur le cadre légal du recours aux différentes offres disponibles et sur la possibilité de naviguer entre les offres aux tarifs réglementés et les autres offres) » (point 130).

Au surplus, « ENGIE a commercialisé ses offres de marché de gaz et d'électricité par le biais de la même infrastructure commerciale que celle développée pour son activité de fourniture de gaz au TRV, et en utilisant les mêmes moyens commerciaux » (point 133). Parce que l'entreprise « n'a pas pris de précautions particulières (...) s'agissant de l'utilisation de son fichier de clients TRV ou de l'utilisation commune de ses moyens commerciaux pour commercialiser les TRV et les offres de marché » (point 135) cela a entraîné une « confusion entre son activité de service public et son activité concurrentielle de commercialisation d'offres de fourniture de gaz et d'électricité à prix de marché » (point 137). L'Autorité relève qu'elles « sont susceptibles d'avoir eu des effets anticoncurrentiels sur les marchés respectifs de la fourniture de gaz aux clients résidentiels et aux petits clients non résidentiels et sur les marchés respectifs de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels et aux petits clients non résidentiels » (point 138). Par ailleurs, l'Autorité insiste sur le fait que « la pratique décisionnelle et jurisprudentielle considère que si le discours d'une entreprise en position dominante mettant en avant les avantages de ses offres commerciales auprès de ses consommateurs ne présente aucun caractère anticoncurrentiel », mais qu'il « en va différemment si ce discours est de nature à induire ses interlocuteurs en erreur de manière à tenter d'évincer ses concurrents » (point 140). Or « compte tenu de la très bonne notoriété et image de marque dont jouit ENGIE S.A. auprès des consommateurs, un discours remettant en cause la capacité des fournisseurs alternatifs à assurer l'approvisionnement de leurs clients pendant la période hivernale était de nature à constituer un frein à l'accès au marché pour les opérateurs alternatifs, qui devaient asseoir leur légitimité face aux clients » (point 151). Dans la mesure où la procédure d'appel (et de cassation) concernait seulement la communication de certaines pièces, elle n'a pas permis de contester le raisonnement de l'Autorité qui, une énième fois, s'est contentée de reporter une corrélation entre des pratiques et des effets potentiels.

Décision 17-D-25 du 20 décembre 2017

La décision ne fait état que des « effets potentiels » des pratiques, sans jamais quantifier ces dernières. Elle procède ainsi sur la base d'une corrélation entre les pratiques et les effets supposés. Au final, l'Autorité souligne simplement que les stratégies mises en œuvre avaient pour objectif de « bloquer ou retarder l'entrée des génériques de Durogesic sur les marchés français du fentanyl en dispositif transdermique commercialisé en ville et à l'hôpital et forment donc une infraction unique, complexe et continue » (point 650). Elle ne cherche pas à comparer ces effets supposément négatifs avec d'autres effets positifs de ces stratégies. En ce qui concerne le dommage, l'Autorité se contente de relever qu'il « convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, l'Autorité n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie mais doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance » (point 697).

La cour d'appel, quant à elle, relève simplement la mise en œuvre des pratiques afin de supposer l'existence d'effets néfastes puisque « l'expérience enseigne que la tenue d'un discours dénigrant par une entreprise en position dominante à l'encontre d'un produit concurrent nouveau est potentiellement apte à entraver son accès au marché » (point 410). Concernant, enfin, le calcul de la sanction, elle relève que « compte tenu de l'appréciation qu'elle a faite de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie par l'infraction, la cour juge qu'il y a lieu de réduire de 15 % à 13 % la proportion de la valeur des ventes de Durogesic réalisées par Janssen-Cilag en 2008 » (point 566). De fait, elle réduit « la sanction infligée aux requérantes à un montant de 21 millions d'euros [12 756 817 euros (montant de base de la sanction) x 170 % (majoration pour appartenance à un groupe) = 21 686 588, arrondi à 21 000 000 euros] » (point 595).

3.4 Bibliographie sommaire sur les abus de positions dominantes non-tarifaires

- <https://leconcurrentialiste.com/wp-content/uploads/2020/06/schrepel-dalloz.pdf>
- <http://leconcurrentialiste.com/wp-content/uploads/2018/11/dominance-now-sanctioned.pdf>

4. La Délimitation du marché pertinent

4.1 Réflexions générales

Assez étonnement, on constate que la délimitation du marché pertinent est très rarement l'objet d'une discussion au sein des décisions étudiées. Certes, l'occurrence « marché pertinent » apparaît dans de nombreuses décisions de l'Autorité de la concurrence et la délimitation du marché dans les différentes espèces est fréquemment l'objet de quelques paragraphes. Mais la détermination du marché est assez rarement contestée. Par conséquent, les arrêts d'appel sont le plus souvent silencieux ou peu disert sur cette question.

4.2 Principales affaires étudiées

Abus de position dominante du Centre National d'Enseignement à Distance (CNED) sur le marché de l'enseignement à distance : Cons. conc. décis. n° 05-D-68 du 12 déc. 2005 relative à des pratiques du Centre national d'enseignement à distance ; C.A. Paris, 1^{ère} ch. sect. H, 7 nov. 2006, RG 2006/00570.

Ententes dans le secteur de l'abattage et de la vente de viande en gros et semi-gros en Mayenne (« Privilège ») : ADLC décis. n° 04-D-39 du 3 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie ; C.A. Paris 1^{ère} ch. sect. H, 22 février 2005, RG 2004/14592 ; Cass. com., 14 mars 2006, *Privilège*, n° 05-13.048 et n° 05-13.118.

Abus de position dominante dans le secteur de la vente événementielle en ligne (Brandalley c/ ventesprivées) : ADLC, décis. n° 14-D-18 du 28 nov. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne ; C.A Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, 12 mai 2016, RG 2015/00301 ; Cass. com., 6 décembre 2017, n° 16-18835.

Abus de position dominante d'Orange sur le marché de la téléphonie fixe des résidences secondaires : C.A. Paris, 8 octobre 2014, Pôle 5, chambre 4, RG 2014/05766 ; Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-26815 ; C.A Paris, 8 juin 2018, Pôle 5, chambre 11, RG 2012/031951.

4.3 Analyse des affaires

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 (4.3.1). 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 (4.3.2). Enfin, la cour d'appel de Paris ne semble pas accorder une place essentielle à l'analyse économique lorsqu'elle délimite le marché pertinent (4.3.3).

4.3.1 *Le marché pertinent ne doit pas nécessairement être précisément défini, même lorsque l'affaire porte sur un abus de position dominante*

Il est généralement acquis que la nécessité de définir le marché pertinent est plus forte lorsque l'on est en présence d'un abus de position dominante qu'en présence d'une entente.

En effet, en matière d'ententes, l'Autorité de la concurrence s'appuie sur la pratique des juges européens pour considérer qu'il suffit que le secteur soit suffisamment identifié pour permettre de qualifier les pratiques observées et de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en œuvre¹. Cette approche n'est pas remise en cause ni par la cour d'appel de Paris ni par la Cour de cassation.

En matière d'abus de position dominante, en 1981, les économistes William Law et Richard Posner indiquaient que, pour déterminer si une entreprise était en position dominante sur un marché, il convenait de procéder en deux étapes : d'abord, définir le marché pertinent au sein duquel calculer la part de marché de l'entreprise en cause, puis déterminer si cette part de marché est suffisamment importante pour considérer que l'entreprise en cause détient un pouvoir de marché². C'est cette méthode qui est en principe adoptée par les juges européens et français.

Pourtant, des auteurs ont critiqué ce raisonnement. Selon eux, il est inutile, voire dangereux, de délimiter préalablement le marché pertinent et il est par conséquent préférable de mesurer directement le pouvoir de marché³.

Dans une décision du 12 décembre 2005, relative à un abus de position dominante, l'Autorité de la concurrence n'a pas procédé à une véritable analyse du marché pertinent, avant de condamner le Centre National d'Enseignement à Distance (CNED)⁴.

En l'espèce, la Chambre syndicale nationale de l'enseignement privé à distance (CHANED) avait saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'enseignement à distance par le CNED. La CHANED dénonçait essentiellement le fait que le

¹ Par exemple, ADLC, décisis. n°05-D-27 du 15 juin 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur du thon blanc, § 28 ; ADLC décisis. n°11-D-02 du 26 janv. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques, § 364 ; ADLC, décisis. n° 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires, § 406.

² W. Landes et R. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, (1981), 94(5) *Harvard Law Review*, p. 938 : « The standard method of proving market power in antitrust cases involves first defining a relevant market in which to compute the defendant's market share, next computing that share, and then deciding whether it is large enough to support an inference on the required degree of market power » ; cité par N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2018, n° 864, p. 381.

³ Par ex. L. Kaplow, *Why (Ever) Define Markets ?* (2010) 124, *Harvard Law Review*, p. 437 ; R. Markovits, *Why One Should Never Define Markets or Use Market-Oriented Approaches to Analyze the Legality of Business Conduct Under U.S. Antitrust Law*, *University of Texas Law, Law and Econ Research Paper* n° 228, 2012 ; B. Deffains et J. Pellefigue, *Vraiment pertinent ? Une analyse économique des marchés pertinents*, *RTDCom*. 2018, p. 555. Sur ce point V. aussi N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, n° 865, p. 381 s. .

⁴ Cons. conc. décisis. n° 05-D-68 du 12 déc. 2005 relative à des pratiques du Centre national d'enseignement à distance.

CNED bénéficie d'avantages discriminatoires tenant à sa position d'établissement public et qu'il affecte des aides publiques à des activités concurrentielles, ce qui lui permet de s'affranchir des contraintes du marché et de pratiquer des prix prédateurs ayant pour objet ou pour effet d'évincer du marché de l'enseignement à distance les organismes privés.

Dans sa décision relative à cette affaire, si l'Autorité de la concurrence a décrit le secteur de l'enseignement à distance¹ et la situation des intervenants dans ce secteur², elle n'a pas véritablement délimité le ou les marchés pertinents sur lesquels les pratiques en cause auraient faussé le jeu de la concurrence. L'Autorité de la concurrence a simplement relevé que « le CNED est en position de premier opérateur sur tous les types de formations à distance »³.

Cette économie de moyens peut s'expliquer par le fait que, dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence a conclu à l'absence de pratiques anticoncurrentielles de la part du CNED. Dès lors, il a pu lui paraître inutile d'approfondir la question de la délimitation du marché pertinent. Toutefois, fort logiquement, la CHANED qui a interjeté appel a invité la cour d'appel de Paris à infirmer la décision de l'Autorité de la concurrence, notamment au motif que l'Autorité n'a pas défini le marché pertinent.

Dans son arrêt du 7 novembre 2006⁴, la cour d'appel de Paris a jugé ce moyen non fondé. Elle a considéré que, en l'espèce, l'Autorité de la concurrence pouvait se contenter de constater « que le CNED occupe la première place sur le marché de la formation à distance, qu'il y dispose de parts de marché importantes et bénéficie d'une forte notoriété 'rendant vraisemblable l'existence d'une position dominante' dont il serait susceptible d'abuser ». En outre, pour les juges d'appel, « en admettant même que le marché de la 'Formation Libre' payée individuellement constitue un marché pertinent sur lequel le CNED dispose également d'une position dominante, c'est en vain que la CHANED reproche au Conseil de ne pas avoir relevé de pratique prohibée à la charge de cet établissement public ».

Il apparaît à la lecture de cet arrêt que, même en matière d'abus de position dominante, lorsque l'Autorité de la concurrence conclut à l'absence de pratiques anticoncurrentielles, elle peut quasiment se dispenser de définir le marché pertinent⁵.

Cette position a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 26 septembre 2013⁶. Dans cette décision, la cour a affirmé que dès lors qu'il apparaît que, en toutes hypothèses, quelle que soit la définition du marché pertinent, le ou les comportements d'une entreprise en position dominante ne pourraient être qualifiés d'abus, il n'est pas nécessaire de définir le marché en cause avec précision.

¹ § 4 à 28.

² § 29 à 61.

³ § 51.

⁴ C.A. Paris, 1^{ère} ch. sect. H, 7 nov. 2006, 2006/00570.

⁵ Même si la Cour d'appel a pu affirmer que la définition du marché pertinent constitue « le point de départ de l'examen à conduire en vue de la qualification d'une pratique anticoncurrentielle », C.A Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, 12 mai 2016, RG

⁶ C.A. Paris, 26 septembre 2013, RG 2012/08948, aff. « Société Roland Vlaemynck Tisseur ».

4.3.2 *Quasi-absence de contrôle de la cour d'appel de Paris sur la délimitation du marché pertinent*

À la lecture des arrêts étudiés, il apparaît que la cour d'appel de Paris n'exerce pratiquement aucun contrôle sur la délimitation du marché pertinent par l'Autorité de la concurrence ou le tribunal de commerce. Alors que la délimitation du marché pertinent est presque toujours l'objet de quelques paragraphes dans les décisions de l'Autorité de la concurrence, très peu d'arrêts de la cour d'appel renferment des développements, même réduits, relatifs au marché pertinent. Cela peut tout simplement s'expliquer par le fait que l'appelant n'a pas exercé de recours sur ce fondement.

Mais, même lorsqu'une partie a exercé un recours sur le fondement de la délimitation du marché pertinent retenue en première instance ou par l'Autorité de la concurrence, la cour d'appel de Paris fait preuve d'une quasi absence d'exigence sur ce point.

Entente dans le secteur du négoce de produit sidérurgiques

Concernant l'existence ou non d'un recours relatif à la délimitation du marché pertinent, on peut remarquer un arrêt du 19 janvier 2010¹ dans lequel la cour d'appel de Paris relève que plusieurs des entreprises poursuivies avaient élevé devant le Conseil de la concurrence une contestation quant à la délimitation du marché effectivement concerné². Pour la cour d'appel, « cette contestation semble être reprise indirectement devant la cour d'appel pour subdiviser le marché et exclure certains opérateurs poursuivis ou pour dénier la nature et la mesure des effets anticoncurrentiels des pratiques ». Peut-être parce que l'existence d'un recours sur la délimitation du marché pertinent n'était pas explicite, la cour d'appel ne se livre à aucune analyse économique pour définir le marché pertinent. Elle se contente de rappeler que « le secteur des produits sidérurgiques est généralement divisé, dans la pratique décisionnelle communautaire, selon les produits : aciers au carbone, aciers spéciaux...

Ententes dans le secteur de l'abattage et de la vente de viande en gros et semi-gros en Mayenne (« Privileg »)

Dans une autre affaire où là les appelants avaient explicitement formé un recours portant sur la délimitation du marché pertinent, la cour d'appel rejette leur argument sans véritablement motiver sa décision. En l'espèce, une société d'abattage et des sociétés ayant pour activité la vente en gros et semi-gros d'animaux de boucherie avaient été condamnées pour entente par

¹ C.A. Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, 19 janv. 2010, RG 2009/00334.

² Dans cette affaire, les sociétés AMD Sud-Ouest et Arcelor Profils exerçaient un recours contre la décision n° 08-D-32 rendue par le Conseil de la concurrence le 16 déc. 2008. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence avait sanctionné onze entreprises de négoce de produits sidérurgiques, dont Arcelor Mittal, Arcelor Profil et Descours & Cabaud) et le principal syndicat de la profession pour avoir mis en place de 1999 à 2004 un cartel de grande ampleur portant à la fois sur les prix, les clients et les marchés.

une décision du Conseil de la concurrence du 3 août 2004¹. Le Conseil de la concurrence avait délimité le marché en cause comme celui de la « commercialisation des viandes et sous-produits d'animaux de boucherie au stade de gros et demi-gros ». D'un point de vue géographique, il avait considéré que l'on était en présence d'un marché régional. Pour ce faire, il s'était simplement fondé sur une décision du 10 décembre 2003 relative à une concentration dans le secteur de l'abattage et de la découpe de porc, dans laquelle le ministre de l'économie avait relevé que les abattoirs achètent 90 % de leur viande de porcs vivants dans un rayon de 120 km autour de leurs installations². En appel, les appelantes soutenaient qu'il convenait de prendre en considération, non pas le marché de la vente en gros et semi-gros, mais « un marché global de la viande de porc fraîche destinée à la consommation humaine ». La cour d'appel de Paris réfute cet argument simplement en affirmant que cette analyse serait inadaptée à l'espèce en ce qu'elle « ignore les étapes intermédiaires de cette commercialisation où, précisément, ces entreprises interviennent »³. D'un point de vue géographique, la cour se contente de rappeler que le Conseil a considéré que l'on était en présence d'un marché régional. Dans leur pourvoi devant la Cour de cassation, les entreprises en cause ont critiqué ces absences de motivation, en vain⁴.

Abus de position dominante dans le secteur de la vente événementielle en ligne (Brandalley c/ vente.privée)

Dans cette affaire, la société Brandalley reprochait à la société Vente.privée d'abuser de sa position dominante sur le marché des « ventes événementielles privées par Internet » en imposant aux grandes marques qu'elle distribue une clause d'exclusivité, leur interdisant de commercialiser leurs stocks d'inventés auprès d'autres sites Internet concurrents. L'affaire a été introduite devant l'Autorité de la concurrence en 2009, qui s'est prononcée une première fois dans cette affaire le 28 novembre 2014⁵. Concernant le marché pertinent, l'Autorité a considéré que « les caractéristiques et les spécificités physiques, techniques ou fonctionnelles du produit, si elles peuvent contribuer à expliquer le comportement des demandeurs, ne permettent pas à elles seules d'évaluer le degré de substituabilité de ce produit avec d'autres »⁶. Par conséquent, selon l'Autorité, « la définition du marché pertinent doit permettre, en partant du type de produits ou services en cause, d'y inclure le cas échéant d'autres produits ou services, si ceux-ci exercent une pression concurrentielle »⁷. Selon la notification des griefs et le rapport, « le marché de la vente événementielle en ligne se distinguerait des autres canaux de déstockage, tant physiques qu'en ligne, par plusieurs spécificités » : un niveau de prix attractif, le caractère confidentiel de la vente, une logique « d'achats d'impulsion » de la part des consommateurs, un positionnement haut de gamme et un stock de produits plus large »⁸.

¹ ADLC décis. n° 04-D-39 du 3 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie.

² ADLC, décis. n° 04-D-39, § 96.

³ C.A. Paris 1^{ère} ch. sect. H, 22 février 2005, RG 2004/14592.

⁴ Cass. com., 14 mars 2006, *Privileg*, n° 05-13.048 et n° 05-13.118.

⁵ ADLC, décis. n° 14-D-18 du 28 nov. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne.

⁶ ADLC, décis. n° 14-D-18 du 28 nov. 2014, § 103.

⁷ ADLC, décis. n° 14-D-18 du 28 nov. 2014, § 104.

⁸ ADLC, décis. n° 14-D-18 du 28 nov. 2014, § 105.

L'Autorité de la concurrence a considéré que certaines de ces caractéristiques n'étaient pas présentes en l'espèce : quant au niveau de prix attractif, on le retrouve dans d'autres canaux de distribution, tels que les magasins d'usine ; quant au caractère confidentiel de la vente ou la « logique d'achat impulsion », ceux-ci doivent être relativisés¹. Pour l'Autorité de la concurrence, l'analyse des caractéristiques et spécificités des produits en cause ne permet pas d'apprécier à elle seule la substituabilité des produits et l'éventuelle réaction des consommateurs à des variations de leur prix². Pour l'Autorité de la concurrence, il convenait donc d'examiner si d'autres canaux de distribution de produits de déstockage étaient susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur la vente événementielle en ligne ; cela pourrait être le cas notamment des magasins d'usine, des réseaux physiques de déstockage, des showrooms physiques ou de certains sites de e-commerces³. Ainsi, selon l'Autorité de la concurrence, l'existence d'un marché événementiel en ligne n'était pas établi. Or les caractéristiques de la vente événementielle en ligne ayant évolué entre la période en cause (2005-2011) et 2014, année au cours de laquelle l'Autorité de la concurrence a rendu sa décision, celle-ci a considéré qu'il n'était plus possible d'analyser la substituabilité de la demande pour la période visée par le grief notifié ; l'Autorité a donc décidé de ne pas renvoyer à l'instruction. Comme a pu l'exprimer un auteur, « c'est un sentiment d'inachevé que l'on ressent au terme de la lecture de la décision n° 14-D-18 du 28 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne »⁴.

La société Brandalley a interjeté appel de cette décision. La société Showroomprivé est intervenue volontairement à l'instance. Les appelantes reprochaient à l'Autorité de la concurrence de ne pas avoir renvoyé l'affaire à l'instruction afin que soit défini le marché pertinent. Dans un arrêt rendu le 12 mai 2016⁵, la cour d'appel n'a pas fait droit à leur demande en se livrant à une interprétation littérale de l'article R. 463-7 du Code de commerce⁶ pour considérer qu'il ne pesait pas sur l'Autorité de la concurrence, y compris en l'espèce, d'obligation de renvoyer l'affaire à l'instruction, mais une simple faculté. Dans sa décision, assez étonnamment, la cour d'appel de Paris considère d'abord que « l'Autorité de la concurrence s'est attachée à définir le marché pertinent, au vu des éléments du dossier et, en particulier, de ceux réunis dans la notification de griefs et dans le rapport. Au terme d'un libre examen de ces éléments, elle est parvenue à une conclusion contraire à celle de ses services, en considérant que ces éléments ne rapportaient pas la preuve de l'existence d'un marché pertinent de la vente événementielle en ligne »⁷. Ensuite, pour rejeter la demande de renvoi à l'instruction, la cour d'appel affirme : « aussi est-ce à juste titre que l'Autorité a constaté qu'en l'espèce l'analyse de la substituabilité du côté de la demande – indispensable à la détermination

¹ ADLC, décis. n° 14-D-18 du 28 nov. 2014, § 106 à 111.

² ADLC, décis. n° 14-D-18 du 28 nov. 2014, § 112.

³ ADLC, décis. n° 14-D-18 du 28 nov. 2014, § 113.

⁴ A. Ronzano, Marché pertinent : l'Autorité de la concurrence refuse de renvoyer à l'instruction l'affaire concernant les pratiques de verrouillage dans le secteur de la vente événementielle en ligne et prononce un non-lieu à poursuivre la procédure (Brandalley/Vente-privée.com), 28 nov. 2014, Concurrences N° 1-2015, Art. N° 71747.

⁵ C.A Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, 12 mai 2016, RG 2015/00301.

⁶ Art. R. 463-7 c. com : « Lorsqu'elle estime que l'instruction est incomplète, l'Autorité de la concurrence peut décider de renvoyer l'affaire en tout ou partie à l'instruction. Cette décision n'est pas susceptible de recours ».

⁷ Sous « sur le manquement à l'obligation de définir le marché pertinent ».

du marché pertinent – n’était dès la date de la décision déferée ‘plus concevable’ ». Se faisant, la cour d’appel se contredit : soit, il était possible de délimiter le marché pertinent, ce qu’aurait fait l’Autorité de la concurrence, soit il était légitime de considérer qu’il était trop tard pour définir le marché en cause, ce qu’aurait affirmé l’Autorité de la concurrence.

Selon certains auteurs, avec cette décision, la cour d’appel consacre un « principe de réalisme » : « puisque la délimitation du marché pertinent est considérée comme impossible eu égard au temps passé et à l’évolution du secteur, il est alors logique de ne pas renvoyer cette affaire à une inutile instruction supplémentaire »¹.

Pour notre part, nous rejoignons l’avis d’Alain Ronzano qui trouve choquant que la « Cour d’appel avalise purement et simplement l’idée selon laquelle l’Autorité de la concurrence peut renoncer à délimiter le marché pertinent dans une affaire portant sur un possible abus de position dominante »². En effet, même si le marché de la vente de vêtements à prix bradés a subi des mutations ces dernières années, il ne semblait pas impossible, en 2014, de procéder à une analyse rétrospective de ce marché sur les années 2005 à 2011. Beaucoup de marchés subissent des mutations importantes et il apparaît inquiétant que l’Autorité de la concurrence puisse s’appuyer sur ces changements pour s’abstenir de renvoyer l’affaire à l’instruction, alors même qu’un abus de position dominante pourrait être caractérisé.

Pour autant, le pourvoi formé par les appelantes a été rejeté par la Cour de cassation dans une décision du 6 décembre 2017³. Pour la Cour de cassation, la cour d’appel de Paris a bien tenu compte dans son analyse de l’ensemble des éléments fournis par les services de l’instruction et par les parties et l’Autorité de la concurrence n’était pas tenue de renvoyer l’affaire à l’instruction, pour apprécier le marché pertinent.

4.3.3 L’utilisation de l’analyse économique par la cour d’appel de Paris pour définir le marché pertinent

Seule une décision de la cour d’appel de Paris renfermant des développements substantiels relevant de l’analyse économique pour la définition du marché pertinent a été identifiée.

Abus de position dominante d’Orange sur le marché de la téléphonie fixe des résidences secondaires

¹ A. Wachsmann, N. Zacharie, Marché pertinent : La Cour d’appel de Paris confirme la décision de l’Autorité de la concurrence, dans le secteur de la vente événementielle, de ne pas renvoyer à l’instruction la recherche d’un marché pertinent insuffisamment défini, en raison de l’impossibilité qu’il y aurait aujourd’hui de le déterminer compte tenu de l’évolution du secteur (Brandalley), 12 mai 2016, Concurrences, N°3 – 2016, Art N° 80336, p.72-74.

² A. Ronzano, Motivation : La Cour d’appel de Paris avalise l’idée selon laquelle l’Autorité de la concurrence peut renoncer à délimiter le marché pertinent dans une affaire portant sur un possible abus de position dominante (Brandalley/Showroomprivé.com/vente-privée.com), 24 mars 2016, Concurrences N° 3-2016, Art. N° 81035.

³ Cass. com., 6 décembre 2017, n° 16-18835.

La société Orange, opérateur historique de télécommunications en France et propriétaire de la majorité des réseaux de téléphonie fixe, a publié une offre de vente en gros d'accès au service téléphonique (offre « VGAST »), à laquelle la société SFR a souscrit. La société SFR a souhaité lancer une offre concurrente de l'offre Résidence secondaire (l'offre RS) proposée par la société Orange, qui permet à un client de bénéficier d'un abonnement à une ligne téléphonique fixe et d'obtenir la suspension de sa ligne lorsque la résidence est inoccupée, moyennant un abonnement à un prix réduit. SFR a estimé que les modalités tarifaires mises en œuvre par la société Orange, qui ne permettent pas en cas de suspension temporaire de la ligne fixe du client final de suspendre parallèlement le paiement des redevances mensuelles de l'offre VGAST, l'empêche d'accéder au marché de la téléphonie fixe des propriétaires de résidences secondaires. Elle a par conséquent assigné la société Orange en réparation d'un préjudice résultant d'un abus de position dominante.

Le 12 février 2014, la 15^{ème} chambre du tribunal de commerce de Paris (chambre dédiée aux affaires de concurrence) a condamné Orange à verser à SFR plus de 50 millions d'euros de dommages-intérêts pour avoir abusé de sa position dominante en ne permettant pas à son concurrent de répliquer l'offre spécifiquement dédiée aux propriétaires de résidences secondaires. Orange, qui a interjeté appel de cette décision, prétendait qu'il n'existait pas de marché pertinent des résidences secondaires, dès lors que les caractéristiques objectives des services de téléphonie fixe sont identiques pour ceux d'une résidence principale et ceux d'une résidence secondaire. Pour elle, la seule différence qui réside dans la possibilité d'interruption de la facturation de l'offre résidence secondaire ne traduit qu'une simple modalité de consommation.

Dans un arrêt rendu le 8 octobre 2014, la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement du tribunal de commerce, notamment, car selon elle, il n'existerait pas de marché de la téléphonie fixe de la résidence secondaire¹. Pour ce faire, la cour d'appel relève que, dans le marché de la téléphonie résidentielle, la part de la téléphonie « résidence secondaire » est de 1 % et à peine 10 % des propriétaires de résidences secondaires ont souscrit l'offre RS. Selon elle, « le marché de la téléphonie fixe des résidences secondaires n'implique pas de besoins particuliers spécifiques puisqu'il apparaît que 90 % des propriétaires de résidences secondaires considèrent que les offres du marché sont substituables à l'offre RS ou que l'offre RS et le caractère interruptible de son abonnement ne présentent aucun intérêt ». En outre, la cour d'appel considère que le test « *Small but Significant Non transitory Increase in Price* » ('SSNIP') présenté par SFR a été réalisé à partir d'hypothèses non vérifiées pour leur représentativité et ne tient pas compte de l'incertitude du coût exact de l'offre RS pour le consommateur. Par conséquent, ce test ne peut être probant. Ainsi, pour la cour d'appel, la société SFR n'établit pas l'existence d'un marché pertinent de la téléphonie fixe pour résidences secondaires.

La Cour de cassation a accueilli le pourvoi formé par la société SFR contre cet arrêt d'appel dans un arrêt du 12 avril 2016². Elle a cassé pour manque de base légale la décision de la cour

¹ C.A. Paris, 8 octobre 2014, Pôle 5, chambre 4, RG 2014/05766.

² Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-26815.

d'appel de Paris en lui reprochant de ne pas avoir distingué, parmi les propriétaires de résidences secondaires n'ayant pas souscrit l'offre RS, ceux qui avaient opté pour une offre de téléphonie simple, ceux qui avaient choisi une offre fixe multiservices ou mobile et ceux qui n'étaient sensibles à aucune de ces offres. La cour d'appel aurait également dû rechercher « si, au sein de la clientèle résidentielle de téléphonie simple, il existait un groupe de consommateurs pour lesquels, en raison de l'usage qu'ils en avaient et de son coût, la faculté de suspendre l'abonnement en faisait un produit unique, non substituable par un autre produit ». Enfin, la cour d'appel aurait dû s'expliquer sur le test SSNIP réalisé par la société SFR et préciser en quoi les éléments qu'il contenait ne permettait pas d'établir une différence de coût, fût-elle variable ».

Sur renvoi, le 8 juin 2018, la Chambre 5-11 de la cour d'appel de Paris¹, qui n'est pas une formation spécialisée dans le contentieux de la concurrence, a considéré que SFR a établi que « l'offre interruptible de Orange à destination de résidences secondaires répond à des caractéristiques contractuelles distinctes de l'offre à destination des résidences principales : possibilité d'interruption de la ligne et tarifs ». En outre, selon cette chambre de la cour d'appel, le test SSNIP réalisé par SFR « doit être considéré comme suffisamment probant pour déterminer l'existence d'un marché pertinent limité aux propriétaires de résidences secondaires intéressés par la possibilité de suspendre leur abonnement téléphonique ». Ainsi, pour la cour, SFR a établi tant par l'analyse classique portant sur les caractéristiques objectives, le prix et l'usage du service que par le test SSNIP l'existence d'un marché pertinent de la téléphonie résidentielle secondaire interruptible.

En conclusion, il apparaît dans cette affaire que les parties et les juridictions, en particulier la cour d'appel de Paris, ont utilisé l'analyse économique, notamment le test SSNIP pour établir l'existence d'un marché pertinent. On doit toutefois relever que, dans son arrêt du 8 octobre 2014, la chambre 5-4, spécialisée en droit de la concurrence, n'a pas analysé de façon approfondie le test SSNIP présenté par la société SFR. Son arrêt a d'ailleurs été cassé pour manque de base légale par la Cour de cassation sur ce point. C'est la 11^{ème} chambre du pôle 5 de la cour d'appel de Paris, qui elle n'est pas spécialisée en droit de la concurrence, qui a étudié les éléments d'analyse économique apportées par les parties.

4.3.4 Comparaison avec la jurisprudence européenne

En matière d'ententes, la délimitation du marché pertinent n'est obligatoire que si elle s'impose pour rechercher si l'entente en cause est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union européenne².

En revanche, la délimitation du marché pertinent est obligatoire lorsqu'il est fait application des lignes directrices prévoyant que des accords ne peuvent pas affecter sensiblement le commerce

¹ C.A Paris, 8 juin 2018, Pôle 5, chambre 11, RG 2012/031951.

² TUE, 27 sept. 2012, aff. 82/08, Guardian Industries Corp. ; CJCE, 18 sept. 2003, aff. C-338/00.

entre États membres si « la part de marché totale des parties sur le Marché communautaire en cause affecté par l'accord n'excède pas 5 % »¹.

Concernant l'utilisation de l'analyse économique pour définir le marché pertinent, il semble, *a priori*, que la Commission, le Tribunal et la Cour de justice de l'Union européenne utilisent davantage l'analyse économique que les juridictions françaises, mais cette affirmation mériterait d'être vérifiée par une étude précise de la jurisprudence européenne sur ce point.

4.4 Principaux enseignements tirés de l'analyse des arrêts d'appel

Concernant la définition du marché pertinent, l'analyse des arrêts de la cour d'appel a d'abord révélé que cette juridiction n'exige une définition précise du marché pertinent que lorsqu'il apparaît que le comportement de l'entreprise en cause pourrait être qualifié d'abus de position dominante. En revanche, en présence d'une entente ou si, en toute hypothèse, le comportement de l'entreprise en cause ne peut être qualifié d'abus de position dominante, il suffit que le secteur concerné puisse être identifié.

Il apparaît également que la cour d'appel de Paris pratique un contrôle léger de la définition du marché pertinent. Tout d'abord, on observe qu'alors que la délimitation du marché pertinent est presque toujours l'objet de quelques paragraphes dans les décisions de l'Autorité de la concurrence, très peu d'arrêts de la cour d'appel renferment des développements, même réduits, relatifs au marché pertinent. Cela peut tout simplement s'expliquer par le fait que l'appelant n'a pas exercé de recours sur ce point. Mais, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 12 mai 2016 dans l'affaire Brandalley c/ Venteprivée.com² semble emblématique d'une volonté de la cour d'appel de faire preuve d'une exigence très relative vis-à-vis de l'Autorité de la concurrence quant à la définition du marché pertinent. Pour rappel, dans cette affaire, l'existence d'un abus de position dominante était tout à fait possible et les appelantes avait contesté l'impossibilité, en 2014, de se livrer à une analyse rétrospective du marché de la vente événementielle en ligne sur la période 2005-2011 et avait demandé que l'affaire soit renvoyée à l'instruction. La cour d'appel n'a pas fait droit à leur demande.

Nous avons identifié seulement un arrêt dans lequel la cour d'appel de Paris a fait référence de façon approfondie à l'analyse économique. Et, même dans cette affaire « SFR c./ Orange », on peut relever que la chambre 5-4, spécialisée en droit de la concurrence, n'a pas analysé de façon approfondie le test SSNIP présenté par la société SFR. Son arrêt a d'ailleurs été cassé pour manque de base légale sur ce point. C'est la 11^{ème} chambre du pôle 5 de la cour d'appel de Paris qui a étudié les éléments d'analyse économique apportées par les parties.

4.5 Bibliographie sur la définition du marché pertinent

¹ CJUE, 11 juillet 2013, aff. C-440/11.

² C.A Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, 12 mai 2016, RG 2015/00301.

4.5.1 Textes

- Communication de la Commission européenne du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 97/C 372/03, JOCE C 372/5 du 9 décembre 1997.
- Evaluation of « the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law » of 9 December 1997, Ref. Ares (2020) 1911361, 03/04/2020.

4.5.2 Étude

- OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, Définition du marché pertinent, 10 octobre 2012, DAF/COMP (2012)13/REV1

4.5.3 Thèse

- L. Bidaud, La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence, Litec, 2001.

4.5.4 Articles

- M.-C. Boutard-Labarde, D. Bureau, La détermination du marché pertinent, RJDA, 1993, p. 743.
- A. Charpin, L'indispensable test du monopoleur hypothétique, RLC, 1^{er} juill. 2018.
- M. Cousin, La concurrence potentielle : réflexions sur le traitement juridique d'une variable économique, Concurrences, n° 1-2007, p. 38.
- B. Deffains, « Vraiment pertinent ? Une analyse économique des marchés pertinents, RTDcom. 2018, p. 555.
- E. Frot, Le concept d'élasticité de la demande en économie de la concurrence, RLC, 1^{er} mai 2016.
- L. Kaplow, Why (Ever) Define Markets ? (2010) 124, Harvard Law Review, p. 437 ;
- W. Landes, R. Posner, Market power in antitrust Cases, (1981) 94 (5), Harvard Law Review, p.938 ;
- R. Markovits, Why One Should Never Define Markets or Use Market-Oriented Approaches to Analyze the Legality of Business Conduct Under U.S. Antitrust Law, University of Texas Law, Law and Econ Research Paper n° 228, 2012
- C. Montet, Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir?, RLC janv. 2000, chron. 1247
- A. Ronzano, Définition du marché pertinent l'OCDE publie une étude sur la définition du marché pertinent, Concurrences n° 1-2013.
- A. Ronzano, Marché pertinent : La Commission européenne publie sa feuille de route pour une évaluation de sa communication sur la définition du marché pertinent de 1997, 3 avril 2020, Concurrences n° 3-2020, Art. n° 94205.

-

Conclusion générale

Un projet réformateur inachevé

Ce rapport rassemble des études portant sur des moments différents de l'histoire du droit français de la concurrence et mobilisant des méthodes et des concepts propres aux disciplines d'appartenance de chacun des auteurs. Au terme de cette recherche, nous sommes convaincus de la complémentarité des approches disciplinaires pour saisir les évolutions de la politique de concurrence française. Chaque discipline, approche, offre ici un regard original sur une même histoire. La première partie a permis de rendre compte de la genèse de l'approche économique de la concurrence. Les trois autres questionnent les succès de la pénétration de l'économie dans les sphères de la régulation concurrentielle. Au total, le rapport va à contrepied des analyses traditionnelles qui font de l'économie le nouveau savoir dominant de gouvernement. Chaque partie du rapport nuance ce postulat et rappelle que le droit, et les juristes, restent encore les maîtres des reconfigurations de l'État régulateur.

S'il y a bien un moment où « modernisation » et « économisation » semblent coïncider grâce à la mobilisation et l'engagement actif d'un petit groupe d'acteurs, il est situé, dans le temps et dans l'espace. Dans le temps d'abord : on constate un élan d'« économicisation » à partir de la fin des années 1990, porté par deux décennies de mutations de la science économique et de transformation des modes d'application des politiques de concurrence. Nos conclusions invitent cependant à nuancer une vision de l'« économicisation » qui serait téléologique et linéaire. Ce n'est pas parce que l'économie et les économistes font leur entrée en concurrence que cela signifie que le mouvement soit définitif. Ainsi, l'enquête qualitative a pu montrer que l'approche économique avait pu connaître un certain reflux depuis les grandes heures du moment « modernisateur ».

Ce processus est également situé dans l'espace ensuite : l'expertise économique dans l'application des politiques de concurrence ne connaît pas le même succès selon que l'on considère l'Autorité de la concurrence et les juridictions (cour d'appel de Paris et Cour de cassation). D'un point de vue quantitatif, nous avons montré que des notions d'économie industrielle de base comme le HHI (Herfindal-Hirschman Index) ou le SSNIP (test du monopoleur hypothétique) sont rarement évoquées dans les décisions en appel. Les études de cas présentées dans la partie IV étayaient ce constat. En matière d'imposition de prix, les juges d'appel ne retiennent aucune analyse économique. 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. Enfin, la cour d'appel de Paris ne semble pas accorder une place essentielle à l'analyse économique lorsqu'elle délimite le marché pertinent.

Quel que soit le contexte, les économistes de la concurrence sont en minorité et doivent trouver des compromis avec d'autres acteurs, qu'ils soient fonctionnaires ou juristes. Deux économistes

(Frédéric Jenny et André-Paul Weber) ont certes fortement contribué à l'émergence du droit français de la concurrence. Dans la sphère intellectuelle, ce sont eux qui popularisent la notion de « *politique* de concurrence » (par opposition à la *politique* industrielle) et ce, dès le début des années 1970. Après la réforme votée par le Parlement en 1977, ils investissent la Commission de la concurrence et s'assurent que la pratique décisionnelle soit conforme aux principes de base de la théorie économique. Toutefois, les efforts pour légitimer la politique de concurrence naissante conduisent Frédéric Jenny (devenu rapporteur général de la Commission de la concurrence en 1985) à privilégier les alliances avec le monde du droit privé. Plus récemment, des alliances similaires ont dû être nouées par les consultants en économie. Pour eux, les avocats sont des « associés-rivaux » avec lesquels ils sont « condamnés à vivre ensemble »¹. Cette relation est inconfortable : en raison de l'antériorité des avocats sur le marché du conseil, les économistes ne sont pas toujours en mesure de déployer l'approche « continue » et modélisatrice qu'ils appellent de leurs vœux.

Une relance de l'économisation ?

Face à ce qui apparaît aux yeux des enquêtés comme un recul de l'économie dans le droit de la concurrence, un rapport a retenu notre attention. C'est un rapport du club des juristes publié en janvier 2018. 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 bénéficie de financements de cabinets d'avocats et de grandes entreprises.

Un groupe de travail est créé en 2016 à l'occasion des trente ans de l'ordonnance de 1986. Cette « commission concurrence » est alors chargée de « dresser un état des lieux et de formuler d'éventuelles propositions d'amélioration du droit français de la concurrence ». Si on examine les membres de la commission, les « modernisateurs » des années 2000 sont légion : Guy Canivet et Frédéric Jenny sont tous les deux présidents. Parmi les membres, on retrouve Anne Perrot, Valérie Michel-Amsellem, Irène Luc. Côté académique, Patrick Rey (TSE), Thibaut Vergé (ENSAE) et Laurence Idot (Paris 2) sont également présents. On compte également des avocats (Antoine Winckler, Olivier Fréget). On y décèle le vocabulaire des réformateurs : le « pari de la modernisation », la volonté d'améliorer « l'efficacité des institutions ». Le groupe présente ainsi 60 propositions, et un ensemble d'entre elles 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 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.

¹ L'expression vient de Bourricaud F., 1961, *Esquisse d'une théorie de l'autorité*, Paris, Plon et a été utilisée en sociologie pour décrire des contextes collégiaux d'hybridation entre différentes expertises. Voir Lazega E., 1999, « Le phénomène collégial : une théorie structurale de l'action collective entre pairs », *Revue française de sociologie*, 40-4, p. 639-670.

Assez peu repris dans la presse spécialisée ou généraliste, il n'a pas eu de débouchés concrets à ce jour. Pour certains « le résultat n'a pas plu », pour d'autres, sa légitimité serait entachée de conflits personnels, ce qui expliquerait qu'il ait fait « pshitt ». Il serait trop critique vis-à-vis de l'Autorité (un membre du club estime que celle-ci ne supporterait « aucune mise en cause de ses pouvoirs », tandis qu'un membre de l'Autorité lit dans le rapport que « grosso modo on fait n'importe quoi »). De plus, l'Autorité n'aurait pas été suffisamment consultée. On compte cependant deux membres du collège dans les membres de la Commission et la présidente ainsi qu'un rapporteur général figurent dans la liste des personnes auditionnées.

Alors que ses membres avaient déjà un pied dans d'autres institutions (Frédéric Jenny à l'OCDE, Guy Canivet au Conseil constitutionnel, Bruno Lasserre est vice-président du Conseil d'État, Anne Perrot a intégré l'inspection générale des finances en 2018), le rapport peut être lu comme une dernière tentative d'économisation de la politique française de concurrence. Tentative qui, trois ans après la publication du rapport, semble avoir constitué un coup d'épée dans l'eau.

ANNEXES

Annexes de la partie I

Archives consultées

Producteur	Cote	Description (d'après la notice)	Localisation
Direction générale de la Concurrence et de la Consommation	B-0065834/2	Concentration économique : notes, correspondance, lois, projets de lois, décrets, projets de décrets, amendements. - 1976-1984	CAEF
	B-0065839/1	Politique de la concurrence : notes, correspondance, avant-projets de lois, projets de lois, avant-projets de décrets, projets de décrets, rapports. - 1970-1977	CAEF
	B-0065840/1	Politique de la concurrence : notes, correspondance, lois, projets de lois, projet de lettre-circulaire, projet de circulaire. - 1978-1985	CAEF
	B-0065841/1	Concurrence, secteur voyage : notes, correspondance, compte-rendu (1979-1980) ; prévention et répression des pratiques anticoncurrentielles : notes, correspondance, projets de rapports (1977-1979) (...)	CAEF
Ministère de l'Économie, Dossiers du conseiller du ministre pour les affaires de concurrence, consommation, prix et transports terrestres (1986-1988)	B-0074082/1	(...) Droit de la concurrence et des consommateurs : correspondance, discours de M. BALLADUR à un colloque le 6 octobre 1987, compte rendu des débats, notes pour le ministre, décisions de la commission des communautés européennes (1987) (...)	CAEF
	B-0074076/1	Concurrence. - Politiques nationales et politique communautaire de la concurrence dans la perspective du grand marché européen, séminaire du 17 mars 1988 (...)	CAEF
	B-0074075/1	Concurrence. - Saisine du conseil de la concurrence, affaires sectorielles : note pour le ministre, note, correspondance (1986-1988) (...)	CAEF

	B-0074074/1	Concurrence. - Problèmes structurels, réformes à apporter aux textes législatifs et réglementaires restreignant le jeu de la concurrence : note, note pour le ministre, projet de loi, compte rendu, tableau, correspondance (1986-1987)	CAEF
	B-0074073/1	(...) ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence : rapport au Président de la République (1986) ;	CAEF
	B-0074065/3	Organisation des services, fusion	CAEF
	B-0074070/1	Concurrence : correspondance du ministre d'État, notes cabinet de juin 1986 à avril 1988.	CAEF
	B-0074065/2	Conseil de la concurrence. - Membres du conseil : curriculum vitae (1987)	CAEF
	B-0074063/1	Concurrence et prix. - Ordonnance du 1er décembre 1986, interventions de personnalités et d'organisations professionnelles (...)	CAEF
	B-0074065/1	Conseil de la concurrence. - Formation du conseil : notes pour le ministre, correspondance, décret de nominations, note manuscrite, note pour le cabinet (1986-1988) ; (...)	CAEF
	B-0074062/1	Concurrence et prix. - Ordonnance du 1er décembre 1986, travail en commission : notes au ministre, tableaux, rapport, projet d'ordonnance, correspondance, dossier du ministre (1986).	CAEF
	B-0074055/1	Concurrence, dossiers sectoriels	CAEF
Ministère de l'Économie et des Finances	543/AP/83	Fonds du cabinet d'Édouard Balladur, ministre de l'Économie et des Finances	Archives nationales
Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du Sceau	20020234/22	Proposition de loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence : notes, notes manuscrites ; projet de décret pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et concernant le règlement par la cour d'appel de Paris des décisions prises par le conseil de la concurrence (...)	Archives nationales

Premier Ministre ; Secrétariat général du Gouvernement ;	20020435/15	CONCURRENCE Organisation et compétences du conseil de la concurrence. (...) PRIX ET CONCURRENCE Décret du 19 octobre 1987 sur les recours devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du conseil de la Concurrence.	Archives nationales
Cour de Cassation ; Première présidence (1951- 1995)	20030207/5	Commission de la concurrence devenue Conseil de la concurrence. 1983, 1986	Archives nationales
Jean Foyer (1921-2008, maire de Contigné, député, ministre	125J	Fonds Jean Foyer	Archives départementales du Maine-et- Loire

Liste des entretiens cités

Cheffe de bureau à la DGCCRF (vers 1993-1994), le 25 mars 2014 à Paris

Dominique Brault, le 29 mars 2016 à Versailles

Chef de bureau à la DGCC (1982-1984), le 6 février 2019 à Paris

Rapporteur permanent au Conseil de la concurrence (« rapporteur 1 »), le 21 mars 2019 à Nanterre

Michel Glais, le 15 octobre 2019 à Rennes

Frédéric Jenny, le 20 janvier 2020 à Paris

Rapporteur permanent au Conseil de la concurrence (« rapporteur 2 »), le 21 janvier 2020 à Reims

Annexe de la partie II

Liste des entretiens cités

- Entretien 1 – avocat, associé, Paris, 4 mai 2018
- Entretien 2 – économiste à l’ADC, Paris, 7 février 2019
- Entretien 3 – avocat, associé, Paris, 21 février 2019
- Entretien 4 – avocate stagiaire, Paris, 19 janvier 2020
- Entretien 5 - avocat, associé, Paris, 19 février 2020
- Entretien 6 – avocat, collaborateur, Paris, 23 janvier 2020
- Entretien 7 – économiste en cabinet, Paris, 21 janvier 2020
- Entretien 8 – économiste en cabinet, Paris, 26 février 2019
- Entretien 9 – économiste en cabinet, Paris, 17 janvier 2020
- Entretien 10 – économiste en cabinet, Paris, 10 mars 2017
- Entretien 11 – économiste en cabinet, Paris, 24 avril 2017
- Entretien 12 – économiste, Paris, 15 février 2019
- Entretien 13 – économiste en cabinet, Paris, 23 novembre 2019

Annexes de la partie III

Codage pour la constitution de la base de données

	Nom	Définition	Code
Référence de l'affaire à l'Autorité de la concurrence			
1	n° officiel	Numéro de référence officiel de l'affaire	14-D-12 par exemple
2	Titre de l'affaire	Titre court attribué à l'affaire. L'objectif est de faciliter la recherche dans la base de données	Fret_SNCF par exemple.
3	Date	Date officielle de l'affaire	
4	Base juridique	Référence	L- 420-1 / L- 420-2etc
5	Défendeur	Nom du défendeur	
6	Description défendeur	Description du défendeur pour référencer les acteurs.	<ul style="list-style-type: none"> - Opérateur dominant => DFD - Opérateur historique (opérateur dominant devant sa position à des droits exclusifs) =>DFH - Firme concurrente =>DFC
7	Taille	Chiffre d'affaires ou part de marché.	Source primaire décisions ADLC sinon rapports d'activité pour une approximation du chiffre d'affaires global
8	Plaignant	Nom de l'auteur de la saisine	
Information sur la décision de l'Autorité de la concurrence			
9	Décision	Décision simple ou décision avec mesure conservatoire	<ul style="list-style-type: none"> - Simple => DS - Mesures conservatoires => DMC
10	Injonction	Détails : <ul style="list-style-type: none"> - Sanction pécuniaire =>SP - Injonction structurelle => IS - Injonction comportementale => IC - Injonction quasi-structurelle => IQS 	<p>Oui (1) ou non (0)</p>
11	Mesures conservatoires	<ul style="list-style-type: none"> - Passive => MCP (exemple suspendre une offre) - Actives => MCA (ex. fournir un accès à des bases de données) - Gestion immatérielle => MGI (exemple une séparation comptable entre certaines activités) 	<p>Oui (1) ou non (0)</p> <p>Oui (1) ou non (0)</p> <p>Oui (1) ou non (0)</p>
12	Durée de la MC	Durée de la mesure conservatoire	Temps (exprimée en quantitatif i.e. en nombre de mois)
13	Critère quantum/ Montant de base	Décision de l'Autorité de la concurrence	Quantitatif €
		Quantum de la sanction / assiette des ventes	Quantitatif € ou %

		Durée des pratiques	Quantitatif € ou %
14	Critère quantum/ individualisation	Oui ou Non	Oui (1) ou non (0)
		Si oui taux	Quantitatif € ou %
15	Critère quantum / Réitération	Oui ou Non	Oui (1) ou non (0)
		Si réitération Taux	Taux
16	Critère de réduction du quantum / Clémence, non-contestation de griefs (transaction depuis 2016), engagements	Oui ou Non (pour chacun des 4 oui / non)	Oui (1) ou non (0)
		Clémence non-contestation des griefs ou engagements, etc. Quel pourcentage de réduction. Si absence de détail (ex. non-contestation + engagements) alors taux global	Oui (1) ou non (0) Si oui, quantitatif %
17	Si transaction	Quel montant ?	quantitatif
18	Théorie du dommage	Quel dommage en termes de théorie économique ?	- Collusion => COL - Abus d'exploitation=> AEX - Abus de dépendance économique=> ADD - Abus d'éviction => ADE
		Si abus d'éviction [interprétation – la théorie économique sous-jacente n'est pas toujours explicitement donnée]	- Prix d'éviction => PE - Refus d'accès au ressources essentielle=> RE - Rabais =>RA - Vente lié / Vente groupé =>VL - Dénigrement =>DE - Désorganisation =>DO - Augmentation des coûts rivaux => AC
19	Test quantitatif	Oui ou Non	Oui (1) ou non (0)
20	Test prix	Quelle théorie utilisée :	
		- Test SSNIP => TS - Test monopoleur hypothétique => TH Test du concurrent efficace => TCE	Oui (1) ou non (0) Oui (1) ou non (0) Oui (1) ou non (0)
21	Mesure des effets	Oui ou Non	Oui (1) ou non (0)
22	Défendeur utilise la défense sur la base de l'efficacité	Oui ou non	Oui (1) ou non (0)
		Reçu ou rejeté	Oui (1) ou non (0)
23	Vocabulaire « formalisme / ordolibéralisme »	« Concurrence effective »	Oui (1) ou non (0)
		« Processus concurrence »	Oui (1) ou non (0)
		« Structure concurrentiel »	Oui (1) ou non (0)
		« responsabilité particulière »	Oui (1) ou non (0)
24	Vocabulaire « Par les effets / approche plus économique »	« Bien-être du consommateur »	Oui (1) ou non (0)
		« Surplus »	Oui (1) ou non (0)
		« Défense sur la base de l'efficacité »	Oui (1) ou non (0)
		« Balance des effets »	Oui (1) ou non (0)
		Articles d'économie cités	Oui (1) ou non (0) Et si oui ex. Petit_2016

Information sur l'affaire cour d'appel de Paris			
25	n° d'appel	Numéro de la C.d'A	
26	Date	Arrêt du	
27	Juge	Membres	
28	Pourvoi	Référencer qui fait le pourvoi	- Défendeur => D - Plaignant => P - Défendeur et Plaignant => DP
29	Arrêt	Décision confirmé / réformé / partiellement réformé	- Confirmé => C - Réformé => D - Partiellement réformé => R
30	Moyen	Droit Procédure	Oui (1) ou non (0)
		Théorie économique : - Théorie du dommage - Balance des effets - Marché pertinent - Position dominante - Quantum de la sanction - Mesure conservatoire - Injonction	Théorie économique utilisé : Oui (1) ou non (0) Si oui - Confirmé (1) - Rejeté (0)
31	Injonction (2)	Réformée ou supprimée - Pécuniaire => SP2 - Injonction structurelle => IS2 - Injonction comportementale => IC2 - Injonction quasi-structurelle => IQS2	Pour chaque section : - Oui (1) ou non (0) - Si oui (1) - Augmentée (A) - Réduite (R) - supprimée (S)
32	Mesure conservatoire (2)	Forme de la mesure conservatoire - Passives => MCP2 - Actives => MCA2 - Gestion immatériels => MGI2	Pour chaque section : - Oui (1) ou non (0) - Si oui (1) - Augmentée (A) - Réduite (R) - Supprimée (S)
33	Durée de la MC (2)	Mise en cause de la durée de la mesure conservatoire	- Oui (1) ou non (0) si oui (1) combien de temps (mois)
34	Quantum (2) de la condamnation	Montant / Part des ventes	Quantitatif € Variation par rapport à la 1° instance : - Augmentation (A) - Baisse (B)
35	Critère Quantum (2) / individualisation	Totale	Quantitatif € / % Variation par rapport à la 1° instance : - Augmentation (A) - Baisse (B)
		Assiette des ventes	Quantitatif € / % Variation par rapport à la 1° instance : - Augmentation (A) - Baisse (B)
		Durée des pratiques	Quantitatif € / %

			Variation par rapport à la 1 ^o instance : - Augmentation (A) - Baisse (B)
36	Critère quantum (2) / Réitération	Changement Oui ou Non	Oui (1) ou non (0)
		Si réitération, taux modifié	Hausse ou baisse
37	Critère somme (2) / Clémence, non-contestation de griefs (transaction) et engagements	Oui ou Non	Oui (1) ou non (0)
		Si clémence pour non-contestation des griefs. Quel pourcentage de réduction.	Nouveau taux (%) - Supérieur à l'ancien taux (1) - Inférieur à l'ancien taux (0)
		Si clémence pour engagement. Quel pourcentage de réduction	Nouveau taux (%) - Supérieur à l'ancien taux (1) - Inférieur à l'ancien taux (0)
38	Sanction pécuniaire	Observer une augmentation ou une baisse des sanctions pécuniaire	Taux (Montant (1)) / (Montant (2))
		Baisse ou hausse due à - Mises-en cause de la durée - L'évaluation du dommage - Mise en cause de l'évaluation de la part du marché ou du marché pertinent	Pour chaque section : - Oui (1) ou non (0) - Si oui (1) - Augmenté (A) - Réduit (R) - supprimée (S) - Calculer taux de variation
39	Théorie du dommage (2)	Quelle mise en cause de la théorie du dommage ? - Collusion => COL2 - Abus d'exploitation=> AEX2 - Abus de dépendance=> ADD2 - Abus d'éviction => ADE2	Pour chaque section : - Oui (1) ou non (0) - Si oui (1) - Augmentée (A) - Réduite (R) - supprimée (S)
		Si abus d'éviction - Prix d'éviction => PE2 - Refus d'accès à des ressources essentielles=> RE2 - Rabais => RA2 - Vente lié / Vente groupé => VL2 - Dénigrement => DE2 - Désorganisation => DO2 - Augmentation des coûts rivaux =>AC2	Pour chaque section : - Oui (1) ou non (0) - Si oui (1) - Augmentée (A) - Réduite (R) - supprimée (S)
40	Mise en cause du Test quantitatif par la cour d'appel (2)	Oui ou Non	Oui (1) ou non (0)
41	Test prix (2)	Quelle théorie utilisée - Test SSNIP => TS2 - Test Monopoleur hypothétique => TH2 - Test du concurrent efficace => TCE2	Pour chaque section : - Oui (1) ou non (0) - Si oui (1) - Augmentée (A) - Réduite (R) - Supprimée (S)
42	Mesure des effets (2)	Oui ou Non	Oui (1) ou non (0)
43		Oui ou non	Oui (1) ou non (0)

	Défendeur utilise la défense sur la base de l'efficacité (2)	Reçu ou rejeté	Oui (1) ou non (0)
44	Vocabulaire « formalisme » (2)	« Concurrence effective »	Oui (1) ou non (0)
		« Processus concurrence »	Oui (1) ou non (0)
		« Structure concurrentiel »	Oui (1) ou non (0)
		« responsabilité particulière »	Oui (1) ou non (0)
45	Vocabulaire « Par les effets » (2)	« Bien-être du consommateur »	Oui (1) ou non (0)
		« Surplus »	Oui (1) ou non (0)
		« Défense sur la base de l'efficacité »	Oui (1) ou non (0)
		« Balance des effets »	Oui (1) ou non (0)
Information sur la Cour de cassation			
46	n° officiel	Numéro de référence officiel de l'affaire	16-17.226 par exemple
47	Lien URL	Lien URL sur le site de l'Autorité de la concurrence	Réf de la Cour de Cassation
48	Date	Date de l'affaire	Date sur la période de référence de 2000 à 2017
49	Juges	Noms des juges	
50	Arrêt	Décision de la Cour de Cassation	
51	Commentaire		

Bibliographie

- Abbott A., 1988, *The System of Professions: An Essay on the Division of Expert Labor*, Chicago, University of Chicago Press.
- Abbott A., 2003, « Ecologies liées : à propos du système des professions », in *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.
- Aït-Aoudia M., 2013, « Le droit dans la concurrence. Mobilisations universitaires contre la création de diplômes de droit à Sciences Po Paris », *Droit et société*, 83, p. 99-116.
- Areeda P. et Turner, D., 1975, "Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act", *Harvard Law Review*, 88-4, p. 697-733.
- Arena R., 1988, « Approches théoriques et économie industrielle » in Arena R., Benzoni L., de Bandt J. et Romani P.M., *Traité d'économie industrielle*, Economica, Paris, p. 100-132.
- Avril L., 2019, *Le costume sous la robe. Les avocats en professionnels multi-cartes de l'État régulateur européen : genèse, consolidation, contestations (1957-2019)*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris-I Panthéon Sorbonne, 439 p.
- Avril L., 2020, « Passer à l'Europe. Logiques et formes de l'investissement des premiers Euro-lawyers dans les politiques européennes », *Politique européenne*, 69, p. 126-151
- Avril L., 2020, « Pour une sociohistoire de l'État régulateur européen. Du gouvernement administratif à la régulation judiciarisée de la concurrence (1962-1982) », *Revue française de science politique*, 70-6, p. 773-791.
- Bastin G., Francony J-M., 2016, « L'inscription, le masque et la donnée. Datafication du web et conflits d'interprétation autour des données dans un laboratoire invisible des sciences sociales », *Revue d'anthropologie des connaissances*, 4-10, p. 505-530.
- Bayart J.-F., 2008, « Culture et développement : les luttes sociales font-elles la différence ? », *Afrique contemporaine*, 226, p. 85-110.
- Baye, MR. et Wright JD, 2011, "Is antitrust too complicated for generalist judges? The impact of economic complexity and judicial training on appeals". *The Journal of Law and Economics*, 54-1, p. 1-24.
- Benquet M., Bourgeron T., 2019, « Sociohistoire du capital-investissement en France, 1982-2017 », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 229, p. 46-71
- Bessy C., 2016, « Organisation des cabinets d'avocats et marchés des services juridiques », *Revue d'économie industrielle*, 155, p. 41-69.
- Bezes P., Descamps F., Viallet-Thévenin S., 2019, « Bercy : empire ou constellation de principautés ? », *Pouvoirs*, 168, p. 9-28.
- Bezes P., Le Lidec P., 2016, « Politiques de l'organisation », *Revue française de science politique*, 66, 3, p. 407-433.
- Biland E., 2013, « Quand les managers mettent la robe. Les grandes écoles de commerce sur le marché de la formation juridique », *Droit et société*, 83, p. 49-65.
- Billows S., 2016, « À qui profite la « concurrence » ? Modèles de concurrence et régulation de la grande distribution française (1949-1986) », *Gouvernement et action publique*, 5-4, p. 69-91.

- Billows S., 2017, *Le marché et la règle. L'encadrement juridique des relations entre la grande distribution et ses fournisseurs*, Thèse de doctorat en sociologie, Institut d'études politiques de Paris, 319 p.
- Billows S., Kohl, S. et Tarissan F., 2021, « Bureaucrats or Ideologues? EU Merger Control as Market-centred Integration », *Journal of Common Market Studies*, 59-4, p. 762-781.
- 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
- Blanck J., 2021, « Changer l'organisation pour maintenir un projet contesté. La politique de gestion des déchets radioactifs », *Revue française de science politique*, 71-2, p. 239-260.
- Boigeol A., 1981, « De l'idéologie du désintéressement chez les avocats », *Sociologie du travail*, 23-1, p. 78-85.
- Boigeol A., Dezalay Y. 1997, « De l'agent d'affaires au barreau : les conseils juridiques et la construction d'un espace professionnel », *Genèses*, 27, p. 49–68.
- Boni-Le Goff I., Lépinard E., Le Feuvre N., Mallard G., 2020, « A Case of Love and Hate: Four Faces of Alienation Among Young Lawyers in France and Switzerland », *Law & Social Inquiry*, 45-2, p. 279-303.
- Bordalo P., Gennaioli N. et Shleifer A., 2015, “Salience theory of judicial decisions”. *The Journal of Legal Studies*, 44-1, p. 7-33
- Bork, R., 1993, *The Antitrust Paradox*, New York, Free Press. 1978, 462 p.
- Bosco D, Prieto, C. *Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante*. Bruylant, 2013, 1522 p.
- Bougette P., Deschamps, M, et Marty, F., 2015, “When Economics Met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law”. *Enterprise & Society*, 16-2, p. 313-353
- Bourdieu P., 1989, *La Noblesse d'État. Grandes écoles et esprits de corps*, Paris, Les Editions de Minuit, 576 p.
- Bourricaud F., 1961, *Esquisse d'une théorie de l'autorité*, Paris, Plon, 423 p.
- Brault D., 1987, *L'État et l'esprit de concurrence en France*, Paris, Economica, 234 p.
- Capoccia G., Kelemen D., 2007, « The Study of Critical Junctures: Theory, Narrative, and Counterfactuals in Historical Institutionalism », *World Politics*, 59-3, p. 341-369.
- Carpenter D., 2010, *Reputation and Power. Organizational Image and Pharmaceutical Regulation at the FDA*, Princeton, Princeton University Press, 802 p.
- Chatriot A., 2008, « Les ententes : débats juridiques et dispositifs législatifs (1923-1953) », *Histoire, économie & société*, 27-1, p. 7-22.
- Coutant H., Ducastel A., Viallet-Thévenin S., « Concilier le profit et l'intérêt général. L'État actionnaire dans les dynamiques du capitalisme », *Revue de la régulation*, 30.
- Demazière D., Gadéa C., 2010, *Sociologie des groupes professionnels*, Paris, La Découverte.
- Demortain D., 2021, « Les bureaucraties techniques : science et rationalisations à l'Agence environnementale américaine », *L'Année sociologique*, 71-1, p. 39-70.
- Denord F., 2001, « Aux origines du néo-libéralisme en France. Louis Rougier et le Colloque Walter Lippmann de 1938 », *Le Mouvement Social*, 195, p. 9-34

- Denord F., 2004, « La conversion au néo-libéralisme. Droite et libéralisme économique dans les années 1980. », *Mouvements*, 35, p. 17-23
- Denord F., 2008, « Néo-libéralisme et “économie sociale de marché” : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950) », *Histoire, économie et société*, 27-1, p. 23-33.
- Desrosières A., 2008, *Pour une sociologie historique de la quantification : L'Argument statistique I*, Paris, Presses des Mines, 329 p.
- Devaux J.-B., 2018, « L'impossible reproduction d'un collectif savant. Faire école en économie industrielle en France (1975-1991) », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 32, p. 129-152. URL : <https://journals.openedition.org/rhsh/328>
- Didry C., Marty F., 2016, « La politique de concurrence comme levier de la politique industrielle dans la France de l'après-guerre », *Gouvernement et action publique*, 5-4, p. 23-45.
- Dobry M., 2009, « Chapitre 2 : Trois illusions de la sociologie des crises politiques », dans : *Sociologie des crises politiques. La dynamique des mobilisations multisectorielles*, sous la direction de Dobry M.. Paris, Presses de Sciences Po p. 45-93.
- Dumez H., Jeunemaître A., 1989, *Diriger l'économie. L'État et les prix en France (1936-1986)*, Paris, L'Harmattan, 269 p.
- Dupret B., 2006, *Droit et sciences sociales*, Paris, Armand Colin, 192 p.,
- Eisner M.A., 1991, *Antitrust and the Triumph of Economics. Institutions, Expertise, and Policy Change*, Durham, N.C., The University of North Carolina Press, 302 p.
- 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.
- F. Marty, « L'approche plus économique en matière d'application des règles de concurrence ». 2020, Documents de travail GREDEG, <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2020-16.pdf>.
- Fligstein N., 2010, « Chapitre 6. Les politiques des télécommunications », in Borraz O. (dir.), *Politiques publiques 2. Changer la société*, Paris, Presses de Sciences Po, p. 171-188.
- Fourcade M., 2010, *Economists and societies*, Princeton, Princeton University Press, 384 p.
- François P., Lemercier C., 2016, « Une financiarisation à la française (1979-2009). Mutations des grandes entreprises et conversion des élites », *Revue française de sociologie*, 57-2, p. 269-320.
- Gally N., 2020, « La haute fonction publique entre organisations, professions et patrons. Une sociologie comparée des marchés du travail administratifs », *Revue française de science politique*, 70-1, p. 49-74.
- Hassenteufel P., « Chapitre 8 - Les acteurs intermédiaires des politiques publiques », in Hassenteufel P., 2011, *Sociologie politique : l'action publique*, Paris, Armand Colin, « U », 2011, p. 213-242.
- Hirschman D., Berman E.P., 2014, « Do economists make policies? On the political effects of economics », *Socio-Economic Review*, 12-4, p. 779-811.
- Jabko N., 2009, « Chapitre 6. Le marché comme norme », in *L'Europe par le marché. Histoire d'une stratégie improbable*, Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », p. 139-179.

- Jobert B. (dir.), 1994, *Le Tournant néolibéral en Europe*, Paris, L'Harmattan, 328 p.
- Latour B., 2004, *La fabrique du droit. Une ethnographie du conseil d'État*, Paris, La Découverte, 320 p.
- Lazega E., 1999, « Le phénomène collégial : une théorie structurale de l'action collective entre pairs », *Revue française de sociologie*, 40-4, p. 639-670.
- Lazega E., 2001, *The Collegial Phenomenon: The Social Mechanisms of Cooperation*, Oxford, Oxford University Press, 346 p.
- Lebaron F., 1997, « La dénégation du pouvoir », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 119, p. 3-26
- Lebaron F., 2000, *La croyance économique*, Paris, Seuil, 266 p.
- Lebaron F., 2013, « Qui sont les économistes ? Une sociologie méconnue », *L'Économie politique*, 58, p. 24-34.
- Maes J., Pühringer S., Rossier T., Benz P. (dir.), 2021, *Power and Influence of Economists. Contributions to the Social Studies of Economics*, Routledge, 286 p.
- Majone G., 1994, « The Rise of the Regulatory State in Europe », *West European Politics*, 17-3, p. 77-101.
- Marty F., Kirat T., 2018, « Les mutations du néolibéralisme américain quant à l'articulation des libertés économiques ou de la démocratie », *Revue internationale de droit économique*, 22-4, p. 471-478.
- Monnet É., Pagliari, S. & Vallée, S., 2019. « Au-delà de la « répression financière » et de la « capture de la régulation »: Recomposition des écosystèmes financiers européens après la crise ». *Actes de la recherche en sciences sociales*, 229, p. 14-33
- Morin F., 1996, « Privatisation et dévolution des pouvoirs. Le modèle français du gouvernement d'entreprise », *Revue économique*, 47, p. 1253-1268.
- Nay O., Smith A. (dir.), 2002, *Le gouvernement du compromis. Courtiers et généralistes dans l'action publique*, Paris, Economica, 2002, 237 p.
- Padilla J., 2015, « The Role of Economics in EU Competition Law : From Monti's reform to the State aid modernization package », *Papeles de Economía Española*, September, p. 1-18.
- Pélisse J., 2019, « Varieties of Legal Intermediaries: When Non-legal Professionals Act as Legal Intermediaries », *Studies in Law, Politics and Societies*, 81, p. 101–128
- Petit N., 2009, “From formalism to effects? The Commission's communication on enforcement priorities in applying article 82 EC”, *World Competition*, vol. 32, no 4, p. 485-503.
- Pinto L., 2018, *L'invention du consommateur. Sur la légitimité du marché*, Paris, Presses universitaires de France, 300 p.
- Pitofsky, R. (dir.), 2008, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford and New York, Oxford University Press, 328 p.
- Popp Berman E., à paraître, *Thinking Like an Economist. How Economics Became the Language of U.S. Public Policy*, Princeton University Press.
- Posner RA., 1970, “A statistical study of antitrust enforcement”, *The Journal of Law and Economics*, 13-2, p. 365-419.

- Quennouëlle-Corre L., 2000, *La direction du Trésor 1947-1967 : L'État-banquier et la croissance*, Paris, Institut de la gestion publique et du développement économique, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 1041 p.
- Reverdy T., 2014, *La construction politique du prix de l'énergie*, Paris, Presses de Sciences Po, 319 p.
- Scharpf F., 2000, *Gouverner l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 238 p.
- Seabrooke L., Tsingou E., 2014, « Distinctions, affiliations, and professional knowledge in financial reform expert groups », *Journal of European Public Policy*, 21-3, p. 389-407
- Spector, D. 2011, « L'économiste appelé à la barre : la régulation économique et juridique de la concurrence ». *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 11, p. 237-246.
- Taibi Achour M., 2013, « La justification du pouvoir de sanction des AAI de régulation est-elle toujours pertinente ? », *Revue Internationale de Droit Pénal*, 84-3/4, p. 463-480.
- Thomas Y. 2011, *Les opérations du droit*, Paris, Le Seuil, 384 p.
- Vanneuville R., 2013, « La formation contemporaine des avocats : aiguillon d'une recomposition de l'enseignement du droit en France ? », *Droit et société*, 83, p. 67-82
- 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 & Justice, Paris, 194 p.
- Vauchez A., 2013, *L'union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 400 p.
- Vauchez A., France P., 2017, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Presses de Sciences Po, 198 p.
- Vauchez A., Willemez L., 2007, *La justice face à ses réformateurs (1980-2006)*, Paris, Presses universitaires de France, 264 p.
- Viallet-Thévenin S., 2015, « État et secteur énergétique en France : quels dirigeants pour quelles relations ? », *Revue française de sociologie*, 3-56, p. 469-499.
- Viallet-Thévenin S., 2015, « Du champion national au champion international », *Revue française de science politique*, 65-5, p. 761-783.
- Warlouzet L., « 'L'époque de Vichy était révolue'. La libération des prix et l'établissement de la politique de la concurrence en 1986 », à paraître dans *Histoire, économie et sociétés*.
- Warlouzet L., 2016, « The Centralization of EU Competition Policy: Historical Institutional Dynamics from Cartel Monitoring to Merger Control (1956-91) », *Journal of Common Market Studies*, 54-3, p. 725-741.
- Warlouzet L., 2017, « From Price Control to Competition Policy in France and in the UK. Europeanisation and the Role of the German Model (1976-1986) », dans *Calmer les prix/Slowing down prices*, Paris, Presses de Sciences Po, p. 295-322.
- Warlouzet L., 2020, « The collapse of the French Shipyard of Dunkirk and EEC state-aid control (1977-86) », *Business History*, 62-5, p. 858-878.
- Weber M., 2007, *Sociologie du droit*, tr. et introduction J. Grosclaude, Paris, Puf, 324 p.
- Weller J.-M., 2018, *Fabriquer des actes d'État. Une ethnographie du travail bureaucratique*, Paris, Economica (Etudes sociologiques), 313 p.