

LE DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE FACE À SES FINALITÉS: UN DÉBAT PHILOSOPHIQUE

Claire MONGOUACHON
Université Paris Nanterre, CRDP

Abstract: *The aim of this article is to underline the philosophical implication of the discussions about the goals pursued by competition rules. These goals have specially been discussed at the European level during the process of modernization of the competition rules in the 2000's, in particular relating to the abuse of dominant position. This debate can be structured in terms of conflicting values, namely Liberty versus Efficiency. The paper shows that this debate has not only an impact on the material content of the rules applicable but that it is, more fundamentally, also characterized by a philosophical divergence which concerns the rule of law representation. Through the recourse of economic theories, especially theses developed by the Chicago School and Freiburg School, the paper attempts to reconstruct the opposition Liberty/Efficiency in terms of a theoretical divergence between a deontologist and a consequentialist approach of the law.*

Qu'au-delà de la technicité qui le caractérise, le droit de la concurrence puisse entretenir des liens forts avec la philosophie, cela ne doit pas surprendre. Partie intégrante d'un courant de la philosophie morale, la concurrence fait l'objet de vives discussions au regard de ses finalités, débattues depuis fort longtemps¹, même si ces réflexions ont ensuite davantage été investies par les économistes à travers différents modèles normatifs plus ou moins formalisés. Existe ainsi, à la périphérie du droit de la concurrence, un tissu de constructions intellectuelles très sophistiquées visant à prescrire ce que doit être la concurrence que le droit a pour mission de protéger. Or de son côté, le droit de la concurrence peut difficilement faire barrage à l'invasion de ces réflexions normatives. Relativement moderne, il est quasiment dépourvu de ressorts conceptuels juridiques sur lesquels les autorités et juges en charge de son application pourraient s'appuyer pour déterminer la solution des litiges auxquels ils sont confrontés. Pour ne citer que deux exemples, l'abus de position dominante ne saurait être interprété à l'aune de la théorie de l'abus de droit tandis qu'en matière d'entente, la notion d'accord reçoit une toute autre acception que celle qui résulte du droit des obligations. Le droit de la concurrence ne renferme que très peu de dispositions juridiques et les notions auxquelles il renvoie s'avèrent indéterminées, laissant à ses interprètes une importante marge de manœuvre. Ainsi en va-t-il de la notion de concurrence elle-même dont ni le traité

¹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. R. Bodéüs, Flammarion, 2004, p. 179, 181, 189; B. Mandeville, *La Fable des abeilles (1705-1724)*, textes philosophiques, trad. Carrive L. et P., Paris, Vrin, 2007; A. Smith, *Théorie des sentiments moraux* (1759), trad. M. Biziou, C. Gautier, J.-F. Pradeau, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2007.

ni le code de commerce n'indiquent, dans leurs articles relatifs aux abus de position dominante et aux ententes, s'il doit s'agir d'une concurrence libre, écologique, sociale ou encore efficiente. D'un point de vue externe, pèsent donc sur le droit de la concurrence de très fortes pressions sur les finalités à l'aune desquelles ces règles doivent être interprétées tandis que d'un point de vue interne, les catégories du droit de la concurrence font preuve d'une faible autonomie à l'égard de la science économique. C'est pourquoi le droit de la concurrence se prête particulièrement bien à la réception d'analyses et théories économiques, qui s'inscrivent elles-mêmes directement, même si cela est plus ou moins dissimulé², dans différentes mouvances de la philosophie économique – et donc de la philosophie.

Difficilement découvrable dans le droit lui-même, le sens à donner à la concurrence peut sans doute être déduit d'indices plus généraux tirés du cadre juridique instituant les règles de concurrence. Le cadre d'interprétation du droit européen de la concurrence, puisque c'est à ce niveau que l'on entend circonscrire le présent propos, s'avère toutefois très évolutif. Parce que la Cour de Justice fait prévaloir une interprétation téléologique des règles du traité, le sens des lacunaires dispositions de concurrence est en principe déduit des finalités assignées par le traité. On montrera plus loin que les règles de concurrence ont initialement été conçues comme ayant pour but de contribuer à promouvoir le marché intérieur. Cette interprétation recueillait un certain consensus jusqu'à la fin des années 1990, où la rigueur du droit de la concurrence a commencé à être contestée par une doctrine de plus en plus influencée par les enseignements de l'école de Chicago. À partir de ce moment, une discussion très intense sur les objectifs du droit de la concurrence a pu être engagée. Certains initiateurs du mouvement porté par Chicago le reconnaissent d'ailleurs ouvertement : la question de la définition des objectifs du droit antitrust est essentielle car « tout le reste dépend de la réponse que nous (lui) apportons »³. Or cette discussion a pu être renforcée par les modifications apportées par le traité de Lisbonne, qui attribuent aux règles de concurrence un statut très incertain. Les règles de concurrence ne figurent pas parmi la liste des missions de l'Union européenne décrites à l'article 3 TUE et la référence aux règles de concurrence a même été supprimée de l'objectif de réalisation du marché intérieur. Il faut se tourner vers un protocole annexé au traité pour retrouver le lien « constitutionnel » entre marché intérieur. Si ce protocole a bien la même valeur juridique que les dispositions du traité lui-même, c'est au prix d'une certaine illisibilité juridique. De surcroît, si l'on accepte de reconnaître à travers ce protocole un outil de justification des règles de concurrence

² P. Mardellat, « Qu'est-ce que la philosophie économique? », *Cahiers d'économie Politique/Papers in Political Economy*, vol. 65, n° 2, 2013, p. 7-35. L'auteur montre que « la philosophie économique se loge dans la théorie économique, elle y est cachée, enfouie, elle est recouverte par la théorie ».

³ R. H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, New York, 1978 : « *Everything else follows from the answer we give* ».

par rapport au marché intérieur, le lien entre concurrence et marché intérieur qui naguère pouvait permettre d'expliquer la finalité des règles de concurrence en droit européen est aujourd'hui source de complexité. Car la consécration de l'objectif de réalisation du marché intérieur à l'article 3 § 3 TUE s'accompagne de la promotion d'une série d'objectifs à caractère bien divers (économie sociale de marché, plein emploi, compétitivité, environnement etc...). Ainsi, le niveau d'analyse juridique des règles de concurrence renseigne peu sur les finalités des règles de concurrence puisque le cadre d'interprétation dans lequel ces règles s'insèrent est, à défaut d'être totalement indéterminé, désormais très ouvert.

Les finalités du droit européen de la concurrence peuvent être d'autant plus débattues que les règles de concurrence sont mises en œuvre par l'organe « politique » qu'est la Commission européenne. Si, en vertu de l'article 17 TUE, celle-ci se caractérise formellement par son indépendance tant à l'égard des États membres que du secteur privé, force est de reconnaître le statut tout à fait spécifique que le droit de l'Union réserve à l'organe en charge de l'application des règles de concurrence, statut qui est loin d'être équivalent à celui d'une autorité indépendante (telle que l'est par exemple l'Autorité de la concurrence). La direction générale de la concurrence de la Commission européenne (DG Comp) est en effet amenée à appliquer les règles de concurrence en fonction des choix politiques retenus pour développer l'intégration européenne. Loin d'être une opération mécanique, la décision de poursuivre ou non telle entreprise, de condamner pour ententes ou abus de position dominante ou encore d'autoriser ou interdire une opération de concentration, s'effectue toujours au regard d'une certaine interprétation de la règle de concurrence. Ce sont des choix de valeurs qui sont engagés et qui sont eux-mêmes tributaires des conceptions politiques que la Commission se fait de son propre rôle. Cette tendance à la politisation du droit européen de la concurrence se remarque tout particulièrement aujourd'hui avec la volonté exprimée par la commissaire à la concurrence d'utiliser le droit des aides d'État à des fins d'harmonisation fiscale. L'application des règles de concurrence est au service d'objectifs définis par le politique. Dans ce contexte, il faudrait relever la volonté exprimée par le Parlement européen d'exercer un contrôle plus intensif sur la politique de concurrence menée par la Commission⁴. Les possibilités de délibération publique permises par l'accroissement du rôle joué par le Parlement dans la détermination de la politique européenne de concurrence offriront très certainement une plus grande visibilité sur les véritables options éthiques qui la sous-tendent.

⁴ Voir par ex. la Résolution du Parlement européen du 2 février 2012 sur le rapport annuel de la politique de concurrence de l'Union européenne (2011/2094[INI]), *JOUE* du 20.8.2013 n° CE 239/97. Sur cette question, C. Mongouachon et L. Zevounou, « La place du Parlement européen dans le modèle institutionnel de concurrence de l'Union européenne », à paraître dans la revue *Concurrences* n° 3-2018.

Qu'elle soit produite par l'économie, le droit ou le politique, la confrontation du droit de la concurrence avec ses propres finalités semble être ainsi un exercice inévitable. Si l'on accepte de la mener en profondeur, cette discussion débouchera nécessairement sur une discussion de nature philosophique. C'est précisément l'objet de la présente contribution de présenter la portée philosophique des débats qui innervent la mise en œuvre des règles de concurrence. Il ne s'agit donc pas d'adopter une posture dogmatique qui consisterait à décrire et apprécier le droit européen de la concurrence à l'aune de valeurs qui seraient prétendument consacrées par les traités. Il ne saurait non plus s'agir de livrer une discussion sur le droit européen de la concurrence qui s'inscrirait dans le sillon d'un courant de la philosophie ou de la théorie du droit. Plus prosaïquement, notre intention est de décortiquer les enjeux théoriques du débat sur les finalités du droit européen de la concurrence, avec toutes les difficultés que l'exercice comporte (montrer les divergences sans les caricaturer). Si ces débats laissent apparaître une fracture qu'on a pu qualifier d'« idéologique »⁵, il s'agit maintenant de dérouler le fil jusqu'au bout pour réfléchir à la façon dont l'antagonisme se répercute, non pas seulement sur la production du droit de la concurrence, mais plus fondamentalement encore sur la représentation de la règle de droit. Cette démonstration sera utilement illustrée à travers un cas concret et récent d'abus de position dominante – l'affaire *Intel*⁶ – qui cristallise et tente de dépasser de façon tout à fait singulière les termes du désaccord.

On montrera que la production du droit de la concurrence est tributaire de l'importance accordée à l'une ou l'autre de deux valeurs directrices – la liberté ou l'efficacité (I), puis on avancera que, par-delà ces deux valeurs, sont engagées deux conceptions antinomiques de la règle de droit, l'une déontologique, l'autre conséquentialiste (II).

I. Le droit européen de la concurrence, promoteur de la liberté ou de l'efficacité ?

Dans la discussion sur les finalités du droit de la concurrence, les valeurs d'efficacité⁷ et de liberté ont été particulièrement débattues, étant portées par

⁵ C. Mongouachon, « Ordolibéralisme *versus* Néolibéralisme: antagonismes idéologiques et conséquences pratiques en droit européen de la concurrence », in S. Dormont et T. Perroud (dir.), *Droit et marché*, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2015, p. 21-44.

⁶ CJUE, Grde Ch., 6 septembre 2017, *Intel*, aff. C-413/14 P, comm. A.-L. Sibony, Concurrences n° 4-2017, p. 90-96.

⁷ Nous utilisons ici le terme d'efficacité par commodité de langage. Large, le concept ne pas fait l'objet de définition unanime (voir néanmoins pour le domaine juridique : G. Tullock, « Two kinds of legal efficiency », *Hofstra Law Review*, 8.659, 1979-1980) et sert parfois à traduire le terme anglais *efficiency*, y compris en droit européen de la concurrence. Nous nous référerons par la suite au critère

deux grandes écoles de la concurrence, respectivement l'école de Chicago et l'école de Fribourg. La confrontation n'est évidemment pas purement théorique car en fonction du choix de l'une ou l'autre de ces valeurs, la mise en œuvre des règles de concurrence aboutit à une politique de concurrence plus ou moins offensive à l'égard des entreprises. C'est ce que laisse observer le droit positif. Historiquement, le droit de la concurrence s'est laissé imprégner par l'objectif principal de protection de la liberté, objectif qui se traduit par une politique de limitation du pouvoir économique et une valorisation du rôle des autorités de concurrence (A). C'est la sévérité de cette politique de concurrence qui a été critiquée par l'école de Chicago au nom de l'efficacité économique, une valeur qui conduit au contraire à légitimer le pouvoir économique, et qui a progressivement été intégrée par le droit européen de la concurrence (B).

A. La promotion de la liberté, une politique de limitation du pouvoir

Il est significatif de constater l'importance attachée à l'objectif de protection des libertés (non seulement économiques mais aussi politiques) pour l'affirmation de la politique de concurrence. En s'autorisant un détour par le droit américain, on peut constater que c'est d'abord une réflexion sur le pouvoir et plus précisément sur les dangers que le pouvoir économique fait peser sur les libertés individuelles qui accompagne la naissance du droit antitrust. Ce ne sont pas moins que des arguments tirés du constitutionnalisme libéral qui se trouvaient sollicités lorsque le sénateur républicain de l'Ohio, John Sherman, présentait devant le Congrès américain sa fameuse proposition de loi :

« La conscience populaire est troublée par l'émergence de problèmes nouveaux qui menacent la stabilité de l'ordre social. Le plus sérieux d'entre eux est certainement celui qui découle de l'accroissement en une seule génération, des inégalités de chances, de conditions sociales et de richesse par la faute de la concentration du capital au sein de vastes coalitions destinées à contrôler le commerce et l'industrie et à détruire la libre concurrence »⁸.

plus précis d'efficacité, tel qu'il est utilisé pour caractériser spécifiquement le mouvement *Law & Economics* (voir, R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and Economics*, 2009, thèse Paris Nanterre, spéc. p. 164, 165 ; E. Krecké, *Le critère d'efficacité dans l'analyse économique du droit*, 1993, thèse Université Aix-Marseille III). Pour résumer, on peut dire que l'efficacité teste la capacité à atteindre un certain but tandis que le critère d'efficacité mesure la relation entre les moyens mis en œuvre et les résultats obtenus (analyse de type coûts/bénéfices).

⁸ J. Sherman, cité par M. Glais, *Économie industrielle : les stratégies concurrentielles des firmes*, Paris, éd. Litec, 1992, p. 292.

Le sénateur faisait valoir la nécessité pour les Américains de se prémunir contre la « tyrannie » économique comme ils avaient su se préserver de toute dictature. Ainsi, la libre concurrence se trouve prônée comme liberté d'accès au marché qu'il convient de préserver contre l'emprise de la puissance économique. C'est en se fondant sur le même type d'arguments « constitutionnels » et en les transposant à la sphère économique que la Cour suprême a pu qualifier le Sherman Act de « grande charte de la libre entreprise » dans un arrêt de 1972⁹. Cette décision a été remarquée par sa rigidité à l'égard de certains types d'accords horizontaux (de répartition territoriale) qui sont jugés constituer une violation *per se* de la section 1 du *Sherman Act*¹⁰.

C'est cette même insistance sur les libertés qui accompagne dans un premier temps l'affirmation par les instances européennes d'une politique de concurrence intransigeante à l'égard des entreprises dominantes. Le premier président de la Commission européenne, le juriste Walter Hallstein et son commissaire à la concurrence, Hans von der Groben, contribuent au développement d'une politique de concurrence directement orientée vers l'impératif de préservation des libertés. Cela ressort très nettement des premiers rapports sur la politique de concurrence qui sont publiés depuis 1971. La Commission associe explicitement deux objectifs à sa politique : la liberté économique et l'égalité des chances à travers la protection des petites et moyennes entreprises. Dans son premier rapport, la Commission affirme que « la concurrence est le meilleur stimulant possible de l'activité économique puisqu'elle garantit à tous le maximum de libertés d'action possible »¹¹. L'année suivante, elle résume l'application faite de l'abus de position dominante en soulignant avoir condamné des entreprises dominantes en raison de comportements consistant « soit à entraver la liberté commerciale des concessionnaires, soit à interrompre la fourniture de produits à des concurrents »¹². Un peu plus tard, la Commission estime que les entreprises se voient imposer par la jurisprudence de la Cour de Justice le respect de comportements loyaux car il s'agit de garantir au sein du marché commun un accès équitable aux opportunités, la liberté d'accéder aux activités commerciales et la liberté de choix¹³. Sans multiplier à l'excès les références de la Commission européenne à l'objectif de

⁹ 405 U.S. 596 (1972) : « *Antitrust in general, and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms* ».

¹⁰ A. R. DeCaro, « Antitrust Law – The *Per se* Rule – Naked Horizontal Territorial Restraints Held to Be Illegal *Per se* », 18 *Vill. L. Rev.* 68 (1972).

¹¹ Commission des Communautés européennes, 1^{er} rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles, 1971, p. 11.

¹² Commission des Communautés européennes, 2^e rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles, 1972, p. 15.

¹³ Commission des Communautés européennes, 8^e rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles, 1978, p. 9.

préservation des libertés, on remarque que cet objectif est une constante pour la première phase de formation de sa politique de concurrence. La Commission place au cœur de son analyse la liberté économique et l'égalité des chances, la liberté étant censée bénéficier à toutes les entreprises, y compris et peut-être même avant tout aux petites et moyennes entreprises¹⁴.

Dans la formulation de sa politique de concurrence, la Commission européenne bénéficie de l'appui de la Cour de Justice qui fait alors prévaloir une interprétation de la règle de concurrence au service de la structure du marché, et donc des libertés économiques. Sans qu'il soit possible de développer le détail de cette jurisprudence, on voudrait ici tout d'abord insister sur la méthode employée par la Cour pour dégager l'objectif des règles de concurrence. Il s'agit d'une interprétation finalisée de la règle de concurrence, où le sens et l'orientation à donner à la règle sont tirés de l'étroite relation établie entre concurrence et marché intérieur par le traité de Rome. Cette méthode apparaît dans l'une des premières affaires emblématiques d'abus de position dominante où se pose la question de savoir si l'interdiction de l'abus de position dominante peut s'appliquer à une opération d'acquisition par une entreprise dominante de deux entreprises concurrentes (à un moment où le contrôle des concentrations n'existait pas encore). Pour trancher la question, la Cour explique qu'il convient « d'envisager à la fois l'esprit, l'économie et les termes de l'article 86, compte tenu du système du traité et des finalités qui lui sont propres »¹⁵. Elle relève que la politique communautaire de la concurrence « découle de l'article 3, lettre f), du traité, prévoyant que l'action de la communauté comporte l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun »¹⁶, ce qui lui permet d'inclure dans le champ de l'interdiction non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent un préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective. Est dès lors susceptible de constituer un abus le fait pour une entreprise dominante de « renforcer sa position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante »¹⁷. Ainsi, la protection de la structure du marché qui commande l'interprétation à donner aux règles de concurrence passe par la protection des libertés des opéra-

¹⁴ Dans son 7^e rapport, la Commission assure qu'elle continuera et multipliera ses efforts pour permettre aux petites et moyennes entreprises de surmonter leurs difficultés et profiter des avantages offerts par le marché unique (p. 10-11).

¹⁵ CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6-72, cons. 22.

¹⁶ *Ibid.*, cons. 23.

¹⁷ *Ibid.*, cons. 26.

teurs. On assiste par le biais de l'interprétation finalisée des règles de concurrence à une forme de constitutionnalisation de l'objectif de préservation de la liberté.

Le second point sur lequel il convient d'insister porte sur le caractère « formaliste » de l'approche développée par la Cour. L'objectif de protection des libertés conduit à identifier certains comportements d'entreprises dominantes comme étant nocifs « en eux-mêmes » (*per se*) sans qu'il soit nécessaire d'examiner les effets concrets d'un tel comportement du point de vue des consommateurs. Pour mesurer le changement d'approche qui sera opéré par la Cour en 2017 dans l'arrêt Intel, que nous aborderons par la suite, il faut revenir un instant brièvement sur la solution qu'elle avait rendue en 1979 dans l'affaire *Hoffmann-La Roche*, dans laquelle elle devait statuer sur une pratique de rabais de fidélité accordé par une entreprise dominante aux entreprises s'approvisionnant exclusivement chez elle. La Cour a considéré qu'il y avait là un abus consistant pour un opérateur dominant à « influencer la structure d'un marché, où à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli »¹⁸. Un tel comportement fait obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une « compétition normale », au maintien ou au développement de la concurrence sur le marché. Le comportement est condamné car le fait de lier des acheteurs par une obligation d'approvisionnement exclusif auprès de l'opérateur dominant tend à enlever ou à restreindre la possibilité de choix de l'acheteur en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès du marché. Peu importe, précise la Cour, le montant, considérable ou minime, des achats concernés¹⁹. Ainsi, la Cour ne s'intéresse aucunement à la question de savoir quels effets concrets le rabais de fidélité produit sur le marché. Si la Cour avait alors raisonné à l'aune d'objectifs d'efficacité ou de bien-être du consommateur, une analyse aurait pu être menée tendant par exemple à examiner si le rabais pouvait inciter les concurrents de l'entreprise dominante à se livrer à une guerre des prix avec celle-ci plutôt que de les amener à sortir du marché. La Cour protège ici le processus concurrentiel sans considération d'efficacité économique. L'objectif de maintien d'une structure effective de concurrence sur le marché justifie une analyse formaliste de la règle.

Cette approche formaliste du droit de la concurrence prend corps dans l'identification de certains comportements jugés anticoncurrentiels car ils portent atteinte à la structure du marché. Il en va ainsi en matière d'ententes où certaines pratiques seront jugées anticoncurrentielles en raison de leur « objet » anticoncurrentiel sans qu'une analyse supplémentaire de leur « effet » soit requise²⁰, ce qui permet à la Commission d'établir à travers différentes communications

¹⁸ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/79, cons. 91.

¹⁹ *Ibid.*, cons. 89.

²⁰ CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig*, aff. jtes 56 et 58-64, jurisprudence qui donne aux termes de l'article 101 « objet » ou « effet » une portée distincte.

une liste de comportements interdits en soi (*per se*), aussi appelées « restrictions caractérisées »²¹. En matière d'abus de position dominante, la Cour tracera le départ entre les comportements qui relèvent d'une « concurrence normale »²² ou d'une « concurrence par les mérites »²³ et ceux qui portent atteinte à la structure du marché : rabais de fidélité, mais aussi prix prédateurs ou encore ventes liées.

La corrélation entre protection de la liberté et contrôle du pouvoir paraît finalement établie en matière économique comme dans le domaine politique. S'il est difficile d'observer dans le droit de l'Union une illustration directe de la réflexion sur le pouvoir et les libertés qui puiserait comme aux États-Unis dans le constitutionnalisme libéral, du moins peut-on remarquer une translation des obligations qui pèsent sur les États membres du fait de la création du marché commun vers les entreprises dominantes. C'est le sens que l'on peut donner à la jurisprudence Michelin, en vertu de laquelle l'entreprise dominante se voit imputer une « responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun »²⁴. Là où les libertés de circulation constitutives du marché intérieur s'imposent aux États membres, les règles de la concurrence, en raison de l'objectif de protection des libertés qui leur est associé, limitent la liberté d'action des entreprises disposant d'une puissance économique sur ce marché.

C'est précisément cette politique qui s'est trouvée remise en cause ces dernières années par un discours dévolu à l'objectif d'efficacité.

B. La valorisation de l'efficacité, une politique de légitimation du pouvoir économique

À partir de la fin des années 1990, la politique européenne de concurrence, c'est-à-dire le choix des instances européennes de favoriser la liberté, a été vivement contestée. Porté par les travaux qui se sont développés au sein de l'école de Chicago en *Law & Economics*, ce mouvement tendait à remettre en cause la rigidité et la sévérité avec laquelle les règles de concurrence étaient appliquées par les autorités et juridictions de l'Union européenne²⁵. Le cœur de la critique résidait dans l'insuf-

²¹ Règlement n° 2790/1999 de la Commission européenne, 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, JO L 336 du 29 décembre 1999.

²² Arrêt *Hoffmann-La Roche*, précité.

²³ CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO*, aff. C-62/86, cons. 70.

²⁴ CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin*, aff. 322/81, cons. 10.

²⁵ Sur l'influence de l'école de Chicago sur l'approche « more economic », voir notamment : D. Gerber, « Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, préf. M.-A. Frison-Roche, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2006, p. 1017-129 ; C. Prieto et D. Bosco, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2013, spec.

fisante prise en compte des effets produits sur le marché par les comportements litigieux. Pour identifier plus finement ces effets, le recours aux modèles économétriques était largement préconisé. Réceptive à la critique, la Commission se dote à partir de 2003 d'un économiste en chef (Lars-Hendrik Röller, formé à Chicago), qui doit fournir des conseils méthodologiques sur l'application de l'économie et de l'économétrie dans la mise en œuvre des règles de concurrence. La Commission réfléchit à cette époque à moderniser son contrôle de concurrence et propose dans un document de réflexion de 2005 de passer à une approche plus économique des abus de position dominante, dite approche « par les effets »²⁶. Cette réflexion a conduit à la publication d'une communication en 2009 prônant un recours plus intensif à l'analyse économique, pour chaque type d'abus de position dominante (d'abus dites « d'éviction » plus précisément)²⁷.

Derrière cette idée assez consensuelle que la mise en œuvre de la règle devait être subordonnée à une analyse économique plus solide des effets produits par les comportements, la Commission opère néanmoins un changement de paradigme plus profond. En reconnaissant que la concurrence ne doit pas avoir pour fonction de protéger les concurrents mais les consommateurs, elle réoriente la définition des finalités assignées à sa politique de concurrence. La Commission préconise ainsi que les pratiques ne puissent être interdites qu'à la suite d'un double examen, consistant, d'une part, à identifier clairement des effets négatifs pour le consommateur et, d'autre part, à examiner les éventuels gains d'efficacité susceptibles de justifier le comportement en cause. En se ralliant à une telle conception de la règle de concurrence, les commissaires à la concurrence vont hisser au rang d'objectif de leur politique de concurrence la promotion de l'efficacité²⁸, appréciée à l'aune du bien-être du consommateur. Cet objectif a colonisé progressivement l'ensemble des branches du droit européen de la concurrence.

p. 199-233; F. Marty, « Towards an Economics of Convention-Based Approach of the European Competition Policy », in R. Diaz-Bone, C. Didry & R. Salais (eds.), *Law and Conventions from a Historical Social Research*, Vol. 40 (2015) 1, p. 94-111; M. Montalban, S. Ramirez-Perez, A. Smith, « EU Competition Policy Revisited: Economic Doctrines Within European Political Work », *Cahiers du GrethA*, n° 2011-33; A.C. Witt, *CML Rev.* 49 (2012), p. 217 (221 et s.).

²⁶ DG Competition, Discussion paper on the application of article 82, Brussels, 2005 : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (consulté le 18 avril 2018).

²⁷ Communication de la Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'exclusion abusives des entreprises dominantes, *JOUE*, 24 février 2009, 2009/C 45/02.

²⁸ L'école de Chicago a contesté la politique antitrust de lutte contre le pouvoir de marché au nom de l'efficacité économique, qui profite au consommateur. En matière de droit de la concurrence, le concept d'efficacité économique se décline en trois composantes : l'efficacité allocative, lorsque chaque ressource est orientée par le mécanisme des prix vers son usage le plus valorisé ; l'efficacité productive, visant des méthodes de production au moindre coût ; l'efficacité dynamique, qui rend compte du processus d'innovation. D. Gerardin, « Efficiency Claims in EC Competition Law and

Pour autant, ni la Commission ni la Cour de Justice de l'Union n'ont complètement délaissé leur approche initiale²⁹. Elles l'ont plutôt complétée par l'admission d'outils économiques plus robustes où les considérations relatives à l'efficacité trouvent davantage leur place. En effet, la structure de la concurrence reste une priorité fondamentale qui suppose de conserver un nombre suffisant d'opérateurs sur le marché. Cette idée a été réaffirmée très clairement par la Cour dans un important arrêt rendu en matière d'ententes. Rejetant l'analyse du Tribunal qui soutenait que l'interdiction d'un accord limitant le commerce d'importation parallèle supposait la démonstration d'une restriction de la concurrence au détriment du consommateur, et donc la nécessaire prise en compte des effets occasionnées par l'accord en cause, la Cour affirme que les règles de concurrence visent à protéger « non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché, et ce faisant la concurrence en tant que telle »³⁰. De même, en matière d'abus de position dominante, la Cour envisage l'atteinte au bien-être du consommateur comme une résultante de l'atteinte au jeu de la concurrence³¹. Si le bien-être du consommateur est reconnu comme un objectif des règles de concurrence, il reste un objectif subalterne, indirect. La liberté économique reste protégée pour permettre au marché de fonctionner, néanmoins la protection de cette liberté n'est plus absolue. C'est en ce sens que l'on interprète l'arrêt *Intel* rendu récemment au sujet d'une pratique de rabais de fidélité³². Dans cette affaire, le Tribunal avait considéré, dans la lignée de la jurisprudence traditionnelle de la Cour, que certains types de rabais de fidélité – les rabais d'exclusivité – avaient « par leur nature même la capacité de restreindre la concurrence »³³. Or, pour la Cour, l'interdiction des abus de position dominante ne vise pas à assurer que des concurrents moins efficaces que l'entreprise dominante restent sur le marché. Au contraire, l'article 102 TFUE est (ré)interprété dans le sens d'une interdiction pour une entreprise dominante « de mettre en œuvre des pratiques produisant des effets d'éviction pour ses concurrents considérés comme étant aussi efficaces qu'elle-même »³⁴. Ce faisant, la Cour valide le recours à un test économique, le test « du

Sector-specific Regulation », in H. Ullrich (éd.), *The Evolution of European Competition Law - Whose Regulation, Which Competition?*, Edward Elgar Publishing, 2006.

²⁹ Catherine Prieto écrivait dès 2006 que la finalité du droit européen de la concurrence n'était pas fondamentalement altérée par les réformes de modernisation, lesquelles n'auraient fait que « recentrer les interdictions sur le véritable pouvoir de nuisance à l'égard de la liberté d'accès au marché » : C. Prieto, « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *Rec. Dalloz* 2006, p. 1603.

³⁰ CJCE, 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline*, aff. C-519/06 P, cons. 63.

³¹ CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark*, aff. C-209/10, cons. 44.

³² CJUE, Grde Ch., 6 septembre 2017, *Intel*, aff. C-413/14 P, comm. A.-L. Sibony, *Concurrences* n° 4-2017, p. 90-96.

³³ TUE, 12 juin 2014, *Intel*, aff. T-286/109, cons. 85.

³⁴ CJUE, Grde Ch., 6 septembre 2017, *Intel*, préc., cons. 136.

concurrence aussi efficace » que la Commission s'était engagée à mettre en œuvre dans sa communication de 2009³⁵. La liberté qui, sans doute, reste intrinsèquement associée à la préservation du marché intérieur n'est plus inconditionnelle. Elle ne profite qu'aux concurrents dits « efficaces »³⁶.

On pourrait saluer cet art de la synthèse consistant pour la Cour à ré-affirmer l'importance de la structure du marché (et des libertés économiques subséquentes) tout en faisant droit aux considérations d'efficacité. L'arrêt *Intel* nous livrerait avec éclat une illustration de la manière dont la Cour procède pour régler le désaccord³⁷. La jurisprudence de la Cour aboutirait ainsi à une sorte de rééquilibrage des finalités assignées à la politique de concurrence de l'Union. On voudrait montrer tout au contraire que cette jurisprudence recèle une contradiction irréductible, qui ne se dévoile pas tant dans l'affirmation des objectifs des règles de concurrence que dans une certaine représentation de la règle de droit.

II. Deux représentations antinomiques de la règle de droit

C'est en restituant le couple liberté/efficacité dans le cadre des différents courants de la pensée économique qui ont spécialement prôné ces deux valeurs que se révèle la portée philosophique de l'antagonisme consacré en droit européen de la concurrence. En prolongeant la ligne de confrontation sommairement présentée ci-dessus, on peut voir que la protection de la liberté participe d'une approche « déontologique » du droit (A), tandis que la promotion de l'efficacité suppose l'adhésion à une conception conséquentialiste du droit³⁸ (B).

³⁵ Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'exclusion abusives des entreprises dominantes, préc, points 23 et s : « la Commission n'interviendra que lorsque les pratiques considérées ont déjà entravé ou sont susceptibles de nature à entraver la concurrence d'entreprises [...] aussi efficaces que l'entreprise dominante ». La Cour s'est référée pour la première fois à cette notion dans l'arrêt CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark*, aff. – CO9/10. Sur ce test, voir A. Komninos, D. Bosco, F. Marty, S. Sakellariou, H. Zenger, « Le test de l'opérateur aussi efficace : une nouvelle ère ? », *Concurrences*, 2013 n°3, p. 12 et s.

³⁶ L'expression « concurrent aussi efficace », qui est la traduction de l'expression « *As efficient competitor test* », montre que les autorités européennes de concurrence ne distinguent pas expressément entre efficacité et efficience. En l'occurrence, l'expression « concurrent aussi efficace » eût sans doute été plus judicieuse dans la mesure où le test mesure le degré d'efficience productive (examen du ratio prix/coûts de production).

³⁷ Sur la manière dont le désaccord est surmonté par la Cour de Justice, voir L. Azoulai, « Culture de l'argumentation et déconstruction du désaccord dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne », in J.-Y. Chérot (dir.), *La construction de l'accord et du désaccord en droit, méthodes et épistémologie du désaccord*, Cahiers de méthodologie juridique 2016-5, p. 1935.

³⁸ L'opposition déontologie/conséquentialisme procède ici d'une tentative de reconstitution de la portée des discussions analysées dans le champ de l'ordolibéralisme en tant qu'elles permettent d'appréhender le droit positif de la concurrence de l'Union européenne. Cette opposition a par ailleurs été investie par Ronald Dworkin qui envisageait les droits comme des principes déontolo-

A. *Liberté et approche déontologique de la règle de droit*

Si la première phase de formation de la politique de concurrence s'est traduite par la volonté de protéger les libertés des opérateurs, ce n'est pas seulement le résultat des liens établis par la Commission et la Cour de Justice, sur le fondement du traité, entre règles de concurrence et réalisation du marché intérieur. C'est aussi parce que l'interprétation faite des règles de concurrence s'est laissée grandement influencer par les théories ordolibérales de la concurrence³⁹. Or derrière l'importance dévolue à la liberté dans la doctrine ordolibérale, gît toute une réflexion théorique sur le statut de la règle de droit, une réflexion encore très présente chez certains juristes allemands qui continuent à leur manière d'alimenter et de structurer le débat entre liberté et efficacité. Le système de pensée ordolibéral repose en effet sur une conception éthique de la concurrence, qui puise ses fondements dans la philosophie de Kant et s'avère favorable à l'autonomie du droit.

Précisons d'abord que si les ordolibéraux ont placé la liberté au cœur de leur programme dogmatique, cela ne signifie pas que les préoccupations relatives à l'efficacité aient été totalement absentes de leurs réflexions, en particulier pour ce qui concerne la première génération d'ordolibéraux. S'ils prônent à travers le concept de constitution économique le choix du système d'économie de marché, c'est aussi parce que ce système économique est jugé efficace, fonctionnel, pour opérer la répartition des richesses, notamment dans une société industrialisée⁴⁰. Le système de planification serait impraticable en raison des difficultés à maîtriser des connaissances suffisantes sur des données de plus en plus complexes. Mais les considérations d'ordre éthique comptent tout autant⁴¹. Le bon fonctionnement de l'ordre concurrentiel est une condition pour permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine⁴². Lorsque Walter Eucken souligne la nécessité

giques devant primer sur toute considération conséquentialiste ou utilitariste : Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 ; R. Dworkin, « Why Efficiency ? », *Hofstra L. Rev.*, 1980, p. 563-590.

³⁹ Sur ce courant de pensée qui s'est développé en Allemagne dans les années 1930 à partir de la coopération entre juristes et économistes au sein de l'université de Fribourg-en-Brisgau, voir H. Rabault, *L'ordolibéralisme, Aux origines de l'école de Fribourg-en-Brisgau*, L'Harmattan, 2016 ; voir aussi P. Commun, *Les ordolibéraux. Histoire d'un libéralisme à l'allemande*, Les Belles Lettres, 2016.

⁴⁰ Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à C. Mongouachon, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, n° 4-2011, p. 70-78.

⁴¹ W. Eucken, « Die Überwindung des Historismus », *Schmollers Jahrbuch* 62, 1938, p. 81 : pour l'économiste, qui critiquait toute « absolutisation » de l'économie, il ne saurait y avoir de primat de l'économie sur l'éthique, cité par R. Klump et M. Wörsdörfer, « Über die normativen Implikationen des Ordoliberalismus für die moderne Wirtschaftsethik », *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik*, 2009, p. 322-339, spéc. p. 325.

⁴² W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, 1952/2004, p. 166 : « La tâche reste toujours la même : la création d'un ordre fonctionnel et juste (*i.e.* respectueuse de la dignité humaine. [...]). Le caractère fonctionnel est une question d'équilibre. Mais ce n'est pas moins une question de justice ».

de concevoir un ordre à la fois efficace et juste, il signifie que l'économie de marché mérite d'être protégée non seulement parce que les besoins matériels essentiels seront mieux satisfaits, mais aussi parce que les conditions de réalisation et d'épanouissement de la personne humaine seront mieux respectées.

À travers la mise en place d'un ordre concurrentiel, c'est donc une certaine conception de l'humanité qui est en jeu et qui s'inscrit clairement dans la tradition kantienne de la liberté⁴³. La concurrence est conçue dans la perspective ordolibérale originelle (différente de celle qui sera ensuite proposée par Hayek) comme un ordre qui doit être construit par des règles, et si besoin, par une intervention de l'État. Loin d'être erratique, cette intervention dans l'économie doit être organisée par des principes et soumise au respect de règles. « Comme l'État de droit, l'ordre concurrentiel doit créer un cadre dans lequel la libre activité de l'individu est limitée par la sphère de libertés de l'autre »⁴⁴. Dans cette proposition d'appliquer à la sphère économique le modèle de l'État de droit s'exprime une conception kantienne de la liberté dont on a souvent expliqué qu'elle comportait une double dimension, à la fois négative et positive⁴⁵. C'est dans l'identification d'une dimension positive de la liberté que réside tout l'apport de l'ordolibéralisme au droit économique. Dans son passage sur liberté et pouvoir, Eucken explique comment la liberté a pu tout à la fois créer l'industrialisation avant d'être mise en danger par celle-ci⁴⁶. La liberté, telle qu'elle a été systématisée aux 18^e et 19^e siècles, est la seule forme possible d'existence humaine pour cet économiste puisque « sans liberté, sans autonomie spontanée, l'être humain n'est tout simplement pas un être humain »⁴⁷. C'est cette sphère de liberté, que le droit doit garantir, mais qu'il doit aussi limiter pour proté-

⁴³ Les liens entre l'ordolibéralisme et la philosophie de Kant ont peu été explorés. Voir toutefois : R. Klump et M. Wörsdörfer, « Über die normativen Implikationen des Ordoliberalismus für die moderne Wirtschaftsethik », préc. ; O. J. Schumann et H. G. Nutzinger, « Ordoliberalismus und Gerechtigkeit: zum Verhältnis von Eucken und Kant », *Joint discussion paper series in economics*, 2009, n° 48.

⁴⁴ W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, préc., p. 250.

⁴⁵ Kant évoque cette double dimension dans *Fondements de la métaphysique des mœurs* : après avoir insisté sur l'idée que la volonté ne doit pas être déterminée par des lois causales, Kant explique que cette « définition de la liberté est négative et par conséquent elle ne nous en fait pas saisir l'essence mais elle conduit à un concept positif de la liberté [...] (qui) doit être une causalité agissant d'après les lois immuables [...] Que peut donc être la liberté de la volonté, sinon une autonomie, c'est-à-dire une propriété qu'a la volonté d'être elle-même une loi ? » (*Métaphysique des mœurs*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1988). La distinction entre deux acceptions de la liberté, négative et positive, a ensuite été spécialement explicitée par Isaiah Berlin, *Four essays on liberty* (1969), *Éloge de la liberté*, Calmann-Lévy, 1988 : la liberté négative réside dans l'absence de contrainte, d'arbitraire ou d'interventions étatiques, tandis que la liberté positive comprend la liberté de s'autodéterminer, et donc l'autonomie dans le sens kantien du terme.

⁴⁶ W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, préc., p. 175.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 176. Eucken reprend ensuite une citation de Kant (« L'obstacle métaphysique de toute morale est le refus de la liberté »).

ger la sphère de liberté de tous⁴⁸. Or si Eucken reconnaît au droit constitutionnel et au concept de l'État de droit le mérite de protéger la liberté des individus contre la contrainte de l'État (à travers la séparation des pouvoirs ou la garantie de droits fondamentaux)⁴⁹, il considère que cette liberté est désormais menacée par les individus eux-mêmes lorsque ceux-ci disposent du pouvoir économique. Proclamées formellement par le droit, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle se trouvent *de facto* annihilées face au « droit auto-crée de l'économie »⁵⁰, c'est-à-dire les règles qu'imposent les entreprises aux individus. La concentration économique menace l'exercice des libertés individuelles exactement comme peut le faire la concentration du pouvoir politique et c'est pourquoi le concept d'État de droit doit être prolongé à la matière économique.

Cette dimension positive de la liberté imprègne la théorie ordolibérale des règles de concurrence. Il ne suffit pas de libérer l'individu de la contrainte étatique mais il faut encore donner à chacun la possibilité d'exercer sa propre liberté en limitant celle des autres. En ce sens, on peut dire que la liberté de concurrence est conçue selon un rapport égalitaire. Pour le juriste Böhm, cette contrainte assignée à la liberté individuelle ne provient pas d'une quelconque autorité politique, mais découle d'une donnée de fait, de la vie en société. « L'égle liberté de tous assigne à la liberté de chacun une limite immanente et constitue dans cette mesure [...] une forme de contrainte »⁵¹. Cette réflexion théorique sous-jacente au concept de liberté anime la conceptualisation d'un droit de la concurrence qui se fonde sur une compréhension matérielle de la liberté contractuelle. Garantir la libre détermination du contrat ne doit pas consister seulement à supprimer les obstacles à la réalisation de la volonté mais aussi à s'assurer que le contenu du contrat permette de réaliser une certaine équivalence entre les sujets⁵². C'est en recourant au concept kantien de la liberté que le juriste contemporain Mestmäcker, disciple de Franz Böhm, propose de définir l'objectif du droit de la concurrence consistant à « garantir un système de concurrence dans lequel la liberté de concurrence de l'un puisse être compatible avec l'égle liberté de tous les autres »⁵³. On comprend

⁴⁸ *Ibid.* : Lorsque l'individu respecte cette sphère de libertés des autres, il exerce son humanité. Liberté, humanité et droit sont inextricablement liés.

⁴⁹ W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, préc., p. 48.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 51.

⁵¹ F. Böhm, « Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft », in *ORDO* 17 (1966), p. 75-151, spéc. p. 89.

⁵² Cette conception matérielle de la liberté contractuelle est devenue aujourd'hui dominante dans la doctrine allemande (voir J. H. Klement, *Wettbewerbsfreiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 190, note 185, citant J. Limbach, *JuS* 1985, p. 1980, et d'autres références). Cette compréhension positive du concept de liberté a été particulièrement critiquée par le juriste K. W. Nörr, *Die Leiden des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1994, p. 223 et s.

⁵³ E.-J. Mestmäcker, « Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik », in Monopolkommission (éd.), *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik*, Baden-Baden, Nomos,

que la liberté de concurrence ait pu être envisagée comme la possibilité offerte à tous les participants au marché de s'y développer dans une mesure suffisante⁵⁴. Seul un ordre concurrentiel dans lequel les positions des acteurs sur le marché sont limitées permet d'offrir un maximum de droits et libertés à chacun.

Cette composante positive de la liberté semble avoir été relativisée par la seconde génération d'ordolibéraux qui, sous l'influence de Hayek, s'est montrée résolument hostile à toute idée « constructiviste »⁵⁵ de la concurrence. Il n'en reste pas moins un héritage de la philosophie kantienne commun à l'ordolibéralisme qui ne marque pas seulement le contenu programmatique des règles de concurrence mais, plus fondamentalement, détermine une certaine conception théorique de la règle de droit⁵⁶, que nous qualifions déontologique. Le terme « déontologique » met en lumière le clivage philosophique qui l'oppose à l'approche plus économique, dont nous dirons un peu plus loin qu'elle est d'inspiration « conséquentialiste ». Il se justifie également en tant que tel eu égard à la pertinence de l'« impératif catégorique » pour une conception à la fois universelle et non instrumentale de la règle de droit qui est celle défendue par les ordolibéraux.

Autonomie de la volonté individuelle subordonnée au respect d'une loi universelle, et valeur intrinsèque de la personne humaine, envisagée comme « comme une fin, et jamais simplement comme un moyen »⁵⁷; ces deux maximes kantiennees sont intrinsèquement reliées dans la recherche ordolibérale de règles générales et abstraites qui puissent être valables pour elles-mêmes. Cette insistance sur l'idée que l'ordre concurrentiel repose sur des règles clairement définies et applicables à tous est exprimée depuis fort longtemps. Franz Böhm, recourant dès 1937 à la métaphore (sportive) des « règles du jeu » insistait sur l'exigence du respect de la norme⁵⁸. Mais cette métaphore sera reprise par la nouvelle école de Fribourg pour préciser que les règles du jeu ne doivent pas être orientées vers un but prédéfini. Garantir à chacun l'exercice de ses libertés suppose de les soustraire à l'emprise d'objectifs collectifs, que ces objectifs soient politiques, sociaux ou économiques.

2005, p. 19-35, spéc. p. 28.

⁵⁴ E. Hoppmann, « Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs », in E. Hoppmann (éd.), *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, Baden-Baden, Nomos, 1988, p. 235, spéc. p. 242.

⁵⁵ Viktor Vanberg précise par exemple que si le droit de la concurrence peut exclure certains comportements de la concurrence, les comportements autorisés ne peuvent pas être définis de façon positive : in V. Vanberg, « Privatrechtsgesellschaft und Ökonomische Theorie », in V. Vanberg (éd.), *Wettbewerb und Regelordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 71 (spéc. p. 85).

⁵⁶ Sur l'articulation entre économie du droit et théorie du droit, spécialement chez Hayek et Posner, voir B. Deffains et S. Ferey, *Agir et juger. Comment les économistes pensent le droit*, Paris, Panthéon-Assas, 2010, 123 p.

⁵⁷ E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, préc.

⁵⁸ F. Böhm, *Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart, 1937, p. 126.

Une distanciation s'effectue avec le concept de concurrence complète auquel adhéraient les premiers ordolibéraux. Trop statique, ce concept s'avère être aussi un concept hétéronome, c'est-à-dire qu'il repose sur une représentation définie par le politique de ce que doit être le résultat de la concurrence au service de laquelle les opérateurs seraient en fin de compte instrumentalisés⁵⁹. C'est le fond de la critique qu'adresseront à partir des années 1980 les ordolibéraux aux tenants de l'école de Chicago. S'ils contestent l'application à la matière concurrentielle de raisonnements fondés sur un objectif d'efficacité, alors même que cet objectif implique un recul de l'interventionnisme politique, c'est parce que l'application de la règle ne peut en aucun cas dépendre d'un objectif extérieur⁶⁰. L'efficacité ne peut être pour Hayek ou Hoppmann qu'une conséquence accessoire, indirecte, d'une politique de concurrence orientée vers la liberté⁶¹. Vanberg propose une articulation particulièrement ambitieuse des relations entre liberté et efficacité. Si des considérations relatives à l'efficacité ou à d'autres valeurs peuvent être discutées, ce serait au niveau constitutionnel (lors de la définition de la règle), mais non au niveau sous-constitutionnel (lors de l'application de la règle)⁶². De même, si les règles du jeu produisent bien un effet, ce n'est pas de cet effet que doit dépendre la mise en œuvre de la règle. Ainsi il convient de distinguer et de ne pas confondre le processus concurrentiel, qui s'exerce dans le cadre des règles, et le résultat auquel aboutit ce processus.

On comprend que ce refus du conséquentialisme conduise à privilégier une approche formaliste du droit. Sous l'empire d'une loi générale, abstraite, et non finalisée, l'individu peut définir lui-même ses propres fins⁶³. Le droit doit donc reposer sur des règles « *per se* ». Cela signifie que les normes juridiques restent valables même si leur application au cas particulier conduit à un résultat dommageable ou insensé⁶⁴. L'idée est partagée non seulement par Hayek mais aussi par Hoppmann qui précise que les règles de concurrence « ne doivent dépendre que de circonstances dont on peut attendre qu'elles puissent être connues ou constatées par les intéressés »⁶⁵. La règle *per se* doit être univoque en précisant clairement à son destinataire ce qu'il peut faire ou non. Pour Mestmäcker, ces

⁵⁹ W. Möschel, *Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz*, Mohr Siebeck, 1978, p. 42, cité par J. H. Klement, *Wettbewerbsfreiheit*, préc., p. 205.

⁶⁰ Sur la portée instrumentale de la règle de droit chez Posner, voir B. Deffains et S. Ferey, *Agir et juger. Comment les économistes pensent le droit*, préc., p. 11 et s.

⁶¹ J. H. Klement, *Wettbewerbsfreiheit*, préc., p. 207

⁶² V. Vanberg, « Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Effizienz – Die ordnungsökonomische Perspektive », in *Evolution und freibewerblicher Wettbewerb*, Mohr Siebeck, 2009, p. 107-126, spéc. p. 115-116.

⁶³ F. v. Hayek, *Droit, législation et liberté*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd., 2013, se réfère à Kant pour évoquer le caractère non finalisé des règles du comportement juste.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ E. Hoppmann, « Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts », in E. Hoppmann, E.-J. Mestmäcker (éds.), *Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Mohr Siebeck, 1974, p. 5-20, spéc. p. 14.

règles présentent le mérite de pouvoir être mises en œuvre et exécutées sans donner lieu à un pouvoir d'appréciation de politique économique⁶⁶. L'obligation de se conformer à une concurrence par les mérites, telle que la règle avait été dégagée par Franz Böhm, est une règle *per se*⁶⁷. Souvenons-nous, c'est cette exigence de concurrence par les mérites qui avait permis à la Cour de considérer initialement que les rabais d'exclusivité pratiqués par une entreprise dominante étaient, par nature, anticoncurrentiels. En traçant une frontière claire entre comportements autorisés et non autorisés, la Cour protégeait en quelque sorte la liberté des opérateurs « pour elle-même », une liberté tournée vers la protection des possibilités d'action de l'ensemble des personnes intéressées au processus concurrentiel. Plus encore que la défense de la liberté, c'est la défense d'une certaine conception de la règle qui était en jeu, une conception que nous pouvons donc maintenant qualifier de déontologique, puisqu'elle se caractérise par le refus de subordonner l'interdiction d'un comportement à l'examen d'une situation de concurrence jugée optimale sur la base de tel ou tel critère. Et c'est là qu'on voit poindre tout ce que la jurisprudence *Intel* comporte de contradiction à vouloir maintenir l'exigence d'une concurrence par les mérites tout en l'assortissant d'une réserve d'efficacité. Si la Cour en était restée à une lecture déontologique de l'interdiction de l'abus de position dominante, elle n'aurait pas pu faire dépendre le sort du concurrent dominé de son niveau d'efficacité. Elle aurait protégé sa liberté d'exister « pour elle-même ». En se ralliant à une logique d'efficacité, la Cour va inscrire son raisonnement dans un tout autre courant de la philosophie morale.

B. Efficacité et conséquentialisme de la règle de droit

On a vu plus haut que la nouvelle approche promue par la Commission était qualifiée d'approche plus économique (*a more economic approach*). Ce qualificatif peut prêter à débat. Il apparaît cohérent, de prime abord, avec la volonté d'introduire davantage de tests économiques, dotés d'une certaine robustesse mathématique, dans la mise en œuvre des règles de concurrence. Moderniser les règles européennes de concurrence supposait en ce sens de dépouiller ce droit de toutes ses considérations prétendument morales. Une partie de la doctrine, essentiellement anglo-saxonne, qui réclamait ce changement de perspective, s'était livrée à un réexamen critique de tous les concepts qui avaient pu être à l'origine du caractère trop formaliste de la jurisprudence européenne⁶⁸. Décrits pour leur

⁶⁶ E.-J. Mestmäcker, *Der veraltete Wettbewerb*, Mohr Siebeck, 1984, p. 31 cité par J. H. Klement, *Wettbewerbsfreiheit*, préc., p. 223.

⁶⁷ En ce sens, J. H. Klement, *Wettbewerbsfreiheit*, préc., p. 217, qui montre que la concurrence par les mérites obéit à l'idéal d'une justice commutative.

⁶⁸ Voir par ex., L. Lovdahl Gormsen, « Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to? », (2005) 2(2) *Comp. L.Rev.*, p. 5-25.

connotation morale, les notions de concurrence par les mérites, d'égalité des chances, de responsabilité particulière, ont tour à tour été contestées. L'idée, au fond, est que la sanction d'une règle doit être attachée aux conséquences réelles d'un acte sans lien avec une quelconque notion de faute⁶⁹.

Ainsi le procès engagé a-t-il pu se présenter comme étant celui de la science économique (une approche « plus » économique) contre les sciences morales. Mais n'était-il pas également un débat d'ordre éthique? Chacun sait que se moquer de la philosophie, c'est encore philosopher. C'est qu'en essayant de chasser une conception morale du droit de la concurrence au profit d'une approche jugée plus économique, on réintroduit à coup sûr une autre lecture de la règle qui n'en est pas moins imprégné d'une certaine conception éthique de la concurrence et de la règle de droit⁷⁰. En plaçant la règle de concurrence au cœur d'une analyse centrée sur l'efficacité, les promoteurs de l'approche économique peuvent difficilement occulter qu'ils adoptent une posture éthique, qui est celle du conséquentialisme⁷¹, aussi analysée sous l'angle de l'utilitarisme⁷² qui s'est transmise à l'analyse économique du droit, autour des critères de l'optimum de Pareto et d'efficacité de Kaldor-Hicks. On pourrait objecter que selon Posner, l'analyse économique du droit n'était pas conçue comme une discipline prescriptive, mais neutre du point de vue de ses finalités. C'est d'ailleurs pourquoi la philosophie du droit n'y trouve pas sa place⁷³. En recourant à un outil rationnel de type coûts/bénéfices, l'analyse permettrait simplement d'indiquer les meilleurs moyens disponibles pour réaliser les objectifs recherchés (par les politiques ou les juges)⁷⁴. Certains auteurs ont bien montré que le positivisme dont se réclame l'école de Chicago n'était pas un positivisme de type épistémologique car il ne distingue pas entre ses propositions et ses prescriptions⁷⁵. Si le formalisme du droit est contesté, ce serait finalement au profit d'un autre formalisme⁷⁶. Mise à nue, la réflexion qui sous-tend la conception des relations entre droit et économie

⁶⁹ Sur la disjonction du lien entre sanction et faute introduite par l'analyse économique du droit, voir E. Picavet, « L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité », *Klesis, Revue philosophique*, 2011, n° 21, p. 192-217, spéc. p. 199.

⁷⁰ En ce sens, E. Picavet, « L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité », préc., p. 205.

⁷¹ Pour une telle qualification, E. Picavet, « L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité », préc., p. 205, également R. Lanneau, « Néolibéralisme, droit et marchés », in S. Dormont et T. Perroud (dir.), *Droit et marché*, LGDJ, coll. Droit & économie, 2015, p. 45-63, spéc. p. 57.

⁷² En ce sens, E.-J. Mestmäcker, *A Legal Theory Without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 21. B. Deffains et S. Ferey, *Agir et juger. Comment les économistes pensent le droit*, préc., p. 11.

⁷³ R. A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2004, p. 2 et 3.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 124.

⁷⁵ L. Zevounou, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, préc., p. 368.

⁷⁶ En ce sens également, E. Millard, « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *Droit Prospectif* n° 22, 2009, p. 2523-2528.

peut alors être critiquée. Le postulat du choix rationnel et la mise en œuvre d'une analyse coûts/bénéfices mettent à mal l'autonomie et la rationalité interne du droit. Mestmäcker a montré à cet égard toute la divergence qui oppose Posner à Hayek dans leur façon d'appréhender le rapport entre droit et économie. Alors que l'analyse de Posner suppose de retirer au droit sa propre rationalité interne, le système économique de Hayek est un système de libertés fondé sur un ordre juridique qui conçoit les libertés économiques comme des droits individuels⁷⁷. Interpréter une règle de droit à l'aune d'une analyse coûts/bénéfices s'avère radicalement incompatible avec toute théorie exigeant que le droit et les valeurs qu'il consacre soient respectés pour eux-mêmes⁷⁸. Le refus d'instrumentaliser la règle de droit est en définitive un refus d'instrumentaliser l'être humain. De ce questionnement éthique, les ordolibéraux ne se privaient jamais, rejetant tout système économique qui réduirait l'être humain à un simple moyen⁷⁹. C'est dans cette continuité que Mestmäcker et autres juristes proches de l'ordolibéralisme entretiennent le dialogue sur les finalités du droit de la concurrence. Si l'économie peut avoir une fonction instrumentale, il n'en va pas de même de la règle de droit qui doit être respectée pour elle-même⁸⁰. Le droit ne saurait être un simple moyen d'obtenir d'autres biens, mais revêt une importance intrinsèque⁸¹. Quelle distance avec le refus de Posner de voir dans le droit une discipline autonome⁸²!

Si l'on admet au terme de cette présentation être en présence de deux approches philosophiques différentes de la règle de droit, consistant soit à valoriser la liberté dont dispose l'individu pour ce qu'elle signifie intrinsèquement, soit à l'évaluer à l'aune des avantages qu'elle procure, on peut se demander comment la Cour parvient désormais à faire cohabiter la divergence. Revenons une dernière

⁷⁷ E.-J. Mestmäcker, *A Legal Theory Without Law*, préc., p. 22.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 48.

⁷⁹ W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, préc., p. 77 : « Est-il possible de concevoir un système économique dans lequel les êtres humains ne sont pas que des moyens au service d'une fin ? » s'interroge l'auteur. De même le juriste Franz Böhm refuse en 1937 tout ordre social qui réduirait l'individu à la figure de l'*Homo oeconomicus*, d'un être humain égoïste et avide de profits, cité par M. Wördsdörfer et C. Dethelfs, « *Homo oeconomicus* oder *Homo culturalis*? – Aktuelle Herausforderungen für das ordoliberalen Menschenbild », *ORDO*, Lucius & Lucius, Stuttgart, 2012, vol. 63, p. 135-157, spéc. p. 140.

⁸⁰ E.-J. Mestmäcker, « Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung », in *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung? Tübingen*, 1975, p. 383-419.

⁸¹ Dans l'expression d'une telle intransigeance apparaissent aussitôt toutes les limites d'une approche déontologique du droit – ne serait-ce qu'au regard de la place que le projet européen assigne au droit. Mais il ne rentre pas dans le cadre de cette contribution d'entamer une telle contre-critique, l'objet étant seulement d'en dévoiler l'opposition avec l'approche conséquentialiste du droit.

⁸² R. A. Posner, R. A., « The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962 – 1987 », *Harvard Law Review*, 100 (4), 761-780, cite par S. Harnay et A. Marciano, « L'analyse économique du droit - Éléments de rupture et de continuité des années 1970 à aujourd'hui », *Économie publique/Public economics* [En ligne], 26-27 | 2011/1-2, URL : <http://economiepublique.revues.org/8694> (consulté le 2 mai 2018).

fois sur l'arrêt *Intel*, dont on a vu qu'il avait permis à la Cour de Justice de réintroduire dans son raisonnement une référence aux « concurrents aussi efficaces ». La Cour ne remet pourtant pas en cause sa jurisprudence *Hoffmann-La Roche*, selon laquelle une pratique de rabais de fidélité conditionnée à une clause d'exclusivité d'approvisionnement constitue un abus de position dominante, jurisprudence dont on a pu montrer le caractère formaliste. La Cour semble avoir trouvé un moyen habile de faire coexister ces deux approches. Elle résout la contradiction à l'aide d'un moyen d'ordre procédural. Elle précise ainsi que ce n'est que dans l'hypothèse où l'entreprise « soutient, au cours de la procédure administrative, éléments de preuve à l'appui, que son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire les effets d'éviction reprochés »⁸³ que la Commission sera tenue de recourir au test du concurrent aussi efficace. Certains commentateurs ont déjà souligné ce que cette solution pouvait avoir d'artificiel, tant il semble évident que l'entreprise dominante, entourée de ses conseils les plus experts, sollicitera systématiquement l'examen des effets d'éviction⁸⁴. Ce n'est pas là le moindre des paradoxes pour un droit économique dont la doctrine exigeait à juste titre qu'il aille « au devant des faits »⁸⁵, et des valeurs⁸⁶, de sacrifier ainsi sa capacité à structurer les rapports de force économique.

⁸³ CJUE, Grde Ch., 6 septembre 2017, *Intel*, préc., cons. 138.

⁸⁴ A.-L. Sibony, « Analyse économique : la Cour de Justice de l'Union européenne, en grande chambre, ouvre le prétoire à l'analyse économique, jugeant que, en matière de rabais fidélisants aussi, il faut prendre au sérieux l'analyse des effets d'éviction », *Concurrences*, n° 4-2017, p. 90-96.

⁸⁵ G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 108 ; G. Farjat, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, n° 0, 1986, p. 9 et s.

⁸⁶ J.-B. Racine, F. Siirainen, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 2007/3, p. 259-291, spéc. p. 286.

