Image not found or type unknown

L'analyse économique du droit de la concurrence: historique, comparaison, classification

publié le **17/02/2012**, vu **27615 fois**, Auteur : Mourad Medjnah

Force est de reconnaître que le droit et l'économie sont intimement imbriqués en matière d'analyse de la concurrence, le subjectif n'étant pas antagoniste de l'objectif. En effet, le droit de la concurrence prévoit des règles applicables à des faits, constitués par des pratiques et des opérations de nature économiques.

Introduction

La comparaison des droits communautaire et américain de la concurrence constitue un préalable nécessaire pour comprendre l'influence grandissante de l'approche économique sur le droit de la concurrence en général. Leur comparaison doit nécessairement inclure une perspective historique eu égard à leurs différences et l'antériorité du second sur le premier[1]. Les deux droits ont en effet empruntés des voies opposées pour fonder l'appréciation du caractère anticoncurrentiel d'une pratique ou d'une opération. De telles différences tiennent, à notre sens, à la spécificité même de leur passé et de leurs politiques antérieures qui se sont prolongées au fil du temps, en raison de l'expérience acquise et de l'apparition de nouveaux systèmes d'analyse économiques du droit de la concurrence.

L'analyse économique du droit, ou économie du droit[2] (ou *« Law and Economics »* selon la terminologie anglo-saxonne[3]) s'apparente à un courant de philosophie du droit en ce qu'elle a pour ambition de fournir les bases d'une évaluation économique des règles juridiques. Plus précisément, l'économie du droit peut être définie comme l'application des outils d'analyse et des critères de jugement des économistes à l'application des outils d'analyse des règles de droits[4]. La réflexion sous-tendue par l'analyse économique du droit pourrait nous renvoyer au débat qui consiste à opposer les deux disciplines dans le but de faire triompher l'une des deux sur l'autre. Le droit a pour fonction de poser comme règles contraignantes les valeurs et les comportements regardés, eu égard à une politique juridique établie, et, pour ce qui est de la procédure, de fixer les modalités de mise en œuvre desdites règles. Le droit constitue dès lors une discipline subjective. À l'inverse, l'économie a pour rôle de décrire, d'expliquer et de prévoir les mécanismes de création, de circulation et de distribution des richesses sur un marché. L'économie se distingue donc du droit en ce qu'elle est objective, c'est-à-dire qu'elle se fonde sur les faits. Pour autant, force est de reconnaître que le droit et l'économie sont intimement imbriqués en matière d'analyse de la concurrence, le subjectif n'étant pas antagoniste de l'objectif. En effet, le droit de la concurrence prévoit des règles applicables à des faits, constitués par des pratiques et des opérations de nature économiques. Des notions économiques (marché pertinent, barrières à l'entrée, atteinte à la concurrence, prix prédateurs, etc.) sont par ailleurs à l'origine de la qualification juridique de pratiques (entente anticoncurrentielle, abus de position dominante, etc.)

et du régime à y appliquer. De plus, la mise en œuvre des règles de concurrence nécessite des juristes qu'ils comprennent et maîtrisent des concepts issus de la science économique qui explique le fonctionnement du marché. Ainsi, il ne fait, à notre sens, aucun doute que le *« mariage du juridique avec l'économique »*[5] ne supprime pas les catégories juridiques existantes, mais les intègrent dans une approche économique. La définition que le Professeur Marie-Anne Frison-Roche a donné du droit économique nous paraît exactement correspondre à cette idée et à la conception qui est la nôtre du droit de la concurrence vu comme « […] *un droit qui donne la priorité à son objet et en épouse les contours. Il s'inscrit dans une perspective téléologique, c'est-à-dire qu'il part des effets qu'il souhaite obtenir sur l'objet et utilise la règle comme un instrument »*[6].

Cette incorporation de l'économique au juridique trouve ses racines aux États-Unis avec la mise en exergue de deux courants principaux de pensée économique. En effet, l'intégration des préoccupations économiques dans l'examen concurrentiel des autorités de contrôle résulte, dans un premier temps, des travaux issus de l'École de Harvard (I), puis, dans un élan de perfectionnement, des travaux de l'École de Chicago (II). Leur influence sur la jurisprudence américaine est indéniable. Dès les années 60, la Cour Suprême chercha à adopter une appréciation purement économique des activités affectant le commerce dans le but d'assurer la protection de la concurrence et non des concurrents[7].

Plusieurs décennies après la création du premier droit *antitrust* américain, l'Europe a commencé à développer un système juridique pour réguler la concurrence *via* l'application des règles générales du Traité de Rome de 1957, prohibant les ententes anticoncurrentielles, les abus de position dominante et les aides d'État restrictives de concurrence. L'édification d'un droit communautaire de la concurrence, achevé et moderne, a certes été tardive au sein de l'Union européenne. Cependant, les mutations en profondeur de cette branche du droit, commencées à la fin des années 90 sous l'influence de l'école de pensée ordolibérale (III), ont incontestablement érigé le droit communautaire de la concurrence au rang de droit moderne. La modernisation repose fondamentalement sur une meilleure répartition des rôles en matière de régulation de la concurrence entre les autorités de concurrence des États membres et la Commission européenne.

I.- Le courant structuraliste de l'École de Harvard :

L'École de Harvard (ou École structuraliste ou encore École de la concurrence praticable) a été orchestrée suite à la crise de 1929 d'abord par Edouard Hastings CHAMBERLIN, enseignant à l'Université de Harvard et auteur, en 1933, de *« La théorie de la concurrence monopolistique »*[8], puis par Edward MASON, dans les années 40, et Joe BAIN, dans les années 50. Ils sont les initiateurs d'une économie industrielle indépendante, de nature plutôt empirique.

Le concept majeur de l'École structuraliste réside dans la notion de concurrence praticable (ou *« praticable competition »*). La concurrence praticable est un concept forgé par John Maurice CLARK en 1940[9], qui estime que compte tenu de l'absence de concurrence pure et parfaite dans la vie économique réelle, il y a concurrence dès lors simplement que le marché est fluide. Ce modèle de concurrence praticable s'inscrit dans le paradigme « S-C-P » (ou « Structure – Conduct – Performance »). Ce paradigme s'articule autour de trois séries de critères interdépendants :

- la structure du marché (caractérisée par la présence ou l'absence de barrières à l'entrée et la mauvaise ou bonne information des entreprises),

- les comportements des agents économiques (soit une rivalité intense exercée entre les différents concurrents et une absence de discrimination déraisonnable, soit une collusion tacite ou expresse

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

entre les acteurs de marché),

- la performance du marché (en tenant en compte du niveau des prix, de la production et de l'innovation).

En vertu de ce paradigme, la structure du marché conditionne la concurrence qui y règne. La relation entre la structure du marché et le pouvoir de marché dépend essentiellement des conditions d'entrée sur le marché, à savoir l'existence de barrières à l'entrée, qui sont définies par Joe BAIN *comme « l'ampleur de l'élévation de prix au-dessus des coûts moyens de production et de distribution que les entreprises peuvent imposer sans que cela ne conduise à l'entrée de nouveaux concurrents »*[10]. Pour l'auteur, le pouvoir de marché augmente avec le degré de concentration du marché et la difficulté d'y entrer. Ainsi la théorie de l'École structuraliste insiste sur la corrélation entre la structure du marché et les comportements qui y sont pratiqués. Plus la concentration du marché est élevée, plus sont grands les risques de comportements anticoncurrentiels sur celui-ci.

Par ailleurs, quant à la réalisation de l'efficience, l'École de Harvard s'attache à la protection des concurrents et pas seulement à celle du processus concurrentiel en tant que tel. Les structuralistes voient dans les barrières à l'entrée l'élément à l'origine d'une inefficience accrue du marché. Le pouvoir de marché est perçu comme un élément négatif qui doit être prohibé par nature pour accroître l'efficience. Ainsi, les concentrations aboutissant à un pouvoir de marché excessif constituent une menace. C'est pourquoi toute opération doit faire l'objet d'un traitement préventif par le biais d'un examen obligatoire de ses effets sur la concurrence. En fait, cette théorie privilégie une vision qui se situe du côté de la demande, ce qui signifie que l'efficience allocative[11] et l'efficience distributive[12] des ressources sont fondamentales.

Enfin, quant au rôle du droit de la concurrence, les structuralistes partent du postulat selon lequel les forces du marché sont insuffisantes par nature pour stimuler une position dominante, individuelle ou collective. L'École de Harvard soutient, en conséquence, un action structurelle des pouvoirs publics grâce à la mise en œuvre de la politique de concurrence.

L'ensemble de cette théorie économique est très largement remis en cause par les penseurs de l'École de Chicago.

II.- Le courant néolibéral de l'École de Chicago :

L'École de Chicago (ou École de l'offre), orchestrée à partir des années 60 par des économistes, tels que George STIGLER, William BAUMOL, John PANZAR ou Robert WILLIG, mais également rassemblé des juristes, comme Richard POSNER ou Robert BORK, privilégie largement une analyse fondée sur l'offre et aménage une place majeure à la notion d'efficience, qui est en fait la pierre angulaire du système qu'il décrive.

L'École de l'offre, dans un premier temps, s'insurge contre les doctrines de l'École de Harvard fondées, comme l'affirme Richard POSNER[13], sur une conception statique de la concurrence, inspirée dans une certaine mesure du modèle de la concurrence pure et parfaite. Au contraire, l'École de Chicago propose une approche dynamique de la concurrence, envisagée comme un processus de sélection des entreprises les plus efficaces. Dans cette conception, les tenants de l'École de Chicago considèrent que le paradigme « S-C-P » (ou « Structure – Conduct – Performance ») doit être inversé. En effet, ce sont les comportements des entreprises et les performances qui déterminent la concentration industrielle. Ainsi, l'entreprise qui propose un produit de meilleure qualité que ses concurrents acquiert une nouvelle clientèle et pourra, ainsi,

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

détenir une position dominante. La concentration du marché est alors due aux différences de performance entre entreprises, l'entreprise en position dominante étant simplement meilleure que ses concurrentes. En conséquence, du point de vue de l'École de Chicago, un marché doit être jugé en fonction de son efficience et non de sa structure, un structure concentrée étant, ou, du moins, pouvant être, le résultat d'un comportement efficient[14].

Cette analyse économique réfute l'argument tendant à affirmer que les barrières à l'entrée permettent d'exercer indûment un pouvoir de marché. En effet, pour l'École de l'Offre, à l'exception des barrières légales à l'entrée – c'est-à-dire celles qui sont édictées par les pouvoirs publics – les obstacles à l'entrée sont la manifestation de la plus grande efficience des entreprises déjà implantées. Selon cette théorie, on ne devrait pas juger de l'existence ou de l'absence de concurrence d'après la structure d'un marché à un moment donné, mais d'après la liberté pour de nouveaux concurrents de se positionner sur ce marché. En conséquence, l'existence d'un monopole n'exclut pas la concurrence. Si une seule entreprise est présente sur le marché, mais que d'autres peuvent, si elles le souhaitent, y entrer, c'est simplement parce qu'elle est la seule capable de satisfaire la demande aux conditions requises.

À cet égard, on notera que la théorie dite « des marchés contestables » (ou *« contestable markets »*), élaborée à la fin des années 70 et au début des années 80 par William BAUMOL, John PANZAR et Robert WILLIG[15] et affiliée à l'École de Chicago, fournit une nouvelle analyse des structures de marché, et en particulier un nouveau cadre d'appréciation des situations de monopole. Cette théorie met l'accent sur le rôle de la concurrence potentielle comme contrainte pesant sur le pouvoir de marché des entreprises actives dans un secteur d'activité. Les deux vecteurs principaux sont l'absence de barrières à l'entrée et l'absence de barrières à la sortie du marché. Le marché sur lequel l'entrée est parfaitement libre et dont la sortie s'effectue sans coût est un marché contestable. Le fonctionnement d'un marché contestable est le suivant : les entreprises en place maintiennent leurs prix au niveau concurrentiel en raison de la menace constante représentée par les entrants potentiels. Si elles augmentent leurs prix, les entreprises postulantes feront leur entrée. Ainsi, contrairement à une situation d'un marché en situation de concurrence pure et parfaite, un marché contestable peut rassembler un nombre quelconque d'entreprises et, notamment, une entreprise unique ou dominante.

Au demeurant, l'appréhension de la structure de marché par l'École de Harvard semble infondée pour l'École de Chicago. Si la critique de la théorie économique structuraliste est un point important de l'analyse de l'École de l'Offre, son idée centrale concerne la promotion de l'efficience. Pour les tenants de cette théorie, le pouvoir de marché n'est pas nuisible pour la concurrence. Au contraire, il est l'incarnation même d'un marché concurrentiel qui fonctionne de façon efficiente.

L'influence cette doctrine économique est grandissante en Europe en dépit de la résistance des ordolibéraux.

III.- Le courant ordolibéral de l'École de Fribourg :

La pensée ordolibérale s'est construite dans les années 30 au sein de l'Université de Frisbourg, à partir des travaux de l'économiste Walter EUCKEN et des professeurs en droit, Franz BÖHM et Hans GROSSMANN-DOERTH. Les trois universitaires fribourgeois se sont interrogés sur les causes de l'effondrement politique et économique de l'Allemagne. Tous s'accordent à incriminer l'absence de cadre juridique capable de face aux défaillances du marché et aux puissances économiques des entreprises.

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

C’est d’abord au juriste Hans GROSSMANN-DOERTH que l’on doit d’avoir mis en évidence la formation d’un véritable droit économique en dehors de tout cadre légal. En effet, dans sa thèse d’habilitation, intitulée *« Le droit du commerce maritime »*[16], il avait su identifier un domaine juridique entièrement gouverné par les clauses contractuelles et les usages commerciaux. Les conventions conclues par les individus et les normes juridiques posées par l’État seraient désormais menacées par une nouvelle source de droit : les conditions générales de vente. Hans GROSSMANN-DOERTH appelle ces conditions, trop souvent négligées des juristes, du « droit » en raison de la place importante qu’elles occupent dans la vie économique. Les deux ordres juridiques ainsi identifiés, l’un étatique et l’autre économique, évolueraient de façon indépendante. Pourtant, l’expérience a montré que l’économie ne pouvait pas fonctionner durablement lorsque les normes établies par le droit étatique ne sont pas respectées. C’est pourquoi, selon l’École de Fribourg, l’État devrait être mesure d’interdire tout abus au détriment des plus faibles et de limiter le pouvoir des groupes d’intérêt privés.

Le juriste Franz BÖHM a par la suite enrichi les réflexions autour du pouvoir économique des cartels, en particulier. Dans sa thèse d’habilitation écrite en 1933, et rééditée récemment[17], il soutient que les monopoleurs ne doivent pas être traités comme des sujets de droit ordinaire mais qu’ils s’apparentent dans les faits bien plus à des entités capables d’imposer unilatéralement leur volonté, c’est-à-dire en réalité à des entités de droit administratif. C’est pourquoi ils devraient être soumis à un certain nombre de droits et de devoirs, à l’instar de ceux qui prévalent à l’égard de l’administration publique. Le législateur et le juge devraient s’attacher, conclut Franz BÖHM, à déterminer l’étendue de ces obligations.

Dans les années 40, l’économiste Walter EUCKEN s’est intéressé à la place de l’individu dans le processus économique. Ce grand penseur de l’économie politique a développé dans ses travaux trois directions possibles de l’économie. Le premier système économique consiste en l’économie centralisée : l’État centrale détermine la politique économique qui s’impose aux sujets économiques. Le système opposé est celui de l’économie décentralisée : la concurrence au sein du marché serait libre et aucun acteur ne détiendrait le pouvoir de diriger les autres d’un point de vue économique, car ce sont les entreprises elles-mêmes qui déterminent le niveau de production à travers leur politique tarifaire. Il existe, selon Walter EUCKEN, un modèle intermédiaire entre l’économie administrée et l’économie décentralisée, celui de la direction de l’économie par des groupes de pouvoirs. Dans ce type de système économique, le marché serait dominé par un ou plusieurs opérateurs économiques en fonction des forces en présence et de la répartition des parts de marché (monopoles, oligopoles, etc.). Dans ce schéma, ce ne sont pas les monopoles étatiques, mais des oligopoles privés, protégés par l’État, qui menacent le marché et la démocratie [18]. L’ouverture des marchés à la concurrence suppose donc que les groupes de pouvoir privés n’adoptent pas de comportements opportunistes visant à exclure la concurrence. Pour cela, le droit ne devrait pas, d’après Walter EUCKEN, laisser les groupes économiques créer leurs propres lois. L’action de l’État sur ce cadre est, en conséquence, largement encouragée par l’École de Fribourg afin de préserver le processus économique et garantir le bon fonctionnement de l’économie de marché.

Conclusion

Sans adhérer à une théorie économique plutôt qu’à une autre, les trois ont influencé la pratique décisionnelle des autorités de concurrence (les deux premières aux États-Unis et la dernière en Europe) en leur permettant de fonder leur analyse concurrentielle sur des concepts et des raisonnements économiques.

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

Nous pouvons ainsi tirer plusieurs enseignements d'ordre général relatif à l'analyse économique du processus concurrentiel. Tout d'abord, de nombreuses voix se sont élevées en Europe pour réclamer la mise en place d'un nouveau cadre d'interprétation des règles européennes de concurrence, dépassant le modèle ordolibéral et plus conforme aux enseignements économiques tirés de l'École de Chicago. Ensuite, le raisonnement économique a un caractère transversal en ce sens qu'il est applicable à tous les domaines où les autorités de concurrence interviennent (ententes, abus de position dominante, concentrations, mais aussi contrôle des aides État). Par ailleurs, le renforcement de l'analyse économique dans le processus décisionnel de la Commission européenne dans le domaine qui nous intéresse, à savoir les aides d'État ayant des effets transfrontaliers au sein de l'Union européenne, a pour conséquence d'uniformiser le droit communautaire de la concurrence, d'une part, et d'ériger la Commission au rang de régulateur unique de la concurrence à l'échelle européenne, d'autre part. Enfin, de façon plus générale, la politique de concurrence européenne étant de plus en plus éloignée de ses conceptions originelles ordo-libérales, faut-il craindre, au-delà, la fin du volontarisme concurrentiel en Europe ?

L'expertise juridique avant tout!

[1] V. not. B. HAWK, « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne ? », *RTD eur*, janvier-mars 1989, p. 5.

[2] Ce terme est utilisé par Thierry Kirat, v. not. T. KIRAT, E. SERVERIN, *Économie du droit*, Ed. La Découverte, coll. « Repères », 1999.

[3] R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, 5th edition, 2002.

[4] V. not. Olivier HOLMES, « The Path of Law », *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, pp. 457-478, spéc. p. 469, qui est considéré comme un des inspirateurs de l'analyse économique du droit. Dans le cadre d'une étude rationnelle du droit, l'auteur précise que *« le lettré est peut être l'homme du présent mais l'homme du futur sera un homme de statistique et un maître de l'économie… Pour faire un pas vers cet idéal il me semble que chaque avocat devrait rechercher à acquérir les bases de l'économie »*. L'observation met en avant l'idée d'une nouvelle façon d'appréhender juridiquement la réalité économique en la rendant intelligible par le recours à l'analyse économique. V. en ce sens, St. SHAVELL, *Foundations of Economic Analyse of Law*, Harvard University Press, Cambridge, États-Unis, 2004, spéc. p. 19. Autrement dit, l'analyse économique du droit, sous sa forme moderne, serait née des insuffisances de l'analyse juridique du droit, celle-ci s'opérant au sein de l'argument et non en fonction du contexte. Cela explique certainement pourquoi il est souvent reproché à l'analyse juridique son incapacité à produire des solutions suffisamment objectives pour connaître la logique profonde du droit. Posner considérait d'ailleurs à ce sujet que le droit lui semblait un assemblage de règles, de procédures et d'institutions sans véritable lien logique et qu'il est possible, malgré cela, de rationaliser le raisonnement juridique en ayant recours à l'analyse économique : R. POSNER, *The Problematics of Moral and Legal Theory* , Harvard University Press, Cambridge, États-Unis, 1999 ; R. POSNER, *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, États-Unis, 1990 ; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, Boston, États-Unis, 1973.

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

[5] Selon l'expression de D. ENCAOUA, D. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence*, Rapport du Conseil d'analyse économique, n° 60, La Documentation française, Paris, 2006, p. 80. *Adde* SPECTOR (D.), « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles per se et règles de raison », *in* D. ENCAOUA, D. GUESNERIE (co-dir.), *Politiques de la concurrence*, *op. cit.*, p. 271.

[6] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit économique donne la priorité à son objet et en épouse les contours », *Les Petites Affiches*, 2005, n° 63, p. 3. V. également dans le même sens, C. LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLÉANI, *Droit du marché*, PUF, coll. « Thémis », 2002, p. 5.

[7] V., en ce sens, *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 363, 83 S.Ct. 1715, 10 L.Ed.2D 915 (1963); *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979).

[8] E. H. CHAMBERLIN, *La théorie de la concurrence monopolistique*, PUF, 1953. Son travail est important en qu'il considère que la structure du marché est marquée par une grande diversité alliant des éléments de concurrence et des éléments de monopole. Dans le modèle de Chamberlin, le marché est caractérisé à la fois par le nombre d'entreprises et la différenciation des produits : chaque entreprise peut détenir un monopole sur la variété de produits qu'elle commercialise, sans pour autant que le marché ne fonctionne en monopole. Autrement dit, sur un tel marché, il peut exister une concurrence intense entre les vendeurs de biens différenciés.

[9] J. M. CLARK, *Towards a Concept of Workable Competition*, 30 Am. Econ. Rev. 242 (1940).

[10] J. BAIN, Industrial Organization, John Wiley and Sons, New York, 1968, p. 252: *"The extent to which, in the long run, established firms can elevate their selling prices above minimal average costs of production and distribution without including potential entrants to enter the industry".*

[11] L'efficience dans l'allocation des ressources désigne l'attribution des biens aux agents qui sont prêts à y consacrer la part la plus importante de leurs revenus.

[12] L'efficience distributive se mesure au niveau de la production (possibilité d'obtenir une production maximale à l'aide du moins de ressources possible, donc à un coût minimal) et de l'innovation (améliorer en permanence la qualité des produits et le processus de production).

[13] R. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. Pa. L. Rev. 925 (1925).

[14] V., en ce sens, H. DEMSETZ, *Two Systems of Belief About Monopoly*, in H.-J. GOLDSMITH, *Industrial Concentration: The New Learning*, Little Brown, 1974.

[15] W.-J. BAUMOL, J.-C. PANZAR, R.-D. WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovich, Revised edition 1988.

[16] Hans GROSSMANN-DOERTH, *Das Recht des Überseekaufs*, vol. 1, Bensheimer, Mannheim, 1930.

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

[17] Franz BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, preface de Ernst MesmÄcker, Nomos, 2010.

[18] Walter EUKEN, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Fischer, Jena, 1940.

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés