

LA CULTURE EUROPEENNE DE CONCURRENCE *

Catherine PRIETO

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille **

RESUME.....	1
Introduction	2
I. – L'enracinement européen de la culture de concurrence.....	13
A. – L'enracinement par l'implication des acteurs institutionnels	13
B. – L'enracinement par les " <i>bonnes pratiques</i> " des acteurs économiques	16
II - La spécificité européenne de la culture de concurrence.....	22
A. - La spécificité réduite par des emprunts fréquents	22
B. – La spécificité irréductible en termes de finalités.....	28
Conclusion.....	43

RESUME

L'usage naissant de l'expression "*culture européenne de concurrence*" incite à une réflexion sur son bien-fondé. Son emploi, dans les documents de la Commission et dans les discours des Commissaires européens successifs, semble répondre à l'expression "*culture of competition*" fréquemment rencontrée outre-Atlantique. Cette expression a suscité un scepticisme immédiat : la concurrence ne semble pas mériter une association si prestigieuse avec la culture. L'expression peut pourtant avoir une forte consistance, tant sur le plan idéologique que sur celui des pratiques. Le droit de la libre concurrence a accédé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale à un statut inédit, qui le place comme un pendant de la démocratie politique en Allemagne, après l'expérience de la cartellisation oeuvrant pour le nazisme. La libre concurrence a joué un rôle central dans la reconstruction de l'Allemagne. Sous l'impulsion allemande, les pères fondateurs des Communautés européennes en ont fait un instrument majeur dans la création du marché commun. Une culture européenne de concurrence a pu ainsi servir l'identité européenne, en donnant et fortifiant le substrat de la prospérité sans lequel le processus d'intégration politique n'était pas concevable.

Bien que récente, la réception d'une culture de concurrence née aux Etats-Unis est réelle. Un véritable enracinement européen s'est produit. Les acteurs institutionnels ont mis en oeuvre une politique de pédagogie intense à l'égard des opérateurs économiques, tendant à décrire les bonnes pratiques. Les entreprises sont incitées à développer une culture de "*responsabilité économique*". Le consommateur a été également sensibilisé sur la part active et consciente qu'il pouvait jouer dans le processus concurrentiel, de telle sorte à l'amener vers

une culture de "*citoyenneté économique*". Le rôle des juges et autorités nationales est même appelé à s'étendre dans la mise en oeuvre du droit communautaire de la concurrence, tant ils peuvent prétendre, eux aussi, à une culture de concurrence.

Il reste à savoir si cet enracinement en Europe a pu engendrer une spécificité européenne. Les emprunts constants, de la période d'application initiale jusqu'à aujourd'hui, laisseraient plutôt présager le contraire. Ils ne sont pourtant pas un obstacle à une spécificité en termes de finalités du droit de la concurrence. La première finalité, totalement étrangère à l'expérience américaine, tient à la création d'un marché unique ex nihilo, nécessitant une lutte drastique contre toutes les formes de cloisonnements nationaux. La seconde originalité européenne tient à la perception de la libre concurrence : non une fin en soi, mais un simple instrument au service d'un développement économique harmonieux. En comparaison du foisonnement des écoles de pensée économique aux Etats-Unis et de leurs alternances dans la politique des autorités américaines, seule cette conception a prévalu en Europe. L'influence allemande est déterminante : l'apport de l'Ecole ordo-libérale de Freiburg est de placer la libre concurrence au cœur de la politique économique, sans pour autant lui donner une valeur absolue. Par là-même, une approche spécifiquement européenne peut être affirmée.

En définitive, les autorités américaines ne détiendraient pas un "monopole" dans la culture de concurrence. L'enjeu est désormais de revendiquer une fertilisation croisée de la future culture de concurrence à l'échelle mondiale. Il est souhaitable que l'Union européenne fasse entendre sur la scène internationale sa propre conception de la libre concurrence et affirme, par là-même, son identité et les valeurs qui la constituent.

INTRODUCTION

1. - L'expression "*culture européenne de concurrence*" suscite l'étonnement. L'association des trois termes ne va pas de soi. Certains font valoir qu'en égalisant culture et concurrence, il y aurait un signe d'appauvrissement à la fois des objectifs de construction sociale et de la pensée sur le rôle de la culture ⁽¹⁾. L'association serait, en quelque sorte, trop prestigieuse pour la concurrence. L'idée de compétition renvoie à l'archétype d'un combat pour la vie que la civilisation a précisément eu le mérite de transcender ⁽²⁾. Sa brutalité s'accommode mal, de prime abord, avec le concept de culture. De plus, la logique de concurrence paraît très éloignée des religions et philosophies qui prônent l'amour du prochain et les valeurs de

* Extrait de l'ouvrage "*L'identité de l'Europe*", Actes du colloque des Universités de Tübingen et Aix-Marseille, 19 mai 2001 à Tübingen, à paraître aux Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

** L'auteur tient à remercier Jean-Christophe RODA, Allocataire-moniteur, pour son aide précieuse dans la recherche de la documentation.

¹ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *L'an 2000 et les mots de la concurrence*, Contrats-Concurrence-Consommation fév. 2000, p.3.

² Claude LUCAS de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *Droit du marché*, Themis Droit privé, PUF 2002, p.10.

solidarité⁽³⁾. L'idée de concurrence semble incompatible avec toute aspiration à l'élévation de l'âme.

L'expression "culture européenne de concurrence" est pourtant promise à un avenir porteur de sens et de différenciation, comme le suggère son emploi devenu fréquent. C'est ainsi qu'elle apparaît dans un discours de Karel van Miert, le 17 septembre 1998, lorsque le prix Ludwig Ehrhard lui est décerné à Bonn, à la fin de son mandat de Commissaire européen de la concurrence⁽⁴⁾. L'expression est encore relevée dans le Livre blanc sur la modernisation des règles de concurrence, présenté par la Commission européenne⁽⁵⁾. Mario Monti, nouveau Commissaire européen de la concurrence, l'emploie à son tour à Paris, lors de la seconde Journée européenne de la concurrence, le 17 octobre 2000, pour inciter le consommateur à prendre une part active dans le processus concurrentiel et à gagner ainsi une "*citoyenneté économique*"⁽⁶⁾. Il l'utilise à nouveau lors de la conférence de juin 2001, en Slovénie, avec les pays candidats à l'intégration dans l'Union européenne, en précisant expressément que l'expression n'est pas inconsistante⁽⁷⁾. L'expression "*culture of competition*" orne aussi les discours officiels des autorités américaines, qu'ils soient tenus à Paris⁽⁸⁾, Bruxelles⁽⁹⁾ ou New York⁽¹⁰⁾. Ceci donne plus de relief encore à l'adjectif "européen". La suggestion d'une possible différenciation avec la "*culture de concurrence*", telle qu'elle est perçue par les américains, revêt alors un enjeu inattendu dans un domaine où le droit américain a "*façonné*" la plupart des droits de libre concurrence⁽¹¹⁾. L'usage naissant de cette expression appelle des éclaircissements afin d'étayer les liens entre droit de la concurrence, culture, identité et Europe.

2. – Le droit dans l'acception la plus générale de la culture. A lui seul, le terme "*culture*" engendre une très grande ambiguïté par sa polysémie. Son usage au sens figuré vient de l'expression "*cultura mentis*" désignant une activité intellectuelle de l'individu attaché à se

³ Claude LUCAS de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *ibid*, p.13.

⁴ Karel van MIERT, *L'avenir de la politique de concurrence européenne*, 17 septembre 1998, Bonn, <http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches>

⁵ Laurence IDOT, *La modernisation des règles de concurrence se poursuit*, Europe juillet 2000 ; Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *L'an 2000 et les mots de la concurrence*, *préc.*

⁶ Mario MONTI, 2ème Journée européenne de la concurrence, Centre de conférences Pierre Mendès France, Paris 17 octobre 2000, <http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches>.

⁷ Mario MONTI, *Enforcement of competition policy for the accession negotiations and for developing a real competition culture*, 7th Annual Competition Conference between Candidate countries and European Commission, Slovenia 17-19 June 2001, *ibid* : "One might think this is yet another buzzword. Not necessarily". V. aussi M. MONTI, *entretien*, in *La concurrence*, Les dossiers de l'Europe, Petites affiches 5 nov. 2001, p.7.

⁸ Joël I. KLEIN, Assistant Attorney General, Antitrust Division, US Department of Justice, "*A Reality Check on Antitrust Rules in the World Trade Organization and a practical Way Forward on international Antitrust*", OECD Conference on Trade and Competition, Paris, 28-30 June 1999,

http://www.oecd.org//daf/clp/trade_competition/conference

⁹ Joël I. KLEIN, "*Time for a Global Competition Initiative ?*", EC Merger Control, 10th anniversary Conference, Brussels, September 14, 2000, Department of Justice.

¹⁰ A. DOUGLAS MELAMED, Acting Assistant Attorney General, Antitrust Division, "*Promoting Sound Antitrust Enforcement in the Global Economy*", before the Fordham Law Institute, 27th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York, October 19, 2000, Department of Justice.

¹¹ François SOUTY, *La politique de l'Administration Clinton aux Etats-Unis*, *Revue Conc. Consom.* Mars-avril 1994, n°78, p.36.

perfectionner en tirant profit des beaux textes ⁽¹²⁾. De là est né le culte des belles-lettres, en vue de l'idéal de "*l'honnête homme*". Ce sens, enracinant la culture dans une activité strictement individuelle, voire intimiste, a prévalu en France de manière exclusive jusqu'au début du XX^{ème} siècle. La culture est longtemps restée affaire individuelle, par opposition à la portée collective du terme civilisation ⁽¹³⁾. La pensée germanique a développé, quant à elle, une autre acception qui a pris toute son ampleur au XIX^{ème} siècle. Le terme "*Kultur*" désigne l'ensemble des activités spontanées et délivre une vision du monde historiciste, romantique, authentique et populaire dans les racines de la tradition, du folklore et des légendes. Il s'oppose au terme "*civilisation*" qui relève du domaine de l'acquis et qui est de nature plus artificielle, voire aristocratique ⁽¹⁴⁾. Vient ensuite l'influence anglaise et américaine qui tend à adopter une approche d'ensemble, en intégrant dans "*culture*" l'apport des anthropologues et des sociologues. La culture se rapproche de la civilisation au point de s'y confondre ⁽¹⁵⁾. Elle désigne l'ensemble des valeurs d'un groupe, les représentations qu'il se fait de lui-même, des rapports avec les autres groupes et de ses rapports avec l'univers, associant les activités intellectuelles et esthétiques aux activités d'organisation de la vie sociale, aux façons de vivre, y compris d'un point de vue très matériel. N'invoque-t-on pas aujourd'hui "*la culture d'entreprise*" ⁽¹⁶⁾. Le concept de culture souffre désormais d'une "*saturation de sens*" ⁽¹⁷⁾. Mais l'acception globalisante de la culture, largement accueillie aujourd'hui, amène à conclure que "*le droit appartient à ce que les anthropologues nomment la culture*" ⁽¹⁸⁾.

3. – Une conscience juridique commune. L'expression "*culture juridique*" est elle-même polysémique ⁽¹⁹⁾. En deçà de la recherche anthropologique la plus large, elle peut désigner de manière précise les moyens d'exposition et d'interprétation employés par les opérateurs du droit, tant sur le plan technique que théorique. Elle peut également comprendre les idéologies qui fondent les règles mises en oeuvre par ces opérateurs. Ainsi, s'agissant de la culture de concurrence aux Etats-Unis, elle est bien plus que la mise en oeuvre de règles antitrust. Elle

¹² Antoine COMPAGNON, *La culture, langue commune de l'Europe*, in *Qu'est-ce que la culture ?*, Université de tous les savoirs, sous la direction de Yves Michaud, Editions Odile Jacob, 2001, p.231 ; Pierre KAUFMAN, *Culture et civilisation*, Encyclopaedia Universalis, éd. 1993, t.6, p.950.

¹³ Antoine COMPAGNON, préc. ; Pierre KAUFMAN, préc. Cette conception de la culture "*humaniste*", tout en restant strictement ancrée dans l'activité intellectuelle et de création artistique, a pris une dimension collective à partir du XX^{ème} siècle. D'abord, l'idée de soutenir la création et la diffusion artistique a peu à peu imposé l'exigence d'une "*politique culturelle*". Puis, le principe d'un "*service public de la culture*" a été admis par le Conseil d'Etat (CE 11 mai 1959, Dauphin, à propos de l'allée des Alyscamps en Arles, avec une note très critique de Hauriou, et surtout CE, 27 juillet 1923, à propos de l'Opéra comique). Enfin, un "*droit à la culture*" s'est vu attribuer une valeur constitutionnelle dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. La conjonction de ces facteurs a conduit à la consécration en France d'un véritable "droit de la culture", cf Jean-Marie PONTIER, Jean-Claude RICCI, Jacques BOURDON, *Droit de la culture*, Précis Dalloz 1996, n°12, 55, 64.

¹⁴ Antoine COMPAGNON, préc. ; KAUFMAN, préc.

¹⁵ Jean-Pierre MARTINON, *Sociologie de la culture*, Encyclopaedia Universalis, t.6, p.947

¹⁶ Fusions, la guerre des cultures, in *Enjeux*, Les échos janvier 2001, n°165 : "*Elles se marient au nom de la stratégie. C'est compter sans les hommes. Choc des nationalités, des managements, des habitudes*". Volkswagen invoque "*sa culture d'entreprise*", cf *Le Monde*, 17 mai 2001.

¹⁷ Jean-Pierre MARTINON, préc. ; A.-L. KROEBER et C. KUCKHOHN, "*Culture, a Critical Review of Concepts and Definitions*", New-York, 1952.

¹⁸ Norbert ROULAND, *Aux confins du droit*, Editions Odile Jacob, 1991, p.37.

¹⁹ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, p.139.

est issue de l'idéologie américaine du XIX^{ème} siècle, ancrée dans la liberté d'entreprendre, garantie par une saine compétition selon les mérites, et dans l'égalité des chances⁽²⁰⁾. La puissance économique menaçait de briser l'idéal d'une prospérité ouverte à tous, qui faisait le ciment de la communauté américaine. Le droit antitrust a été l'expression de fortes tensions dans la société américaine entre des aspirations d'individualisme, de communautarisme et de confiance dans les exigences d'un progrès par une production de masse⁽²¹⁾. Les textes eux-mêmes, par leur caractère vague et malléable, ont donné prise à de nombreux affrontements idéologiques et, au fil du temps, à des analyses très divergentes entre écoles de pensée économique⁽²²⁾. En définitive, pour le droit de la concurrence comme pour toute autre branche du droit, la culture juridique est le "*lieu de toutes les interconnexions*"⁽²³⁾. Elle établit plusieurs liens : entre, d'une part, le droit dans les textes, d'autre part, la mise en oeuvre par l'infrastructure institutionnelle et professionnelle, et, enfin, l'appréciation des valeurs idéologiques et des résultats atteints. En cela, la "*culture juridique*" nourrit une "*conscience juridique commune*"⁽²⁴⁾.

4. – Le lien entre identité et citoyenneté. D'une certaine manière, la culture *stricto sensu* -au sens de celle que cultive l'honnête homme- et le droit sont étroitement entremêlés. Il est permis de penser que la "*cultura mentis*" est au cœur du pacte social⁽²⁵⁾. Dans l'Antiquité grecque, la législation avait pour finalité d'exercer une action éducative sur le citoyen. Platon assigne au législateur le devoir d'exhorter les hommes à la vertu en vue du bien⁽²⁶⁾. Aristote, quant à lui, souligne combien le législateur doit accorder attention à l'éducation et au genre de vie du citoyen⁽²⁷⁾. L'étude de la loi en Grèce, au lieu de passer par des juristes comme ce sera le cas à Rome, passe par des philosophes : "*la loi est la parole vivante d'un législateur-philosophe*"⁽²⁸⁾. La science du gouvernement vise à favoriser la noblesse morale, l'honnêteté

²⁰ Herbert HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy, The law of competition and its practice*, Hornbook series, Westgroup, 2nd ed. 1999, p.51.

²¹ Andrew L. GAVIL, *Competition and Cooperation on Sherman Island : an Antitrust Ethnography*, in *Cultural Conceptions of Competition*, DePaul Law Review, Summer 1995, 44 DePaul L. Rev. 1225 : "*The Sherman Act was born of both devotion to and aversion to "cooperation". In this atmosphere the antitrust laws were the answer of a society which unconsciously felt the need of great organizations and at the same time had to deny them a place in the moral and logical ideology of the social structure... The Sherman Act was conceived as a device for curbing the excesses of cooperative commercial institutions which, because of their integration with individualism of the "egoist" variety, threatened to restrict the continued existence of traditional, small-scale individualistic/communal social and economic relations*". Voir aussi Eleanor M. FOX and Lawrence A. SULLIVAN, *Antitrust – Retrospective and prospective : where are we coming from ? where are we going ?*, New York University Law Review, november 1987, 62 N.Y.U.L. Rev.936.

²² Herbert HOVENKAMP, *ibid.*, p.48.

²³ Wanda CAPELLER, in "Une introduction aux cultures juridiques non occidentales", Autour de Masaji Chiba, sous la direction de Wanda Capeller et Takanoki Kitamura, Bruylant Bruxelles 1996, p.20.

²⁴ Dict. encycl. préc., p.142.

²⁵ Pierre KAUFMAN, *Culture et civilisation*, Encyclopaedia Universalis, t.6, p.950.

²⁶ PLATON, *Les Lois*, VI, Association Guillaume Budé, Les belles lettres ; Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, Les belles lettres, Paris 2001, p.227.

²⁷ ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, X, Introduction et notes par J. Tricot, Librairie philosophique Vrin, 1983.

²⁸ Jacqueline de ROMILLY, *préc.*, p. 241 et 249.

et l'honneur, car l'homme de bien se soumettra spontanément aux lois justes ⁽²⁹⁾. La persuasion à laquelle le législateur doit se livrer en sera d'autant plus facilitée. La Cité grecque vit, par la loi, d'un idéal commun et de valeurs partagées. C'est à la fois le siège d'une identité collective et d'une identité individuelle. En effet, la Cité voit ici l'expression de son sceau particulier. Quant au citoyen, il est amené à forger son identité dans l'apprentissage de cette culture de liberté et de dignité qui sous-tend la Cité.

5. - L'association des termes "culture" et "Europe", socle d'un destin commun. Cette association est assez récente en France. Ce n'est qu'au début du XX^{ème} siècle que l'Europe a suscité en France un dépassement de la conception traditionnelle de la culture. Ainsi, en 1898, Barrès emploie dans ses Cahiers le terme "culture" pour désigner une approche collective : "*Il se forme une Europe ... par les congrès, la culture en commun, ...*" ⁽³⁰⁾. Plus tard, Paul Valéry renchérit en déclarant avec emphase : "*l'idée de culture, d'intelligence, d'œuvres magistrales est pour nous dans une relation ancienne avec l'idée d'Europe*" ⁽³¹⁾. Embrassant d'un regard le passé de l'Europe, Fernand Braudel affirme : "*la culture est la langue commune de l'Europe*" ⁽³²⁾. Mais, si elle a eu ses chantres, l'association des deux termes a aussi suscité les doutes. Certains ont jugé qu'il n'était plus pertinent d'évoquer une culture commune après les ravages des conflits nationaux du XX^{ème} siècle. C'est pourtant en réaction aux désenchantements les plus cruels et pour renouer avec cet idéal de culture commune que les Pères fondateurs ont voulu une Europe organisée sur des bases juridiques inédites. La déclaration faite par Robert Schuman, le 9 mai 1950, dans ses fonctions de Ministre des Affaires étrangères, atteste de l'idéal d'un "*destin commun*", à travers l'objectif même lointain d'une Fédération européenne ⁽³³⁾.

6. – Les doutes sur les qualités intrinsèques du droit communautaire. L'expression de "culture juridique européenne" ne s'est pourtant imposée qu'avec difficulté, malgré la force de l'idéal qui inspirait l'action des Pères fondateurs. Les cultures juridiques nationales ne pouvaient pas être tenues en retrait aussi aisément. La primauté du droit communautaire a été souvent perçue comme une forme d'"*impérialisme juridique*" exercé par la Commission européenne et par la Cour de justice des Communautés européennes. Cela a incité certains "*à proclamer la patrie juridique en danger et à s'arc-bouter sur la défense acharnée du patrimoine juridique français*", dans un excès que l'on ne peut que regretter ⁽³⁴⁾. En outre, des critiques virulentes ont porté sur l'inflation des textes communautaires et sur leur qualité rédactionnelle ⁽³⁵⁾, qui faisaient douter de l'existence d'une culture juridique. L'obsession du détail a été dénoncée, de même que le positivisme étroit, fort éloigné de la tradition juridique

²⁹ Dans ce droit fil, une nouvelle lecture du Léviathan amène à penser que la "cultura mentis" avait été l'impulsion donnée à l'homme de vouloir vivre en société : seules de hautes qualités humaines pouvaient avoir suscité l'aspiration à une cohabitation pacifique, avec un renoncement à une liberté absolue, cf KAUFMAN, préc.

³⁰ Antoine COMPAGNON, préc.

³¹ *La crise de l'esprit*, in Variété, Paris Gallimard, 1924.

³² Antoine COMPAGNON, préc., p.228.

³³ Déclaration de Robert Schuman le 9 mai 1950, considérée comme l'acte de naissance de l'Union européenne, (date choisie pour la Journée de l'Europe), <http://europa.eu.int/abc/9-may/files/decl-fr.htm>

³⁴ Denys SIMON, Rapport introductif, in "*Vers une culture juridique européenne ?*", sous la direction de Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, Montchrestien 1998.

³⁵ Bruno OPPETIT, *L'Eurocratie et le mythe du législateur suprême*, D. 1990, chron., p.73

dégagée au Moyen-Age et dénommée "*jus commune*" (³⁶). Un colloque récent, portant sur la culture juridique européenne, était encore annoncé sous la forme interrogative, avec la préposition "vers" pour souligner une dimension nécessairement prospective (³⁷) et "une" pour confirmer les contours mal définis de cette notion. Il paraît si difficile de s'extirper d'une perception impérialiste et bureaucratique du droit communautaire que l'annonce d'une culture juridique européenne se fait encore avec précaution.

7. – Le perfectionnement potentiel, en termes de culture juridique, du droit communautaire. La critique d'un impérialisme doit être relativisée. Elle occulte le rôle central du Conseil de l'Union européenne et de sa composition. Le droit communautaire est ce que les Etats membres ont bien voulu qu'il soit. En outre, des influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire témoignent d'un phénomène d'acculturation juridique réciproque (³⁸). Quant aux imperfections des normes, elles ne sont pas si radicales et, surtout, elles ne sont pas une fatalité (³⁹). Le mérite de cet ordre juridique est, avant tout, de créer la dynamique d'un processus, la marche vers un destin commun toujours mieux assumé. Le droit communautaire est un "chantier" permanent et c'est là sa chance pour remédier à ses imperfections. La Commission européenne admet elle-même ses défaillances en terme d'efficacité. Elle l'a fait, en droit de la concurrence, à propos des règlements d'exemption relatifs aux restrictions verticales (⁴⁰). Abandonnant les carcans juridiques tant décriés pour les contrats de la distribution, elle a adopté une analyse économique reposant sur la nocivité du pouvoir de marché (⁴¹). Elle s'interroge également, en droit de la consommation, sur l'approche sectorielle des directives adoptées depuis 1985 et sur l'opportunité d'élaborer un droit commun des contrats (⁴²). Cette attente d'un code civil européen des obligations exprime le besoin du pouvoir structurant du droit civil pour préserver l'acquis communautaire (⁴³). Ainsi, le droit communautaire ne peut que se bonifier au fil du processus d'intégration européenne.

8. - L'humanisme juridique européen porté par le droit communautaire. Malgré tous les défauts des normes communautaires, les historiens du droit croient pouvoir déceler dans cet ordre juridique en marche certains principes généraux du droit issus du droit romain et du jus

³⁶ Bruno OPPETIT, *Droit commun et droit européen*, in "L'internationalisation du droit", Mélanges LOUSSOUARN, Dalloz 1994, p.311 ; Marie-France RENOUX-ZAGAME, "*Le droit commun européen : entre histoire et raison*", Droits 1991, p.27 ; Christian MOULY, "*Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ?*", RID comp., 1985-4, p.895.

³⁷ Denys SIMON, Rapport introductif, in "*Vers une culture juridique européenne ?*", préc.

³⁸ Jacqueline DUTHEIL de la ROCHERE, Conclusions, in "*Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*", en hommage à Louis DUBOUIS, sous la direction de Jacques BOURRINET, CERIC, Aix-Marseille III, La documentation française 1999 ; Denys SIMON, Rapport introductif, préc. ; Robert KOVAR, Rapport de synthèse, in "*Vers une culture juridique européenne ?*".

³⁹ Christoph U. SCHMID, *Ways Out of the Maquis Communautaire - On simplification and Consolidation and the Need for a restatement of European Primary Law*, 1999/6, <http://www.iue.it/RSC>

⁴⁰ Livre vert sur les restrictions verticales, Communication n°98/C 365/03, JOCE 26 novembre 1998.

⁴¹ Règlement n°2790/1999/CE de la Commission du 22 décembre 1999, JOCE 29 déc., n° L336, p.21.

⁴² Communication de la Commission 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats, <http://www.europa.eu.int>

⁴³ Nicolas CHARBIT, *L'esperanto du droit ?*, *La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats*, JCP G 2002, I, 100.

commune. Une culture juridique commune s'affirme à partir d'"un humanisme juridique qui, depuis des siècles, inspire les droits à travers l'Europe" (⁴⁴). Les récents développements de l'Union européenne accèdent à l'existence de véritables ambitions en termes de valeurs communes. L'adoption de la Charte des droits fondamentaux au sommet de Nice du 20 décembre 2000 en témoigne. Il en va de même du discours de Joschka Fischer, le ministre allemand des affaires étrangères, à l'Université Humboldt de Berlin, sur l'élaboration d'une Constitution européenne, nouvelle assise pour une Union politique. Une authentique culture démocratique commune est en voie d'être consacrée.

9. – Les doutes français sur le rôle du droit communautaire de la concurrence. Après cette hauteur de vue sur un idéal européen à bâtir, l'association "culture" et "règles de concurrence" pourrait sembler bien pauvre. De prime abord, les règles de concurrence semblent mal placées pour faire vivre cet idéal de culture démocratique commune. C'est le point de vue français le plus spontané. Pour donner une forte impulsion à la citoyenneté européenne, les Français se tourneraient plus volontiers vers d'autres terres de fertilisation. C'est ainsi qu'ils jugeraient plus prometteurs les développements d'une politique culturelle de la Communauté. Ils se félicitent que le Traité de Maastricht ait opportunément mis en avant d'autres domaines de prédilection, au premier rang desquels ... l'éducation et la culture (⁴⁵). Bien que la compétence communautaire soit limitée en ce domaine (⁴⁶), la culture stricto sensu serait mieux à même de donner une dimension vivante et créative à "*l'Europe des*

⁴⁴ Jean GAUDEMET, *Du ius commune au droit communautaire*, in "Clés pour le siècle", Université Panthéon-Assas, Dalloz 2000, p.1011, n°1146 ; Reiner SCHULZE, *Le droit privé commun européen*, RID comp. 1995, p.47.

⁴⁵ Monnet n'aurait-il pas déclaré que, s'il devait recommencer, il ne bâtirait pas la construction européenne sur un marché commun, mais sur la culture ? Désormais, le Préambule du Traité de Maastricht affirme la volonté "d'approfondir la solidarité entre les peuples européens dans le respect de leur histoire, de leurs cultures et de leurs traditions". Il justifie avec force l'introduction, dans le traité CE, d'un titre spécifique à la culture. Désormais, l'article 3-q) TCE vise, parmi les actions communautaires, une contribution à une éducation de qualité et à l'épanouissement des cultures des Etats membres. L'article 151 TCE, article unique du titre spécifiquement consacré à la culture, précise que la Communauté entend promouvoir les cultures des Etats membres "*dans le respect de leur diversité nationale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun*". Cette formulation "*souligne à quel point la culture est un élément essentiel du rapprochement des peuples européens et est indissociable de la citoyenneté européenne*", cf Hubert de BROCA, in Commentaire article par article des Traités UE et CE, sous la direction de Philippe LEGER, Helbing Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant 2000.

⁴⁶ Dans le domaine de la culture, la Communauté ne peut entreprendre que des actions d'encouragement ou de soutien à la coopération entre Etats membres, à l'exclusion de toute harmonisation des législations, cf Louis DUBOIS et Claude BLUMANN, *Droit communautaire matériel*, Domat Droit public, Montchrestien 2001, p.168, n°254 et s. Ces auteurs insistent opportunément sur le présupposé d'un tel partage de compétences : "*la spécificité culturelle de l'Europe réside précisément dans la rencontre des diversités culturelles des Etats - voire des régions- qui la composent*". Au demeurant, cette compétence très limitée était une condition de ce texte de compromis, cf Hubert de BROCA, préc.

L'effort engagé par le Traité de Maastricht répond aussi à une prise de conscience face à une culture de masse mondialisée. L'affirmation forte d'une culture européenne a ses militants, qui l'invoquent sur un mode incantatoire avec d'autant plus de foi qu'elle sert de contrepoids à l'hégémonisme américain. La notion d'"*identité culturelle*" a ainsi servi à contrecarrer la "*culture de masse*" qui a pris son ampleur aux Etats-Unis en favorisant l'intégration sociale, mais en gommant par là-même les variétés culturelles et ethniques (Antoine Compagnon, *ibid.*, p.332). La culture de masse effraie les européens dans son pouvoir d'uniformisation, de dilution des cultures. La culture européenne, forte de sa diversité, devient dès lors un enjeu de rapport de forces dans le contexte de la mondialisation.

citoyens"⁽⁴⁷⁾. Elle serait mieux à même de donner toujours plus de sens et de substance à la construction européenne.

10. – La libre concurrence au coeur de la démocratie et d'une identité politique. L'affirmation peut surprendre. Il est pourtant symptomatique de constater que le droit antitrust n'a pas été inventé par des juristes commercialistes, ni par des économistes⁽⁴⁸⁾. Il est né d'une réaction éminemment politique à des dérives du capitalisme. La puissance économique a été perçue comme un facteur de négation, voire de destruction des valeurs fondatrices de la société américaine, au coeur même de son pacte social et de l'idéal démocratique porté par Jefferson⁽⁴⁹⁾. La démocratie politique pouvait vaciller. Cependant, la réaction repose sur un paradoxe : pour défendre la liberté, il faut interdire. En définitive, le choix se fait entre deux défiances majeures : la défiance à l'égard d'une puissance économique ou la défiance à l'égard d'un pouvoir exorbitant de l'Etat. C'est là que réside, pour une société libérale, une des clés essentielles du processus d'identification politique⁽⁵⁰⁾.

11. – La libre concurrence, équivalent économique de la démocratie politique en Allemagne. L'association des termes "*culture*" et "*règles de concurrence*" revêt d'emblée, du point de vue allemand, une forte densité idéologique. La valeur de la concurrence est placée très haut dans la sphère des enjeux politiques et démocratiques. Elle est l'antidote des dérives économiques, qui ont été pour partie les causes d'un passé douloureux. En effet, les grandes industries nationales sont réputées avoir contribué à la survenance des deux guerres mondiales en Europe, par leurs modes de développement vers la concentration, les abus de puissance économique et les cartels⁽⁵¹⁾. Les cartels ont été largement utilisés pendant la période nazie, comme des instruments pour diriger l'économie : leur nombre est estimé en 1930 entre 3000 et 4000 ; les nazis ont même élaboré une loi sur les cartels obligatoires en 1933⁽⁵²⁾. Le lien entre le pouvoir économique et la capacité militaire allemande est apparu comme une évidence. En réaction, le Traité de Potsdam exprime la conception américaine liant la défense de la démocratie à l'existence d'une politique de la concurrence⁽⁵³⁾. L'objectif des Forces alliées, en 1947, fut de démanteler un pouvoir économique et de mettre en place un processus de "*décartellisation*" par l'établissement du principe de libre concurrence. Ce but dépasse de loin l'efficience économique pour elle-même. C'est un retour aux motivations qui ont présidé

⁴⁷ "L'Europe des citoyens veut dire que la construction européenne est engagée **pour** les citoyens et **avec eux** ; elle implique l'idée d'un rapprochement entre les institutions européennes et les citoyens et une participation plus étroite de ceux-ci aux affaires de l'Union", <http://europa.eu.int/abc/obj/amst/fr/qa>. Sur les prémisses du débat, cf Claude BLUMANN, *L'Europe des citoyens*, RMC, 1991, p.283.

⁴⁸Giulano AMATO, *Antitrust and the bounds of power*, The dilemma of liberal democracy in the history of the market, Hart publishing, Oxford 1997, p.2.

⁴⁹ Giulano AMATO, *ibid*, p.97.

⁵⁰ Giulano AMATO, *ibid*.

⁵¹ F.M. SCHERRER, *Competition Policies for an integrated World Economy*, Washington, Brookings 1994. Du choc de ces catastrophes qui ont conduit à un Etat de non droit, il résulte un préjugé allemand à l'encontre des accords d'entreprises. Ceci explique le fossé avec le point de vue français, cf D. BRAULT, *Droit et politique de la concurrence*, Economica 1997, p.1.

⁵² Ingo L. O. SCHMIDT, préface, in François SOUTY, *La politique de la concurrence en Allemagne fédérale*, PUF, *Que sais-je ?* 1996 ; Laurence NICOLAS-VUILLERME, *La notion de restriction de concurrence en droit des ententes*, Approche comparative : droit allemand, droit français, droit communautaire, dir. par J.B. Blaise, Paris II 2000, n°6, note 17, PUAM, à paraître.

⁵³ François SOUTY, *ibid.*, p.10.

à la naissance du droit antitrust américain à la fin du XIX^{ème} siècle : la défense de la démocratie contre les abus de la puissance économique. Il y a même une dramatisation. Le caractère inédit de l'expérience allemande tient à la collusion d'un pouvoir politique totalitaire et d'un pouvoir économique dépourvu des scrupules les plus élémentaires. Cette dérive n'avait pas été envisagée par les Américains. C'est un argument supplémentaire pour le bien-fondé du droit de la libre concurrence. L'Allemagne a éprouvé durement cette idée que la démocratie politique ne pouvait pas aller sans démocratie économique (⁵⁴). La libre concurrence est considérée comme "*l'équivalent économique de la démocratie politique*" (⁵⁵). Elle est même présentée comme un cadre de "*constitutionnalisation*" de l'économie (⁵⁶). La concurrence ne saurait donc être minorée au titre de la "*culture juridique européenne*".

12. – La libre concurrence, facteur de prospérité économique et, partant, d'intégration européenne. La libre concurrence ne devrait pas davantage être minorée, dans la perspective française qui est d'oeuvrer pour l'intégration européenne. Les règles de libre concurrence ont une place centrale historique dans la construction européenne, puisqu'elles sont au cœur du dispositif imaginé par les Pères fondateurs. A raison, on peut se féliciter que le droit communautaire matériel "*ne soit plus seulement ce droit économique, centré sur la régulation de l'activité des entreprises, ...s'intéressant aux travailleurs en tant que simples agents de production*" (⁵⁷). Mais, s'il est permis de se féliciter de cette évolution, c'est bien grâce à ce droit qui assainit le fonctionnement du marché. Il faut admettre que les droits fondamentaux et la citoyenneté européenne n'ont pu accéder à leur pleine reconnaissance qu'en prolongement d'un substrat économique fort qui, au fil du temps, a suscité des aspirations autrefois purement chimériques. La citoyenneté européenne résulte de l'approfondissement d'une vision du statut des personnes qui, à l'origine, n'était qu'économique et qui, par une action conjointe de toutes les institutions, a pu évoluer vers des impératifs démocratiques (⁵⁸). L'idée d'un marché commun, gage d'une prospérité commune, était donc le socle le mieux à même de triompher des ressentiments nationaux. Conçues pour assurer la création du marché

⁵⁴ La presse allemande entretient cette exigence dans la conscience collective allemande, cf "*Die manager der Nazis*", Spiegel, 20/2001, p.180. Est décrite l'habitude prise par les industriels allemands, à partir du début du XX^{ème} siècle, de conclure des accords anticoncurrentiels. Ceci a valu, par exemple, au groupe IG Farben de bénéficier d'une position dominante sur le marché mondial de la chimie. La complicité que ce groupe a entretenue avec les nazis a même dégénéré en l'emploi d'une main d'oeuvre de prisonniers. Le démantèlement, par les américains, des trois grandes concentrations industrielles (Krupp, Flick et IG Farben) est à inscrire dans les suites implicites du procès de Nüremberg. Sur ce travail forcé et les dérives tragiques d'un système économique non compétitif, cf Giuliano AMATO, Antitrust and the Bounds of power, The dilemma of liberal democracy in the history of the market, préc., p.40.

⁵⁵ Ingo L. O. SCHMIDT, préc.

⁵⁶ D. GERBER, *Constitutionalizing the Economy : German Neo-Liberalism*, in Comparative Law and the New Europe (1994) 42, The American Journal of Comparative Law, 25. Sur les mérites de l'Ecole Ordo-libérale de l'Ecole de Freiburg, cf infra n°39 et s.

⁵⁷ Louis DUBOUIS et Claude BLUMANN, préc., p.12, n°8.

⁵⁸ Robert KOVAR et Denys SIMON, *La citoyenneté européenne*, Cahier de droit européen 1993, n°3-4, p.285. C'était le pari des Pères fondateurs : "*l'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait*", cf Robert SCHUMAN, Déclaration du 9 mai 1950, préc.. Ainsi était annoncée la création de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, "*première assise concrète d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix*". Ces fondateurs se sont révélés des visionnaires pragmatiques même si, ultérieurement, les doutes ont surgi face à l'ampleur des sources de blocage.

commun sur les bases les plus saines et insérées dès l'origine dans le Traité de Rome (⁵⁹), les règles de concurrence ont contribué à la réussite du pari des Pères fondateurs (⁶⁰). C'est pourquoi, même du point de vue français, les règles de libre concurrence méritent, si ce n'est un titre de noblesse, du moins la reconnaissance de leur valeur stratégique dans l'avènement d'une culture juridique européenne. Une culture de concurrence a pu servir l'identité européenne, de manière modeste, mais sûre, en donnant le substrat de la prospérité sans lequel le processus d'intégration politique n'était pas concevable.

13. - La raison d'être de la culture européenne de concurrence : sa valeur stratégique en termes d'identité européenne. Pour bien cerner la raison d'être d'une culture de concurrence, il convenait d'insister sur cette valeur stratégique du droit communautaire de la concurrence dans la construction européenne. La réalisation d'un marché, sur les bases saines d'une libre concurrence, devait forger, par une prospérité fortifiée et partagée, la certitude d'un destin commun. La culture de concurrence n'est donc pas, en tant que telle, une valeur à négliger. Elle a servi et sert encore l'élaboration interne d'une identité européenne en soutenant le processus d'intégration. Mais ses mérites pourraient aller au-delà. Elle pourrait aussi servir l'affirmation, vers l'extérieur, de l'identité européenne. Cette ambition se justifie dès lors qu'il a été démontré combien la libre concurrence pouvait porter des valeurs essentielles, en étant au coeur de la démocratie économique et d'une identification politique. L'expression de l'identité à l'extérieur de la communauté est importante. A l'instar d'un individu, une communauté construit son identité par la confrontation. Elle se nourrit à la fois de la similitude et de la différence avec l'autre (⁶¹). L'identité s'affirme et vit dans une action dont les principes divers font sa richesse. La continuité et l'intégration servent assurément la cohérence interne. Mais la séparation et l'opposition, voire la mutation, servent la créativité et l'originalité. La force d'une identité procède d'un effort d'affirmation et de différenciation. L'identité n'existe que s'il y a "*conscience de soi*" (⁶²). L'identité d'une communauté passe nécessairement par une prise de conscience de sa singularité. C'est pourquoi, à un moment crucial pour une consolidation et nouvel élan dans le processus d'intégration, la singularité européenne est recherchée et éprouvée dans tous les registres (⁶³). S'agissant du droit de la

⁵⁹ L'insertion dans le Traité de Rome de 1957 de dispositions étoffées en droit de la concurrence est lourde de sens, cf Berthold GOLDMAN et Louis VOGEL, *Concurrence*, Encyclopaedia Universalis, préc., p.336. V. aussi infra n°40.

⁶⁰ C.D. EHLERMANN, *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, in (1992) 29 C.M.L.R. 257.

⁶¹ Un débat est instauré entre comparatistes et anthropologues sur la question de savoir jusqu'à quel point l'identité culturelle, en termes nationaux, est portée par le droit, cf L'américanisation du droit, Arch. phil. droit 2001, spéc. Matthias REIMANN, *Droit positif et culture juridique, L'américanisation du droit européen par réception*, p.61, et Carol J. GREENHOUSE, *Perspectives anthropologiques sur l'américanisation du droit*, p.43.

⁶² LOCKE, *Essai concernant l'entendement humain*, 1664, Livre II, chap. XXVII, 9-29, Vrin 1983 ; Stéphane FERRET, *L'identité*, Garnier Flammarion 1998, p.30.

⁶³ Voir notamment les travaux du Robert Schuman Center, <http://www.iue.it/RSC>. D'abord, le Forum Européen consacré entre 1999 et 2000 au thème "*Between Europe and the Nation State : the Reshaping of Interests, Identities and Political Representation*", tout particulièrement les recherches de Peter BURGESS, Wilgried SPOHN, Thomas RISSE, Anna TRIANDAFYLLIDOU, Michelle CINI et Bo STRATH, "*Europeanization and Identity Changes : What do We Mean and How do we study it ?*". Ensuite, le colloque consacré le 8 juin 2000 à "*Europeanization, Collective Identities and Public Discourses*" (IDNET), notamment Bo Strath, *EU efforts at creating a European Identity : 1973 and Beyond*, Emanuelle CASTANO, *Reifying the European Union : a Social Psychological Perspective on the Emerging European Identity*, Michael Bruter, *European Identity in Britain, France and Netherlands*.

concurrence, il pourrait contribuer, dans le contexte de la globalisation des marchés, à ce processus d'affirmation d'une identité européenne. Il pourrait même revêtir, encore une fois, une valeur hautement stratégique tant sont élevés les enjeux économiques.

Encore faudrait-il s'assurer d'une originalité suffisante de la culture de concurrence, par rapport à son berceau américain, pour qu'elle puisse porter l'identité européenne. Encore faudrait-il, aussi et préalablement, s'assurer de la force de son enracinement en Europe.

14.- Vérification d'un véritable enracinement en Europe et d'une spécificité européenne .

On ne saurait prétendre à une culture de concurrence sans un enracinement avéré en Europe. Certains observateurs américains rappellent à juste titre que les règles de libre concurrence étaient encore dans les limbes en Europe, alors qu'elles avaient atteint leur pleine maturité aux Etats-Unis ⁽⁶⁴⁾. Le retard de l'Europe occidentale, par rapport aux Etats-Unis, est établi et reconnu ⁽⁶⁵⁾. La réception en Europe du droit antitrust illustre combien la transplantation est la plus fertile des sources de développement juridique ⁽⁶⁶⁾. Elle illustre aussi une des raisons données au prestige du modèle américain : son efficacité économique ⁽⁶⁷⁾. Dans une Europe en ruine, le droit antitrust donnait l'espoir de renouer avec une prospérité économique. Mais, en considérant l'histoire politique et économique de l'Europe, il n'était pas aisé pour les Européens de se convertir à une culture de concurrence. Au regard du caractère récent de la réception et de son ampleur, il est utile de s'interroger sur l'assimilation réelle d'une culture de concurrence. Il est tout aussi utile de s'interroger sur le point de savoir si les européens sont restés au stade de l'acculturation ou s'ils se sont engagés dans un processus de transformation et de différenciation. L'originalité de la culture européenne de concurrence en dépend.

15. - La force de la culture européenne de concurrence. Pour saisir la force de cette culture de concurrence, il convient d'abord de mesurer son existence par les débats et réformes qu'elle suscite. La culture de concurrence est un mode de questionnement et d'ajustement permanent chez les acteurs institutionnels, comme chez les opérateurs économiques. C'est en ce sens que sera apprécié son véritable enracinement dans la vie européenne des affaires (I). Il faut ensuite explorer la voie, a priori étroite, d'une spécificité européenne. Certes, les règles du droit communautaire de la concurrence ne sont pas un décalque de celles du droit antitrust. Mais l'imprégnation américaine est particulièrement sensible sur le terrain de la culture juridique. C'est pourquoi il pourrait sembler présomptueux de chercher à caractériser une spécificité de la culture de concurrence en Europe. L'influence américaine ne saurait, cependant, absorber la culture juridique de concurrence dans toute son ampleur. Il existe des finalités propres à l'Europe qui, à elles seules, peuvent donner corps à une spécificité européenne (II).

⁶⁴ Barry E. HAWK, *La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté Economique Européenne*, RTDEur. 1989-1., p.12.

⁶⁵ Berthold GOLDMAN et Louis VOGEL, *Concurrence*, Encyclopaedia Universalis, éd. 1993, t.6, p.319.

⁶⁶ Alan WATSON, *Legal Transplants*, Edinburgh 1974, p. 83.

⁶⁷ Horatia MUIR WATT, *Propos liminaires sur le prestige du modèle américain*, in *L'américanisation du droit*, Archives de philosophie du droit, 2001, t.45, p. 29, n°9.

I. – L'ENRACINEMENT EUROPEEN DE LA CULTURE DE CONCURRENCE

16. – Le caractère récent, mais réel, de la culture antitrust en Europe. La revendication d'une culture européenne de concurrence peut surprendre, alors que l'introduction des règles ne date que de la signature du Traité de Rome. En effet, il ne suffit pas d'adopter des textes. Il faut encore en assurer la compréhension pour que les textes prennent vie. La culture juridique assure donc le passage de "*law in books*" à celle de "*law in action*" (⁶⁸). Quoique récente, cette culture est bien enracinée. Les candidats à l'intégration à l'Union européenne doivent mesurer le chemin à parcourir (⁶⁹). Le Commissaire Mario Monti le rappelle : à côté du cadre légal, il faut une administration et des professionnels aptes à le mettre en oeuvre, mais aussi des acteurs économiques véritablement impliqués dans le processus concurrentiel et convaincus des bienfaits qu'ils retireront de la libre concurrence (⁷⁰). L'assimilation par les acteurs institutionnels et professionnels d'une culture de concurrence est la condition de l'"*effective public enforcement*" (A). L'assimilation ne signifie pas que la culture de concurrence reste figée. Il importe que les acteurs institutionnels évaluent en permanence leur action pour renouveler et ajuster leurs pratiques, ce qui suppose de leur part une certaine capacité d'autocritique. L'enjeu est d'importance. Les entreprises ne se soumettront pas aux efforts exigés, sans une efficacité éprouvée de la politique de concurrence. En effet, la culture de concurrence se traduit pour elles par des obligations nouvelles et lourdes à assumer, en termes de risques juridiques. L'appropriation des règles de concurrence, par les opérateurs privés, correspond à l'"*effective private enforcement*" (⁷¹). C'est désormais un aspect essentiel de la politique européenne (B).

A. – L'enracinement par l'implication des acteurs institutionnels

17. - L'implication relative des juges et autorités nationales, es qualité de juges européens. Les institutions européennes ont des moyens d'action limités pour poursuivre les pratiques anticoncurrentielles. C'est pourquoi il importe tant que les juges et les autorités nationales assurent une forte part d'implication dans l'"*effective public enforcement*". Cette implication a été aussi forte qu'elle pouvait l'être, au regard de la compétence dévolue (⁷²). Le

⁶⁸ Wanda CAPELLER, préc.

⁶⁹ Laurence IDOT, La concurrence, condition d'adhésion à l'Union européenne : l'exemple des PECO, Mélanges Champaud, Dalloz 1997, p.361.

⁷⁰ Mario MONTI, discours en Slovénie juin 2001, préc.

⁷¹ Mario MONTI, Rapport introductif, *Effective Private Enforcement Law of EC Antitrust Law*, Sixth EUI Competition Law and policy Workshop Florence, 1-2 June 2001. Pour l'ensemble des travaux, cf Claus-Dieter EHLERMANN et Isabela ATANASIU, *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, European Competition Law Annual 2001, Hart Publishing, à paraître.

⁷² Il faut toutefois relever que les juridictions nationales ont pu donner l'impression de moins s'impliquer, cf Ch. MOMEGE et L. IDOT, Application of articles 81 et 82 EC by the French Ordinary Courts, A procedural perspective, in *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, préc., <http://IUE.IT/RSC/competition2001>. De facto, les entreprises ont préféré saisir le Conseil de la concurrence et ont surtout préféré avoir recours à l'arbitrage. Les juridictions n'ont été saisies qu'à titre incident et dans le domaine restreint des restrictions verticales. Cependant, bien que cantonnées aux questions de restrictions

droit communautaire de la concurrence est sur ce plan très disparate ⁽⁷³⁾. S'agissant de la mise en oeuvre du seul article 81 CE, la compétence est éclatée : la prohibition des ententes posée dans le paragraphe 1 relève de la compétence partagée, tandis que la faculté d'exemption posée dans le paragraphe 3 est réservée au pouvoir exclusif de la Commission. Or, la décision d'exempter s'apparente à une autorisation. Il en est résulté un système d'autorisation fortement centralisé pour les accords restrictifs. Ainsi s'explique une dérive au terme de laquelle la compétence reconnue aux juridictions et autorités nationales s'est avérée très subsidiaire ⁽⁷⁴⁾. La Commission est devenue totalement maîtresse de la mise en oeuvre de l'article 81, ce qui n'a pas manqué d'alourdir considérablement sa tâche.

18. – Un renforcement de la compétence des juridictions et autorités nationales au nom d'une "culture de concurrence" bien établie. L'exclusivité de compétence au profit de la Commission pouvait se concevoir, en matière d'exemption, au tout début de la construction européenne. Cette époque était caractérisée par une faible culture de concurrence et était dominée par la préoccupation d'une application uniforme dans la Communauté ⁽⁷⁵⁾. L'engorgement actuel de la Commission a incité cette dernière à élaborer un projet de modernisation des règles d'application des articles 81 et 82, dont une des clés principales est précisément la fin de son monopole dans l'application de l'article 81 §.3 ⁽⁷⁶⁾. Le degré de culture de concurrence atteint dans les anciens Etats membres aboutit à ce que sa vigilance n'est plus de mise à leur égard. Désormais, la Commission préfère porter son attention sur les nouveaux membres qui, par définition, auront à acquérir cette culture ⁽⁷⁷⁾. L'autre intérêt pour la Commission est de concentrer ses efforts sur la poursuite des infractions les plus graves. En outre, elle voit dans cette plus grande implication des juridictions nationales le moyen de mieux protéger les intérêts individuels dans la mesure ces juridictions ont un pouvoir qu'elle n'a pas : celui d'octroyer des dommages et intérêts, de déclarer illicites les contrats ou au contraire d'en ordonner l'exécution. Les réparations susceptibles d'être obtenues par les victimes des pratiques anticoncurrentielles les inciteront à invoquer les règles de concurrence. Ainsi "*l'effective private enforcement*" dépend de la mise en avant des juridictions nationales, et donc du processus de "*l'effective public enforcement*". Devant l'ampleur d'une telle réforme, encore faut-il s'assurer de la bonne diffusion d'une culture de concurrence chez les magistrats.

verticales, les juridictions nationales n'ont pas toujours été pleinement convaincantes dans l'application de l'article 81 CE, même après avoir posé une question préjudicielle à la Cour de justice. Voir, à titre d'exemple, CA Douai, 1er février 2001, Dalloz 2001, cah.dr. aff. n°39, p.3178, note C. PRIETO (après CJCE, 30 avril 1998, C-230/96, aff. Cabour, Europe 1998, n°201, L. IDOT).

⁷³ Le contrôle des concentrations relève exclusivement de la compétence de la Commission selon l'article 9 du règlement n°4064/89 du 21 décembre 1989. Le contrôle des aides d'Etat est, lui aussi, réservé à la compétence exclusive de la Commission. En revanche, les textes relatifs aux pratiques anticoncurrentielles connaissent un partage de compétences entre la Commission et les juridictions et autorités nationales.

⁷⁴ J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE, L. IDOT, *Droit européen des affaires*, Themis PUF, t.1, 1999, p.286. Jean-François PONS, *Nouveaux enjeux et réformes de la politique européenne de concurrence, Les dossiers de l'Europe*, Les Petites affiches 5 nov. 2001, p.25.

⁷⁵ Exposé des motifs, Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, Bruxelles, 27-09-2000, COM (2000) 582 final. C'est dans ce texte qu'apparaît pour la première fois, semble-t-il, dans un document officiel de la Commission l'expression "*culture de concurrence*".

⁷⁶ L. IDOT, *Le futur règlement d'application des articles 81 et 82 CE: chronique d'une révolution annoncée*, D. 2001, n°17, p.1370 ; Claus-Dieter EHLERMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy : a legal and cultural revolution*, CMLRev. (2000), 537.

⁷⁷ Jean-François PONS, *Nouveaux enjeux et réformes de la politique européenne de concurrence*, préc., p.21.

La loi sur les nouvelles régulations économiques n°2001-420 du 15 mai 2001 introduit la possibilité de réserver seulement à certains tribunaux de grande instance ou tribunaux de commerce, désignés sur une liste fixée par décret, l'attribution des litiges relatifs aux articles L.420-1 à 5 du code de commerce. Il est permis de penser que cette voie ouverte à une spécialisation de certaines juridictions dans la mise en oeuvre du droit français de la libre concurrence sert, par anticipation, la modernisation dans l'application des articles 81 et 82 CE⁽⁷⁸⁾. Quant au Conseil de la concurrence, autorité française indépendante, il se déclare prêt à jouer pleinement le jeu de l'imbrication institutionnelle dans la diffusion et la mise en oeuvre d'une culture de concurrence⁽⁷⁹⁾.

19. – Un réseau de coopération pour préserver l'uniformité de la "culture de concurrence". Le partage de pouvoir avec les juridictions nationales suscite un certain scepticisme. Les entreprises redoutent une application hétérogène des règles de concurrence et, partant, des disparités entraînant un recul de leur sécurité juridique. La Commission s'efforce de rassurer en présentant trois axes pour remédier à ce risque. Le premier réside dans la constitution d'un réseau de coopération. Il s'agirait, d'une part, d'une coopération horizontale nouvelle entre les autorités et juridictions des différents Etats membres et, d'autre part, d'une coopération verticale déjà existante, mais renforcée, entre les Etats membres et la Commission. Le deuxième axe porte sur la création de nouvelles obligations : une obligation d'information de la Commission à la charge des Etats membres ; une obligation d'assistance des Etats membres à la charge de la Commission. Le troisième axe est plus classique : l'adoption de règlements d'exemption par catégorie et la publication de communications qui constituent des modes sûrs d'encadrement de l'analyse et de la prise de décision. Le succès de la réforme dépend ainsi de l'élaboration d'un réseau complexe d'échanges d'informations et d'analyses⁽⁸⁰⁾, mais aussi de la qualité des textes d'accompagnement. En outre, des efforts pédagogiques importants devront être déployés à l'égard des juridictions nationales. Sur ces deux plans, la Commission aura besoin de moyens très substantiels pour réussir son pari, alors même que c'est précisément par faute de moyens qu'elle s'est résolue à une décentralisation⁽⁸¹⁾. Le nouvel enjeu est, en tout cas, d'assurer une culture de concurrence uniforme sur tout le territoire de l'Union, nonobstant la multitude des décisions rendues par les juridictions nationales.

20. – Une culture de concurrence vivifiée par les réajustements de la politique de concurrence. Pour renforcer une culture de concurrence, il faut aussi mesurer l'emprise sur

⁷⁸ Catherine PRIETO, *La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : l'élan donné par la loi sur les nouvelles régulations économiques*, Droit et patrimoine décembre 2001, spéc. p.81. L'implication institutionnelle devrait, en tout état de cause, répondre aux exigences de la modernisation du droit communautaire de la concurrence. Mais la difficulté tient à un facteur purement sociologique : la non-saisine des juges du fait d'un état d'esprit prégnant chez les avocats, selon lequel le droit de la concurrence serait un champ réservé aux spécialistes parisiens, cf Ch. MOMEGE et L. IDOT, *Application of articles 81 et 82 EC by the French Ordinary Courts, A procedural perspective*, préc.

⁷⁹ M.-D. HAGELSTEEN, Présidente du Conseil de la concurrence, in *L'efficacité de la politique de la concurrence*, 15ème anniversaire du Conseil de la concurrence, 13 février 2002, *Gaz. Pal.* à paraître.

⁸⁰ Il est stupéfiant d'apprendre qu'il est plus facile pour la Commission de coopérer avec le Département de la Justice des Etats-Unis qu'il n'est facile pour le Conseil de la concurrence de coopérer avec le Bundeskartellamt, cf Frédéric JENNY, *Entretien, La concurrence*, Dossiers de l'Europe, Les Petites Affiches 5 nov. 2001, p.43.

⁸¹ Sur les risques de remplacer un engorgement par un autre type d'engorgement, cf Frédéric JENNY, *ibid.*

les faits d'une politique de concurrence ⁽⁸²⁾. Il en résulte une nécessaire action de réajustement, à la charge de la Commission, pour s'assurer du bien-fondé de cette culture de concurrence, tant dans ses "fondamentaux" que dans ses aspects les plus pragmatiques. La Commission européenne sera d'autant plus convaincante dans son rôle d'"implémentation" des règles de concurrence qu'elle n'aura pas une attitude dogmatique et figée. Un devoir naturel incombe aux autorités de concurrence : celui d'évaluer les effets de leur politique ⁽⁸³⁾. Il faut mesurer la cohérence entre les objectifs affichés et les résultats, en acceptant les erreurs commises ⁽⁸⁴⁾. La Commission européenne le fait par le biais de livres verts, en reconnaissant certaines déceptions sur les effets de ses textes, comme ce fut le cas pour la réforme du traitement des restrictions verticales ou celle en préparation des règlements d'exemption de la distribution automobile. Indépendamment des erreurs d'appréciation, la vie des affaires est mouvante, toujours sujette à des bouleversements. La prospective est un art difficile. C'est pourquoi il est impérieux d'adapter les règles à de nouvelles données factuelles. Enfin, s'agissant d'un droit économique, les juristes doivent intégrer les nouveaux instruments d'analyse des économistes ⁽⁸⁵⁾. Il est symptomatique qu'un débat aussi vif s'instaure sur les tests de marché employés par les services de la Commission. La culture de concurrence ne peut vivre que si elle est expressément ancrée dans la réalité de la vie économique, avec ses soubresauts et ses fluctuations. Cette réalité, si difficile à saisir, appelle une approche toujours renouvelée et une politique de concurrence en réajustement permanent. En tout état de cause, une politique de concurrence ne peut pas connaître un réel succès si les opérateurs économiques refusent les règles du jeu, au motif qu'ils ne sont pas convaincus de leur nécessité ⁽⁸⁶⁾. La culture de concurrence doit être pleinement partagée entre régulateurs et opérateurs.

B. – L'enracinement par les "bonnes pratiques" des acteurs économiques

21. – Convaincre les entreprises des bienfaits d'une culture de concurrence. L'existence d'une culture de concurrence dépend de la conviction profonde, dans les entreprises, que ce droit économique ne constitue pas un ordre public "étriqué" dans sa prohibition, mais une défense des libertés économiques dont elles profitent, tour à tour. Ainsi, la liberté excessive de l'une ne nie pas celle de toutes les autres. La culture de concurrence doit être associée, dans les milieux d'affaires, à l'idée qu'il est utile de renoncer à la facilité des comportements anticoncurrentiels. Une compétition saine pour conquérir des parts de marché repose non

⁸² Marie-Anne FRISON-ROCHE, L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie, Les Petites affiches 28 décembre 2000, n°20.

⁸³ Ce devoir est ressenti de manière si impérieuse qu'il a donné le thème du colloque organisé par le Conseil de la concurrence pour son 15ème anniversaire, préc.

⁸⁴ Ulf BÖGE, Président du Bundeskartellamt, *Les critères d'efficacité d'une autorité de la concurrence*, in L'efficacité de la politique de la concurrence, préc. ; William E. KOVACIC, General Counsel Federal Trade Commission, *La politique en matière de contrôle de concentration*, ibid. Les erreurs sont compréhensibles dans la mesure où les autorités doivent prendre des risques. Elles sont acceptables dans la mesure où elles respectent des principes d'actions tels que l'auto-évaluation, mais aussi la transparence dans le processus de décision, la rapidité des procédures, les droits de la défense, la confidentialité, l'indépendance par rapport aux interventions politiques.

⁸⁵ Damien NEVEN, *L'efficacité des politiques de la concurrence : le point de vue d'un économiste*, ibid.

⁸⁶ D. BRAULT, *Droit et politique de la concurrence*, préc., p.5.

seulement sur des mérites tangibles, mais aussi sur la liberté des autres d'accéder au marché⁽⁸⁷⁾. La libre concurrence engage les entreprises sur la voie de l'efficacité économique⁽⁸⁸⁾. Cette conviction des bienfaits doit être nourrie par un effort incessant de persuasion, de la part des acteurs institutionnels, sur le bien-fondé des choix et des moyens d'action.

22. – Les bonnes pratiques des entreprises, expression d'une "responsabilité économique". La Commission et la Cour de justice ont adopté la conception d'une concurrence "praticable", c'est-à-dire une concurrence qui assure le fonctionnement du marché pour l'essentiel, et non une concurrence "idéale et parfaite"⁽⁸⁹⁾. Elles en ont tiré toutes les conséquences. En effet, la "concurrence praticable" est malgré tout exigeante. Elle implique la préservation d'un état de concurrence qui, parce qu'il est fragile et précaire, doit faire l'objet d'une vigilance constante. Par nécessité, la Cour de justice a fait peser sur les entreprises "une responsabilité particulière", celle de préserver la concurrence sur les marchés où elle opère⁽⁹⁰⁾. La vigilance sur l'état du marché, mission impartie à la Commission, est ainsi partagée avec les opérateurs économiques eux-mêmes. Leur obligation fondamentale se décline en deux obligations particulières : l'auto-évaluation et la négociation⁽⁹¹⁾. Il est donc de la plus haute importance que des efforts pédagogiques soient fournis par tous les acteurs institutionnels. C'est tout l'enjeu des techniques d'exposition présentant la mise en oeuvre des règles : la lisibilité pour la prévisibilité⁽⁹²⁾.

23. – L'obligation d'auto-évaluation des entreprises, première manifestation de leur culture de concurrence. Les entreprises doivent veiller en permanence à l'impact de leur action économique sur le marché et à l'évolution de celui-ci. Par là-même, elles font la démonstration d'une culture de concurrence, mise en oeuvre pour la sécurité juridique de leur action entrepreneuriale. En vue de les aider dans cette voie de l'auto-évaluation, la Commission européenne s'est attachée à développer une tradition pédagogique et s'inspire en cela des autorités américaines qui diffusent un grand nombre de brochures explicatives⁽⁹³⁾. Elle multiplie, pour sa part, les communications comme par exemple celles relatives à la définition du marché pertinent, à la notion de concentration, au calcul du chiffre d'affaires, aux mesures correctives, ou encore aux accords d'importance mineure. Elle publie des lignes directrices, comme c'est le cas pour les restrictions verticales ou pour le calcul des amendes. Ces documents reflètent son expérience et les nécessités qu'elle a éprouvées dans sa pratique décisionnelle. Ils soulignent les inflexions dans sa technique d'approche, en raison d'un changement d'objectif de politique juridique. Certains ont pu douter de l'utilité de ces

⁸⁷ Michel FRANCK, Président de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, in *L'efficacité de la politique de concurrence*, préc.

⁸⁸ Alexander SCHAUB, *La politique de concurrence : objectifs et règles*, in Les dossiers de l'Europe, Les Petites affiches 5 novembre 2001, p.11.

⁸⁹ J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE, L. IDOT, *Droit européen des affaires*, Themis PUF, t.1, 1999, p.49.

⁹⁰ CJCE, 9 nov. 1983, 322/81, aff. Michelin, Rec.1983, 3496. V. aussi Berthold GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN, Louis VOGEL, *Droit commercial européen*, Précis Dalloz 1994, n°553?

⁹¹ C. PRIETO, *L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique*, *Droit 21*, 2001, ER 001.

⁹² Hugues du ROURET, *Les besoins des entreprises*, in *L'efficacité de la politique de concurrence*, préc.

⁹³ La Federal Trade Commission publie General Guidance, Guidelines, Commission publications statements of policy, cf <http://www.ftc.gov>

documents, en insistant sur leur inconsistance au regard de la hiérarchie des normes ⁽⁹⁴⁾. Ces documents précisent eux-mêmes qu'ils ne lient aucunement la Cour de justice. Néanmoins, leur valeur ne saurait être minorée. En se situant sur le registre de la pédagogie, ce "*droit mou*" sert différemment la sécurité juridique, si ce n'est mieux que le "*droit dur*". Assurant l'intelligibilité de la norme, la Commission attend en contrepartie une attitude constructive des entreprises.

24. – L'obligation de négociation des entreprises, seconde manifestation de leur culture de concurrence. C'est un degré supplémentaire dans l'expression d'une culture de concurrence bien maîtrisée. Pour compléter l'auto-évaluation, la Commission invite les entreprises à la transparence, au dialogue et à la négociation. Le domaine de prédilection du dialogue est assurément le contrôle des concentrations. Les projets de concentration, a priori incompatibles avec les exigences de concurrence, peuvent être remodelés par les parties après avoir tenu compte des observations des services de la Commission ⁽⁹⁵⁾. Les entreprises doivent alors prendre la mesure des potentialités qui s'offrent à elles. Savoir négocier suppose une capacité de souplesse, d'adaptation et d'imagination. Le remodelage d'une opération juridique complexe, comme l'est un rapprochement d'entreprises, ne s'improvise pas. C'est pourquoi la Commission invite les parties à un projet de concentration à faire une pré-notification et ainsi à intégrer, très en amont de leur projet, les exigences de la libre concurrence. A défaut, les remèdes au dommage concurrentiel prévisible risquent fort de paraître insuffisants et de provoquer une décision d'incompatibilité, quelle que soit l'ampleur des pressions politiques ⁽⁹⁶⁾. Mais les entreprises peuvent, à juste titre, craindre pour la protection de leurs données confidentielles ⁽⁹⁷⁾. La crédibilité des autorités de concurrence ne peut résulter que de la démonstration de leurs pratiques de précaution. C'est l'ultime condition d'une bonne implication des entreprises dans l'obligation de négociation.

25. – Convaincre le consommateur des bienfaits d'une culture de concurrence. Les entreprises ne sont pas les seuls acteurs économiques du marché. Il faut aussi compter avec les consommateurs qui constituent l'alpha et l'omega du marché, puisque l'offre n'est que l'anticipation de la demande. De manière générale, le bien-être du consommateur est considéré comme un but essentiel de la libre concurrence ⁽⁹⁸⁾. La Commission entend ainsi

⁹⁴ cf infra n°31.

⁹⁵ L IDOT et C. MOMEGE, *Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique*, Rev. Lamy dr. aff. 2001, suppl. ; C. PRIETO, *L'effectivité des mesures correctives dans le contrôle des concentrations*, Droit 21, 2002, chr., AJ 069.

⁹⁶ C'est l'éclairage donné au rejet par la Commission de deux projets en octobre 2001 : celui de l'acquisition par la société Schneider Electric SA de la société Legrand SA, par voie d'une offre publique d'échange et celui de l'acquisition de Sidel SA par le groupe suisse Tetra Pak. Voir Mario MONTI, Bruxelles aime les fusions ... et la concurrence, Le Monde 8 nov. 2001 (pour tenter d'apaiser une vive polémique en France) ; Karel van MIERT, La Tribune 28 oct.2001 ; Mario MONTI, *The Commission notice on merger remedies : one year after*, in "Guidelines for merger remedies : prospects and principles", CERNA, Ecole nationale supérieure des mines, Paris 18 January 2002, <http://europa.eu.int/comm>

⁹⁷ Hugues du ROURET, *Les besoins des entreprises*, préc.

⁹⁸ Claus Dieter EHLERMANN et Lorraine L. LAUDATI, *The objectives of competition*, European Competition Law and Policy Annual 1997, Hart Publishing August 1998. Voir aussi Barry E. HAWK et James D. VELTROP, *Les développements du droit antitrust aux Etats-Unis : analyse raffinée; application agressive et internationale*, RIDE 1994/3, p.299, in Le droit de la concurrence (bilan et perspective), spéc. p.300 et 335. Le problème est que la notion de "*welfare consumer*" apparaît bien différente selon les écoles de pensée économique. Pour un exemple de controverse entre "post Chicagoans" and "Chicagoans", cf Eleanor M. FOX et

encourager les consommateurs à participer de manière consciente et active au processus concurrentiel. L'idée de familiariser le consommateur avec les tenants et aboutissants du droit de la concurrence vise d'abord à rapprocher l'Union européenne du citoyen. Il importe que le citoyen prenne conscience que l'Union n'est ni un projet politique éloigné de ses préoccupations immédiates, ni un marché ne profitant qu'aux grandes entreprises. L'institution d'une Journée européenne de concurrence permet, chaque année, de rappeler au consommateur les résultats directement appréciables pour lui auxquels parvient la politique communautaire de la concurrence⁽⁹⁹⁾. Ainsi, la 2^{ème} journée qui s'est tenue à Paris, le 17 octobre 2000, a été l'occasion de souligner à l'intention du consommateur français que le contrôle communautaire des concentrations avait préservé une structure de marché concurrentielle dans la distribution du carburant⁽¹⁰⁰⁾. Quant à l'ouverture à la concurrence des télécommunications, elle a profité à l'ensemble des usagers de l'Union en suscitant une baisse de 35% en deux ans⁽¹⁰¹⁾. C'est vers le consommateur que convergent tous les efforts pour un bon fonctionnement du marché. La démonstration en est faite dans une brochure spécialement élaborée pour le consommateur⁽¹⁰²⁾. Une concurrence effective est censée améliorer le pouvoir d'achat du consommateur et son choix⁽¹⁰³⁾. Encore faut-il que le consommateur puisse le vérifier concrètement. La lisibilité des offres est une attente légitime, car "*être consommateur n'est pas un métier*"⁽¹⁰⁴⁾. Sans cette lisibilité, il est illusoire de penser que le

Lawrence A. SULLIVAN, *Antitrust – Retrospective and prospective : where are we coming from, where are we going ?*, New York University Law Review novembre 1987, 62 N.Y.U.L. Rev. 936. Le lexique comparatif, en annexe de l'article, est également édifiant.

⁹⁹ Lisbonne, juin 2000, <http://europa.eu.int/comm>

¹⁰⁰ La Commission n'a consenti aux fusions Exxon/Mobil et TotalFina/Elf qu'en contrepartie de cessions importantes d'actifs à des concurrents. TotalFina s'est engagé, par exemple, à céder 70 stations d'essence sur les autoroutes françaises et la Commission veille à rejeter les propositions d'acquéreurs si ceux-ci ne lui semblent pas garantir un fonctionnement dynamique de ce marché.

¹⁰¹ Mario MONTI, *2ème journée européenne de la concurrence*, Paris 2000

¹⁰² La politique de concurrence en Europe et le citoyen, <http://www.europa.eu.int/comm>

¹⁰³ De manière générale, la concurrence est censée favoriser un choix plus large du consommateur, par l'innovation technologique et la qualité des produits :

* les ententes faussent le libre jeu du marché et empêchent le consommateur d'être l'arbitre entre différentes offres. Les cartels, par des accords sur les prix ou par le simple échange d'informations sur les futurs prix pratiqués, sont assurément les plus néfastes pour les consommateurs ;

* les abus de position dominante et les concentrations aboutissent à des augmentations sensibles de prix, dans la mesure où le pouvoir de marché permet à l'opérateur économique de s'extraire de toute concurrence et, à terme, de raréfier le choix du consommateur ;

* par ailleurs, la fin des monopoles publics dans certains secteurs incite l'opérateur historique à pratiquer des offres de prix attractives pour le consommateur, du fait de la présence des nouveaux entrants sur le marché ;

* les aides d'Etat, quant à elles, ont parfois un impact à court terme sur le consommateur, mais elles constituent un haut facteur de nuisance au marché et portent atteinte aux intérêts du contribuable en soutenant de manière artificielle des "*canards boiteux*". Ainsi, le citoyen allemand a pu apprécier la faible efficacité de l'emploi des ressources de la collectivité nationale, à propos des aides à la restructuration des entreprises de l'Allemagne orientale après l'unification. Ainsi, le citoyen français a pu aussi mesurer l'ampleur du soutien nécessaire à la restructuration du Crédit Lyonnais et, partant, l'ampleur du défaut de contrôle des autorités nationales. Les règles de concurrence relatives à l'intervention étatique dans l'économie sont aussi un moyen d'éclairer le citoyen dans ses rapports directs avec l'Etat.

¹⁰⁴ Reine-Claude MADER-SAUSSAYE, Confédération de la Consommation, du Logement et du cadre de vie, *Les attentes du consommateur*, Membre du Conseil de la concurrence, *Les attentes du consommateur*, in *L'efficacité de la politique de la concurrence*, préc. A cet égard, l'exemple des télécommunications est édifiant.

consommateur est un agent économique utile pour arbitrer, sur des bases saines, la compétition entre les entreprises. Il faut aussi dépasser la vision étroite qui focalise l'intérêt du consommateur sur le prix le plus bas possible. Les crises de santé publique jettent un éclairage brutal sur la sécurité des produits. Le consommateur attend aussi un appareil commercial suffisamment diversifié pour assurer une proximité de la distribution ⁽¹⁰⁵⁾. C'est désormais en termes de développement durable qu'il convient de raisonner pour les entreprises, comme pour les consommateurs ⁽¹⁰⁶⁾. Une politique de communication active est certainement un bel instrument de diffusion de la culture de concurrence dans l'opinion publique ⁽¹⁰⁷⁾. Mais, pour emporter la conviction, elle doit intégrer bien en amont, c'est-à-dire dans la politique de concurrence, les véritables critères de la qualité de vie du consommateur-citoyen. Il est même opportun que le citoyen-contribuable soit éclairé sur le rapport entre l'effectivité et le coût de la politique de la concurrence ⁽¹⁰⁸⁾.

26. – La culture de concurrence, prélude à la participation du consommateur au processus concurrentiel. La prise de conscience des bienfaits que le consommateur peut retirer de la politique de concurrence n'est qu'une étape de sensibilisation. Il faut encore l'inciter "à prendre part de façon attractive et consciente au processus concurrentiel"⁽¹⁰⁹⁾. De bénéficiaire passif de la politique de concurrence, il prend alors conscience de son pouvoir d'opérateur économique, de la contrainte concurrentielle qu'il peut faire peser sur le comportement des entreprises. La politique de concurrence n'est plus alors une simple politique d'assistance au consommateur, mais devient une politique d'apprentissage de la liberté économique ⁽¹¹⁰⁾. Le consommateur assume sa part de mise en oeuvre des règles de concurrence en engageant des actions en justice devant les juridictions nationales. Cet aspect du processus d'"*effective private enforcement*" paraît très prometteur. La crainte d'une condamnation à des dommages et intérêts peut être tout aussi efficace que celle à des amendes prononcées par l'autorité de concurrence. C'est pourquoi l'émergence d'une "*citoyenneté économique*" est saluée et attendue ⁽¹¹¹⁾. La dimension économique de notre société contemporaine doit être pleinement prise en compte. La vie harmonieuse dans la cité ne repose plus seulement sur la vigilance des citoyens à l'égard du pouvoir politique, mais encore et autant à l'égard du pouvoir économique.

27. – Les modes d'action du consommateur, au nom d'une nouvelle "*citoyenneté économique*". L'exercice de cette citoyenneté économique peut emprunter plusieurs voies. Le consommateur peut évidemment éliminer, par son choix, des produits ou services fournis par certaines entreprises. Mais une voie plus radicale s'ouvre à lui : le dépôt de plainte. La brochure d'information destinée au consommateur l'y incite fortement. Elle comporte, au premier rang des fiches pratiques, les modalités "*pour porter plainte*" directement ou par le biais des associations de consommateurs. Est présentée comme exemplaire la condamnation

¹⁰⁵ Reine-Claude, MADER-SAUSSAYE, *ibid.*

¹⁰⁶ Hugues du ROURET, *Les besoins des entreprises*, préc.

¹⁰⁷ Allan FELS, Président de l'Australian Competition and Consumer Commission, *Communiquer pour être efficace*, in *L'efficacité de la politique de la concurrence*, préc.

¹⁰⁸ Damien NEVEN, *L'efficacité de la politique de concurrence*, préc.

¹⁰⁹ Mario MONTI, *La politique de concurrence en Europe et le citoyen*, préc.

¹¹⁰ Mario MONTI, *ibid.*

¹¹¹ Mario MONTI, *ibid.*

de Volkswagen, dont l'origine a été la multiplication de plaintes de consommateurs allemands et autrichiens auprès de la Commission qui dénonçaient leur incapacité à acheter des véhicules en Italie où les prix étaient plus bas ⁽¹¹²⁾. C'est encore un grand nombre de plaintes qui a amené la Commission à enquêter sur la distribution des Digital Video Disc : les pratiques de prix élevés en Europe seraient confortées par un système de code propre à chaque grande région mondiale de distribution ⁽¹¹³⁾. Par les plaintes, les consommateurs apportent à la Commission une précieuse collaboration. Mais, les affaires emblématiques précitées ne doivent pas occulter la réalité : les plaintes sont rares et le rôle des associations de consommateurs paraît encore trop marginal. C'est pourquoi une réflexion est menée pour traiter les consommateurs comme des victimes directes des pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit de leur ouvrir, à ce titre, des moyens de recours devant les juridictions nationales pour obtenir des dommages et intérêts. Cette ouverture constituerait assurément une forte incitation. Encore faudrait-il progresser dans l'évaluation du préjudice spécifique au consommateur. En tout état de cause, c'est sur le terrain des remèdes que réside la stimulation du processus d'"*effective private enforcement*". De solides perspectives de réparation constituent la meilleure incitation à engager des actions devant les juridictions nationales ⁽¹¹⁴⁾. Cela vaut autant pour les consommateurs que pour les entreprises.

Les bases d'une culture de concurrence sont toujours à parfaire. Mais son enracinement en Europe est indéniable. Il reste à savoir si les européens, fiers de cette acculturation, peuvent par surcroît se prévaloir d'une originalité dans son développement européen.

¹¹² TPICE, 6 juillet 2000, T-62/98, Europe 2000, chron., n°10, L.IDOT, Journal du droit international 2001-2, p.657, C. PRIETO.

¹¹³ Mario Monti, *European Competition Day*, Content, Competition and consumers, Stockholm 11 June 2001.

¹¹⁴ Walter van GERVEN, *Substantives Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules Before National Courts*, in *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, European Competition Law Annual 2001, préc., <http://www.iue.it/RSC/competition2001>

II - LA SPECIFICITE EUROPEENNE DE LA CULTURE DE CONCURRENCE

28. – Place étroite pour une spécificité européenne. Il pourrait paraître bien audacieux de chercher à caractériser une spécificité de la culture de la concurrence en Europe. L'avance théorique et pratique des Etats-Unis semble difficile à rattraper. Si l'on s'attache aux sources, aux méthodes d'analyse, aux pratiques (¹¹⁵), la réception de la culture antitrust semble établie (A). Cette attitude de "réceptivité" n'est pourtant pas exclusive de distanciation. La circulation des modèles juridiques ne se réduit pas à l'assimilation pure et simple. Elle peut donner lieu également à des phénomènes d'hybridation ou de fertilisations croisées (¹¹⁶). Ainsi, la paternité du droit antitrust ne lui confère aucun monopole sur le bien-fondé ou l'évolution de la libre concurrence (¹¹⁷). En tout état de cause, il existe des finalités propres à l'Europe qui, à elles seules, peuvent forger une spécificité européenne (B). Sous cet angle, l'expression "culture européenne de concurrence" pourrait cristalliser une spécificité et, partant, renforcer l'identité européenne.

A. - La spécificité réduite par des emprunts fréquents

29. - Le droit américain, berceau du droit de la libre concurrence. L'affaire est entendue, même s'il est possible de faire remonter au droit romain les premières préoccupations de protection du marché en tant que tel (¹¹⁸). Avec le droit antitrust, les Américains ont été les premiers à développer une vision d'ensemble de la libre concurrence, partie intégrante du développement du capitalisme au XXème siècle (¹¹⁹). Il eût été possible d'envisager que les autres Etats dégagent simultanément une vision propre. Il n'en a rien été, car l'intérêt des autres pays pour la libre concurrence ne s'est manifesté qu'après la Seconde Guerre mondiale (¹²⁰). Cet intérêt a d'ailleurs coïncidé avec un moment où les Etats-Unis pouvaient se targuer d'une forte densité de leur droit antitrust et où, en plus et surtout, ils exerçaient de manière décisive un "*leadership*" politique et économique à l'échelle mondiale, face à une Europe

¹¹⁵ C'est en ces termes que la réception du droit américain est posée, cf Mathias REIMANN, *Droit positif et culture juridique, L'américanisation du droit européen par réception*, in *L'américanisation du droit*, Arch. phil. 2001, p.61. Selon cet auteur, l'américanisation de la culture juridique européenne est plus importante que l'américanisation du droit positif européen.

¹¹⁶ Alan WATSON, *Legal transplants*, préc.

¹¹⁷ Chris BRIGHT, cabinet Shearman & Sterling, *The fractious antitrust family*, www.global-competition.com Global Competition Review, oct/nov 2001 : "parenthood confers no monopoly on truth or reason".

¹¹⁸ Berthold GOLDMAN et Louis VOGEL, préc., mentionnent la lex Julia (50 ans avant J.-C.), qui protégeait déjà le commerce du grain contre les hausses artificielles des prix, et la Constitution de Zénon (Vème après J.-C.) qui condamnait les hausses de prix artificielles du prix des victuailles et fut étendue aux produits de première nécessité. Ces auteurs rappellent aussi que beaucoup plus tard, s'agissant de la France, le Code pénal de 1810 sanctionnait ceux qui "*exerçant ou tentant d'exercer soit individuellement, soit par réunion ou coalition, une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande, auront ... opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des denrées ou marchandises*".

¹¹⁹ François SOUTY, *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, Que sais-je ?, 1995.

¹²⁰ Voir infra n°10.

dévastée. Cette hégémonie a donné lieu à une "exportation" du droit antitrust⁽¹²¹⁾. La réception a été facilitée par le fait que les règles de libre concurrence apparaissaient comme une des clés majeures de la puissance économique enviable des Etats-Unis. Leur influence a donc été prépondérante lors de l'élaboration des droits de libre concurrence. Elle ne s'est pas démentie par la suite. Les emprunts au droit américain antitrust n'ont pas cessé : sur les concepts, sur les méthodes d'analyse, et même sur les techniques d'exposition.

30 . - Les emprunts relatifs aux concepts. Le concept même de concurrence a été emprunté. Les Européens ont adopté la vision pragmatique des Américains : "*workable competition*". La politique de la concurrence permet de juger la praticabilité de la concurrence et non un degré de perfection par rapport à un modèle de concurrence pure et parfaite⁽¹²²⁾. La notion de "concurrence praticable", écartant le modèle abstrait, repose sur l'observation de la réalité sur chaque marché donné⁽¹²³⁾. L'adoption du concept de "*relevant market*" allait de soi, par voie de conséquence⁽¹²⁴⁾. Les emprunts de concepts n'ont jamais cessé. Parmi les plus récents, on peut mentionner l'exception de l'entreprise en difficulté ou "*failing company defence*"⁽¹²⁵⁾. L'originalité du bilan concurrentiel a séduit par la force de son réalisme et de sa prospective : l'entreprise étant défaillante, sa disparition ne pourrait qu'accroître la part de marché du concurrent ; il est donc indifférent d'admettre la concentration en vue d'une restructuration. On peut également mentionner la notion dénommée "*essential facilities*"⁽¹²⁶⁾. Elle a pourtant été découverte tardivement par rapport à l'ancienneté de l'arrêt Terminal Road qui, en 1912, en a dégagé le principe aux Etats-Unis⁽¹²⁷⁾. La première transposition en Europe est décelée en 1992⁽¹²⁸⁾ et, depuis, la notion ne cesse d'être discutée dans ses contours⁽¹²⁹⁾, ses conditions⁽¹³⁰⁾, et ses limites⁽¹³¹⁾. Les domaines des nouvelles technologies en sont le terrain de prédilection. Les autorités communautaires en ont fait une application remarquée dans des affaires emblématiques, comme celle relative à la téléphonie mobile, à propos de la fusion entre Vodafone et Mannesmann, ou celle relative à la télévision avec droit d'accès payant, à propos de la fusion entre Vivendi et Seagram⁽¹³²⁾. Enfin, le concept de la clémence, transposition du "*leniency program*", connaît lui aussi un fort développement. Récompense à la délation des cartels par les participants eux-mêmes, la clémence dans le prononcé des

¹²¹ Voir, infra n°13, une "exportation" drastique avec le processus de "décartellisation" imposé par les Forces alliées à l'Allemagne.

¹²² François SOUTY, *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, Que sais-je 1996, p.104.

¹²³ J. SCHAPIRA, G. Le TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, t.1, PUF Themis 1999, p.239.

¹²⁴ CJCE, 1973, Continental Can.

¹²⁵ Déc. Comm. déc. 1993, Gaz. Pal. 30 juin 1995, Michel BAZEX.

¹²⁶ Merit E. JANOW, *L'abus de position dominante dans une optique internationale*, Les tables rondes sur la politique de la concurrence, n°8- OCDE 1996, <http://www.oecd.org>

¹²⁷ A.B. LIPSKY et JG SIDAK, *Essential Facilities*, Stanford Law Review 1999, n°51.

¹²⁸ Déc. Comm. 11 juin 1992, aff. Sealink concernant l'accès à l'infrastructure portuaire de Holyhead, JOCE L 15 du 18 janv. 1994.

¹²⁹ CJCE 6 avril 1995, C-241, affaire Magill, Rec.I-743.

¹³⁰ Déc. Com. 14 janv. 1998, aff. Flughafen Frankfurt, JOCE L 72 du 11 mars 1998.

¹³¹ CJCE, 26 nov. 1998, C-7/97, aff. Bronner, Rec. p.I-7791.

¹³² Mario MONTI, *European Competition Policy for the 21st Century*, Fordham Corporate Law Institute, 28th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New-York 20 octobre 2000.

amendes est considérée outre-Atlantique comme un puissant instrument pour une politique de répression efficace (¹³³). L'adoption par la Commission européenne d'un "*programme de clémence*", dès 1996 (¹³⁴), est présentée comme un signe fort de convergence avec le droit américain (¹³⁵). Comme cela était annoncé, la Commission vient d'en améliorer le contenu par souci d'efficacité, en tenant compte implicitement de l'expérience américaine (¹³⁶).

31. - Les emprunts relatifs aux méthodes d'analyse. A l'instar de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire Du Pont de Nemours en 1966, la Cour de justice a été influencée par le test de l'élasticité croisée de la demande pour mesurer l'interchangeabilité du produit et, partant, pour déterminer le marché pertinent (¹³⁷). Une illustration plus récente de l'influence des méthodes américaines vient d'être donnée avec la réforme relative aux exemptions des restrictions verticales. Les nouvelles orientations paraissent conformes à l'analyse classique aux Etats-Unis tenant au "*pouvoir de marché*" (¹³⁸). Le règlement n°2790/1999 du 22 décembre 1999 rompt avec l'approche antérieure qui était enfermée dans des analyses juridiques si détaillées et éclatées, par type de contrats de distribution, que les règlements d'exemption étaient perçus comme des carcans juridiques étroits (¹³⁹). Le nouveau règlement consacre le triomphe de l'analyse économique : en-deçà d'un certain seuil de pouvoir de marché, il est permis de retenir une présomption d'innocuité de l'accord en cause (¹⁴⁰). Il était recommandé à la Commission d'adopter une approche structurelle par un renforcement de l'analyse économique, créant la rupture avec le formalisme juridique et l'énumération des clauses en catalogue (¹⁴¹). Les conseils venant d'outre-Atlantique ont bel et bien été entendus (¹⁴²). Dans cette même veine, ont été adoptés pour les restrictions horizontales, le 29 novembre 2000, les règlements d'exemption n°2658/2000 relatif aux accords de spécialisation

¹³³ International Competition Policy Advisory, www.usdoj/atr/icpac/finalreport.htm

¹³⁴ Communication du 18 juillet 1996, n°96/C 207/04, concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes.

¹³⁵ Alexander SCHAUB, Directeur-General for Competition, *Antitrust Law Enforcement : a Shared Trans-Atlantic Vision*", Bi-annual Conference of the Council for the United States and Italy, New York January 2002, <http://www.europa.eu.int/comm>

¹³⁶ Mario MONTI, *Fighting Cartels, why and how ?*, 3rd Nordic Competition Policy Conference, Stockholm 11-12 September 2000 ; Communication du 13 février 2002, L'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, <http://europa.eu.int/comm>. Le législateur français n'a pas attendu cette amélioration européenne, dont il aurait pu tirer profit, et a introduit la clémence avec quelques maladroites, cf Jean-Christophe RODA, *La clémence introduite en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques*, *Droit 21*, 2002, chr., AJ 004.

¹³⁷ Berthold GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN et Louis VOGEL, *Droit commercial européen*, Précis Dalloz 1994, n°547.

¹³⁸ Le pouvoir de marché est le test de base pour éliminer l'application du droit antitrust, cf Barry E. HAWK et James D. VELTROP, *Les développements du droit antitrust aux Etats-Unis : analyse raffinée ; application agressive et internationale*, *RIDE* 1994/3, p. 304.

¹³⁹ Communication n°98/C/ 365/03 de la Commission sur l'application des règles relatives aux restrictions verticales (le suivi du Livre vert sur les restrictions verticales).

¹⁴⁰ Laurence IDOT, Europe février 2000, n°48. Il faut souligner avec cet auteur que l'analyse juridique demeure à titre subsidiaire, avec le maintien de clauses noires, jugées trop dangereuses en elles-mêmes.

¹⁴¹ Robert T. JONES, *Droit antitrust américain et droit européen de la concurrence, étude comparative*, *Rev. March. Com.* 1992, p.32.

¹⁴² Robert KOVAR, *La politique communautaire de concurrence en matière de restrictions verticales : le règlement d'exemption n°2790/1999*, *Journal des Tribunaux - Droit européen* n°71 septembre 2000, n°16, p.155.

et n°2659/2000 relatif aux accords de recherche et de développement. L'inspiration américaine est expressément établie par la ressemblance frappante entre les Lignes directrices et les guidelines américains⁽¹⁴³⁾. Une "*révolution tranquille*" a ainsi bouleversé tout le droit communautaire des ententes⁽¹⁴⁴⁾. Elle constitue un terrain de forte convergence entre le droit européen et le droit antitrust⁽¹⁴⁵⁾.

En revanche, l'emprunt de la "*rule of reason*" dans l'application de l'article 81 CE ne pouvait pas donner satisfaction. La règle de raison est déjà perçue aux Etats-Unis comme un abîme de complexité⁽¹⁴⁶⁾. Quant à l'article 81, il fait l'objet de sévères critiques américaines. Par suite de son "*dédoulement maudit*" entre le §1 et le §3⁽¹⁴⁷⁾, il engendrerait "*une quasi-anarchie*" dans l'interprétation délivrée par la Commission et la Cour de justice et serait un véritable "*péché originel*"⁽¹⁴⁸⁾. Les premiers commentateurs des textes européens ont pu déceler une forme de règle de raison dans le régime d'exemption posé par l'article 81 §.3 CE. Mais la règle de raison américaine, strictement délimitée à un bilan des effets pro et anticoncurrentiels, ne pouvait être rapprochée d'un bilan économique et social. Certains auteurs européens ont ensuite discerné, dans l'application souple de l'article 81 §1, une influence implicite de la "*rule of reason*" américaine⁽¹⁴⁹⁾. L'intérêt était alors d'éviter un bilan économique, selon les critères lourds de l'article 81 §.3, dès lors qu'un bilan concurrentiel se révélait favorable à l'entente. La faveur reposait toujours sur le constat d'un apport pour la concurrence, notamment avec l'arrivée de nouveaux concurrents⁽¹⁵⁰⁾. Mais la réception de la règle de raison est aujourd'hui expressément démentie par le Tribunal de première instance au nom de l'effet utile de l'article 81 §.3⁽¹⁵¹⁾. La mise en balance des effets pro et anticoncurrentiels est refusée dans le cadre du §.1 et est renvoyée aux conditions de mise en oeuvre du §.3. La greffe de la règle de raison n'a donc pas pris. Très tôt, l'enjeu de cette réception a été perçu sous l'angle de la spécificité du droit communautaire⁽¹⁵²⁾. En tout état de cause, la méthode peut avoir des significations si contrastées aux Etats-Unis, selon les écoles de pensée

¹⁴³ La similitude est presque parfaite dans le plan, l'analyse et la formulation précise. Comparer : Lignes directrices pour l'application de l'article 81 aux accords de coopération horizontales, JOCE n°C3, 6 janvier 2001, et les Guidelines for Collaboration Among Competitors, April 2000, <http://www.usdoj.gov/atr> .

¹⁴⁴ Laurence IDOT, Europe 2001, n°64 et 105.

¹⁴⁵ Alexander SCHAUB, *Antitrust Law Enforcement : a Shared Trans-Atlantic Vision*, préc.

¹⁴⁶ Barry E. HAWK, *La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne ?*, RTDEur. 1989, p.24. Il est extrêmement difficile de saisir les nombreuses fluctuations dont il a fait l'objet, cf. Robert KOVAR, *Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison*, RTDEur. 1987, p.237 ; D. FASQUELLE, *Droit américain et droit communautaire des ententes, étude de la règle de raison*, GLN-July 1993 ; F. SOUTY, *Le droit de la concurrence européenne*, p.68.

¹⁴⁷ Barry E. HAWK, *ibid.*

¹⁴⁸ Barry E. HAWK, *Un tour d'horizon*, p.8.

¹⁴⁹ Pour une étude de ces décisions et des commentaires dont elles ont fait l'objet, cf. R. KOVAR, *Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison"*, RTD Eur. avril-juin 1987.

¹⁵⁰ RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par Louis VOGEL, LGDJ 2001, n°853.

¹⁵¹ TPICE, 18 sept. 2001, T-112/99, aff. M6 , pt 72, Laurence IDOT, Europe nov. 2001, n°327; David BOSCO, *Droit 21*, 2001, Chr., AJ 476 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, *Contrat-concurrence-consom* janv. 2002, n°12 ; Claude LUCAS de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *Le droit du marché*, Themis PUF 2002, p.824.

¹⁵² J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, Themis PUF 1999, t.1, p.337.

économique ⁽¹⁵³⁾, qu'il est préférable pour les Européens de s'extraire de ses méandres, d'éviter tout contre-sens et les aléas de ses évolutions ⁽¹⁵⁴⁾.

Il faut encore souligner l'inspiration américaine pour expliquer l'engouement de la Commission à l'égard du processus de l'"*effective private enforcement*". Aux Etats-Unis, le nombre des actions initiées par des opérateurs privés devant des juridictions de droit commun dépasse largement les poursuites engagées spontanément par les autorités ⁽¹⁵⁵⁾. Des affaires emblématiques ont pour origine la vigilance d'opérateurs privés, comme l'affaire Kodak ayant donné lieu à un arrêt de la Cour suprême ⁽¹⁵⁶⁾. Il est vrai que les dommages et intérêts punitifs ("*treble damages*"), sont de puissantes incitations. Cependant, leur introduction dans le droit communautaire de la concurrence ne semble pas être d'actualité ⁽¹⁵⁷⁾. L'implication des opérateurs privés peut être considérablement améliorée sans engager cette réforme supplémentaire, ne serait-ce qu'avec l'alourdissement des dommages et intérêts prononcés par les juridictions nationales. Comme pour la règle de raison, l'emprunt de la méthode de l'"*effective private enforcement*" est établi, mais il demeure limité.

32. - Les emprunts relatifs aux techniques d'exposition. Ce type d'emprunt n'a pas immédiatement emporté l'adhésion. Son efficacité a été sous-estimée. Les communications de la Commission ont désarçonné un temps les juristes européens qui, au regard de la hiérarchie des normes, n'étaient pas enclins à leur accorder une portée substantielle. Ils étaient d'autant plus réticents à les utiliser que la Commission reconnaissait qu'elles n'avaient pas le pouvoir de lier la Cour de justice, ni les juridictions nationales ⁽¹⁵⁸⁾. Ces communications se sont pourtant multipliées, sous-intitulées parfois "*Lignes directrices*". Il s'agit là d'une transposition de la pratique des "*Guidelines*", très prisée par les autorités américaines. C'est leur réponse favorite au besoin de sécurité juridique des entreprises, qui est une forte préoccupation américaine depuis les développements jugés parfois confus et désordonnés de la règle de raison ⁽¹⁵⁹⁾. L'objectif est de familiariser l'opérateur économique avec la raison d'être de la norme en lui donnant des exemples d'application qui sont le fruit de l'expérience de l'autorité de concurrence, le condensé de "*sa pratique décisionnelle*". Les "*guidelines*" ont une dimension pédagogique évidente et reposent sur l'idée que la prévention vaut mieux que les remèdes, en termes de coûts pour l'entreprise, mais aussi pour l'autorité de concurrence. Les moyens administratifs de cette dernière sont toujours trop limités. La Commission s'efforce de faire valoir le grand intérêt de ces communications. Le droit de la concurrence a été perçu en Europe comme un droit d'essence économique, remettant radicalement en cause la perception de la sécurité juridique et annonçant même un déclin du droit ⁽¹⁶⁰⁾. Il était donc crucial que la

¹⁵³ François SOUTY, *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, préc., p.14.

¹⁵⁴ Le rejet de la règle de raison en tant que telle est une chose. Le refus de mettre en balance les effets pro et anticoncurrentiels dans le §.1 en est une autre. Le Tribunal est peut être mal inspiré en refusant la dissociation entre bilan strictement concurrentiel et bilan économique et social. Cette garantie de rigueur est un moyen sûr de mettre en avant, en connaissance de cause, les valeurs sociales. La conciliation assumée dans la plus grande clarté devrait être toute l'originalité des européens, cf infra n°46.

¹⁵⁵ Mario MONTI, *Towards the Application of article 81 §.3 by National Courts*, Trier 27 novembre 2000.

¹⁵⁶ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services* 112 S.Ct. 2027 (1992)

¹⁵⁷ Mario MONTI, *Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Florence 1-2 June 2001

¹⁵⁸ Marie-Angèle SANSON-HERMITTE, *Droit européen de la concurrence, cohérence économique, sécurité juridique*, préface B. Goldman, 1981, p. 363.

¹⁵⁹ François SOUTY, préc., p.20.

¹⁶⁰ Marie-Angèle SANSON-HERMITTE, préc., p.4.

Commission expose ses méthodes de mise en oeuvre pour rendre la norme plus accessible et plus intelligible aux entreprises et, finalement, pour poser les bases d'une nouvelle forme de sécurité juridique ⁽¹⁶¹⁾. Il fallait aussi qu'elle améliore ses techniques d'exposition ⁽¹⁶²⁾, en s'inspirant de l'expérience américaine. Peu à peu, forte de son expérience décisionnelle, la Commission est parvenue à étoffer ses communications. Elle a ainsi permis aux entreprises de découvrir l'ampleur de leurs nouvelles obligations, en diffusant une culture de concurrence ⁽¹⁶³⁾. C'est une conception plus dynamique de la sécurité juridique qu'il faut désormais adopter : les entreprises deviennent les artisans de leur propre sécurité juridique ⁽¹⁶⁴⁾. Par là-même, la Commission européenne a gagné en crédibilité sur la scène internationale. La précision de ses exposés est un élément d'auto-satisfaction pour elle ⁽¹⁶⁵⁾. Du point de vue américain, les techniques d'exposition déterminent à la fois la sécurité juridique et "*l'effective private enforcement*" ⁽¹⁶⁶⁾. Ce sont les clefs d'une implication pleine et entière des acteurs économiques, sans laquelle une politique de la concurrence ne saurait être efficace. Comme certains concepts et certaines méthodes d'analyse, les techniques d'exposition sont, à part entière, des critères d'appréciation qui attestent de l'assimilation véritable d'une culture de concurrence.

Après avoir souligné l'importance des emprunts au droit antitrust américain, il semble superfétatoire de s'interroger sur la possibilité d'une spécificité européenne. L'américanisation du droit de la libre concurrence est évidente, bien qu'elle ne repose pas sur un décalque pur et simple du droit positif. Elle est manifeste par son influence profonde sur le terrain de la culture juridique ⁽¹⁶⁷⁾. Mais le droit antitrust n'absorbe pas la culture juridique dans toute son ampleur. La spécificité de la culture européenne de concurrence réside dans les objectifs propres que poursuit l'Union européenne.

¹⁶¹ Marie-Angèle SANSON-HERMITTE, préc., p.266, 352, 422 ; Alexander SCHAUB, *La politique européenne de concurrence : objectifs et règles*, Les dossiers de l'Europe, Les Petites Affiches 5 nov. 2001, p.16.

¹⁶² Marie-Angèle SANSON-HERMITTE, préc., p. 352 : à l'origine, les communications apparaissaient comme des documents "bâclés". Le perfectionnement des techniques d'exposition est désormais établi. Mais des progrès restent toujours à faire. Le Commissaire Mario Monti a pris des engagements à cet égard, cf Clôture du colloque sur l'efficacité de la politique de concurrence, <http://europa.eu.int/comm> La Commission est, en quelque sorte, victime de son succès. Plus elle expose sa méthode, plus elle nourrit la controverse. Mais il n'y a pas de vérité proclamée en droit économique. Une politique de concurrence résulte de la confrontation des opinions et des expériences de tous les acteurs, régulateurs et opérateurs confondus. La controverse permet d'éprouver les positions prises et d'évacuer tout dogmatisme.

¹⁶³ voir supra n°21 et s.

¹⁶⁴ Catherine PRIETO, *L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception de la sécurité juridique*, préc. V. aussi Frédéric JENNY, selon lequel il existe un corpus de règles suffisamment clair pour permettre aux entreprises d'évaluer leurs accords, in Entretien, *La concurrence*, Les dossiers de l'Europe, préc., p.40.

¹⁶⁵ Alexander SCHAUB, *Antitrust Law Enforcement : a Shared Trans-Atlantic Vision*, préc.

¹⁶⁶ Le recours accru à des déclarations interprétatives et à des directives, pour clarifier la méthodologie antitrust, est considéré comme l'expression d'un raffinement de l'analyse économique des faits, cf Barry E. HAWK et James D. VELTROP, *Les développements du droit antitrust aux Etats-Unis : analyse raffinée ; application agressive et internationale*, RIDE 1993/4, préc., p.301 et 335.

¹⁶⁷ C'est d'ailleurs la thèse soutenue, sur un plan général, par Matthias REIMANN, *Droit positif et culture juridique, L'américanisation du droit européen par réception*, préc. L'auteur emploie le terme de "culture juridique" en évoquant les processus, les pratiques, les professions et les institutions.

B. – La spécificité irréductible en termes de finalités

33. – Phénomène de réception et dynamique propre du droit européen de la concurrence. L'héritage du droit antitrust américain, dans toute son ampleur, est indiscutable. Mais, comme dans les relations familiales, apparaît le temps de la distanciation, pour affirmer si ce n'est son autonomie, du moins son identité propre. C'est le parallèle tracé par des praticiens, notamment dans le contrôle des concentrations, pour expliquer certaines prises de position : l'Europe est en train de chercher son propre centre de gravité (¹⁶⁸). De plus, il serait malvenu de déconnecter un corps de règles de son environnement social et culturel. Quelqu'il soit, il est le produit d'une société et le droit de la concurrence ne saurait échapper à cette analyse (¹⁶⁹). Les Américains attestent eux-mêmes que le droit antitrust a connu de fortes inflexions au cours de son histoire et que, à chaque étape, il a reflété une dynamique socio-économique, une vision spécifique de la société (¹⁷⁰). C'est pourquoi il leur paraît naturel de dépasser le strict cadre légal et de donner au droit de la libre concurrence une dimension sociologique, qui repose sur des tensions idéologiques fortes (¹⁷¹). Il leur faut donc admettre que la société importatrice de leur modèle puisse aspirer à y intégrer ses propres valeurs et même à le transformer en fonction de ses propres finalités.

34. – La création d'un marché unique ex nihilo : une finalité technique, propre à la culture européenne de concurrence. Le droit américain antitrust n'a pas eu à relever le défi de créer un marché unique ex nihilo, avec des différences linguistiques et culturelles, des monnaies multiples, des taux de change flottant (¹⁷²). Le marché américain n'a jamais été cloisonné dans les mêmes termes que les marchés nationaux en Europe et, en tout état de cause, il était déjà unifié lorsque les premières lois antitrust ont été adoptées (¹⁷³). Il existe bien dans la Constitution américaine une disposition dénommée "*commerce clause*" aux termes de laquelle est prohibé tout obstacle au commerce entre les Etats de l'Union (¹⁷⁴). Mais cette disposition n'a pas été confrontée, dans sa mise en œuvre, à la complexité rencontrée par l'art 28 CE. S'efforçant, sur la base de ce texte, de lutter contre les cloisonnements issus des législations nationales, les autorités communautaires ont dû veiller à ce que les opérateurs privés ne reconstituent pas ces barrières nationales, notamment par leurs comportements contractuels. C'est pourquoi les autorités communautaires ont eu massivement recours à l'usage des règles de concurrence à l'encontre des opérateurs économiques tentés par toute forme de recloisonnement des marchés nationaux. Le recours aux règles de concurrence pour assurer l'intégration du marché ne s'est donc pas posé comme une nécessité outre-Atlantique. Les autorités européennes insistent toujours sur cet aspect fondamental de leur politique

¹⁶⁸ Chris BRIGHT, *The fractious antitrust family*, préc.

¹⁶⁹ Chris BRIGHT, *ibid.*

¹⁷⁰ Eleanor E. FOX and Lawrence A. SULLIVAN, *Antitrust - Retrospective and prospective : where are we coming from ? where are we going ?*, *New York University Law Review*, nov. 1987, préc.

¹⁷¹ Andrew L. GAVIL, *Competition and Cooperation on Sherman Island : an Antitrust Ethnography*, préc.

¹⁷² Barry E. HAWK, *La révolution américaine*, préc., p.5.

¹⁷³ Robert T. JONES, préc.

¹⁷⁴ Barry E. HAWK, *Un tour d'horizon du droit et de la politique de la concurrence*, préc.

lorsqu'elles s'adressent à des interlocuteurs américains ⁽¹⁷⁵⁾. Il est important de rappeler cette préoccupation à un moment où les perspectives d'élargissement de l'Union lui donnent un regain d'intensité.

35. – Un degré de particularisme admis par les américains. L'ampleur du défi et sa spécificité européenne ne peuvent qu'être admises par les Américains eux-mêmes. Les observateurs américains les plus avertis appellent donc à la prudence ceux qui seraient tentés, outre-Atlantique, par des critiques trop expéditives ⁽¹⁷⁶⁾. Ainsi, ils concèdent que, pour des raisons d'unification du marché, les Européens aient pu appliquer les règles de concurrence aux restrictions verticales de manière plus sévère qu'aux Etats-Unis, où les atteintes à la concurrence intra-brand sont considérées comme beaucoup moins nocives que celles à la concurrence inter-brand. Mais les restrictions verticales, dès qu'elles s'appuient sur des exclusivités territoriales, reconstituent ou maintiennent des cloisonnements nationaux dans les réseaux de distribution et enfreignent un objectif essentiel. Dans la même veine, les observateurs américains admettent aussi l'attitude de faveur à l'égard des petites et moyennes entreprises, qui consiste à les inciter à des formes de coopération, sans retenir contre elles des entraves horizontales pourtant perçues comme étant les plus graves. Il s'agissait là encore de favoriser la constitution d'un grand marché géographique, en suscitant des rapprochements nonobstant les frontières nationales et le handicap de l'éloignement. Cette spécificité technique de la construction ex nihilo d'un marché unique est admise. Elle peut justifier des inflexions dans la politique européenne de concurrence. Mais, au-delà, les Américains sont enclins à penser que les Européens pourraient être plus rigoureux dans leurs analyses économiques ⁽¹⁷⁷⁾. Le droit américain antitrust est présenté outre-Atlantique comme un "modèle" ⁽¹⁷⁸⁾. Cela instillerait le doute sur la consistance d'une vision européenne sur le rôle de la concurrence dans un système économique. Les Européens pourraient penser que l'antériorité du droit antitrust confère à la culture américaine de concurrence une maturité et une autorité inégalées ⁽¹⁷⁹⁾.

¹⁷⁵ Mario MONTI, "European Competition policy for the 21st Century", Fordham Corporate Law Institute, New-York 20 octobre 2000?

¹⁷⁶ Barry E. HAWK, *La révolution antitrust américaine*, préc., p.8,30 ; Robert T. JONES, préc.

¹⁷⁷ A certains égards, les Européens en conviennent. Des observateurs autorisés reconnaissent un certain retard de la Commission européenne, nonobstant les invitations pressantes de la Cour de Justice, dans l'analyse économique, tout particulièrement dans l'application de l'article 81, cf C.-D. EHLERMANN et Laraine L. LAUDATI, *European Competition Law Annual 1997, Objectives of Competition Policy*, Hart Publishing, August 1998, Introduction. Ils semblent admettre que la construction du marché intérieur n'était pas un prétexte suffisant et valable. S'agissant précisément de l'article 81, un consensus s'est ainsi dégagé, quelles que soient les divergences sur les finalités immédiates ou directes de la politique de concurrence, sur la nécessité de réduire la notion de restriction de concurrence et d'adopter une interprétation plus rigoureuse de ce qu'exigent vraiment le décloisonnement des marchés nationaux et le plein achèvement du marché intérieur.

<http://www.iue.it/RCS/ECO-POL/comp1997.htm>

¹⁷⁸ Robert T. JONES, préc. : "Nous nous efforcerons d'envisager de quelle manière le droit antitrust pourrait être appliqué comme modèle dans le développement de sa contrepartie européenne ... Il apparaîtrait que la nécessité d'une meilleure compréhension des fondements et des méthodes d'application du système américain se fasse sentir en Europe". S'agissant des restrictions verticales, il faut reconnaître que le conseil américains ont assurément été l'inspiration de la réforme du règlement d'exemption du 20 décembre 1999, cf supra n°30.

¹⁷⁹ "Un siècle de milliers de décisions de cours et de tribunaux" et de confrontations vigoureuses entre écoles économiques aux USA, cf Barry E. HAWK, in *Un tour d'horizon du droit et de la politique de concurrence*, Cahiers de droit de l'entreprise 1992-5, p.1.

36. – L'ampleur du débat aux USA sur la libre concurrence et, partant, la voie ouverte à une approche fondamentale spécifique à l'Europe. En réalité, la position de "world leader" dans le droit antitrust n'est pas toujours revendiquée aux Etats-Unis. Des mises en garde sont émises contre toute tentative d'isolationnisme américain : d'abord parce qu'il s'agit d'une attitude de repli intellectuel, mais surtout parce qu'il n'y a pas lieu de penser que les américains détiennent, ni même qu'ils ont détenu, les bonnes réponses en matière de droit de la libre concurrence ⁽¹⁸⁰⁾. La modestie du propos surprend et estompe un *a priori* européen sur le dogmatisme, voire l'impérialisme américain. Cette modestie s'explique notamment par l'ampleur du débat que suscite aux Etats-Unis, encore aujourd'hui, la politique de concurrence et qu'elle continuera d'ailleurs de susciter ⁽¹⁸¹⁾. Certains pensent toujours que l'efficacité allocative doit demeurer l'objectif exclusif du droit antitrust, alors que d'autres font valoir que des "*competing values*" doivent être intégrées dans la politique de concurrence ⁽¹⁸²⁾. Ces valeurs sont "*concurrentes à la libre concurrence*", soit parce qu'elles n'entrent pas naturellement dans un modèle économique, soit parce qu'elles constituent un coût en terme d'efficacité économique ⁽¹⁸³⁾. Il s'agit de valeurs connues : la diversification des bienfaits apportés au consommateur, la protection du petit commerce et de l'accès au marché, la préoccupation de l'accumulation de pouvoir économique et politique, la prévention contre le pouvoir impersonnel des grandes sociétés, l'encouragement de la loyauté et des valeurs morales. Mais leur perception semblent correspondre à un renouvellement. L'imbrication de ces valeurs dans la libre concurrence présente des avantages. Elle permet notamment de concilier des aspirations de développement économique et social avec la théorie économique antitrust. Il était précisément reproché à l'Ecole de Chicago de préconiser un droit antitrust qui transcende tout changement politique. Sans une conciliation, il y aurait un risque de remise en cause, par les exigences d'antitrust, du fonctionnement démocratique de la société ⁽¹⁸⁴⁾. Mais une telle imbrication présente également un grave inconvénient : celui de s'éloigner de la base fondamentale de l'analyse économique. C'est pourquoi, en l'absence même d'un parti-pris hostile à une justice distributive ⁽¹⁸⁵⁾, il y a aussi un risque de dérive qui consisterait à se lancer dans une pratique du droit antitrust sans une solide connaissance de l'économie et, en définitive, à couper le droit antitrust de sa base d'analyse ⁽¹⁸⁶⁾. La voie est donc étroite entre deux précipices. Mais il faut relever l'interpellation faite aux économistes : ils doivent rendre leurs théories et leurs instruments d'analyse accessibles à une plus large audience, à défaut de quoi l'expertise non contrôlée peut faire basculer une démocratie dans une nouvelle forme de totalitarisme ⁽¹⁸⁷⁾. Les observateurs américains les plus incisifs et prompts à dénoncer les faiblesses de l'Ecole de Chicago regrettent, d'une certaine manière, l'époque de son ascendant.

¹⁸⁰ Herbert HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy, The law of competition and its practice*, préc., p. 54.

¹⁸¹ Cela procède de la conviction que le droit de la concurrence devra toujours évoluer en considération des changements d'idéologie dominante, de bouleversements technologiques ou de soubresauts de la vie économique, cf HOVENKAMP, *ibid.*, p.52.

¹⁸² Herbert HOVENKAMP, *ibid.*, p.71. Ce serait un paradoxe, puisque le droit antitrust est, à l'origine, une réaction de défense de la démocratie politique, cf supra n°12 et s.

¹⁸³ Le concept d'efficacité économique est lui-même objet de débats dans ses contours et sa substance, parce qu'il renvoie par essence au fondement de la libre concurrence. Pour une présentation de ces débats, cf HOVENKAMP, *ibid.*, p. 74.p

¹⁸⁴ Herbert HOVENKAMP, *ibid.*, p.68.

¹⁸⁵ Herbert HOVENKAMP, *Distributive Justice and the Antrust Law*, 51, *Geo.Wash. L. R.* 1 (1982).

¹⁸⁶ Herbert HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, préc., p. 73.

¹⁸⁷ Herbert HOVENKAMP, *ibid.*, p.74.

Son approche paraît si simple et élégante, alors que l'ère post-Chicago s'avère si complexe, voire brouillonne, en tous les cas coûteuse et incertaine dans ses analyses (¹⁸⁸). Est donc venu le temps d'une nouvelle ère qui, sans être un retour en arrière, permette de dégager un autre équilibre dans la politique antitrust, mais aussi d'offrir des techniques d'analyse économique plus opérationnelles (¹⁸⁹). La diversité des approches et des expériences ne peut qu'enrichir le débat. C'est une fertilisation conjointe qu'il est permis d'espérer.

Des considérations géopolitiques incitent également les Américains à s'ouvrir à des approches différentes des leurs. La chute du communisme les amène à reconsidérer le potentiel de développement du continent européen. Les succès de l'intégration européenne font également impression. La conjonction de ces éléments n'incite pas à l'isolationnisme américain et fait même penser que le prochain modèle du droit de la libre concurrence sera européen (¹⁹⁰). Paradoxalement, le droit de la libre concurrence semble mieux toléré en Europe, que dans le pays qui en a accouché il y a un peu plus de cent ans. C'est pourquoi les juristes américains sont invités à se pencher sur la politique de concurrence en Europe, non pas comme un simple cas de réception du droit antitrust, mais pour l'exemple donné d'une reformulation et d'une problématique propre (¹⁹¹).

De fait, la première spécificité inhérente à la construction d'un marché ex nihilo annonce l'idée d'une instrumentalisation plus générale de la libre concurrence : la concurrence n'est pas une finalité en soi, mais un moyen pour réaliser des objectifs supérieurs qui sont propres au "modèle" sociétal de la vision européenne.

37. - Le rejet, dans la pensée économique européenne, d'une "concurrence - fin en soi".

Dès les prémices de la réception du droit antitrust, les germes de spécificité étaient là et ils n'ont cessé de se développer. L'histoire et les valeurs étaient différentes. Les idéaux de Jefferson ne correspondaient pas à ceux de l'Europe, où l'utopie communiste avait pris racine au XIX^{ème} siècle : la confiance dans l'Etat étant plus forte, la politique de concurrence ne

¹⁸⁸ Herbert HOVENKAMP, *ibid.*, p.70. Pour tempérer ses critiques à l'égard de la complexité des analyses de l'ère post-Chicago, l'auteur concède que la réalité est elle-même complexe : "The alternatives are almost messier, more expensive and less determinate. But policy has to reflect the world we live in and the world is a messy place". Pourtant, l'insécurité juridique et l'absence de caractère opérationnel, en termes de mise en oeuvre, sont les failles les plus graves, comme cet auteur l'affirme dans un article postérieur, cf *Post-Chicago Antitrust : a Review and Critique*, 2001 Colum. Bus. L. Rev. 257. Le constat est alarmant : "It now seems quite clear that Chicago School economic orthodoxy is no longer the best, or certainly not the only analytic tool for evaluating markets. But the sad fact is that Judges have not come close to developing antitrust rules that makes this messier, more complex economics into account. An even sadder fact is that in many instances Judges may not be capable of doing so. As a result, the rather benign Chicago School rule may be the best one for policy purposes even though it does not do the best job of expressing what we know about economic theory... In too many instances antitrust tribunals are simply not up to handling post-Chicago theory. Judges do not know enough economics ; the economics itself is insufficiently capable of sorting out competitive or harmless explanation ; the American jury system turns complex fact findings into chaos". La critique est cependant atténuée par la reconnaissance de certains succès : la théorie des effets unilatéraux dans les fusions horizontales et la théorie "Raising Rival's Costs" se sont révélées opérationnelles pour les juges.

¹⁸⁹ Herbert HOVENKAMP, *Post-Chicago Antitrust : a Review and Critique*, préc.

¹⁹⁰ Eleanor M. FOX, *Antitrust : the big Picture*, Antitrust under the Clinton Administration, vol. I, MCLE (1993).

¹⁹¹ James R. MAXEINER, *High Time for American Lawyers to Learn from Europe, or Roscoe Pound's 1906 Adress revisited*, Fordham International Law Journal, vol. 15:1 (1991-1992).

pouvait qu'évoluer vers une approche marquée par la régulation ⁽¹⁹²⁾. Les Européens ont exprimé ainsi une confiance relative dans les bienfaits issus des forces d'un marché libéré d'entraves. Mais ils ont accordé, malgré tout, une place centrale à la libre concurrence dans leur action économique. Ce constat est indéniable dans l'action communautaire. Cette confiance mesurée dans la libre concurrence résulte de l'influence déterminante de l'Allemagne dans la politique européenne de concurrence. La spécificité de la politique européenne de la concurrence, en termes de pensée économique, lui appartient. En France, les finalités du droit communautaire de la concurrence n'ont pas toujours été suffisamment posées et discutées ⁽¹⁹³⁾. Il n'est donc guère étonnant que l'expression "*culture européenne de concurrence*" suscite autant de scepticisme chez nous.

38. – L'attachement traditionnel de la France pour la politique industrielle. Fière de son héritage du colbertisme auquel elle associe volontiers ses rêves de grandeur, la France cultive son goût pour le dirigisme économique, quelles que soient les majorités politiques qui la gouvernent, même si cela peut être à des degrés divers ⁽¹⁹⁴⁾. C'est pourquoi une "*politique industrielle*" présente à ses yeux plus d'attraits qu'une "*politique de concurrence*" ⁽¹⁹⁵⁾. Longtemps peu familiers des enjeux de la politique européenne de concurrence, les Français ont été malhabiles pour faire valoir leurs intérêts à Bruxelles. Ces incompréhensions ont fait naître le soupçon d'une bureaucratie dominée par la "*culture anglo-saxonne*" d'inspiration ultra-libérale. Ce préjugé est dénoncé : l'ultra-libéralisme ne saurait être une source d'inspiration lorsqu'il s'agit de prévenir que les plus puissantes des entreprises ne soient livrées à elles-mêmes, ou lorsqu'il s'agit de prendre en compte des impératifs sociaux et la nécessité de maintenir des services publics de qualité à travers la notion de service universel ⁽¹⁹⁶⁾. Le reproche paraît aussi injuste à l'égard des Commissaires en charge de la concurrence. Karel Van Miert, exerçant cette fonction en 1999, considère que le grand mérite du droit communautaire de la concurrence est de contribuer activement au fonctionnement démocratique des Etats membres par la transparence qu'il instaure sur leur action ⁽¹⁹⁷⁾. En d'autres termes, le contrôle des aides d'Etat a permis au contribuable et citoyen français d'être mieux éclairé sur certains errements ⁽¹⁹⁸⁾. Il est assurément regrettable que les finalités de la politique européenne de la concurrence n'aient pas davantage retenu l'attention des Français.

39. – Le rejet de la libre concurrence dans l'Europe continentale. Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, le libre jeu des forces du marché n'a pas été véritablement envisagé en France. Mais c'est en Allemagne et en Italie que les attraits d'une économie compétitive ont

¹⁹² Giuliano AMATO, *Antitrust and the Bound of Power*, préc., p.98 et 113. La tendance à la régulation est aussi relevée comme une des caractéristiques majeures du droit européen de la libre concurrence, cf Eleanor FOX, *Antitrust : the big Picture*, préc.

¹⁹³ François SOUTY, *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, Clefs 1999, p.14.

¹⁹⁴ Voir notamment Claude LUCAS de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *Droit du marché*, Themis Droit privé, 2002, p.4.

¹⁹⁵ C'est d'ailleurs devenu une disparité majeure avec la vision économique de l'Allemagne, cf infra 39 et s.

¹⁹⁶ Mario MONTE, 2ème Journée européenne de la concurrence, préc.

¹⁹⁷ Karel van MIERT, préface de F. SOUTY, *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, préc. ; Karel van MIERT, *L'avenir de la politique de concurrence européenne*, 17 sept. 1998, préc.

¹⁹⁸ SOUTY, *ibid.*, p.146.

été les plus méconnus et même vigoureusement niés (¹⁹⁹). Au tout début du XX^{ème} siècle, l'Allemagne contestait les assises d'une politique de la concurrence. Ainsi, Robert Liefmann réagissait à la politique antitrust américaine et défendait avec Kurt Bloch la légitimité économique de certains cartels (²⁰⁰). Pour faire face à la crise économique de 1873, le recours aux cartels a été préconisé et la Cour suprême du Reich a admis en 1897 la légitimité des cartels au nom de l'autonomie de la volonté (²⁰¹). La même faveur a prévalu dans l'Italie fasciste (²⁰²). Le cartel était donc perçu comme une manifestation irréductible des principes de la liberté du commerce et de la liberté d'association. C'était un recours que les gouvernants considéraient comme utile à l'intérêt public. Dans ces pays, cartels et/ou interventionnisme étatique étaient considérés comme la meilleure manière d'atteindre les objectifs de développement économique et social (²⁰³).

40. – La conversion de l'Allemagne à la politique de concurrence après la Seconde Guerre mondiale. Les Allemands sont devenus indéfectiblement attachés à la mise en œuvre d'une politique de concurrence fortement réfléchi et débattue. Le mérite intellectuel en revient à l'École économique "*ordo-libérale*" (ou "*Wirtschaftsordnung*") de Freiburg, créée au début des années 30. Il appartiendra à ses disciples de mener la reconstruction de l'économie allemande après-guerre (²⁰⁴). Ses travaux sont la première source de la politique allemande de concurrence. La seconde source est, bien entendu, la vision américaine de la politique antitrust, qui a inspiré la loi de "décartellisation" imposée par le gouvernement militaire américain dans le secteur sous son contrôle (²⁰⁵). Depuis lors, l'Allemagne est présentée comme le pays qui, avec les Etats-Unis, a le plus travaillé la problématique de la concurrence : elle l'a placée au cœur de son système économique, à parité avec la politique monétaire (²⁰⁶).

¹⁹⁹ Giulano AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power, The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, préc., 39.

²⁰⁰ François SOUTY, *La politique de la concurrence en Allemagne fédérale*, préc., p.108, citant R. Liefmann, "*Monopoly or competition as the basis of a government trust policy*", *Quarterly Journal of Economics*, XXIX, 1915. Beaucoup plus tard, les plus fortes critiques à l'encontre de l'École de Chicago viendront encore une fois de l'Allemagne, cf I.L.O. SCHMIDT, et J.B. RITTALER, *A Critical Evaluation of the Chicago School of Antitrust Analysis*, Dordrecht 1988, cité par F. SOUTY, p.121.

²⁰¹ L. NICOLAS-VUILLERME, *La notion de restriction de concurrence, Approche comparative : droit allemand, droit français, droit communautaire*, préc., n°7, citant F. KLEINWÄCHTER, *Die Kartelle, ein Beitrag zur Organization der Volkswirtschaft*, 1883.

²⁰² Giulano AMATO, préc.

²⁰³ Ken George et Alexis Jacquemin, *Competition Policy in the European Community*, in W.S. COMANOR et alii, *Competition Policy in Europe and North America : Economic Issues and Institutions*, New York, Harwood, p.207, extrait in F. SOUTY, *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, préc., p.26. Dans le même sens, cf Berthold GOLDMAN et Louis VOGEL, *Concurrence*, Encyclopaedia Universalis, préc.

²⁰⁴ Ludwig EHRARD, au premier chef, puisqu'il fut le premier ministre de l'économie de l'Allemagne fédérale, puis chancelier fédéral, à la suite de Konrad ADENAUER.

²⁰⁵ Ingo L.O. SCHMIDT, préface de F. SOUTY, *La politique de la concurrence en Allemagne fédérale*, préc. Le 2 décembre 1947, entré en vigueur la loi n°56 promulguée par le gouvernement militaire américain et étendu par la suite à la zone anglo-américano-française.

²⁰⁶ F. SOUTY, *La politique de la concurrence en Allemagne fédérale*, p.5 et 115. La politique de la concurrence n'est pas considérée comme une source de fluctuation, au gré des arbitrages politiques, au même titre que la politique industrielle. Autant la France considère avec faveur la politique industrielle comme un avatar du dirigisme économique, autant l'Allemagne s'en méfie au regard de l'expérience nazie. Seule compte, pour l'Allemagne, la libération du marché associée à un environnement monétaire stable. La France est tout de même parvenue à faire valoir l'intérêt d'une politique industrielle avec l'insertion des articles 157 et suivants TCE,

L'Allemagne a su et pu s'appuyer sur une doctrine originale "*Soziale Marktwirtschaft*", dont la traduction française par "*économie sociale de marché*" paraît maladroite tant cette pensée est imprégnée des principes de l'école "*ordo-libérale*", d'essence libérale et d'inspiration démocrate chrétienne. Elle est pénétrée de l'idée que la défiance vaut autant à l'égard de la puissance économique, qu'à l'égard des excès du pouvoir politique, puisque son expérience tragique a révélé des collusions désastreuses entre ces deux pouvoirs ⁽²⁰⁷⁾. L'économie de marché peut produire des monstres ; il est donc besoin de l'encadrer dans un ordre légal ⁽²⁰⁸⁾. Cette théorie démocrate chrétienne a été acceptée par la social-démocratie ⁽²⁰⁹⁾. Elle est analysée comme "*un juste niveau en vue de l'efficacité économique et un juste compromis social*" ⁽²¹⁰⁾. Les règles de libération du marché, par la compétitivité retrouvée, ont été conçues comme la clef non seulement de la création de richesses, mais aussi de la réduction du chômage massif d'après-guerre. Or, on sait combien le problème du chômage a pesé sur la période d'entre-deux-guerres et occasionné les dérives démagogiques les plus graves. La politique ordo-libérale de la libre concurrence est perçue comme un ressort essentiel dans la réalisation du "*miracle économique*" allemand de l'après-guerre ⁽²¹¹⁾.

41. – La transposition à la construction européenne de l'attachement de l'Allemagne pour la concurrence : l'Ecole de Bruxelles. Forts de ces réflexions, étayées par des expériences qui ont marqué leur conscience collective, les Allemands ont naturellement attribué à la politique communautaire de la concurrence un rôle central dans "*le développement économique harmonieux*" visé par l'article 2 CE. L'Allemagne a été et reste en Europe la force de réflexion et de proposition en matière de politique de la concurrence ⁽²¹²⁾. Les Allemands ont exporté vers Bruxelles la théorie et la pratique inspirée de l'Ecole ordo-libérale de Freiburg ⁽²¹³⁾. Certains prétendent même qu'elle a "*colonisé*" l'action communautaire en ce domaine ⁽²¹⁴⁾. Il faut comprendre ce terme provocateur, non comme une dénonciation, mais comme une interpellation destinée à réveiller la susceptibilité française et à inciter les citoyens français à saisir les enjeux de l'approfondissement de la politique de concurrence. C'est aussi l'expression d'une admiration pour la pensée allemande. Les européens lui doivent la spécificité de leur politique de concurrence. Pour placer la pensée économique européenne sur le même plan que celle de Harvard ou celle de Chicago,

après d'âpres controverses, cf Christophe GIOLITO, in Commentaire article par article des Traités UE et CE, rédigé sous la direction de Philippe LEGER, Helbing Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant 2000. Voir infra n°45.

²⁰⁷ Giulano AMATO, Antitrust and the Bounds of Power, préc., p.41. Cet auteur souligne l'intérêt des autorités indépendantes dans le contrôle de la libre concurrence. L'indépendance à l'égard du pouvoir politique est un atout important pour éviter les "accommodements" tragiques entre pouvoir politique et pouvoir économique. Cet argument a été présenté par les Allemands lors de l'adoption de la grande loi sur la concurrence en 1957 : c'est la force du Bundeskartellamt.

²⁰⁸ Giulano AMATO, *ibid.*, p.100.

²⁰⁹ F. SOUTY, *ibid.*, p.6 et 124.

²¹⁰ F. SOUTY, *ibid.*, p.115.

²¹¹ Karel van MIERT, *L'avenir de la politique de concurrence européenne*, discours du 17 septembre 1998 à l'occasion de la remise du prix Ludwig-Erhard à Bonn, <http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches>.

²¹² Karel van MIERT, *ibid.*

²¹³ C.-D. EHLERMANN et Laraine L. LAUDATI, *European Competition Law Annual 1997, Objectives of Competition Policy*, préc.

²¹⁴ F. SOUTY, *ibid.*, p. 24.

l'existence de "l'Ecole de Bruxelles" a été proclamée ⁽²¹⁵⁾. Son originalité réside dans cette conviction que les objectifs ultimes de la politique de concurrence sont à la fois le développement économique et l'approfondissement du processus démocratique et des libertés fondamentales, notamment le pluralisme, la liberté d'entreprise, la liberté individuelle ⁽²¹⁶⁾. L'efficacité économique n'est qu'un objectif immédiat, mais non final, du droit de la libre concurrence. En d'autres termes, la libre concurrence n'est qu'un instrument, mais non une fin en soi.

42. – L'originalité de la vision "ordo-libérale" : la confiance réelle, mais mesurée, dans la concurrence comme facteur de progrès économique et d'équilibre social. Une différence majeure sépare, dès l'origine, l'Europe et les Etats-Unis. Les vertus de la concurrence n'ont pas d'emblée, au début du XXème siècle, emporté la conviction en Europe. Ce constat, historiquement établi, éclaire la manière dont les européens, et les Allemands au premier chef, ont apprivoisé peu à peu la libre concurrence. Ils ne pouvaient pas adhérer à l'efficacité "allocative" en tant que critère politique exclusif ou comme objectif politique unique ⁽²¹⁷⁾. En d'autres termes, ils ne pouvaient pas toujours faire confiance au jeu de la libre concurrence pour parvenir "naturellement" à une allocation idéale de ressources ⁽²¹⁸⁾. Au mieux, le mécanisme était perçu comme étant trop lent et, surtout, les coûts sociaux étaient jugés trop importants à court terme pour garantir le développement d'une société stable ⁽²¹⁹⁾. C'est pourquoi ont été intégrées, dans la vision européenne de la concurrence, des "préoccupations distributives", au titre de valeurs sociales, de loyauté des comportements et d'égalité des chances ⁽²²⁰⁾. Le postulat de cette vision européenne est que la concurrence est assurément un moyen privilégié d'assurer le progrès économique, mais ce n'est pas le seul. De

²¹⁵ F. SOUTY, *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, préc., 26. La paternité de l'expression est attribuée, p.17, à Claus-Dieter EHLERMANN, ancien directeur général de la concurrence des services de la Commission européenne.

²¹⁶ Claus-Dieter EHLERMANN et Laraine L. LAUDATI, *European Competition Law Annual 1997, Objectives of Competition Policy*, Hart Publishing, August 1998, Introduction,

<http://www.iue.it/RCS/ECO-POL/comp1997.htm>

²¹⁷ Barry E. HAWK, préc., p.43.

²¹⁸ Voir notamment Claude LUCAS de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *Droit du marché*, préc., p.5. Ceci doit être mis en comparaison avec "l'une des descriptions les plus éloquentes des objectifs politiques du droit antitrust américain, à mettre à l'actif de l'Honorable Juge Black en 1958 : le Sherman Act a été conçu comme une charte détaillée de la liberté économique, visant à préserver une concurrence libre et sans entrave comme règle de commerce. Il repose sur le principe fondamental que l'interaction non contenue des forces concurrentielles permettra d'atteindre la meilleure distribution de nos ressources économiques, les prix les plus bas, le plus haut niveau de qualité et le plus grand progrès matériel tout en créant un environnement assurant la protection de nos institutions démocratiques, politiques et sociales", cf Barry E. HAWK, *Un tour d'horizon du droit et de la politique de la concurrence*, Cah. Dr. de l'entrep. 1992-5, Distribution et concurrence, p.2. Il est vrai aussi que la malléabilité des textes a permis de passer de l'influence de l'Ecole de Harvard, pour laquelle "l'approche économique coïncidait avec les objectifs populaires de déconcentration des marchés et de protection individuelle des commerçants", à l'Ecole de Chicago, pour laquelle prévaut "la promotion du rendement économique à l'exclusion de tout autre objectif".

²¹⁹ F. SOUTY, préc., p.26.

²²⁰ Barry E. HAWK, préc., p.9. Cet auteur souligne aussi que le droit communautaire de la concurrence n'a pas les moyens d'"évoluer" vers une autre théorie, dans la mesure où ces préoccupations de redistribution sont intégrées dans le Traité. Cela a pour conséquence, en termes de technique juridique, de "fermer" la politique européenne de la concurrence, alors que les textes américains offrent des dispositions "ouvertes", permettant des variations cycliques en termes de doctrine économique, cf p.11 et 43.

là résulte l'expression de la "*concurrence-moyen*" qui justifie une mise en retrait des exigences de libre-concurrence dans certaines circonstances ⁽²²¹⁾. Ce retrait ne saurait être comparé avec les effets de la règle de la "*rule of reason*" qui maintient le droit américain dans le champ de la "*concurrence-condition*": le retrait ne s'applique que dans l'hypothèse d'un gain dans un pur bilan concurrentiel ⁽²²²⁾. Les Européens n'ont pas une confiance absolue dans la concurrence pour créer un développement harmonieux, mais ils reconnaissent ses mérites et entendent tirer profit de sa mise en oeuvre. Elle s'effacera dès lors que, dans un bilan économique et social, une entente servira un intérêt communautaire évident, mais difficilement accessible par une autre voie ⁽²²³⁾. Elle s'effacera encore dans le contrôle des concentrations : l'existence d'un bilan économique et social n'est pas mentionnée expressément, à l'instar de l'article 81 §3 pour les ententes, mais les critères d'appréciation posés dans l'article 2 du règlement n°4064/89 ne font qu'en reprendre le contenu ⁽²²⁴⁾. Une suggestion est même faite pour introduire un "*bilan global*" qui permettrait d'intégrer des valeurs comme, par exemple, le respect de la personne humaine ⁽²²⁵⁾. C'est par la théorisation de "*l'économie sociale de marché*", effectuée par l'Ecole ordo-libérale, que les Européens ont finalement pu apprivoiser les vertus de la libre concurrence. En guise de reconnaissance, les membres de cette Ecole sont hissés au rang du Sénateur Sherman ⁽²²⁶⁾. On comprend aussi pourquoi le Commissaire Mario Monti considère que "*l'économie sociale de marché*" est un "*modèle*" pour l'Europe ⁽²²⁷⁾.

43. – L'effacement des exigences de concurrence au nom d'objectifs supérieurs : le gage de conversion à la libre concurrence. L'Allemagne a pu convaincre ses partenaires

²²¹ Pierre BONASSIES, Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen, Mélanges WEILL, Dalloz Litec 1983, p.51, et Régulations nationales et régulations communautaires, in "L'entreprise dans le marché unique européen", La doc. Fr. 1995, p.31. L'auteur mentionne dans ces deux articles que cette concurrence-moyen inspirait déjà le droit français de la concurrence dans le décret du 9 août 1953, tout comme le Restrictive Practices Act britannique de 1956. Voir aussi pour une affirmation générale selon laquelle "*la concurrence n'est pas un but en soi, mais un moyen au service des objectifs du traité*", p.284, J.SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Le droit européen des affaires*, t. 1, PUF, Themis, p.284.

²²² Sur la règle de raison, cf supra n°31.

²²³ A titre emblématique, déc. du 17 nov. 1981, Langenscheidt et Hachette, JOCE n° L39 du 11 février 1982. Dans cette affaire, la rigueur de la concurrence s'efface devant la culture : l'entente entre un éditeur français et un éditeur allemand est justifiée, car elle permettra de répondre à la demande du consommateur allemand par "l'amélioration de la production et de la distribution de la méthode d'enseignement du français en République fédérale d'Allemagne, contribuant ainsi le développement des connaissances linguistiques à l'intérieur du marché commun", cité par Pierre BONASSIES, in "*Régulations nationales et régulations communautaires en matière de concurrence*", préc. C'est une préfiguration de ce qui deviendra par la suite l'objectif de "l'Europe des citoyens".

²²⁴ Comp. L. VOGEL, Traité de droit commercial, par Ripert et Roblot, T. 1, 2001, n°1030, sur l'abandon de la théorie économique et sociale. En réalité, l'auteur reconnaît que l'interprétation littérale de l'article permet de retenir une analyse contraire. Cette ambiguïté textuelle laisse en définitive une grande souplesse pour la politique de concurrence. Elle explique l'amorce d'un revirement, par rapport aux premières analyses de ce texte, grâce à l'affaire Kali und Salz, cf CJCE 31 mars 1998, C-68/94, Europe 1998, n°168, L. IDOT.

²²⁵ Claude LUCAS de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, Droit du marché, préc., p.18. Cet élargissement peut tout à fait se concevoir au regard de l'élargissement de l'article 2 lui-même du traité CE, par lequel sont posées les finalités suprêmes de la Communauté, cf infra n°44 et s.

²²⁶ Giuliano AMATO, Antitrust and the Bounds of Power, The dilemma of liberal democracy in the history of the market, préc., p.99.

²²⁷ Mario MONTI, Conference of the European Parliament and the European Commission, on "*Reform of European Competition Law*", Freiburg on 19 november 2000, citant von WOGAU, "*Soziale Marktwirtschaft, ein Modell für Europa*".

européens grâce à sa théorisation de "*l'économie sociale de marché*". C'est encore grâce à ce modèle que les Européens pourront maîtriser le processus de l'élargissement de l'Union. Faisant état de discussions intenses avec le gouvernement polonais dans le cadre des négociations d'adhésion, le Commissaire Karel van Miert rapportait qu'il était plus facile de convaincre du sens et de la nécessité d'une politique forte de la concurrence en s'appuyant sur les conceptions de "*l'économie sociale de marché*" de Ludwig Erhard, plutôt que sur celles de l'Ecole de Chicago ⁽²²⁸⁾. Les futurs citoyens européens sont d'emblée plus réceptifs à l'expression d'une "*culture européenne de concurrence*". La politique d'équilibre social prônée par Ludwig Erhard est évidemment moins traumatisante pour ceux qui ont connu le communisme et l'économie planifiée, d'autant qu'ils peuvent craindre les excès inverses d'un libéralisme non maîtrisé. "*L'économie sociale de marché*" donne confiance dans les mécanismes de marché ⁽²²⁹⁾. Le marché occupe, dans cette théorie, une position centrale, parce qu'il est le mieux à même de créer la richesse. Les prohibitions posées visent à ce que les forces du marché ne soient pas entravées par les actions à courtes vues des opérateurs économiques. Mais ces prohibitions ne sont pas mises en œuvre de manière aveugle. Elles sont infléchies de telle sorte à assurer une cohésion sociale, notamment face à des objectifs tels que les droits collectifs ou individuels des travailleurs, la protection des personnes, la protection de l'environnement et les exigences de développement durable ⁽²³⁰⁾. La concurrence n'est qu'un instrument au service de finalités plus larges ⁽²³¹⁾. La conciliation de la libre concurrence avec des valeurs supérieures constitue un particularisme irréductible.

44. – La culture européenne de concurrence éclairée par les objectifs supérieurs de l'article 2 du traité CE. L'article 2 du Traité CE est le siège des finalités suprêmes qui constituent le cœur de la mission de la Communauté européenne. Or, son contenu s'est considérablement enrichi avec le traité de Maastricht. Le "*développement harmonieux des activités économiques*" est précisé : il doit être aussi "*équilibré et durable*", ce qui entremêle économie et écologie. Il importe de relever que "*le haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques*" est placé sur un pied d'égalité avec "*un niveau d'emploi et de protection sociale élevé*", "*la qualité de l'environnement*", "*le relèvement du niveau et de la qualité de vie*", "*la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les Etats-membres*". Cette énumération amène nécessairement à la conciliation de ces objectifs et, partant, à la conciliation des instruments propres à chaque finalité. La concurrence n'est mentionnée que dans l'article 3-1-g du traité, comme étant au service du bon fonctionnement du marché intérieur. Or, ce marché intérieur est lui-même mentionné dans l'article 2 non pas en tant que finalité supérieure, mais bien en tant que moyen de réalisation des finalités supérieures. La politique de concurrence ne saurait donc être dissociée d'un projet de société porté par l'article 2 qui fait toute l'originalité de l'Union européenne. La concurrence a contribué, de manière indéniable, au développement de l'Union en fortifiant son ancrage dans l'économie de marché. Mais, n'étant qu'un instrument au service de la finalité d'un développement économique harmonieux et d'un haut degré de compétitivité dans les performances économiques, elle ne doit pas être mise en œuvre de manière abrupte en

²²⁸ Karel van MIERT, *L'avenir de la politique de concurrence européenne*, discours du 17 septembre 1998 à l'occasion de la remise du prix Ludwig-Erhard à Bonn, <http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches>

²²⁹ Mario MONTI, *Competition in a Social Market Economy*, at the Conference of the European Parliament and the European Commission on "Reform of European Competition Law", Freiburg on 9 nov. 2000, <http://www.europa.eu.int/competition/speeches>

²³⁰ Mario MONTI, *ibid.*

²³¹ Giuliano AMATO, *Antitrust and the Bounds of power*, préc., p.120 : "*an instrument of broader policies*".

occultant la poursuite des autres finalités suprêmes qui, elles, sont de nature sociale (²³²). Elle n'est que finalité intermédiaire et doit être conciliée avec d'autres politiques.

45. – L'efficacité économique, finalité intermédiaire : originalité essentielle de la culture européenne de concurrence. Cette exégèse permet de donner à la concurrence sa juste place : une finalité intermédiaire. Elle conforte les analyses relatives à la politique même de libre concurrence (²³³). Elle éclaire ainsi l'interprétation téléologique à laquelle il convient de se rattacher dans la mise en oeuvre des dispositions relatives à la concurrence. En effet, l'interprétation téléologique n'est pas exclue par le fait que la libre concurrence n'est pas une finalité en soi, loin s'en faut (²³⁴).

Ainsi s'explique la place importante qui est accordée, dans l'exemption des ententes, à des considérations de développement économique et social du fait de la teneur de l'article 81 §.3 (²³⁵). Il en va de même dans le contrôle des concentrations, du fait des critères textuels de l'analyse de l'opération, tels qu'ils sont précisés dans l'article 2 du règlement n°4064/8. Les contours donnés par la Cour de justice à la notion d'intérêt économique général, dans l'article 86-2 CE, fournissent aussi un exemple des tempéraments apportés aux exigences de concurrence (²³⁶). Ainsi s'explique aussi la notion de "*service universel*" dégagée par la Commission dans le cadre de ses directives fondées sur l'article 86-3 CE (²³⁷). L'ouverture à la concurrence des secteurs publics sous monopole, comme les transports et les télécommunications, ne doit pas se faire au détriment des catégories d'utilisateurs les plus vulnérables (²³⁸). Le modèle européen trouve ici les empreintes de son originalité fondamentale.

²³² Alexander SCHAUB, *La politique de concurrence : objectifs et règles*, in Les dossiers de l'Europe, Les Petites affiches 5 novembre 2001, p.12 ; Claude LUCAS de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *Droit du marché*, préc., p.15.

²³³ Claus-Dieter EHLERMANN et Laraine L. LAUDATI, *European Competition Law Annual 1997, Objectives of Competition Policy*, préc.

²³⁴ D. BRAULT, *Droit et politique de la concurrence*, préc., p.3 : le droit de la concurrence "*n'est pas une fin en soi, mais un droit téléologique*". V, en dernier lieu, Marie-Anne FRISON-ROCHE, *L'efficacité des décisions en droit de la concurrence*, Petites affiches 28 décembre 2000, n°20.

²³⁵ Giuliano AMATO, *Antitrust and the Bound of Power, The dilemma of liberal democracy and the history of market*, préc., 115. L'interprétation de l'article 85 §3 a suscité des débats intenses au regard de l'évolution de la politique européenne de concurrence, cf Claus-Dieter EHLERMANN et Laraine L. LAUDATI, *European Competition Law Annual 1997, Objectives of Competition Policy*, préc. Une proposition a même été faite, dans cet atelier de concurrence à Florence, en faveur de la révision du traité CE lui-même pour que l'article 81 soit reformulé. Le consensus a été autre, en raison de l'existence d'autres politiques communautaires avec lesquelles une conciliation doit être atteinte. La préférence a été donnée à une interprétation plus rigoureuse sur le plan de l'analyse économique, pour remédier aux travers du passé sur l'application du §1 et du §.3.

²³⁶ CJCE, 19 mai 1993, C-320/91, Corbeau, Rec. p. I-2583 ; CJCE, 27 avril 1994, C-393/92, Almello, Rec. p. I-1477.

²³⁷ Alexander SCHAUB, *La politique de concurrence : objectifs et règles*, in Les dossiers de l'Europe, Les Petites affiches 5 novembre 2001, p.15.

²³⁸ Mario MONTI, *Deuxième journée de concurrence*, préc. Il n'en demeure pas moins que l'analyse économique est excellente pour mesurer les principes de nécessité et de proportionnalité dans l'octroi et l'ampleur des droits spéciaux. Voir, par exemple, sur la vérification des coûts, CJCE, 17 mars 2001, aff. 340/99, TNT Traco, Europe juillet 2001, p.18, obs.L. IDOT, *Journal du droit international 2002-2* à paraître, obs. C. PRIETO (à propos de la Poste italienne); CJCE 6 décembre 2001, C-46/00, Commission c/ France, Europe février 2002, obs. L. Idot, *Journal du droit international 2002-2* à paraître, obs. C. PRIETO (à propos des télécommunications).

Il y a donc place en Europe, bien plus qu'il ne pourrait être toléré aux Etats-Unis, pour des "valeurs concurrentes" à celles de l'analyse propre à la compétition économique⁽²³⁹⁾. Ce mouvement de conciliation s'est d'ailleurs considérablement accentué au fil du développement des politiques communautaires sectorielles, dont la dynamique a été relancée par le Traité de Maastricht. C'est là un point crucial pour l'avenir de la politique européenne de concurrence. Cette conciliation entre la politique de concurrence et les autres politiques est déjà fortement engagée dans la jurisprudence de la Cour de justice, par souci de cohérence au regard des avancées de l'intégration européenne. L'ampleur donnée à la politique sociale est prise en considération⁽²⁴⁰⁾. Il en va de même pour la politique de l'environnement⁽²⁴¹⁾. Il faut également relever, après de longues controverses sur son principe même, la création d'une politique industrielle avec l'insertion, par le Traité de Maastricht, de l'article 157⁽²⁴²⁾. Celle-ci ne manque de soulever un débat entre les analyses françaises et celles de la Commission, notamment à propos du contrôle des concentrations et de la nécessaire constitution de groupes industriels européens à l'échelle mondiale⁽²⁴³⁾. Certes, de manière positive, est-il permis de constater par là-même une forme de libération du droit de la libre concurrence de considérations qui, bien qu'externes, lui étaient implicitement intégrées⁽²⁴⁴⁾. La politique de la concurrence ne vise pas directement à la création de prospérité et d'emploi et doit apparaître pour ce qu'elle est dans son objectif immédiat, qui est l'efficacité⁽²⁴⁵⁾. Si elle entre en conflit avec d'autres objectifs, il importe alors que la conciliation se fasse expressément. Les analyses de libre concurrence doivent apparaître de manière pure et simple, voire abruptes, quitte ensuite à ce qu'elles s'effacent peu ou prou.

46. - Le rôle de l'analyse économique dans le processus de conciliation entre les politiques communautaires. Paradoxalement, en n'exerçant plus un rôle prédominant ou exclusif, l'analyse de la compétition économique se trouve non seulement libérée, mais encore

²³⁹ Voir, cependant, les évolutions récentes, cf infra n°35.

²⁴⁰ Voir, par exemple, CJCE, 16 septembre 1999, C22/98, aff. Becu, (ouvriers portuaires, droits spéciaux et exclusifs), Journal du droit international 2000-2, obs. C. PRIETO, p.509 ; CJCE, 21 septembre 1999, C115/97, aff. Brentjens' (fonds de pension, droits spéciaux et exclusifs), ibid, p.510 ; CJCE, 29 avril 1999, C-342/96, Espagne (faillite et fonds de substitution des salaires, aides d'Etat), ibid, p.521 ; CJCE, 21 septembre 2000, C-222/98, aff. van der Woude (convention collective, entente et abus de position dominante), Journal du droit international 2001-2, obs. C.PRIETO, p.670 ; CJCE, 12 septembre 2000, C-180/98, aff. P. Pavlov (fonds de pension, droits spéciaux et exclusifs), ibid., p.672.

²⁴¹ Voir, par exemple, CJCE, 23 mai 2000, C-209/98, aff. de la commune de Copenhague (traitements des déchets, droits spéciaux et exclusifs), Journal du droit international 2001-2, obs. C. PRIETO, p.674.

²⁴² Pour surmonter la controverse, la politique industrielle devait être fortement reliée à la politique de concurrence, cf Christophe GIOLITO, commentaire de l'article 157 CE, in Commentaire article par article des traités UE et CE, sous la direction de Philippe LEGER, préc., p.1260. Il faut évidemment souligner l'importance de l'alinéa 1 : "*La Communauté et les Etats membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de la Communauté soit assurée*". Cette affirmation a déjà valeur de principe dans l'article 3 m). L'article 157 est l'ultime protection : "*Le présent titre ne constitue pas une base pour l'introduction, par la Communauté, de quelque mesure que ce soit pouvant entraîner des distorsions de concurrence*".

²⁴³ Voir l'allocution de Laurent FABIUS, Ministre de l'Economie, des finances et de l'industrie et le discours de clôture de Mario MONTI, Commissaire chargé de la concurrence, in *L'efficacité de la politique de concurrence*, Colloque pour les 15 ans du Conseil de la concurrence, préc.

²⁴⁴ Giuliano AMATO, *Antitrust and the Bound of Power*, préc., p.116.

²⁴⁵ Claus-Dieter EHLERMANN et Laraine L. LAUDATI, *European Competition Law Annual 1997, Objectives of Competition Policy*, préc

renforcée. Elle n'est plus crainte pour les coûts qu'elle risquerait d'engendrer, en termes de développement durable ou en termes sociaux. En revanche, on attend d'elle la plus grande rigueur de telle manière à ce qu'elle éclaire au mieux les décideurs politiques et les juges ⁽²⁴⁶⁾. Or, l'analyse économique comprend deux étapes : d'abord, une analyse purement concurrentielle ; puis, une analyse plus large sur le développement économique. Par souci de clarté, l'analyse juridique devrait elle aussi refléter ces deux étapes. C'est pourquoi il apparaît opportun de tirer parti de l'articulation actuelle de l'article 81 pour bien dissocier le bilan purement concurrentiel, dans le §.1, du bilan économique et social dans le §.3 ⁽²⁴⁷⁾. Cette dissociation expresse des deux bilans apporte une garantie de rigueur. Elle est ouvertement permise par le texte relatif aux ententes. Elle devrait être implicitement reconnue dans l'interprétation des autres textes, car elle reflète la substance originale de la politique communautaire de concurrence. Les meilleurs spécialistes américains du droit antitrust appellent de leurs vœux cette rigueur de l'analyse économique pour dégager une approche strictement concurrentielle et donner ensuite, en connaissance de cause, le poids nécessaire aux "competing values", comme par exemple le développement économique durable et le progrès social ⁽²⁴⁸⁾. Les ponts ne sont pas coupés avec les Etats-Unis. Dans la recherche d'un langage commun, il est permis de retenir que la théorie économique poursuit la transparence, pour faciliter la compréhension et l'évaluation de situations données dans la plus grande fiabilité possible ⁽²⁴⁹⁾. Les finalités expressément poursuivies dans la construction européenne nourrissent le débat, aux Etats-Unis, sur les diverses définitions de l'efficacité économique. L'expérience européenne révèle aussi les tâtonnements dans l'élaboration d'instruments techniques véritablement opératoires et éclairants. A ce double égard, l'accord se fait, de part et d'autre de l'Atlantique, pour inciter les économistes à abandonner leurs certitudes ⁽²⁵⁰⁾.

47. – Les efforts de l'Union européenne pour faire valoir sur la scène internationale son approche du droit de la concurrence. Les Européens constatent qu'il existe dans le monde deux modèles dominants : le modèle américain et le modèle européen, qui tend même à devenir le plus dominant des deux en raison de l'attrait qu'il exerce sur les pays sortant de régimes à économie centralisée ⁽²⁵¹⁾. De leur côté, les Américains ont ressenti, dès la fin des années 80, les limites de la "théorie de l'effet" grâce à laquelle leur droit antitrust bénéficiait d'une "application extra-territoriale" : d'abord, l'animosité suscitée dans les autres pays ; ensuite, la réception de la "théorie des effets" par d'autres pays ; enfin, le décalage entre des

²⁴⁶ Giulano AMATO, *ibid*, p.119.

²⁴⁷ L'analyse du Tribunal de première instance, dans l'affaire TPS, est regrettable (TPICE, 18 septembre 2001, n°T-112/99, *Journal du droit international* 2002-2, obs. C. PRIETO, à paraître). Le refus d'intégrer le bilan strictement concurrentiel dans le §.1 affaiblit la spécificité du §.3 et, partant, toute l'originalité de la politique européenne de concurrence. En revanche, il peut être tout à fait suivi dans son refus de reconnaître la réception de la règle de raison en droit communautaire, cf *infra* n°31.

²⁴⁸ Herbert HOVENKAMP,

²⁴⁹ Claus-Dieter EHLERMANN et Laraine L. LAUDATI, *European Competition Law Annual 1997, Objectives of Competition Policy*, préc. Il ressort des débats que les fluctuations de l'analyse économique irritent beaucoup .

²⁵⁰ cf Herbert HOVENKAMP, p. cf AMATO, p.109, 112 et 124.

²⁵¹ Frédéric JENNY, *Entretien, Les dossiers de l'Europe, La concurrence, Les Petites Affiches* 5 nov. 2001, p.42. Un modèle européen de libre concurrence est reconnu et, de plus, il est attractif. Ainsi est illustrée l'idée que l'état de "*laboratoire juridique*" en Europe peut être une source de prestige, en tous les cas une chance, cf Mireille DELMAS-MARTY, *La mondialisation du droit : chances et risques*, D. 1999, chron., p.43.

droits élaborés sur des bases nationalistes et la globalisation de l'économie ⁽²⁵²⁾. Les premières réactions ont consisté dans l'adoption d'accords de coopération bilatérale entre les autorités de concurrence, comme ce fut le cas entre les autorités américaines et la Commission européenne. Les accords de courtoisie négative, puis de courtoisie positive, ont été assurément un moyen d'approfondir le dialogue entre les Américains et les Européens ⁽²⁵³⁾. Mais ils ont révélé certaines limites en termes de lourdeur et de coût de la logistique ⁽²⁵⁴⁾, mais aussi en termes d'emprise de la diplomatie sur l'analyse économique pure et simple. C'est pourquoi la Commission européenne a vite compris l'intérêt que pourrait représenter l'élaboration de règles internationales de libre concurrence ⁽²⁵⁵⁾. La Commission a oeuvré activement en ce sens dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ⁽²⁵⁶⁾. Les

²⁵² Eleanor FOX, *Antitrust : The Big Picture*, préc., 1993. Cette question a été très tôt une source de préoccupation pour les Européens et s'est même avivée au fil du temps, comme en témoigne l'ampleur des travaux, cf B. GOLDMAN, *Le champ d'application territorial des lois sur la concurrence*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1969, III, p.637 ; J.-M. BISCHOFF et R. KOVAR, *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté*, JDI 1985, p.675 ; A. LYON-CAEN, *Entreprises multinationales et droit européen de la concurrence*, Paris 1977 ; L. IDOT, *Les pratiques restrictives de concurrence et le commerce international*, thèse Paris II, 1981 ; J.-M. JACQUET, *La norme juridique extraterritoriale dans la concurrence internationale*, Clunet 1985, p.327 ; L. IDOT, *Le domaine d'application territoriale des règles de concurrence*, RTDE 1989, p.341 ; T. CRISTOFOROU, *Le champ d'application territoriale du droit communautaire de la concurrence : l'arrêt Pâte de bois*, Revue des affaires européennes 1990, n°1, p.6 ; E. FRIEDEL SOUCHU, *L'application extra-territoriale des lois antitrust aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, LGDJ 1994 ; L. IDOT, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, JDI 1995, p.321 ; P. SELUIN, *L'application extra-territoriale des lois antitrust américaines*, Dalloz affaires 1997, p.1314 ; L. IDOT, *L'internationalisation du droit de la concurrence*, Cah. dr. entr. 2000, n°3 ; L. IDOT, *L'efficacité des décisions dans l'espace*, Petites affiches 28 décembre 2000, n°259, p.29.

²⁵³ Mario MONTI, ABA Meeting Washington march 2001. Voir aussi Jean-Marc SIROEN, *Les politiques de la concurrence dans une économie mondialisée*, Rev. conc. consom. 1996, n°93, p.32. Sur la première expérience, cf F. ROMANO, *The Boeing MDD Merger and the EC/US agreement on the application of their antitrust rules*, Revue de droit des affaires internationales, n°4/5 1998, p.509. Pour un bilan du côté américain, cf Charles A. JAMES, *International Antitrust in the Bush Administration*, before the Canadian Bar Association, Ottawa, sept 21, 2001.

²⁵⁴ Alexander SCHAUB, *Assessing International Mergers : the Commission's Approach*, in EC Merger control, 10th Anniversary Conference, Brussels, sept. 2000. La multiplication des accords bilatéraux est aussi un facteur de saturation, cf SIROEN, *Les politiques de la concurrence dans une économie mondialisée*, préc. La récente divergence d'analyse entre le Department of Justice et la Commission, dans l'affaire GE/Honeywell, a été perçue comme une limite majeure aux plus grands efforts déployés en matière de coopération, cf Charles A. JAMES, before the Canadian Bar Association, sept. 2001

²⁵⁵ Le Max Planck Institut avait élaboré un projet de code international de la concurrence. Le mérite politique du lancement du processus revient notamment à Karel van Miert, Commissaire en charge de la concurrence, cf "Globalization of competition : the need for global governance", Université de Bruxelles, mars 1998, <http://europa.eu.int>. Sa demande d'un rapport un rapport à 3 experts extérieurs et indépendants (U. Immenga, F. Jenny et E.-U. Petersmann) a été un élément déterminant, cf "La politique de la concurrence dans le nouvel ordre mondial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international", Commission européenne, DGIV 1995 (COM). En prolongement a été publiée la Communication du 18 juin 1996, *Vers l'établissement d'un cadre international pour les règles de concurrence*, Document COM (96)284 final.

²⁵⁶ Le Conseil des Ministres de l'Union européenne a donné ensuite mandat pour négocier "l'inclusion dans le programme de travail de l'OMC pour 1997-98 d'une étude exploratoire menée par un groupe de travail distinct concernant un cadre international de règles de concurrence", Bulletin de l'Union européenne nov. 1996, p.83. Cette proposition a été adoptée lors de la Conférence de Singapour le 13 déc. 1996, dans laquelle les membres de l'OMC ont décidé "d'établir un Groupe de travail chargé d'étudier les questions au sujet de l'interaction du commerce et de la politique en matière de concurrence, y compris les pratiques anticoncurrentielles", FOCUS-OMC, n°15 janvier 1997. F. Jenny a été nommé le 24 avril 1997 à la présidence de ce groupe de travail, qui a rendu son premier rapport annuel au secrétariat général le 28 nov. 1997. Figurait d'emblée la recommandation de dégager des principes communs fondamentaux en droit de la concurrence.

autorités américaines, quant à elles, sont restées réticentes à l'égard de cette "globalisation du droit de la libre concurrence". Elles craignaient une perte d'efficacité due à un nivellement vers le bas de la culture de concurrence⁽²⁵⁷⁾. Néanmoins, une proposition intermédiaire a été faite pour engager un processus d'approfondissement des collaborations entre autorités de concurrence, au terme duquel se dégagerait à l'échelle mondiale une véritable "culture de concurrence commune". C'est le préalable posé à l'élaboration d'un droit international de la concurrence⁽²⁵⁸⁾. Les Européens ont persisté dans leur démarche multilatérale⁽²⁵⁹⁾. Tous les débats portent désormais sur les avancées d'une "common worldwide competition culture"⁽²⁶⁰⁾. L'affaire GE/Honeywell jette donc le trouble, mais c'est peut-être là tout son intérêt. Il est certes permis de penser que les enjeux commerciaux l'ont emporté, comme cela avait failli être le cas dans l'affaire Boeing/Mc Donnell Douglas⁽²⁶¹⁾. Il est vrai aussi que les divergences d'appréciation des faits ne reflètent pas nécessairement des divergences fondamentales d'analyse⁽²⁶²⁾. Mais, après ce coup d'éclat, l'issue préconisée par les Européens réside toujours dans la poursuite de la coopération multilatérale⁽²⁶³⁾. Leur ambition n'est pas de créer un droit multilatéral de la concurrence, ni une autorité supranationale, mais

²⁵⁷ Ainsi, Diane P. WOOD, *The Impossible Dream : Real International Antitrust*, University of Chicago Legal Forum, 1992, p.277. Pour un point de vue allemand assez proche, cf Wernhard MÖSCHEL, Internationale Wettbewerbsbeschränkungen, in Festschrift für Lukes, 461, Cologne 1989. Comp. C.-D. EHLERMANN, *Antitrust issues in an international dimension (Europe and America in 1992 and beyond : common problems ... common solutions ?)*, University of Chicago Legal Forum, ibid., p.241

²⁵⁸ Cette réponse américaine, aux propositions européennes, a été particulièrement défendue par Eleanor M. FOX, *Toward World Antitrust and Market Access*, in AM. J. of Int. L., I, (1997). Elle a été retenue par "the International Competition Policy Advisory Committee" (ICPAC), commission nommée par le Department of Justice.

L'expression "culture de concurrence commune" a été employée pour rendre compte du rapport de l'ICPAC, cf Joel I. KLEIN, *Time for a Global Competition Initiative ?*, in EC Merger Control, 10th Anniversary Conference, Brussels, 14 sept. 2000 ; A. DOUGLAS MELAMED, *Promoting Sound Antitrust Enforcement in the Global Economy*, Fordham Corporate Law Institute, 27th Conference on International Antitrust Law Policy, New York, oct. 2000.

Pour un point de vue allemand assez proche, en faveur d'une harmonisation douce, cf Jürgen BASEDOW, *International Antitrust : From Extraterritorial Application to Harmonization*, Louisiana Law Review, vol. 60 (2000), p.1037. La controverse a été vive en Allemagne sur l'opportunité d'un droit international de la concurrence, cf Jürgen BASEDOW, *Wertkartellrecht*, Tübingen 1998.

²⁵⁹ Mario MONTI, *The EU Views on Global Competition*, Forum American Bar Association, Washington, 29 March 2001.

²⁶⁰ La diffusion d'une culture de concurrence était déjà assurée par trois instances internationales: l'OCDE, dont les travaux sont de plus en plus souvent une source d'inspiration ; l'OMC, qui vient de passer une nouvelle étape de renforcement avec la Déclaration de Doha ; enfin la CNUCED, cf Mario MONTI, *International cooperation and technical assistance : a view from the EU UNCTAD*, 3rd IGE Session, Geneva 4 July 2001. Quant à la proposition de création d'un autre forum international par la Commission européenne, "the Global Competition initiative" (GIC), elle a été finalement soutenue Department of Justice, cf Charles A. JAMES, préc. La lutte contre les stratégies nationalistes négatives passe par les travaux effectués dans toutes ces instances, cf Eleanor M. FOX, *Antitrust Law on a Global Scale : Races up, Down and Sideways*, in *Regulatory Competition and Economic Integration*, ed. Esty and Geradin, 2001.

²⁶¹ Un observateur averti considère que les deux parties n'avaient pas véritablement envie de coopérer tant les enjeux commerciaux étaient importants, cf Frédéric JENNY, *Entretien*, Les petites affiches 5 nov. 2001.

²⁶² Alexander SCHAUB souligne leurs fréquences au sein même des Etats-Unis, préc.

²⁶³ C'est le sens de l'initiative informelle du Réseau International de concurrence l'automne dernier, cf Mario MONTI, *Entretien*, Les dossiers de l'Europe, La concurrence, Les petites affiches, p.9. C'est le sens des efforts portés dans le cadre de l'OMC, cf Frédéric JENNY, *Entretien*, ibid.

d'approfondir les échanges de vue, de telle sorte à ce que la mondialisation ne s'oriente pas vers une américanisation pure et simple du droit positif de la concurrence (²⁶⁴). L'enjeu est donc de revendiquer une fertilisation croisée de la future culture de concurrence à l'échelle mondiale.

CONCLUSION

48. - Les Européens pourraient se satisfaire d'avoir dégagé un modèle européen de concurrence. Mais une position de repli n'est plus possible ni pour les Européens, ni pour les Américains. La globalisation des marchés accule les opérateurs économiques à des restructurations permanentes à l'échelle mondiale. Les systèmes de concurrence s'entrechoquent dans leur mise en œuvre respective. Une ère de renouvellement s'ouvre pour le droit de la concurrence, tant dans ses fondements que dans ses outils d'analyse. Loin de craindre une dilution de la culture européenne de concurrence, les européens saisissent l'opportunité d'un débat international pour affirmer leur vision propre et offrir ainsi une alternative aux conceptions américaines. La politique de concurrence sert un projet original de construction de la société européenne. Mais, par sa confrontation à un autre modèle dominant et l'affirmation de sa différence, la politique de concurrence sert aussi l'identité de l'Europe.

²⁶⁴ Il y a une tendance chez les américains à comprendre la mondialisation comme une américanisation du droit, cf Carol J. GREENHOUSE, *Perspectives anthropologiques sur l'américanisation du droit*, Arch.Phil. droit 2001, p.43. C'est pourquoi il faut prendre au mot les Américains lorsqu'ils déclarent que le droit américain est lui-même soumis à la mondialisation et qu'ils sont impatients d'écouter les opinions des juristes d'autres systèmes juridiques, cf E. Allan FARNSWORTH, *L'américanisation du droit, Mythes ou Réalités*, ibid., p.28.