

**REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE**

**DROIT PROSPECTIF**

**2009-4**

**EXISTE-T-IL UNE CULTURE DE LA  
CONCURRENCE ?**

Par

Luc-Marie Augagneur

*Avocat*

*Jakubowicz, Mallet-Guy & Associés*

N. XXXIV - 129 (34ème année – 129ème numéro)  
(5 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - PUAM



# EXISTE-T-IL UNE CULTURE DE LA CONCURRENCE ?

Par

Luc-Marie Augagneur  
*Avocat*  
*Jakubowicz, Mallet-Guy & Associés*

1. C'est presque désormais un slogan des autorités de la concurrence : promouvoir et diffuser une véritable « culture de la concurrence ». L'expression revient comme un *leitmotiv*, que ce soit dans les pays nouvellement ouverts à l'économie de marché<sup>1</sup> ou à l'attention de ceux dont l'économie est encore trop dirigée<sup>2</sup>, que ce soit pour assurer une meilleure effectivité des règles antitrust dans l'Union Européenne<sup>3</sup> ou pour justifier la politique de répression française<sup>4</sup>. Elle est désormais au cœur du discours et de la pédagogie des autorités de la concurrence, spécialement à l'attention des consommateurs, désignés comme *le nouvel arbitre de la concurrence*<sup>5</sup>.

Assurer le bon et libre fonctionnement du marché, lutter contre les monopoles, contre l'économie dirigée, tels sont les objectifs que recouvre généralement l'exigence de concurrence. Vouloir faire comprendre, accepter et diffuser une culture de la concurrence, c'est dresser le constat qu'elle n'est pas suffisamment appliquée ou pas suffisamment effective. Dans son Livre Vert, puis son Livre Blanc, sur les actions en dommages intérêts pour infraction aux règles sur les ententes et les abus de position dominante, la Commission européenne observait que trop peu d'actions avaient été engagées en réparation des préjudices subis du fait de pratiques anticoncurrentielles dans les différents pays d'Europe, tant par les entreprises que par les consommateurs. Il s'agit alors de favoriser les actions des victimes, de rendre les tribunaux et les États plus réceptifs aux impératifs de la concurrence dans leurs décisions, de « rendre plus réelle la politique de la concurrence »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Dans une récente déclaration, M. Mihai BERINDE, Président du Conseil de la Concurrence roumain affirmait : « l'une des priorités de notre institution est la création d'une culture de la concurrence en Roumanie ».

<sup>2</sup> « La culture de la concurrence au cœur des discussions ». Communiqué de presse de la CNUCED du 7 juin 1999, relatif aux travaux du groupe de travail intergouvernemental de droit de la concurrence de la CNUCED et de l'OMC.

<sup>3</sup> Livre vert de la Commission européenne sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante.

<sup>4</sup> Déclarations de Monsieur Bruno LASSERRE, Président du Conseil de la concurrence, *Le Figaro*, 11 juillet 2006.

<sup>5</sup> G. CERRUTTI, ancien Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, « Comment mieux intégrer la politique de la concurrence et la politique de la consommation », Cycle de conférence de la Cour de cassation, 3 juillet 2006, *Rev. Lamy Concurrence* n° 9, nov. 2006, p. 153.

<sup>6</sup> *Ibid.*

Promouvoir une *culture de la concurrence* paraît ainsi être surtout un *réflexe droit de la concurrence*, voire une démocratisation intellectuelle et procédurale des règles antitrust. Mais en quoi consiste réellement la *culture de la concurrence* ? Pourquoi en aurions-nous besoin ? Existe-t-elle seulement avec une unité suffisante au-delà des mots ?

L'exercice paraît incongru, tant on a l'habitude de considérer que la concurrence n'a qu'une finalité utile, l'efficacité économique, et point de conviction morale. J.-M. Mousseron et V. Selinsky ont d'ailleurs écrit, après l'ordonnance de 1986, que « *la concurrence n'est pas une valeur en soi et sa religion n'a guère de paroissien* »<sup>7</sup>.

Pourtant, il existe au moins deux raisons de rechercher le fondement d'une éventuelle *culture de la concurrence*. La première est d'ordre économique. Certains considèrent, à tort ou à raison, que les lois antitrust sont néfastes pour l'économie. Dans ces conditions, ces lois procéderaient, non pas d'un pragmatisme économique qui rechercherait l'efficacité à tout prix, mais d'une idéologie (que l'on suppose) cachée, voire inconsciente. La seconde raison est d'ordre philosophique. Et si la concurrence était finalement une religion ! Et si elle était *habitée* de mythes ! Aussi faudrait-il finir par savoir, telle une controverse de Bruxelles, si le droit de la concurrence a une âme. Dans son essai sur la fondation d'une démocratie internationale<sup>8</sup>, Pascal Lamy s'interroge sur les causes de l'inertie dans laquelle se trouve le projet européen qui s'est construit sur la fondation d'un marché unique européen. Il considère notamment que l'Europe a accumulé des normes et des procédures, mais qu'elle reste « un pouvoir sans totem ». Mais si la politique de concurrence européenne se cantonne à être une *techno-nomie*, cela ne signifie pas pour autant que l'émergence exceptionnelle du droit de la concurrence ne s'est pas appuyée sur de puissantes forces totémiques.

2. L'opinion qui a généralement prévalu a consisté à considérer que le droit de la concurrence est une branche totalement abandonnée à l'économie, et plus précisément inféodée à une conception mécanique du fonctionnement des marchés. Alexis Jacquemin avait d'ailleurs considéré qu'il existe un « asservissement du droit par l'économie »<sup>9</sup>, en ajoutant que cette servitude est presque consentante. Depuis la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, l'antagonisme entre droit et économie s'est cristallisé dans la défiance du juriste à l'égard de l'économie, et dans une certaine forme de complexe d'infériorité du droit.

Cette défiance repose tant sur la méthodologie que sur la finalité des disciplines. Le droit s'assignerait principalement une finalité de justice en s'appuyant sur des concepts rigoureux et de prévisibles, tandis que l'économie serait, dans la ligne de Mill et de Bentham, le terrain d'élection de l'utile et du pragmatique<sup>10</sup>. Et dans la fondation du droit économique, c'est le second qui l'aurait emporté en ce qu'il conduit moins à incriminer telle ou telle pratique définie qu'à rechercher si celle-ci permet des gains d'efficacité ou si, au contraire, elle est néfaste au marché<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> J.-M. MOUSSERON, V. SELINSKY, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, 1987, p. 7.

<sup>8</sup> P. LAMY, *La démocratie-Monde*, Le Seuil, 2004.

<sup>9</sup> A. JACQUEMIN, « L'économique, serviteur de l'économie » : *RTDCom* 1972, p. 283.

<sup>10</sup> M. VILLEY, *L'utile et le juste*, 1981.

<sup>11</sup> V. les références bibliographiques citées et leur synthèse, L. DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE, C. MONTET, « Un droit de la concurrence : pour quoi faire ? », *Contrats Conc. Consom.* 2005, n.22, §5.

Une telle inféodation est d'autant plus prégnante lorsque l'on considère l'importance du mouvement *Law and Economics* qui domine l'analyse moderne de la technique législative. Ce courant de pensée, qui se revendique comme une véritable discipline de l'Économie du Droit, propose en pratique d'évaluer les normes à l'aide des outils de la science économique. Il appréhende tel phénomène juridique à la lumière d'un examen coût/avantage, il envisage les coûts moyens et marginaux induits et il applique aux réglementations des tests économétriques. Le Droit est conçu comme n'importe quelle autre production qui entre dans le cadre de la comparaison des normes entre elles. La démarche législative est perçue et évaluée comme un instrument de compétitivité. Principalement développée aux États-Unis à partir des années 1960 sous l'impulsion de l'École de Chicago, la pensée *Law and Economics* trouve sa source chez les Professeurs de droit de la concurrence que sont Edward Levi et Aaron Director, dont ce dernier est le fondateur du *Journal of Law and Economics*. L'intrication du droit et de l'économie procède de l'importation d'une vision néoclassique de l'économie dans le droit de la concurrence puis d'une colonisation générale du droit par l'économie.

La logique *Law and Economics* a récemment été utilisée par la Banque Mondiale pour faire apparaître, et en réalité promouvoir, une prétendue supériorité des pays de tradition de Common Law sur les pays de tradition civiliste. Les rapports « Doing Business », qu'elle élabore et publie depuis 2003, proposent une « évaluation chiffrée des réglementations qui s'appliquent aux petites et moyennes entreprises »<sup>12</sup>. Invariablement, ces rapports concluent que les pays de tradition civiliste ont, à cause de leur lourdeur et de leur rigidité, des législations moins efficaces pour le développement des affaires que les pays ayant une culture de Common Law. L'organisation d'une réplique par les amis de la culture civiliste a provoqué une compétition des cultures juridiques<sup>13</sup>. Quelle qu'en soit l'issue, cette confrontation dans le champ de l'analyse économique du droit, montre à quel point l'économie soumet le droit à ses méthodes d'analyse.

« *Le caractère instrumentaliste, voire opportuniste du droit économique* »<sup>14</sup> serait alors de nature à provoquer « *le désarroi du juriste* »<sup>15</sup>. En faisant prévaloir des concepts dont la portée juridique est imprécise (l'entreprise, le marché, le jeu normal de la concurrence...), le droit économique céderait à une profonde indétermination de la règle et à une inquiétante incertitude juridique qui en résulte. Bien que le Professeur Claudel s'efforce de réconcilier un antagonisme trop caricatural entre droit et économie, elle concède par exemple que « *le [concept de] marché est un instrument qui a cette particularité de s'adapter aux fins poursuivies* », et a défendu dans sa thèse l'idée selon laquelle « *le respect des principes juridiques est souvent sacrifié à l'objectif d'efficacité* »<sup>16</sup>.

À cet égard, on pourrait même douter que le droit de la concurrence ait la nature ontologique d'un véritable droit<sup>17</sup>. La règle de droit se définissant à cet égard comme un énoncé abstrait, général et obligatoire, le fait de définir un *corpus*

<sup>12</sup> Rapport Doing Business 2009 de la Banque Mondiale, p. V.

<sup>13</sup> À ce sujet, Colloque des Entretiens Jacques Cartier à Lyon les 30 novembre et 1<sup>er</sup> décembre 2009.

<sup>14</sup> A. JACQUEMIN, *op. cit.*

<sup>15</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, « Logique économique et logique juridique », *Contrats Conc. Consom.* 2005, n.20.

<sup>16</sup> E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, th. Paris, 1994, §17.

<sup>17</sup> E. CLAUDEL qualifie même le droit de la concurrence de « droit boulimique, droit irrespectueux, droit sans fondement stable et sans légitimité ». *Ibid.*, §4.

régulateur par sa seule finalité (permettre des gains d'efficacité), et sans norme fixe lui préexistant, serait effectivement de nature à disqualifier le contenu juridique de la politique de la concurrence. Sauf à considérer que puisse exister un droit antipositiviste...

Le triomphe apparent de cette conception est accrédité par le succès d'une certaine rhétorique qui tend à réduire le droit de la concurrence à la seule recherche de l'efficacité économique. Cette dernière serait la résultante théorique de la confrontation des participants à la compétition économique de nature à offrir le meilleur produit au meilleur prix par « l'allocation optimale des ressources de l'économie ». Les gains résultant de l'amélioration de la compétitivité et de l'innovation sont qualifiés de surplus économiques qui doivent être répartis entre les acteurs du marché avec une répercussion raisonnable au consommateur dans le but d'améliorer son bien être<sup>18</sup>. Ce discours, qui passerait presque pour du cynisme ou de la provocation aux yeux du juriste, ne masque rien de la finalité du droit de la concurrence. Madame Claudel le synthétise nettement en affirmant que « *sa finalité n'est pas l'équilibre des conventions, ni le respect de la parole donnée, ni la protection d'une catégorie de contractants. Elle est l'efficacité économique* »<sup>19</sup>. Le droit de la concurrence serait destiné à préserver cet idéal utilitaire de la concurrence, qualifié par le Professeur Claudel de « concept Bible », lorsque le marché est affecté par les comportements anticoncurrentiels.

Sans remettre en cause le bienfondé du raisonnement économique, on ne peut s'empêcher de déceler dans la forme de ce discours, auquel cèdent parfois elles-mêmes les autorités de la concurrence qui évoquent « les standards de bien être »<sup>20</sup>, une dogmatique et une série de lemmes qui méritent d'être éprouvés.

**3.** L'hypothèse d'une inféodation totale et délibérée du droit de la concurrence à la pure efficacité économique est remise en cause par la persistance de l'opinion (autorisée) selon laquelle les lois antitrust seraient elles-mêmes anticoncurrentielles, ou à tout le moins néfastes pour l'économie<sup>21</sup>.

Dans son discours prononcé en 1961 devant la National Association of Business Economists<sup>22</sup>, Alan Greenspan a estimé apporter la démonstration que la législation antitrust, incarnée par le Sherman Act de 1890, a freiné le progrès économique. « *Personne ne saura jamais, conclut-il sévèrement, quels sont les nouveaux produits, les procédés inédits, les machines et fusions réductrices de coûts qui ont été étouffées dans l'oeuf par le Sherman Act. Personne ne pourra jamais calculer le prix que chacun d'entre nous a dû payer à cause de cette loi qui, en provoquant un emploi moins efficace du capital, nous inflige un niveau de vie plus bas qu'il ne pourrait l'être autrement* ».

<sup>18</sup> K. BERGER, S. MARTIN, « Quel est l'objectif poursuivi par la politique de la concurrence lors du contrôle des concentrations ? », *Revue de la CCRF* n° 132, 11/03.

<sup>19</sup> E. CLAUDEL, *op. cit.*, §3.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> George J. STIGLER, « The economic effects of the antitrust laws », *Journal of Law and Economics*, Vol IX (1966), pp. 225-258. L'auteur observe que les études conduites sur le sujet n'ont pas permis une conclusion explicite et conduisent à des observations contradictoires.

<sup>22</sup> A. GREENSPAN, ancien Président de la Réserve Fédérale et de la Banque Centrale des États-Unis, « Antitrust », discours prononcé à Cleveland le 25 septembre 1961 à l'antitrust seminar de la National Association of Business Economists

Selon lui, la constitution de grands trusts a toujours une justification économique qui engendre des gains d'efficacité par les économies d'échelle et l'intégration des fonctions économiques sans pour autant empêcher l'entrée de concurrents sur le marché. Car, aussitôt que les prix pratiqués par une entreprise dominante deviendraient artificiellement élevés, les marchés de capitaux seraient en mesure de financer un nouvel entrant capable de conquérir des parts de marché au regard du taux de rentabilité rendu ainsi possible.

Alan Greenspan estime que ce sont les interventions étatiques, faites sous forme de privilèges de réglementation, de subvention ou d'autorisation, qui sont seules de nature à créer des « monopoles coercitifs » qui immunisent un acteur du marché contre la concurrence.

Dans un ouvrage de référence, *The Antitrust Paradox*<sup>23</sup>, le controversé Robert Bork a soutenu que le droit de la concurrence devait être exclusivement dédié à la protection de la concurrence, et non pas des concurrents. Il estime que cet objectif, qui devrait en principe être poursuivi par les lois antitrust, n'a pas été atteint parce que, paradoxalement, les interventions législatives ont artificiellement conduit à une augmentation des prix résultant de la protection de concurrents inefficaces.

Dans le même ordre d'idée, un autre auteur<sup>24</sup> a plus récemment considéré que le *Sherman Act* est lui-même à l'origine de marchés oligopolistiques. En interdisant les ententes commerciales souples, sous forme de trust, qui traversaient les frontières des États, la loi a favorisé les concentrations capitalistiques à l'intérieur des États. Le *Sherman Act* a ainsi modelé un marché dont elle n'avait pas anticipé la forme et qui, par certains aspects, était contraire à l'objectif affiché qui consistait à empêcher la concentration de la puissance économique.

Sans naturellement prendre parti dans des débats qui nous dépassent largement, le seul fait qu'il puisse exister des théories rivales en la matière, implique que la concurrence n'obéit pas exclusivement à une série de lois naturelles de l'économie, mais renferme des présupposés et des jugements dépourvus de consistance économique. Et cela invite naturellement à rechercher ces valeurs qui animent les lois de la concurrence.

4. Dans un article consacré à la philosophie du droit<sup>25</sup>, le Professeur Michel Troper constate que le droit civil s'est longtemps cru dispensé de recourir à l'élaboration d'une théorie juridique parce que la codification est censée offrir un système cohérent, sans contradiction ni lacunes. La loi apparaît comme une forme d'œuvre parfaite dont l'exégèse serait suffisante. Dans les systèmes de Common Law, au contraire, le juge doit perpétuellement employer sa raison pour créer ou découvrir le droit, de sorte que la philosophie a davantage investi la science juridique des pays anglo-saxons.

Le droit de la concurrence constitue, en France, une discipline relativement jeune, que l'on se gardera bien de dater. On peut néanmoins raisonnablement considérer qu'il a développé sa forme moderne après guerre, du mouvement parallèle du droit interne résultant du décret-loi du 9 août 1953 rétablissant la libre concurrence,

---

<sup>23</sup> *The Antitrust Paradox* (1978).

<sup>24</sup> M.-L. DJELIC, *The Postwar transformation of European Business*, Oxford University Press, 1998.

<sup>25</sup> M. TROPER, « Le retour de la philosophie du droit », *Encycl. Universalis*.

et du droit européen ouvrant l'ère d'un marché commun avec le Traité de Rome du 25 mars 1957<sup>26</sup>.

Bien que le Conseil de la concurrence ait développé une doctrine cohérente et pédagogique des règles réprimant les ententes et abus de position dominante, le droit français s'interroge, en apparence à sa marge, mais en vrai en son cœur, de questions fondamentales. Ainsi, dans une récente consultation publique<sup>27</sup>, faisant suite au bilan de la réforme sur la transparence tarifaire, le Ministère de l'Économie invitait à se demander : « *quels objectifs prioritaires le droit des pratiques restrictives de concurrence devrait-il conserver aujourd'hui ? Comment mieux articuler et rapprocher droit des pratiques restrictives, droit des pratiques anticoncurrentielles et droit civil ?* ».

Ce corps de règles que constituent les pratiques restrictives de concurrence, censées prohiber certaines pratiques *per se*, indépendamment de leurs conséquences effectives sur un marché, ne sont à l'évidence pas exclusivement animées par la préservation de la concurrence. Une certaine idée de la morale commerciale, de l'équilibre des relations commerciales, s'est immiscée dans le droit de la concurrence, parfois même contre la logique d'efficacité économique et de compétitivité que s'assigne le droit de la concurrence<sup>28</sup>. Est-on sûr que cette insinuation de forces étrangères au marché se soit arrêtée au seuil du « petit droit de la concurrence » qu'est le droit des pratiques restrictives, et que le « grand droit de la concurrence », celui des règles antitrust, en soit indemne ?

Ces interrogations quasi-existentielles invitent à se plonger dans la petite enfance de notre droit de la concurrence, pour en comprendre les motivations profondes, les traumatismes peut-être, et en tous cas pour en ébaucher la conception plus ou moins consciente.

5. Dans son ouvrage consacré à l'imaginaire juridique<sup>29</sup>, le philosophe du droit François Ost interroge les mythes et les grands archétypes de la littérature universelle pour découvrir les enseignements sur les origines et le destin du droit. En d'autres termes, certains récits révéleraient, par le « magma de significations » qu'ils contiennent, selon l'expression de Cornélius Castoriadis, les valeurs essentielles qui fondent notre conception des institutions juridiques. Ainsi, le narratif serait une force immanente du prescriptif, le droit institué (le droit positif) serait habité des fantômes souterrains qui errent dans les grands récits. C'est dans la culture qu'il faut rechercher les jugements et valeurs qui président aux règles de l'organisation sociale.

Assigner à la culture une portée paradigmatique pourrait passer pour une incongruité si l'on résumait l'esprit du marchand à une mentalité de boutiquier rustre. La réalité historique milite au contraire pour une pertinence toute particulière de la recherche de l'influence des facteurs culturels sur les commerçants. Si Max Weber a pu, dans une thèse bien connue, estimer que l'éthique protestante a favorisé le développement du capitalisme, les grands historiens que sont Fernand Braudel et Jacques Le Goff disputent la conclusion hâtive que l'on pourrait tirer d'une supposée tare anti-commerciale du catholicisme. Fernand Braudel constate en effet que la

<sup>26</sup> M.-A. FRISON ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006, 1<sup>ère</sup> éd., n.5-6.

<sup>27</sup> Bilan et réforme de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, DGCCRF, 26 juillet 2007.

<sup>28</sup> M.-A. FRISON ROCHE, M.-S. PAYET, *op. cit.*, n.419.

<sup>29</sup> F. OST, *Raconter la loi, aux sources de l'imaginaire juridique*, O. Jacob, 2003.

vitalité marchande naît précisément dans les cités génoise et vénicienne de la très catholique Italie des XIV au XVI<sup>ème</sup> siècles<sup>30</sup>. Jacques Le Goff montre quant à lui que si la morale chrétienne n'attribue qu'impureté à l'argent, la naissance de la classe des commerçants-banquiers est rendue possible par le rachat de ce « contact impur » par un particulier dynamisme culturel<sup>31</sup>. Les riches marchands sont aussi des intellectuels, des mécènes pénétrés d'une vaste culture, religieuse évidemment, mais pas seulement. Aussi, retrouver l'imaginaire marchand n'est-ce pas seulement s'attarder sur leurs tables de calcul, mais aussi s'aventurer dans leurs bibliothèques.

C'est de cette idée que le droit se raconte que l'on peut être tenté de rechercher les mythes fondateurs du droit de la concurrence et de l'économie libérale dont il procède.

6. La théorie de la concurrence ne récuse pas la référence au mythe. Bien au contraire. Elle s'approprie l'un des plus anciens et des plus essentiels de la Grèce antique qu'est le mythe de l'Âge d'Or. En imaginant les conditions d'une concurrence pure et parfaite gouvernée par une « main invisible », joliment moquée par Braudel comme « *un dieu bienveillant et caché* », Adam Smith recrée une forme d'état de nature du marché. Cette cité économique idéale est à la source des conceptions généralement partagées. Et même lorsque nous constatons l'évidence que cet état ne peut être atteint à nouveau, qu'il nous échappe, nous n'abandonnons pas tout à fait l'idéal qu'il représente<sup>32</sup>. C'est ainsi que naît la doctrine qui innove le droit moderne de la concurrence qu'est la notion de « concurrence praticable (ou « workable competition »). Cette thèse élaborée par l'économiste John-Maurice Clark et exposée dans son célèbre article de 1940, « Toward a concept of workable competition »<sup>33</sup>, s'est progressivement imposée dans la jurisprudence américaine et a directement servi de référence lors de la refondation des lois antitrust en Europe, en particulier dans la loi allemande de 1957<sup>34</sup>. Elle prend acte que la concurrence pure et parfaite ne s'observe jamais en pratique. Si en apparence Clark paraît renoncer à ce modèle de référence, c'est en réalité pour mieux l'approcher de façon empirique. Il préconise seulement de ne pas s'en tenir aux lois de fonctionnement d'un référentiel théorique, mais de corriger ces règles en fonction des imperfections constatées sur le marché, de façon à restaurer les conditions d'une concurrence possible et suffisante entre les rivaux. Car si l'on devait appliquer scrupuleusement les lois naturelles à un marché imparfait, on ne ferait qu'accroître les entorses à la concurrence. De sorte que pour améliorer la concurrence, il faut parfois s'éloigner du modèle de la concurrence pure et parfaite. Cette dernière est ainsi rangée dans les mythes que la science réproouve mais qui constitue un idéal perverti par l'action humaine.

De la même façon, Les Métamorphoses d'Ovide décrivent l'Âge d'Or comme un monde de production spontanée où règne l'harmonie de l'utilisation des

<sup>30</sup> F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme du XIV<sup>ème</sup> au XVIII<sup>ème</sup> siècle*, t.2, *Les jeux de l'échange*, Armand Colin 1979.

<sup>31</sup> J. LE GOFF, *Marchands et Banquiers du Moyen-Âge*, PUF, Paris, 2001.

<sup>32</sup> Madame Claudel retient que le modèle de la concurrence pure et parfaite « peut servir comme référence, comme outil pédagogique ». E. CLAUDEL, *op. cit.*, §69.

<sup>33</sup> J.-M. CLARK, « Toward a concept of workable competition », *The American Economic Review*, Vol. 30, n° 2 (Juin 1940), p. 241.

<sup>34</sup> H. DUMEZ, A. JEUNEMAITRE, « Rôle et statut de l'économiste dans les affaires de concurrence », *Rev. Économique*, Vol.52, n°6 (nov. 2001), p. 1289.

ressources. « *La terre, sans être sollicitée par le fer, ouvrait son sein, et, fertile sans culture, produisait tout d'elle-même. L'homme, satisfait des aliments que la nature lui offrait sans effort, cueillait les fruits de l'arbousier et du cornouiller, la fraise des montagnes, la mûre sauvage qui croît sur la ronce épineuse, et le gland qui tombait de l'arbre de Jupiter. C'était alors le règne d'un printemps éternel. Les doux zéphyr, de leurs tièdes haleines, animaient les fleurs écloses sans semence. La terre, sans le secours de la charrue, produisait d'elle-même d'abondantes moissons. Dans les campagnes s'épanchaient des fontaines de lait, des fleuves de nectar; et de l'écorce des chênes le miel distillait en bienfaisante rosée.* »<sup>35</sup>.

Ce n'est que par la corruption des hommes à l'Âge d'Airain, et sa « *coupable soif de posséder* » selon la formule d'Ovide, que cette économie de production naturelle est bouleversée. L'artifice humain, sa volonté d'accaparement, la violence du complot, perturbe ce mouvement de juste mesure. Et Adam Smith lui-même de percevoir ce penchant humain pour apporter les tempéraments à la concurrence parfaite qu'appelle toute société. Ainsi, écrit-il dans un passage resté célèbre, « *les gens d'un même commerce se rencontrent rarement, même pour s'amuser ensemble ou pour se distraire, sans que la conversation ne se termine presque toujours en conspiration contre le public ou en quelque moyen de relever le prix* ».

7. Adam Smith sait au fond que ce ne sont pas les lois antitrust qui pervertissent le marché, et que l'autorégulation naturelle du marché est une représentation fautive. Il suffirait d'ailleurs de se référer à l'examen historique du marché avant les lois antitrust, pour constater qu'une bonne partie de l'énergie des commerçants est consacrée à l'anéantissement de la situation de concurrence. Fernand Braudel rapporte ainsi la sèche conclusion, si l'on peut dire, que dresse un marchand de Bordeaux dans une missive adressée à un homologue hollandais avec lequel il vient de conclure une entente visant à éviter toute concurrence : « *Il en serait de cette affaire comme de tant d'autres où, dès qu'il y a de la concurrence, il n'y a plus d'eau à boire* »<sup>36</sup>.

La narration de Braudel, car il faut souligner l'art de Braudel en la matière, foisonne d'exemples par lesquels les commerçants cherchent à se départir d'un marché ouvert, pour préférer, en reprenant le titre d'un pamphlet de 1846, « *une concurrence sans concurrents* »<sup>37</sup>. Parmi d'autres, Braudel rapporte l'exemple de compagnies de marchands forains qui, dans les années 1720, s'entendent sur les prix d'achat de la viande dans les provinces du centre et de l'ouest de la France pour les vendre à Paris, en situation de domination, afin que leurs vendeurs ne fassent pas de concurrence sur le marché de Poissy. Encore celle de cette affaire des « *graisseux de Bordeaux* », ces marchands de beurre et fromages qui avaient créé « *une société secrète* » à l'objet d'organiser une pénurie artificielle en achetant et stockant toutes les cargaisons avant de les revendre à prix fort. Où l'on voit que les ententes et les abus de position dominante ne sont pas d'hier.

Braudel inscrit la fortune des grands marchands dans la négation du marché, ce « *commerce les yeux dans les yeux, la main dans la main* », selon une expression allemande. Le succès de ceux qui faisaient le commerce de l'or ou des épices, par

<sup>35</sup> OVIDE, *Les Métamorphoses*, Livre I, Fable III, vv 101 et s.

<sup>36</sup> F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, p. 61.

<sup>37</sup> F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme du XIV<sup>ème</sup> au XVIII<sup>ème</sup> siècle*, t.2, *Les jeux de l'échange*, Armand Colin 1979, p. 488, note 119.

exemple, était lié à l'approvisionnement au loin, c'est-à-dire hors du champ de la connaissance de leur marché, pour revendre les marchandises dans un marché où les acquéreurs ne connaissent pas les conditions d'approvisionnement de leur vendeur. Braudel oppose alors, en reprenant les termes de la description d'Everitt, ce *private market* (ou marché fermé) au *public market* (ou marché surveillé) dans lequel, précisément, tous les opérateurs auraient accès à la même information<sup>38</sup>. La chaîne d'intermédiaires organise ainsi, pour en profiter, l'absence de tout lien entre production en consommation afin de fixer des prix hauts.

Ainsi, l'état de concurrence est loin d'être une situation naturelle et la recherche du monopole paraît inhérente à l'astuce du marchand.

8. Comme pour la cité, l'état de nature de la concurrence pure et parfaite représente une utopie fondatrice de la concurrence praticable. Mais, comme le souligne J.-L. Vauzange<sup>39</sup> dès 1955, les conditions d'une concurrence praticable échappent à une définition rigoureuse et mécanique<sup>40</sup>. Elles « évoquent un jugement de valeur, une appréciation subjective portée sur le résultat d'un marché ou d'un système économique ». Voilà qui réhabilite le droit dans le phénomène économique de concurrence, comme l'expression d'un système de valeur, et non seulement comme la traduction positive de lois naturelles.

Or, la valeur qui est déterminante aux yeux de Clark dans la conception de la concurrence praticable, c'est la prééminence du caractère de fluidité parmi les qualités de la concurrence pure (polycité, atomicité, homogénéité, transparence, fluidité), c'est-à-dire la possibilité et la liberté totale d'entrée sur le marché.

Le propos de la présente étude est de s'efforcer de montrer que la primauté de la liberté d'entrée sur le marché ne procède pas seulement d'un raisonnement économique, mais d'une valeur associée aux libertés publiques et à la démocratie.

9. Les débats de la science politique et économique se demandent si la démocratie et l'économie de marché sont compatibles, si la démocratie est un régime politique optimal à l'épanouissement du marché<sup>41</sup>. Dans ces débats, le présupposé consiste souvent à considérer les différentes incompatibilités entre marché et démocratie. Dans un récent ouvrage, Monsieur Fitoussi<sup>42</sup> insiste au contraire sur leur complémentarité dans la « démocratie de marché » qui caractériserait notre système actuel. L'examen des inspirations profondes de notre droit de la concurrence tend à faire apparaître que, plutôt que d'accroître cette tension, les lois antitrust participent effectivement d'une réconciliation en introduisant des valeurs propres à la démocratie dans la logique du marché.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 33 et 39, v. également p. 98.

<sup>39</sup> J.-L. VAUZANGE, « L'économie "praticable" », *Revue Économique*, Vol. 6, n° 6 (Nov. 1955), p. 925.

<sup>40</sup> D'autres auteurs iront jusqu'à considérer, plus tard, qu'« en fait, la concurrence praticable, c'est un peu l'auberge espagnole ». M. GLAIS, P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, Paris 1983, p. 10.

<sup>41</sup> V. en particulier la restitution de ces débats in J.-P. FITOUSSI, *La démocratie et le marché*, Grasset, 2004.

<sup>42</sup> *Ibid.*

## I. Le mythe de la démocratie de marché ou la figure de l'entrepreneur dans le rêve américain

10. La plupart des travaux<sup>43</sup> font remonter la lutte contre les ententes et les abus de position dominante au Sherman Act de 1890 destiné à empêcher la constitution de grands trusts capable d'asphyxier toute concurrence. De sorte qu'à partir de cette date on désigne sous les termes de « droit antitrust » toutes les législations relatives aux monopoles constitués sous ces formes, alors même que le trust n'en est pas l'instrument essentiel. L'habitude prise nous laisse néanmoins une empreinte historique claire du début communément admis du droit des pratiques anticoncurrentielles. Un auteur a d'ailleurs insisté sur la valeur de cette césure en considérant que le droit antitrust américain est « le père fondateur de toutes les législations incitratrices et régulatrices de la concurrence »<sup>44</sup>.

Il serait pourtant inexact de dire qu'avant cette époque nul ne se préoccupe de ces pratiques. L'article 419 du Code pénal de 1810 sanctionnait déjà le délit de « coalition entre marchands, fabricants et autres, pour faire hausser ou baisser le prix des marchandises ». Conception restrictive de l'entente, dont elle ne vise que la forme la plus grossière d'entente sur les prix, la législation française du XIX<sup>ème</sup> siècle s'intéresse au marché. Les commentaires de l'époque révèlent d'ailleurs une certaine sensibilité aux théories du moment. Ainsi Maître Duverger explique-t-il, dans son Dictionnaire national de Droit français, le bien-fondé de l'incrimination par le fait que la coalition fait « produire à ce commerce ou à cette industrie, par force et contrainte, des résultats qu'ils ne produiraient pas s'ils étaient abandonnés à leur mouvement propre et naturel »<sup>45</sup>. La « main » de Smith ne paraît pas très éloignée de cette présentation des lois naturelles du marché qui paraissent réguler, par un équilibre physique entre offre et demande, le niveau des prix. On perçoit dans cette rhétorique une évolution déjà significative par rapport à une législation antérieure de même veine. Le décret du 28 août 1793 érigeait en effet en crime les faits que l'on désignait à l'époque sous le terme « d'accaparement »<sup>46</sup>, par une définition qui correspond à une forme d'abus de position dominante. Il est vrai que la crise économique de la fin du XVIII<sup>ème</sup> a conduit à la répétition de ce genre de situation d'accentuation des pénuries par les gros commerçants, parfois même avec la bénédiction du gouvernement, ce qui donna lieu à quelques critiques virulentes contre Necker. Si le terme d'accaparement est parfois synonyme de monopole, comme dans la définition de l'Encyclopédie de Diderot<sup>47</sup>, il n'est pas exclusivement associé à une véritable culture de la concurrence, mais s'emploie pour différentes formes de spéculation, comme le fait encore Zola dans *L'Argent*<sup>48</sup>. L'ambiguïté sémantique de

<sup>43</sup> V. en particulier, E. CLAUDEL, *op. cit.*, §6 et §94 ; M. DENOIX, O. KLARGAARD, « La politique de la concurrence dans l'Union Européenne », *Les policy papers de la fondation Robert Schuman* n° 52, 19 févr. 2007.

<sup>44</sup> C. CHAMPAUD, *J.-Cl. Conc. Consum.*, fasc. 30.

<sup>45</sup> M. DUVERGER, *Dictionnaire national de Droit français*, Coalition, Librairie de jurisprudence, 1853.

<sup>46</sup> Le crime visait « ceux qui dérobent à la circulation des marchandises ou des denrées de première nécessité, qu'ils achètent et tiennent enfermées dans un lieu quelconque, sans les mettre en vente journellement et publiquement ».

<sup>47</sup> « Accaparement : achat de marchandises défendues par les ordonnances. On le prend aussi pour une espèce de monopole consistante à faire des levées considérables de marchandises, pour s'en approprier la vente à soi seul, à l'effet de les vendre à si haut prix qu'on voudra », *Encycl.* 1751.

<sup>48</sup> É. ZOLA, *L'argent*, 1891, p. 41.

l'accaparement, entre concurrence et finance, n'est toutefois pas dénuée d'intérêt comme on le verra plus tard.

Encore le délit d'accaparement est-il postérieur à l'abolition des corporations et à l'établissement de la liberté du commerce et de l'industrie des décrets d'Allarde et de la Loi Le Chapelier de 1789 et 1791. Ces textes peuvent être conçus comme des déclarations philosophiques, plutôt que comme des législations positives. Mais, avant même la Révolution, du temps des corporations, qu'on définirait presque, *a priori*, comme des cartels autorisés, les préoccupations des ententes et des abus de position dominante préexistent. Le Conseil de commerce de Paris, ou le juge de police sont ainsi amenés à sanctionner différentes formes de coalitions, relativement grossières, qui font augmenter les prix<sup>49</sup>. Le Traité de la Police de Delamarre, s'attache, dès 1722, à préserver la vérité du marché et l'intérêt du consommateur urbain<sup>50</sup>.

Ces exigences de liberté et d'égalité dans le commerce sont elles des forces à l'œuvre ? Toujours est-il qu'elles ne se cristallisent en intention de principe qu'après la révolution, mais sans qu'aucune affaire ne les traduise dans les annales judiciaires sous la qualification d'accaparement.

#### A. *Le Sherman Act et la Conquête de l'ouest*

11. C'est le Sherman Act de 1890 qui donne véritablement corps au droit antitrust, en l'habillant d'un imaginaire durable, celui de la conquête de l'ouest. Dans son examen historique de l'infirmité de la Loi Sherman, Alan Greenspan rappelle qu'elle a été créée en réaction aux pratiques des sociétés de chemin de fer qui se sont multipliées, après la guerre de sécession, dans la grande entreprise de conquête de l'ouest incarnée par la construction de lignes destinées à rejoindre la Californie. Greenspan souligne qu'avant 1860, le développement du chemin de fer à l'est s'est réalisé dans un contexte de forte concurrence, tant des compagnies entre elles, qu'avec les autres moyens de transport. Mais, pour construire des lignes vers l'ouest, le niveau d'investissement était tel, et la perspective de bénéfice si lointaine, que des subventions massives furent attribuées aux transporteurs ferroviaires sous forme d'attribution gratuite de terrains. Ces compagnies, qui se trouvaient chacune en situation de monopole sur leurs territoires respectifs, sans concurrence d'autres moyens de transport, imposèrent des prix exorbitants aux cultivateurs. C'est sur la protestation paysanne du *National Granger Movement* contre ces pratiques d'abus de position dominante, et contre les trusts inquiétants de l'industrie pétrolière, que fut votée la Loi Sherman.

12. L'acte de naissance du droit de la concurrence est ainsi indissociablement lié à celui de la conquête du territoire américain et à son unification en un marché commun. Ce temps fort de l'histoire américaine est chargé d'une forte dimension mythique. Dans un récent livre d'entretien<sup>51</sup>, Russell Banks, grand écrivain de l'identité américaine, estime que l'épisode de la conquête de l'ouest prolonge et incarne le puissant imaginaire fondateur de l'Amérique qu'est la possibilité du « nouveau départ », de la « re-naissance ». Selon Banks, ce « rêve américain » est la

<sup>49</sup> F. BRAUDEL, *op. cit.*, p. 487.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> R. BANKS, *Amérique, Notre Histoire*, Entretiens, Actes Sud 2006.

résultante des trois sources de colonisation et de leurs motivations respectives. La colonisation anglaise en Nouvelle-Angleterre, fuyant un pouvoir arbitraire et absolu est marquée par un puritanisme religieux<sup>52</sup> qui s'assigne la mission de fonder et de réaliser une Nouvelle Jérusalem. Pour ces émigrants, le mobile de liberté religieuse est placé au centre de toute l'organisation sociale et justifie une véritable démocratie politique et économique. Les émigrations hollandaises dans la vallée de l'Hudson, et espagnoles dans les futurs États du sud, ont une portée plus directement économique. Pour les premiers, le commerce et la pêche constituent le mobile essentiel, tandis que, pour les seconds, la quête de l'or, d'une véritable Cité d'Or, incarne l'inépuisable richesse et l'enrichissement du pauvre. Pour tous ces colons et émigrants, la motivation commune réside dans l'appropriation d'une terre (destinée selon les protestants) et l'égal accès de tous à la possibilité de réussir.

Ce mythe du nouveau départ explique peut être ce qu'Alan Greenspan croit déceler dans les craintes qui président à l'adoption de la Loi Sherman. Selon lui, les grands trusts, comme ceux de la *Standard Oil* dans l'industrie pétrolière, comme l'US Steel Corporation dans l'industrie de l'acier, ont engendré une appréhension par la concentration de leur puissance économique dans leurs domaines d'activité respectifs, alors que, selon lui, ces situations avaient une justification économique. « *On peut comprendre le Sherman Act, écrit-il, si on le considère comme une projection de la peur et de l'ignorance économique du XIXème siècle* ». Un autre auteur partage cette hypothèse de la peur comme motivation du Sherman Act. Dans son étude consacrée à L'origine de la Loi Sherman<sup>53</sup>, George Stigler (qui est d'ailleurs l'un des théoriciens importants de la notion de barrière d'entrée)<sup>54</sup> montre que l'adoption de ce texte ne provient pas d'une nécessité de protéger un pan de l'économie vulnérable aux monopoles industrielles, mais du lobby irraisonné du Granger Movement des fermiers de l'ouest. Stigler estime, à l'examen historique des conditions du vote du Sherman Act puis du Clayton Act, que leur adoption est marquée par « *une forte dose de populisme* » et conclut même que « *les fermiers frustrés ne recherchaient pas une explication rationnelle pour leur attaque contre les monopoles : ils croyaient au diable* ».

L'irruption de la dialectique entre rationalité et irrationalité, entre bien et mal, à l'origine du droit de la concurrence, est très surprenante dans les débats actuels confisqués par les techniciens de l'économie. Plus encore, donner à la peur un ressort dans la philosophie de la concurrence paraît relever du délire. C'est pourtant ce qui permet au droit de la concurrence de rester un droit, c'est-à-dire un ordre institué destiné à résoudre l'effrayant chaos de « la guerre de tous contre tous » décrit par Hobbes. Dans *Elements of Law*, Hobbes érige la peur en force instituante. De l'idée qu'une peur réciproque (« mutual fear ») anime l'état de nature, naît la nécessité du pacte mutuel qui transforme la multitude engourdie dans la défiance générale en corps politique. La peur est le pouvoir fondateur par excellence, au point qu'il faille estimer, comme le relève Hobbes dans le Livre de Job, qu'« *il n'y a pas sur terre de pouvoir comparable à lui* » (*Non est potestas super terram quae comparetur ei*)<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Auquel R. BANKS consacre d'ailleurs un fascinant récit : *La relation de mon emprisonnement*.

<sup>53</sup> Geogre J. STIGLER, « The origin of the Sherman Act », *Journal of legal studies*, vol. XIV (Janvier 1985).

<sup>54</sup> George J. STIGLER, *The organization of Industry* (1968).

<sup>55</sup> In C. GINZBURG, « Peur, révérence, terreur, une approche oblique du présent », Conférence Lyon (2006).

La concurrence, elle-aussi, est ce grand Léviathan. Ce qui est vrai de la naissance de l'État tout entier dans l'Europe du XVI<sup>ème</sup> siècle, peut aussi l'être d'une loi particulière dans l'Amérique du XIX<sup>ème</sup>. De la même façon, la domination économique de quelques firmes en 1860 renvoyait l'imaginaire collectif à une nouvelle forme de pouvoir arbitraire qu'avaient fui les émigrants désireux de fonder une démocratie politique et économique. Telle est ainsi la raison pour laquelle le pouvoir économique concentré -le monopole- est craint : non pas tant ou pas seulement parce qu'il est inefficace, mais parce qu'il menace le mythe de la possibilité pour chacun de réussir rapidement, de prendre un nouveau départ, en un mot de faire son entrée sur le marché. Dans le rêve américain, chacun doit pouvoir réussir de sa propre génération, sans dépendre du passé ni en hériter. Voilà pourquoi l'impératif de réduire les barrières d'entrée s'est progressivement imposé comme une valeur essentielle.

### **B. L'entrepreneur et l'appropriation du marché**

Il suffit, pour se convaincre de l'importance de la notion de barrière d'entrée (*entry barriers*) dans la doctrine concurrentielle, de se reporter à la place qu'elle occupe dans la littérature et surtout dans le raisonnement des autorités de la concurrence. Ce concept-clé sous-tend toute la finalité de la politique de la concurrence. Dans son rapport pour l'année 2006<sup>56</sup>, le Conseil de la concurrence lui consacre d'ailleurs une large étude, qui prolonge la réflexion commune des différentes institutions nationales au sein de l'OCDE<sup>57</sup>. Dans le droit moderne de la concurrence, la lutte contre les barrières d'entrée n'est évidemment pas conçue et présentée comme une valeur en soi, mais comme un impératif économique. Ces obstacles sont les différents facteurs qui s'opposent aux efforts de concurrents efficaces tendant à pénétrer le marché pour exercer une pression concurrentielle. Exclusivement de l'efficacité donc ; préserver l'économie du dommage causé par l'insuffisance de concurrence.

Pourtant, le discours laisse le plus souvent percer un parti pris. Il s'agit de prendre d'assaut « *la position privilégiée à partir de laquelle [...] [les opérateurs en place] peuvent profiter de la rente indûment acquise sans être inquiétée par la concurrence potentielle* »<sup>58</sup>. Si l'on n'étudie pas le débat théorique sur les barrières d'entrée, on s'aperçoit que la conception retenue est, au fil du temps, de plus en plus marquée par les valeurs<sup>59</sup>. Dans la théorie de Fisher (1979)<sup>60</sup>, par exemple, elle est tout ce qui empêche l'accès au marché lorsque cette entrée serait socialement bénéfique. Pour Carlton (1994)<sup>61</sup>, elle est ce qui empêche une firme de créer *instantanément* une nouvelle entreprise sur un marché. Bien que Carlton revienne à une position plus classique, il insiste sur le facteur temps. C'est cette position que retient l'OCDE de sa consultation des autorités de la concurrence. Ces dernières estiment en effet qu'il faut faire en sorte que le prix du marché soit soumis à la pression de nouveaux concurrents dans un délai qui ne doit pas excéder deux ans<sup>62</sup>. Permettre l'entrée *immédiate* de nouveaux concurrents, faire le choix du court terme, n'est pas

<sup>56</sup> Rapport Annuel du Conseil de la concurrence, 2006, études thématiques, p. 139.

<sup>57</sup> Comité de la concurrence de l'OCDE, Barriers to entry, 6 mars 2006, DAF/COMP (2005) 42.

<sup>58</sup> Rapport Annuel du Conseil de la concurrence, 2006, études thématiques, p. 139.

<sup>59</sup> Comité de la concurrence de l'OCDE, Barriers to entry, 6 mars 2006, DAF/COMP (2005) 42, p. 61.

<sup>60</sup> F. FISHER, « Diagnosing Monopoly », *Quarterly Review of Economics and Business* (1979).

<sup>61</sup> D. CARLTON, J. PERLOFF, *Modern Industrial organization* (1994).

<sup>62</sup> Comité de la concurrence de l'OCDE, Barriers to entry, 6 mars 2006, DAF/COMP (2005) 42, p. 14.

neutre. Et bien qu'il s'agisse de faire en sorte que le public profite rapidement de la baisse des prix, on ne peut s'empêcher de rechercher des causes historiques plus équivoques. Car la véritable question consiste à se demander dans quelle mesure on doit aider les entrants à franchir les barrières d'entrée.

La terminologie est d'ailleurs -comme souvent- révélatrice. Retenir l'image de la barrière, c'est percevoir le marché comme un champ physique de propriété, c'est lui assigner une dimension géographique susceptible d'appropriation. Mais il s'agit d'un genre de propriété particulier. Une propriété collective de ceux qui l'exploitent (les concurrents) pour le bénéfice partagé de ceux-ci et des consommateurs. Même ceux qui construisent loyalement sur cette propriété (ceux qui innove, qui obtiennent un avantage concurrentielle, une infrastructure) doivent finir par laisser un accès à ceux qui veulent exploiter cet héritage. Les droits de propriété intellectuelle prennent fin, les infrastructures essentielles doivent se partager...

Le marché, vu comme une propriété collective réintroduit une vieille querelle juridique médiévale<sup>63</sup>, dont nous avons cru voir quelques résurgences<sup>64</sup>. Avant que la Révolution ne fasse définitivement triompher la conception moderne de la propriété, on opposa longtemps la propriété-matière absolue du droit romain à la propriété de droit coutumier conçue comme une somme de droits solidaires sur les biens. On se souviendra même que la cause de cette dernière conception résidait dans la recherche d'une meilleure productivité de la terre<sup>65</sup>. Déjà, l'efficacité économique valait comme justification à la règle.

Analyser le marché sous l'angle de la propriété permet la comparaison historique. Aujourd'hui les concurrents exploitent une clientèle, hier ils exploitaient des terres. À ce titre, l'idée qu'il faut lever les barrières d'entrée, que ceux qui possèdent et *sont en place* ne doivent pas accaparer un bien économique commun, n'est pas neuve. Elle n'est rien d'autre que le ressort concurrentiel qui préside aux réformes agraires entreprises dans les temps où la puissance économique devient trop concentrée. La *rogatio Sempronia* (133 av. J.-C.), œuvre de la fameuse des frères Gracques<sup>66</sup>, est à cet égard exemplaire. Depuis la fondation de Rome, le peuple romain se voyait réserver, à côté de la propriété privée individuelle, une partie des terres conquises que l'on désignait sous le nom d'*ager publicus*. Certaines d'entre elles étaient distribuées en pleine propriété aux colons ou à des exploitants individuels. D'autres étaient laissées, à titre d'occupation précaire (*occupatio*), à toute personne qui cultiverait et mettrait en valeur la surface agricole concédée moyennant redevance (*vectigal*). Cette institution juridique avait évidemment une solide vertu économique puisqu'elle encourageait l'action productive et efficace plutôt que la rente stérile. Malgré le vœu d'une possession efficace et équitable, les disparités de fortunes, de capacité d'investissement et de travail annihilèrent l'effet louable et accentuèrent au contraire la supériorité des plus grands sur les plus petits. Ainsi la règle de l'*occupatio* déboucha-t-elle en pratique sur la concentration foncière.

Pour lutter contre la subversion du système en place, le Tribun Tiberius Gracchus fit voter au Sénat la Loi Sempronia fixant un maximum imposé de possession terrienne. Les terres rachetées contre indemnités furent redistribuées aux moins

<sup>63</sup> ALLAND D., S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, Propriété (droit de), PUF, 2003.

<sup>64</sup> L.-M. AUGAGNEUR, « Clauses de non-concurrence : une pour tous ... ou pas du tout », *Revue Lamy Droit des Affaires*, oct. 2007, p. 49.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Tiberius Gracchus (162-133), Caius Gracchus (154-121).

riches afin qu'ils puissent eux-aussi les exploiter. Ce contrôle de la concentration agraire procède moins d'un esprit révolutionnaire véritablement collectiviste que de la préoccupation d'éviter la fragilisation de Rome. Plaçant la satisfaction des besoins supérieurs de la collectivité au dessus des intérêts individuels, en ce que la vigueur du plus grand nombre était indispensable à la grandeur de Rome, T. Gracchus préfigure en réalité ceux qui estimeront que l'accumulation critique de la puissance économique, quelle qu'en soit la forme, asphyxie le système économique et décourage l'action de la masse<sup>67</sup>, indispensable à l'efficacité de la cité.

**13.** L'ancrage de l'imaginaire de la concurrence dans celui de la conquête et de l'appropriation accrédite l'idée que cette valeur de la concurrence, celle du droit d'entrée sur le marché, celle du droit à pouvoir entreprendre, n'est pas tant une considération objective du marché, qu'un droit subjectif de l'entrepreneur lui-même. Et l'on sait à quel point cette figure de l'entrepreneur (Ford, Carnegie, Gates et bien d'autres) stimule le rêve américain. François Ost érige d'ailleurs l'une d'entre elles parmi celles qui fondent les conceptions de notre droit libéral. Pour lui, le Robinson Crusoe de Daniel Defoe<sup>68</sup>, personifie le mythe du *self made man*.

Defoe, transposant en partie sa propre expérience de bonnetier en gros, puis d'assureur maritime, de courtier en tabac, et ses différentes déconfitures, insiste sur le nouveau départ de Robinson se lançant, par son expédition au Brésil pour exploiter une sucrerie, dans « une entreprise au-delà de sa portée ». Ost voit dans le naufrage qui s'en suit, et l'œuvre de Robinson sur son île, l'expression d'une seconde naissance, dont on ne peut s'empêcher de considérer qu'elle confirme la vision de Russell Banks à ce sujet. L'appropriation et l'exploitation de l'île illustre en condensé le processus économique de l'entrepreneur qui parvient rationnellement à ses fins. Comme un bon chef d'entreprise, Robinson commence par recenser les ressources de l'île (outils, marchandises, productions naturelles), puis assure une mise en sûreté (clôture, fortification), avant d'accomplir l'œuvre de transformation (aménagement, dressage, culture, manufacture d'objets). Les relations d'échange apparaissent certes relativement limitées pour un modèle qui prétend incarner le nouveau monde libéral marchand et tente de se départir de la vieille aristocratie anglaise attachée à la tranquille transmission terrienne. Mais, d'une part, cet échange se réalise d'abord avec les prisonniers espagnols puis avec le capitaine de vaisseau des mutins anglais. On notera que ces marchés sont toutefois marqués par une forte inégalité puisque Robinson cherche systématiquement à tirer profit d'une position de force. D'autre part, la relative absence d'échange marchand paraît destinée à justifier la thèse sous-jacente décelée par François Ost, selon laquelle la réussite se réalise seule. En présentant « *l'isolement recherché comme une chance, l'opportunité unique de se constituer soi-même* », Defoe « *donne naissance au self made man, l'homme qui ne doit rien à autrui* »<sup>69</sup>. Le solipsisme de Robinson, loin d'être une curiosité pour illustrer l'idéal d'une économie libérale, répond au parti pris d'inscrire la vertu de l'individualisme dans cette vision économique. Pour donner une valeur fondatrice au Robinson de Defoe, François Ost en projette le solipsisme dans l'analyse contemporaine : celle de Marcel Gauchet par exemple pour qui l'hypertrophie des droits

<sup>67</sup> « Ceux qui n'ont rien à défendre se battent sans vigueur » affirme T. Gracchus, cité in J. GAUDEMET, *Institutions politiques et sociales de l'antiquité*, Dalloz, 1997, n.398.

<sup>68</sup> F. OST, « Dieu et mon droit, Robinson Crusoe et l'appropriation du monde », in *Raconter la loi, op. cit.*

<sup>69</sup> *Ibid.*

individuels conduit à une « individu détaché en société » ; ou encore celle de Cornelius Castoriadis qui voit dans « la démocratie de marché » s'exprimer un « individu-substance », libre et rationnel, ne devant rien à ses origines et toujours libre de négocier ses conditions d'entrée en société.

François Ost remarque que Defoe semble justifier cet individualisme par la théorie économique classique d'Adam Smith. La maximisation par l'utilisation optimale et rationnelle des ressources rejoint l'idéal de concurrence dans la théorie classique par le fait que l'intérêt général résulte de l'addition des intérêts particuliers. Si cette perception est aujourd'hui majoritairement abandonnée, ce qui reste essentiel dans ce Robinson, c'est la figure solitaire de l'entrepreneur revendiquant le droit d'être citoyen d'un marché à l'état de démocratie. Placer à ce point l'économie sur le plan des valeurs et du droit, et François Ost insiste également sur la dimension religieuse de l'œuvre de Defoe, légitime la place de ces jugements politiques –économiquement neutres– dans notre conception du droit économique.

Il ne faudrait pas non plus croire que la revendication d'un « droit à pouvoir réussir » soit, chez Defoe, l'expression d'un droit-créance. Cette légitimité de la richesse obtenue est le fruit du travail de celui qui consacre son industrie avec un ascétisme religieux. Mais cela paraît signifier que tout homme qui travail doit nécessairement trouver cette récompense, d'où l'idée que la société doit empêcher l'accaparement du profit et des rentes de situation. Cette récompense est le salut promis au laborieux dans la morale luthérienne, véritable moteur du capitalisme selon Max Weber. Ce dernier écrit ainsi que « *la richesse est non seulement permise mais ordonnée si elle vient couronner l'accomplissement du devoir professionnel* »<sup>70</sup>. Et à l'inverse le protestantisme condamne le repos dans la possession, la jouissance des richesses, le temps gaspillé et détourné du travail productif. Voilà en effet le mythe luthérien qu'est Robinson, qui rejoint l'un des ressorts fondamentaux de la concurrence : le rejet des rentes de situation au nom de l'efficacité économique.

Sans démentir la justification économique des lois antitrust, l'examen de leurs origines tempère leur neutralité idéologique, et fait apparaître une figure essentielle, celle de l'entrepreneur citoyen du marché. Mais, au fil du temps, une autre figure, plus trouble, plus indécise, mais persistante, paraît prendre le dessus. Cette figure, c'est celle du consommateur.

## II. Vers un mythe de la démocratie directe de marché ou la figure du consommateur ?

14. Le droit de la concurrence s'assigne la mission d'assurer la meilleure efficacité économique. Dans la théorie classique, et dans la tradition à laquelle on vient de se référer, on a vu que cela se comprenait comme une protection du marché, de l'amont de l'économie, celle de l'effort louable, c'est-à-dire celle des entreprises performantes. Le consommateur, qui ne concourt pas à cette performance, est tellement en aval qu'il ne paraît même pas vraiment faire partie du marché<sup>71</sup>. Pourtant, dans une définition réitérée de l'efficacité économique, Monsieur Jenny a identifié

<sup>70</sup> M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, p. 197.

<sup>71</sup> Soulignant l'éloignement initial du consommateur des préoccupations des droits de la concurrence, M. MALAURIE-VIGNAL, « Une discrimination tarifaire non justifiée par des contreparties réelles est-elle constitutive d'une pratique abusive ? », *Contrats Conc. Consom.* Jul. 2007, n.10, v. §5.

celle-ci comme « *la plus grande satisfaction du consommateur par les producteurs compte-tenu de la rareté des ressources globales de la collectivité* »<sup>72</sup>. Alors qu'il était à peu près absent du droit antitrust, dans le Sherman Act ou dans le Clayton Act, que l'on s'intéressait assez peu à lui, le consommateur a pris une place croissante dans le droit du marché<sup>73</sup>. Le Juge Bork a notamment écrit que les lois antitrust sont une « *exigence du bien être du consommateur* » (*consumer welfare prescription*). Au point que le consommateur paraisse désormais être son cœur<sup>74</sup>, ou plus probablement son poumon. Le président Canivet<sup>75</sup> a même pu lui attribuer le rôle d'un véritable « *juge de paix de la mise en œuvre des concepts opérants* » du droit de la concurrence, quand d'autre l'on vu « *arbitre* » ou « *pris à partie* »<sup>76</sup>. L'omniprésence du consommateur, et parfois l'obsession qu'il suscite dans l'élaboration législative du droit de la concurrence<sup>77</sup>, a de quoi nourrir l'intérêt pour une réflexion sur cette mutation. Si l'histoire économique paraît, ici encore, avoir joué un rôle déterminant dans le déplacement du centre du marché vers le consommateur, elle n'est évidemment pas la seule.

#### A. De l'émergence du consommateur au Pouvoir d'achat

15. C'est encore en Amérique que se passe une bonne partie de l'histoire. La véritable naissance du consommateur sur la scène économique ne vient pas de la croissance extraordinaire des Trente Glorieuses, mais du chaos qui la précède. La crise de 1929 semble en effet avoir eu un impact saisissant pour les acteurs du marché. Le rêve américain a laissé s'installer l'idée insouciant que la réussite de tous, même celle du pauvre, du banni, est possible et rachetable. Dans cette représentation, prospère la sensation que ce qui est bon pour les affaires, l'est pour l'ensemble de la population. Le succès économique se réduit au succès de quelques uns. Le mythe de l'entrepreneur génial, parti de rien, se substitue à l'économie de masse pourtant déjà naissante. Mais la croissance géométrique d'une économie spéculative a trouvé ses limites dans la grande dépression qui s'en est suivie. La crise de 1929 marque, de façon spectaculaire, l'échec d'une économie concentrée exclusivement sur l'offre.

Russell Banks observe que l'apparition, dans le cinéma et la littérature, de la figure du gangster héroïque, du sympathique braqueur de banque, qui dévalise les riches pour restituer aux pauvres, en forme de ré-invention de la légende médiévale de Robin des Bois, coïncide avec la prise de conscience que l'économie ne peut se faire sans le plus grand nombre<sup>78</sup>. Parallèlement, un autre archétype de héros apparaîtrait, celui de l'ouvrier, du laissé pour compte. Banks voit par exemple dans *Les*

<sup>72</sup> F. JENNY, « Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficience », *Cah. Dr. Entreprise* 1989, n° 4, p.5 ; « L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 : raisonnement économique et équilibre des pouvoirs », *Cah. Dr. Entreprise* 1987, n° 1.

<sup>73</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, « Le consommateur et le droit de la concurrence », *Contrats Conc. Consom.* nov. 2005, p. 3.

<sup>74</sup> « Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergences », Cycle de conférences de la Cour de cassation, 3 juillet 2006, *Rev. Lamy de la Concurrence*, oct.-déc. 2006, p. 134.

<sup>75</sup> *Ibid.*, Introduction.

<sup>76</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats Conc. Consom.* Jul. 2007, n.10., sous titré « différence d'analyse entre droit et économie ou un consommateur pris à partie par le droit de la concurrence ».

<sup>77</sup> O. DESFORGES, « La loi Chatel va-t-elle profiter aux consommateurs ? », *Les Échos*, 28 nov. 2007.

<sup>78</sup> R. BANKS, *op. cit.*, pp. 95-98.

*raisins de la colère*<sup>79</sup>, l'inspiration d'un changement de perspective. Désormais, sans la survie de la masse, sans le maintien de sa capacité à consommer, la production n'a aucun sens. Avec la politique de Roosevelt, et avec la théorie keynésienne, naît la conscience que l'État a le devoir de s'occuper des pauvres, non pas seulement par charité, ou par idéal, mais pour préserver l'économie et la demande. Le discours d'investiture prononcé par le Président Obama le 20 janvier 2009 fait étrangement écho à ceux de Roosevelt : « *La question n'est pas non plus de savoir si le marché est une force du bien ou du mal. Sa capacité à générer de la richesse et à étendre la liberté est sans égale. Mais cette crise nous a rappelé que sans surveillance, le marché peut devenir incontrôlable, et qu'une nation ne peut prospérer longtemps si elle ne favorise que les plus nantis. Le succès de notre économie n'est pas uniquement fonction de la taille de notre produit intérieur brut. Il dépend aussi de l'étendue de notre prospérité, de notre capacité à donner une chance à ceux qui le veulent – non par charité mais parce que c'est la meilleure voie vers le bien commun.* »<sup>80</sup>. Tout cela est assez commun pour tous, et si mal connu de nous, qu'il est inutile d'insister. Mais ce qui est essentiel dans cette nouvelle perspective, c'est l'irruption du consommateur comme nécessité incontournable au bon fonctionnement du marché, puis, rapidement, comme finalité du marché.

**16.** Comment le droit et la société appréhendent-ils cette *nouvelle donne* ? Comment le consommateur prend-il le pouvoir du marché pour en devenir « *l'alpha et l'oméga* »<sup>81</sup>, selon l'expression de Claude Lucas de Leyssac et de Gilbert Parléani ? Le contour de cette nouvelle géographie du marché n'est, à notre avis, pas encore achevée. Et elle ne devrait prendre un tour décisif que si la grande question qui relie le marché au consommateur, celle des actions collectives, trouve une issue efficiente pour le consommateur<sup>82</sup>.

L'acte de naissance politique –déclaratif– du droit de la consommation est généralement attribué<sup>83</sup> au discours que J.-F. Kennedy prononça devant le Congrès américain le 15 mars 1962<sup>84</sup>. Aux termes de celui-ci, le Président américain invite l'institution législative de son pays à doter le consommateur d'une série de véritables droits. Un droit à la sécurité et un droit à l'information d'abord, mais aussi un droit de choisir un produit à un prix compétitif. Enfin un droit à être entendu. La portée fondatrice de ce discours apparaît avec un relief particulier, si on veut bien la lire en écho d'une autre déclaration essentielle. En exorde de son message, Kennedy proclame avec solennité : « *Nous sommes tous, par définition, des consommateurs. Ils constituent le groupe économique le plus nombreux, influencé et influant sur presque toutes les décisions économiques publiques et privées. Les deux tiers de toutes les dépenses économiques le sont par les consommateurs. Pourtant, ils sont le*

<sup>79</sup> J. STEINBECK (1939).

<sup>80</sup> Discours d'investiture de Barack Obama, 20 janvier 2009.

<sup>81</sup> C. LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*.

<sup>82</sup> Mme Malaurie-Vignal soutient en tous cas nettement le point de vue que sans action collective des consommateurs l'objectif de la recherche du surplus du consommateur par le droit de la concurrence serait inconsistant : « *l'action collective des consommateurs, écrit-elle, s'impose si l'on veut donner un sens aux mots, dès lors qu'est affirmé partout que le fameux "surplus du consommateur" constitue la préoccupation principale du droit et des autorités de la concurrence. Comme en droit romain, il n'est pas de droit sans action* ». M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats Conc. Consom.* nov. 2005, p. 3.

<sup>83</sup> Cf. *Encyclopédie Universalis*, « Droit de la consommation ».

<sup>84</sup> Special Message of the President J.-F. Kennedy to the Congress on Protecting the Consumer interest, 15 mars 1962.

*seul groupe important de l'économie qui ne soit pas efficacement organisé, dont la voix n'est pas souvent entendue* ». En somme, Kennedy soutient : « que sont les consommateurs ? Tout. Que sont-ils jusqu'à présent dans l'ordre économique ? Rien. Et son discours sous-tend : que doivent-ils devenir ? Quelque chose. L'intention entre en résonance avec celle du libelle fameux tiré du pamphlet de l'abbé Sieyès<sup>85</sup> : « *Qu'est ce que le tiers État ? Tout. Qu'a-t-il été jusqu'à présent dans l'ordre politique ? Rien. Que demande-t-il ? À y devenir quelque chose.* ».

Le texte de Sieyès passe pour l'un des manifestes fulgurant de la démocratie, dont la formule dense et ternaire, imprime l'imaginaire. Il contient l'affirmation d'une véritable souveraineté du peuple contre sa confiscation par un pouvoir arbitraire, concentré et illégitime. Bien que le parallèle accuse d'évidentes limites historiques, politiques et économiques, le discours de Kennedy pourrait être vu comme une déclaration de souveraineté économique consumériste. Si l'essentiel du message est consacré aux droits du consommateur de *première génération* qui sont ses droits individuels lors de l'achat (ne pas être trompé, disposer d'un produit sûr, garanti, de bonne qualité), les droits de *seconde génération*, les droits collectifs d'acteur du marché, sont formulés avec une radicalité surprenante. Kennedy va même jusqu'à identifier un véritable « *droit des consommateurs à un prix raisonnable* ». Dans le discours du Président américain, ce droit est le résultat direct d'une « *concurrence effective* », de sorte que le moyen juridique adéquat pour le protéger est de prévenir les monopoles. « *La loi Sherman de 1890, la loi Clayton de 1914, et de nombreux autres textes afférents sont les plus forts remparts que les consommateurs possèdent contre la croissance de monopoles incontrôlés* » affirme Kennedy. Voilà donc que les grands textes fondateurs de la concurrence ne sont plus au service des concurrents, mais au service des consommateurs. La logique interne de la concurrence, au fond, ne change pas, c'est seulement son point de vue. Hier c'était la fortune de l'entrepreneur qu'il fallait préserver, désormais c'est celle de la masse. Créancier, voire propriétaire de la concurrence, le consommateur est présenté comme le bénéficiaire principal. « *Nous ne pouvons pas plus tolérer un gaspillage de consommation, que nous ne pouvons tolérer une inefficacité des affaires ou du gouvernement. Si le consommateur se voit offrir des produits inférieurs, si les prix sont exorbitants [...] alors son dollar est gaspillé* ». En affirmant ainsi un droit à la qualité de son niveau de vie, un droit au meilleur produit au meilleur prix, Kennedy intronise un nouveau pouvoir, celui des consommateurs. L'expression métonymique qui désigne ce pouvoir en trahit toute l'ambiguïté car ce pouvoir c'est, au fond, le *pouvoir d'achat*. Si, dans la définition économique classique, le pouvoir d'achat désigne en principe la quantité de biens et services que l'on peut acheter avec une somme donnée, il devient avec le Président Kennedy un véritable pouvoir économique exercé par le consommateur sur le marché.

17. L'irruption du consommateur dans le droit de la concurrence, non d'abord comme acteur mais comme enjeu, va engendrer un débat dont l'intensité a été forte au cours des dernières années. Admettant le lemme selon lequel le jeu de la compétition économique produit des gains d'efficacité économique (ou « surplus »), se pose la question de la redistribution de ces surplus. Ce débat a été l'apanage quasi-exclusif des économistes, mais donne lieu à des applications, spécialement

---

<sup>85</sup> E.- J. SIEYES (1748-1836), *Qu'est ce que le Tiers-État ?*, 1789.

dans le contrôle des effets des opérations de concentration. La discussion oppose deux approches : celle qui privilégie le surplus du consommateur (*consumer surplus*) et celle qui vise à maximiser le « bien être global » (*total welfare standard*), laquelle suppose un plus grand bénéfice pour les entreprises car elles seront en mesure d'accroître leur innovation et leur compétitivité<sup>86</sup>. Si la théorie économique néoclassique, sous l'influence libérale de l'École de Chicago, prône massivement<sup>87</sup> de retenir un modèle où les gains d'efficacité sont en pratique prioritairement redistribués vers les entreprises (*total welfare*), les autorités de la concurrence ont généralement plutôt tendance à favoriser la protection du surplus des consommateurs<sup>88</sup>. La position traditionnelle de la Cour Suprême des États-Unis<sup>89</sup> tendait toutefois, sous l'influence du Juge Bork, à être moins redistributive à l'endroit du consommateur.

L'influence du consommateur dans la définition de la politique de la concurrence s'est encore récemment accrue. Lorsque la Commission pour la Libération de la Croissance, mise en place par le Président de la République, a entrepris de proposer une (nouvelle) réforme des équilibres de concurrence en matière de distribution, elle l'a essentiellement pensée du point de vue du consommateur. L'intitulé de ses premiers travaux, en forme de slogan, est d'ailleurs révélateur : « accroître la concurrence pour augmenter le pouvoir d'achat »<sup>90</sup>. Nous avons d'ailleurs fait observer que les bouleversements de déréglementation proposés par cette Commission traduisaient une instabilité des valeurs fondamentales de la concurrence<sup>91</sup>. La focalisation consumériste dans l'appréhension de la matière prolonge cette évolution de notre culture de la concurrence. À l'évidence, le parti pris de privilégier le bénéfice du consommateur constitue une option nouvelle de la politique de concurrence.

Loin d'être une pure controverse d'économistes, dans laquelle il ne s'agit pas d'entrer, l'affectation des surplus traduit toute la conception du droit de la concurrence d'une législation donnée. Il s'agit donc d'un débat de valeurs. Des auteurs<sup>92</sup> estiment d'ailleurs que la théorie du « bien être global » (*total welfare standard*) a été détournée (voire instrumentalisée) pour favoriser davantage les producteurs, et la maximisation de leurs richesses, plutôt que pour servir réellement le bien être.

Au demeurant, faire du « bien être », une unité de mesure de la performance économique, traduit la dimension hautement politique de la question. En définitive, s'interroger sur le point de savoir qui doit retirer les bénéfices de la concurrence, revient au fond à déterminer vers qui est tournée la concurrence, qui en exerce le pouvoir ultime : le consommateur ou l'entreprise.

<sup>86</sup> Pour une présentation chronologique des notions : C.-F. RULE, "Consumer Welfare, Efficiencies and Mergers", Audition à la Commission de Modernisation Antitrust, 17 nov. 2005.

<sup>87</sup> WILLIAMSON (1968), BORK (1978), ROSS et WINTER (2005), HEYER (2006), CARLTON (2007).

<sup>88</sup> Pour la doctrine des autorités françaises de la concurrence : K. BERGER, S. MARTIN, « Quel est l'objectif poursuivi par la politique de la concurrence lors du contrôle des concentrations ? », *Revue de la CCRF* n° 132, 11/03 ; pour la doctrine des autorités européennes de la concurrence : TPICE, 27 sept. 2006, aff. T-168/01, GlaxoSmithKline ; pour la doctrine américaine : R. PITTMAN, Directeur des Recherches Économiques au Département de la Concurrence du Ministère de la Justice (US), *Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement* (2007).

<sup>89</sup> Sup. Court, *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 US 330,343 (1979).

<sup>90</sup> Commission pour la Libération de la Croissance Française, dite Commission Attali, Premières propositions sur le pouvoir d'Achat, 12 octobre 2007.

<sup>91</sup> L.-M. AUGAGNEUR, « Quelle culture pour la concurrence », *La Tribune*, 4 décembre 2007.

<sup>92</sup> R. PITTMAN, précit. ; A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique*, th. Univ. Dauphine, déc. 2006.

18. Selon la conception retenue, c'est une véritable gouvernance de l'économie qui est en cause, c'est-à-dire son mode de régulation. On pourrait dire à cet égard, que les États-Unis ont un système dualiste, tandis que les pays d'Europe sont monistes. L'Europe est traditionnellement attachée à une culture de régulation centralisée de la concurrence par les seules autorités étatiques. Les autorités de la concurrence arbitrent seules les intérêts respectifs des entreprises et des consommateurs, et affirment lutter pour l'augmentation du pouvoir d'achat des consommateurs, en même temps qu'elles doivent s'assurer que les entreprises seront capables d'assurer une compétitivité maximale, notamment dans l'économie mondiale. Dans ce système, la force collective des consommateurs est réduite à une expression minimale, qui relève quasiment d'un rôle de vigilance. Lorsque, dans l'enjeu actuel du pouvoir d'achat, les intérêts des consommateurs doivent être défendus, c'est encore la puissance publique qui y pourvoit, comme en témoignent les travaux de la Commission pour la Libération de la Croissance<sup>93</sup>. Mais aucune structure consumériste, pas même les associations de consommateurs, n'exercent de pouvoir réel. On remarquera que tel n'a pas toujours été le cas. Au XIX<sup>ème</sup> siècle par exemple, les coopératives ouvrières ainsi que les mutuelles assuraient un rôle déjà au moins aussi important et en tous cas une véritable action de nature économique. Mais l'échec judiciaire de l'UFC Que Choisir à mettre en œuvre et obtenir, dans le cadre d'une simili action collective, l'indemnisation du préjudice des consommateurs née de l'entente emblématique, et spectaculairement sanctionnée, des opérateurs de téléphonie mobile, illustre l'impuissance à incarner un pouvoir de contrainte effectif.

19. L'architecture de régulation du marché aux États-Unis est différente. Elle procède d'un schéma dualiste de séparation des pouvoirs de marché. D'un côté, l'influence du libéralisme et de la théorie néoclassique auprès des autorités autorise la constitution de multinationales ayant un fort pouvoir de marché, et d'un autre côté, le régime des *class actions* organise un contre-pouvoir réel des consommateurs sur le marché. Cette situation résulte d'une évolution relativement récente. Un avocat américain<sup>94</sup> a expliqué que, jusque dans les années 1980, la Cour Suprême des États-Unis était très vigilante pour éviter la constitution d'entités disposant d'un fort pouvoir de marché<sup>95</sup>. Cette mentalité *antitrust* était assez naturelle puisque elle est celle qui a présidé à la généalogie du Sherman Act et à la suspicion à l'égard des grandes entreprises que l'on a évoquée. Mais, progressivement, de 1974 aux lignes directrices de la Federal Trade Commission de 1992, la défiance envers les grandes concentrations a laissé place à une plus large tolérance pour faire face à la concurrence internationale.

Parallèlement, c'est à partir des années 90 que les *class action* ont pris, à la suite des grands procès menés par l'Avocat Ralph Nader dans les années 60, une ampleur inédite pour contrebalancer cette puissance économique. D'abord avec des

---

<sup>93</sup> Commission pour la Libération de la Croissance Française, dite Commission Attali, Premières propositions sur le pouvoir d'Achat, 12 octobre 2007.

<sup>94</sup> M. LEDDY, *Ateliers de la concurrence de la DGCCRF*, « Malentendus ou divergences transatlantique ? ».

<sup>95</sup> L'auteur cite en particulier l'exemple de l'affaire Von Grocery's dans laquelle la Cour Suprême interdit la concentration de grandes surfaces à Los Angeles qui aurait conduit l'opérateur à détenir 7% de parts de marché.

actions en réparation de dommages à la santé<sup>96</sup>, puis avec des procès impressionnants en matière d'antitrust, et spécialement ceux conduits par l'Avocat David Boies contre le monopole de Microsoft et contre la duopole de Sotheby's et Christie's<sup>97</sup>. Les causes et figures célèbres, dans les prétoires ou sur les écrans<sup>98</sup>, offrent une incarnation de ce contre-pouvoir. Plus précisément, ces figures renouvellent le genre du braqueur sympathique et du Robin des Bois. S'est en effet rapidement forgé un mythe de l'avocat aux origines modestes<sup>99</sup>, débutant en « chasseur d'ambulance », et parvenant à faire plier les multinationales, au premier rang desquels est le sulfureux « Dickie », alias Richard Scruggs.

**20.** Ces entreprises justicières, mi-héroïques mi-démagogique, assurent et assument un rôle de substitution au pouvoir politique en livrant des croisades au nom des particuliers. Elles expriment, dans un contexte de recul de l'action gouvernementale, une action publique privatisée. Ce pouvoir est un correctif du marché dont peuvent se saisir directement les particuliers. Ce pouvoir est également renforcée par le pouvoir de réputation qu'ont les *class actions*. Un journaliste rapporte d'ailleurs qu'à l'automne 2001, Richard Scruggs se rendit à la bourse de New York pour exposer sa stratégie judiciaire à l'encontre des Health Maintenance Organisations, cotées en bourse. Cette annonce porta tant atteinte au crédit de ces compagnies que leur titre chuta et fit perdre 20 à 30% de leur capitalisation boursière à ces sociétés. Le pouvoir conféré par les *class actions* est, à tout le moins dans le domaine économique, la manifestation tangible et juridiquement instituée d'une démocratie directe dont le fantasme irrigue la pensée et l'idéal populaire.

Un auteur<sup>100</sup> a pour sa part remarqué que l'anglicisme *class action* trouvait une étymologie latine dans la *classis* qui est une division du peuple romain suivant certaines conditions sociales et politiques. La *classe* était en fait d'une subdivision des hommes libres en fonction de leur fortune qui suivit, avec l'extension du commerce, de l'argent et de l'usure, avec la propriété foncière et l'hypothèque, la concentration et la centralisation de la richesse dans les mains d'une aristocratie. Tite-Live rapporte<sup>101</sup> que c'est le roi Servius Tullius qui officialisa ces distinctions de classe en fonction de la dignité et de la fortune. Il s'agissait d'une véritable division politique et fiscale entre les citoyens puisque, selon leur patrimoine, des obligations de contribution financière et des obligations militaires leur étaient attribuées. Tite-Live précise que cette réforme conduisit à une rupture de l'égalité des droits. Désormais, seuls les citoyens de plus haut rang (première classe) prenaient part au vote et c'est seulement en cas de désaccord qu'intervenait le vote de la deuxième classe. Cette organisation politique correspond au modèle censitaire<sup>102</sup> qu'elle crée. Il ne s'agit pas seulement d'une forme d'oligarchie mais d'une distribution du pouvoir et des droits en fonction de la puissance économique. Les *class action* en sont une forme renouvelée. L'organisation sociale tolère et reconnaît même la

<sup>96</sup> En 1998, 246 milliards de dollars obtenus contre les cigarettiers.

<sup>97</sup> En 2000, 512 millions de dollars payés par les deux maisons de ventes aux enchères à leurs clients pour s'être entendues sur le prix de leurs commissions.

<sup>98</sup> Erin Brokowitz, *The Insider...*

<sup>99</sup> Ph. BOULET-GERCOURT, *Le Nouvel Observateur*, 10 août 2000, « Les milliards des avocats américains ».

<sup>100</sup> R. MARTIN, « Action de classe ? », *D.* 2006, p. 457.

<sup>101</sup> Tite-Live, *Histoire de Rome depuis sa fondation*, Livre I, XLI.

<sup>102</sup> Le cens étant l'unité de mesure de la fortune en fonction de laquelle étaient déterminées les classes.

concentration de la puissance économique, mais en contrepartie elle accorde un pouvoir spécifique de rééquilibrage aux plus faibles pour restaurer un marché sain : le droit d'agir par la coalition de tous contre un seul. On peut dire à cet égard que les *class action* sont la rencontre moderne du modèle censitaire et de la démocratie directe.

### B. *L'inutilité économique du bien-être ?*

L'irruption du consommateur dans la sphère de la concurrence a de quoi déranger. En consacrant un acteur qui ne participe pas à l'efficacité économique, le droit de la concurrence cultive un certain paradoxe.

21. On a vu qu'avec « le rêve américain », la naissance du droit de la concurrence pouvait trouver un idéal, ou en tous cas un imaginaire incarné par l'entrepreneur. Le consommateur, lui, est une figure plus fuyante et moins propice à sa mise en scène. Jean Baudrillard lui attribue toutefois une représentation littéraire et artistique qui permet d'en approcher l'inconscient. En conclusion de son célèbre ouvrage consacré à *La société de consommation*<sup>103</sup>, Baudrillard évoque un film expressionniste allemand des années trente : *L'étudiant de Prague*. Variation sur le thème du pacte de Faust<sup>104</sup>, le personnage principal y vend au diable son image reflétée dans un miroir. Avec l'argent qu'il en retire, l'étudiant réussit socialement et accumule les succès. Mais, pour autant, il ne parvient pas à se défaire de ce double de lui-même qu'est l'image spéculaire vendue au diable. Poursuivi par celle-ci, il finit par l'occire en tirant dans le miroir. Mais en tuant son double, il se tue aussi lui-même.

Baudrillard fait une lecture consumériste de l'épisode. Il en déduit qu'en acceptant la logique marchande (la vente de son image), l'homme cède à l'aliénation. Son image, qui représente aussi ses actes et son travail, deviennent des choses, se réifient et entrent dans le processus marchand incarné par la main du diable. Et ce processus finit par venir se venger. « *Le mythe du Pacte et de l'Apprenti Sorcier*, écrit Baudrillard, est encore un mythe démiurgique, celui du Marché, de l'Or et de la Production, dont l'objectif transcendant se retourne contre les hommes eux-mêmes. La consommation, elle, n'est pas prométhéenne, elle est hédoniste et régressive. ». En un mot, si l'activité économique de domestication de la nature (l'œuvre prométhéenne) est sublimée dans la pensée occidentale, elle est marquée d'une culpabilité refoulée (le double qui revient se venger) dans les différentes variations de l'Apprenti Sorcier développées depuis l'époque médiévale. La consommation procurée par l'œuvre du travail n'est qu'un procès d'absorption de signes, c'est-à-dire, dans le vocabulaire de Baudrillard, de simulacres qui sont une unité de mesure du bonheur<sup>105</sup>. Cette absorption est une destruction rituelle des biens nécessaire à l'organisation sociale. Elle met en scène la profusion qui procure la sensation d'un nivellement généralisé, égalitaire, de bien-être et de confort. Ce processus de consommation, est ainsi un processus de « consommation », de « prodigalité

<sup>103</sup> Denoël, 1970.

<sup>104</sup> F. OST élève d'ailleurs Faust au rang de l'un des méta-récits qui constituent notre imaginaire juridique s'agissant de la conception du contrat.

<sup>105</sup> *La société de consommation*, p. 60.

inutile»<sup>106</sup>, qui est une forme violente et symbolique d'un mythe égalitaire du bonheur. Baudrillard ancre d'ailleurs ce mythe dans une « Révolution du bien être » qui tire sa racine de la déclaration des droits de l'Homme affirmant un véritable droit au bonheur.

22. Ce récit de l'inutilité de la consommation n'est pas sans rappeler celui, plus inscrit encore dans notre imaginaire, que fait Balzac avec *La peau de chagrin*. Dans ce conte, le personnage principal, Raphaël de Valentin, est un jeune homme ambitieux mais désargenté. Pour réussir facilement, il cède à la proposition diabolique d'un vieil antiquaire qui lui remet une peau d'onagre satisfaisant chacun de ses désirs. Mais, en contrepartie, la peau se réduit à chacun des exaucements. Et lorsque la peau disparaîtra, son possesseur perdra la vie. Les vertus en sont d'ailleurs inscrites en calligramme sur la peau :

*« Si tu me possèdes, tu possèderas tout.  
Mais ta vie m'appartiendra. Dieu l'a  
voulu ainsi. Désire, et tes désirs  
seront accomplis. Mais règle  
tes souhaits sur ta vie.  
Elle est là. À chaque  
vouloir je décroîtrai  
comme tes jours.  
Me veux-tu ?  
Prends. Dieu  
t'exaucera.  
Soit ! »*

Autrement reformulé par l'antiquaire : « *Le cercle de vos jours, figuré par cette Peau, se resserrera suivant la force et le nombre de vos souhaits, depuis le plus léger jusqu'au plus exorbitant* ». La signification de l'enjeu de ce contrat est révélée par l'antiquaire à Raphaël avant que celui-ci ne donne son accord. Elle repose sur une théorie de l'épuisement de la substance chère à Balzac, qu'il résume ainsi : « *Vouloir nous brûle et Pouvoir nous détruit* ». Par cette nouvelle déclinaison du pacte faustien, Balzac illustre sa conviction de l'anéantissement progressif de la substance qui réalise le destin humain. La perspective pessimiste et tragique de Balzac, si elle peut paraître caricaturale, n'en est pas moins significative de notre inconscient qui pressent l'inutilité décadente de la consommation.

23. À la différence de l'entrepreneur, le consommateur est un anti-héros. Ainsi de Jérôme et Sylvie, les personnages absorbés par *Les Choses*<sup>107</sup> de Georges Perec, roman emblématique (plus que critique) de la société de consommation des Trente Glorieuses. Ces employés d'une société de publicité qui réalisent des enquêtes auprès des consommateurs ne rêvent que d'une possession d'objets qui leur offrirait la sérénité d'un art de vivre parfait. Tirillés entre « payer le gaz »<sup>108</sup> et « faire

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>107</sup> JULLIARD, 1965.

<sup>108</sup> « Il fallait payer le gaz, l'électricité, le téléphone. Il fallait manger, chaque jour. Il fallait s'habiller. Il fallait repeindre les murs, changer les draps, donner le linge à laver, faire repasser les chemises, acheter les chaussures, prendre le train, acheter des meubles. L'économique, parfois les dévorait tout entier », chapitre VI.

fortune »<sup>109</sup>, ils paraissent être mus par des forces et des désirs qui ne sont pas très éloignés des obsessions actuelles de « pouvoir d'achat ». Ils incarnent, sous la plume de Jacques Leenhardt<sup>110</sup>, cette « *France qui s'ennuie, qui a écouté Guizot, s'est enrichie et bovaryse sur son magot* ». Présentée de la sorte, la disponibilité et l'inféodation aux biens, à leur consommation, se présentent comme une valeur anti-économique au sens de la théorie des gains d'efficacité. Car le consommateur serait celui qui jouit de sa rente de situation, celui qui ne crée rien. Et si l'auteur se défendit de porter une condamnation de la société de consommation, le récit en est tout de même la mise en scène des valeurs. En témoigne l'exergue, empruntée à Malcolm Lowry, dont le regard habituellement désabusé sur le bonheur ne pourra que donner lieu à une lecture ironique : « *Incalculable are the benefits civilization has brought us, incommensurable the productive power of all classes of riches originated by the inventions and discoveries of science. Inconceivable the marvellous creations of the human sex in order to make men more happy, more free, and more perfect* ». On retrouve ici une parodie du discours sur le bien-être secrété par les dogmes du progrès. Mais, dans le même temps, Pérec semble faire entretenir un rapport plus complexe de la consommation au bonheur. En fait, la possession et la jouissance des choses ne serait rien « *sans un prolongement dans la vie de l'âme, sans une répercussion créatrice* »<sup>111</sup>, d'où la nécessité de réintroduire, dans la démocratie des consommateurs, un élitisme de la manière du « bien consommer », en un mot du « bon goût » ! Que cela puisse laisser dubitatif, n'enlève pas au consommateur son ambiguïté.

Ces différents récits mettent en évidence que l'acte de consommation est souvent perçu comme une satisfaction destructrice des désirs, qui est une source de culpabilisation quasi névrotique. Il en ressort une distorsion entre le psychisme collectif (la névrose pessimiste du consumérisme) et la théorie économique (l'optimisme du progrès). Pour cette dernière, la consommation est dotée, pour se ranger à la terminologie de Bergson, d'une énergie créatrice ou, comme le dira la Commission Attali, d'une « destruction créatrice »<sup>112</sup>. Parce qu'elle est en mesure d'exiger un meilleur produit à un meilleur prix, la consommation est le moteur d'une plus grande création de richesses. Cette distorsion est à l'origine d'une remise en cause, par certains, du modèle économique fondé sur la maximisation des richesses. Pour eux, la croissance sans limite n'est pas soutenable, ni même souhaitable. S'est ainsi développée, certes à la marge, un mouvement prônant la décroissance comme option de la recherche du bonheur collectif<sup>113</sup>. Pour les chantres de cette théorie, la croissance, si elle génère des richesses matérielles, détruit d'autres ressources qui participent au bien-être : « elle engendre une montée des inégalités et des injustices, elle crée un bien être largement illusoire ; elle ne suscite pas pour les nantis eux-mêmes une société conviviale, mais une anti-société malade de sa richesse »<sup>114</sup>.

Sans inviter jusqu'à la décroissance, certains cherchent à mesurer le bien-être d'une façon plus complète et moins réductrice que celle de la maximisation des richesses. En effet, dans un bilan coût/avantages, la création de richesse doit

<sup>109</sup> Chapitre IX.

<sup>110</sup> Postface des *Choses*, 1985.

<sup>111</sup> R. KANTERS.

<sup>112</sup> Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, p. 139.

<sup>113</sup> S. LATOUCHE, « Pour une société de décroissance », *Le Monde Diplomatique*, Nov. 2003.

<sup>114</sup> *Ibid.*

s'évaluer au regard des coûts de bien-être qu'elle induit : dégradation de la qualité de vie (eau, air, environnement), dépenses de compensation et de réparation (médicaments, transports, loisirs), élévation du prix des denrées raréfiées. Dans cette perspective, certains s'efforcent de proposer de nouveaux instruments de mesure du bien-être. C'est évidemment l'objet du rapport Stiglitz<sup>115</sup>. Mais, dès avant les travaux du prix Nobel d'économie, d'autres ont travaillé sur des indices alternatifs. Ainsi Herman Daly a-t-il établi un indice synthétique (Genuine Progress Indicator) qui corrige le PIB des pertes dues à la pollution et à la dégradation de l'environnement. Lars Osberg et Andrew Sharp ont proposé un Indice du Bien-Être Économique (2002) articulé autour de composantes intégrant non seulement les flux de consommation et l'accumulation de richesses, mais aussi les inégalités, la pauvreté et la sécurité économique (maladie, chômage, famille)<sup>116</sup>. Le rapport de la Commission Stiglitz prétend renouveler les conceptions et mesures du bien-être sur lequel se fonde la doctrine actuelle du marché. Le rapport l'indique d'emblée : une nouvelle approche doit permettre de mieux « *évaluer le fonctionnement des marchés et influencer sur celui-ci* »<sup>117</sup>. Nous retiendrons surtout qu'il envisage une extension particulièrement ambitieuse du domaine d'appréhension du bien-être. Après avoir proposé de prendre en compte de plus larges aspects de l'approche patrimoniale du bien-être, les auteurs du rapport lui ajoutent des dimensions temporelle, physique et intellectuelle. D'abord, en proposant de prendre en compte la « *soutenabilité* » du bien être, c'est-à-dire sa « *capacité à se maintenir dans le temps* ». Il s'agit en somme de la question d'un bien être et d'un développement durables. Pour mesurer leur « *soutenabilité* », le rapport Stiglitz souhaite prendre en compte le maintien des « *stocks de capital [...] naturel, physique, humain, social [qui] seront ou non transmis aux générations à venir* »<sup>118</sup>. Ensuite s'agissant de la dimension physique, en prenant en compte, comme d'autres indices l'ont proposé, les mesures de santé, de sécurité et d'environnement. Enfin s'agissant de la dimension intellectuelle, en mesurant les activités personnelles, les rapports sociaux et politiques, mais surtout, pour l'ensemble de ces domaines, la faculté et la liberté pour les individus de choisir et de mettre en œuvre leurs capacités (« *capacités* »)<sup>119</sup>. En un mot, le rapport Stiglitz tente de réconcilier le bien-être des économistes avec celui des philosophes en cherchant à intégrer rien moins que l'épanouissement individuel dans les vertus du marché.

Le point commun de toutes les tentatives de nouveaux indices réside dans la prise en considération d'un spectre plus large pour mesurer le bien-être que celui qui a jusqu'ici prévalu consistant dans la satisfaction des désirs du consommateur. La nécessité de rechercher des indices alternatifs ne résulte pas seulement d'un parti pris moral ou philosophique, mais du constat que l'évaluation de satisfaction de vie moyenne des habitants n'est plus corrélée avec l'augmentation du PIB moyen par

<sup>115</sup> Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social, 11 septembre 2009.

<sup>116</sup> Cf. « L'indicateur du bien-être économique, une application à la France », F. JANY-CATRICE, S. KAMPELMANN, *Rev. française d'économie*, juillet 2007, vol. XXII, n° 1.

<sup>117</sup> Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social, p. 7.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 16.

habitant à partir d'un certain niveau de PIB<sup>120</sup>. Cette considération scientifique a même conduit l'OCDE à remettre en cause le revenu réel comme indicateur du bien-être et à s'intéresser aux indices alternatifs<sup>121</sup>.

24. Néanmoins, ces tentatives restent essentiellement dans l'ordre descriptif et ne rejoignent qu'assez rarement les politiques prescriptives. La raison en est assez simple et réside dans la trop grande subjectivité et la volatilité des instruments de mesure. Aussi la croissance économique demeure-t-elle l'instrument quasi-exclusif de quantification du bien-être. La Commission pour la Libération de la Croissance, qui devait augurer une véritable action politique tournée vers la croissance, a certes donné une définition originale de la notion de bien-être qui mérite d'être restituée. Elle indique en effet dans son rapport : « *Cette croissance économique n'est pas une abstraction. Elle peut et doit concerner toutes les dimensions du bien-être, et d'abord celle de la liberté réelle qui permet à chacun, quelle que soit son origine, de trouver ce pour quoi il est le plus doué, de progresser dans ses connaissances, dans sa situation professionnelle, dans ses ressources et celles de sa famille, de réussir sa vie et de transmettre son savoir et ses valeurs [...] l'enrichissement n'est pas un scandale, seule l'est la pauvreté* »<sup>122</sup>. Nous croyons voir là une conception proche de celle des « capacités » du rapport Stiglitz, qui pourrait passer pour la préfiguration d'un nouveau totem de la concurrence. En substituant habilement l'objectif d'épanouissement à celui de la satisfaction vorace des désirs, cette vision répond à la critique d'une croissance effrénée et aporétique. Elle n'est certes pas exclusivement comptable et ne s'en remet pas à l'arithmétique de l'efficacité. Elle traduit le *leitmotiv* de Monsieur Attali croyant au basculement d'une économie matérielle à une économie de la connaissance<sup>123</sup>. Mais, au fond, elle continue de penser le marché en termes de rationalité individuelle plutôt que de progrès des intérêts collectifs. Pourtant, cet effort de redéfinition de la fonction de la concurrence, ni la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, ni les autres inspirations législatives n'en ont hérité. L'énumération des dispositifs n'y a pas d'autre credo que la rengaine un peu courte selon laquelle *plus de concurrence, c'est plus de pouvoir d'achat pour le consommateur*.

En pratique, pas de véritable affolement des boussoles. Pas plus dans la loi, que dans la pratique décisionnelle des Autorités de la concurrence. Dans sa récente audition par la Commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale précédant sa désignation à la tête de la nouvelle Autorité de la Concurrence, Monsieur Bruno Lasserre restituait sa conception de la concurrence : « *J'y crois comme à un outil qui force les entreprises à la vertu et qui les conduit à délivrer aux consommateurs le meilleur en termes de produits, de prix et d'innovation. La croissance dépend de l'intensité de la concurrence, qui est un des aspects importants des politiques menées par l'État. [...] en matière de droit de la concurrence, il faut se garder d'une approche exclusivement juridique et abstraite. Dans chaque cas, chaque stratégie d'entreprise étudiée, il faut rechercher la présence de véritables gains*

<sup>120</sup> Ces études, dont les premières démonstrations remontent à 1973 (Easterlin), sont synthétisées et présentées in « La croissance ne fait pas le bonheur : les économistes le savent-ils ? » I. CASSIER C. DELAIN, *Regards économiques*, mars 2007, n° 38.

<sup>121</sup> « Objectif Croissance », OCDE 2006, chap. 6.

<sup>122</sup> Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, p. 6.

<sup>123</sup> Cf Audition de Monsieur Jacques Attali par la Commission des affaires économiques du Sénat, 24 janvier 2008.

*d'efficacité, qui pourraient être répercutés sur le consommateur, et les mettre en balance avec les risques que représente cette stratégie pour la concurrence. ». Ainsi, le droit de la concurrence reste formaté par la stricte recherche de gains d'efficacité au bénéfice du consommateur. Pourtant, loin d'ériger la concurrence en dogme du bien-être, Monsieur Lasserre a immédiatement tempéré : « Mais la concurrence n'est qu'un instrument, pas une fin en soi. Je me méfie de l'esprit de système dans ce domaine : nous n'avons pas à rechercher, de manière systématique, la concurrence pure et parfaite, à développer des modèles qui ont réussi ailleurs, mais à être pragmatiques. Il faut garder en tête que si la concurrence est une dimension importante, elle n'est pas la seule : il existe d'autres intérêts généraux, la solidarité, l'aménagement du territoire, la recherche et l'innovation par exemple. La concurrence pousse à la vertu économique, mais elle n'est qu'un outil parmi d'autres. ».*

**25.** Les règles de la concurrence, si elles paraissent aujourd'hui prisonnières d'une culture économétrique des calculs de gains d'efficacité, n'ont pas toujours été un instrument comptable. Leur histoire montre au contraire que la lutte contre les monopoles s'enracine dans une culture politique porteuse de valeurs politiques et morales nourries de mythologie. Mais alors que la concurrence paraissait avoir découvert sa finalité –la consommation–, cette dernière se cherche encore un destin. Cette instabilité des valeurs, excitée par la situation de crise économique, n'est pas aussi inquiétante qu'il pourrait paraître. Car à l'image de la physique des molécules, l'instabilité de la matière précède généralement sa recombinaison. Il reste donc à écrire, à découvrir, un grand imaginaire de la consommation.

