

ÉTUDE DROIT ÉCONOMIQUE

CONCURRENCE

Le droit de la concurrence doit être davantage aligné avec la science économique, ce qui implique de consacrer des tests de légalité qui permettent d'éviter les erreurs judiciaires tout en tenant compte de la raison d'être des pratiques qu'il entend réguler. Le droit doit être économique, parce qu'à défaut, nos règles juridiques sont un frein à la croissance.

1579

Les positions dominantes bientôt sanctionnées ?



Étude rédigée par Thibault Schrepel

P

Thibault Schrepel est professeur à l'université d'Utrecht, chercheur associé à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

1 - Prenez garde, « *big is bad* » est de retour ! Cette idéologie anti-monopole - ou plutôt, anti-entreprises dominantes - connaît un regain de popularité sous la nouvelle étiquette de « *New Brandeis Movement* ». Originaires des États-Unis, elle se revendique en effet de Louis Brandeis (1856-1941) qui était juge à la Cour suprême des États-Unis et qui demeure connu pour avoir théorisé le « *the curse of bigness* »¹ (malédiction de la grandeur). Elle connaît une forte résonance en Europe, comme en attestent les récentes déclarations de la commissaire à la concurrence² ainsi qu'un rapport du Parlement européen³.

2 - Le flou qui entoure plusieurs concepts du droit européen de la concurrence crée en effet un terrain très fertile aux thèses anti-dominance qui sont inspirées de Brandeis. Ces derniers conduisent les autorités de concurrence à sanctionner les dominances plutôt que l'abus de ces dernières, ce pour quoi ils doivent être éliminés au profit de la sécurité juridique des entreprises. Cette analyse structuraliste de la concurrence réduit nécessairement l'incitation à innover ainsi qu'à baisser les prix. Ainsi, l'Europe est un terrain très fertile à ces thèses anti-dominance. Cela implique d'éliminer plusieurs concepts du droit

1 L. D. Brandeis, *Curse of Bigness* (1934).

2 J. Crisp, *EU competition chief holds threat of breaking up Google* : *The Telegraph*, 25 mars 2018.

3 *European Parliament, Report on the Annual Report on Competition Policy*, 1^{er} mars 2018.

européen afin d'augmenter la sécurité juridique des entreprises et de déraciner ces thèses populistes de nos corpus juridiques.

1. Une mouvance populiste

3 - Cette nouvelle mouvance en droit de la concurrence est le fait d'un groupe d'activistes nord-américain⁴ dont l'agenda politique⁵ est pour le moins chargé. Baptisée *Hipster Antitrust* par ses détracteurs et *New Brandeis Movement*⁶ par ses défenseurs, elle entend protéger le consommateur en se définissant comme étant anti-monopole tant elle postule le caractère nécessairement néfaste de ces derniers. En procédant de la sorte, elle passe sous silence plusieurs décennies d'études scientifiques - venant de tout bord politique et idéologique⁷ - qui relèvent le caractère bénéfique de certains monopoles. Les travaux de Philippe Aghion⁸, par exemple, tendent à démontrer que les marchés oligopolistiques peuvent être plus innovants que ceux en situation de concurrence pure et parfaite. Carl Shapiro relève⁹ quant à lui qu'un niveau de concentration élevé est généralement corrélé avec un niveau de productivité élevé, ce qui bénéficie *in fine* au consommateur. Qui plus est, la structure d'un marché n'est qu'un élément parmi d'autres. Certains auteurs¹⁰ ont relevé que le caractère endogène¹¹ ou exogène¹² de l'innovation devait être pris en compte.

4 - Ainsi, toute position de principe construite sur une seule base structurelle - qu'elle soit anti-monopole ou anti-PME - est nécessairement grossière. Et considérant le fait que cette conclusion n'est plus contestée depuis les années 1990¹³, on ne pourra que douter de la bonne foi de ses détracteurs qui ne présentent aucune étude empirique contraire. C'est pourtant ce que fait la nouvelle école de Brandeis qui, de plus, ne tient compte que d'un fragment de la littérature intéressant ce sujet. On est donc forcé de conclure que cette école est le fruit d'un populisme¹⁴ nouveau particulièrement dangereux¹⁵ parce qu'il

peut conduire à une forte réduction du bien-être du consommateur dans le seul but d'assouvir une simple aversion contre les entreprises dominantes.

2. Un droit plus économique

5 - Le droit de la concurrence, qui entend assurer le bon fonctionnement du marché, doit pourtant se tenir à l'écart des thèses populistes¹⁶. Le montant très élevé des sanctions récemment imposées par la Commission européenne en la matière - 2,42 milliards d'euros pour Google en 2017, 1 milliard d'euros pour Qualcomm le 24 janvier dernier et à nouveau 4,43 milliards d'euros pour Google en 2018 - renforce d'autant plus la nécessité que seules les pratiques dont l'effet est assurément néfaste pour l'économie soient sanctionnées. Et comme ces deux affaires tendent à le montrer, il est urgent¹⁷ d'intégrer véritablement la variable économique dans l'analyse juridique, notamment pour ce qui est des pratiques autres que celles liées au prix. À défaut, c'est la position dominante qui est condamnée en tant que telle !

6 - Le fait est que les juges et autorités de concurrence utilisent différentes méthodes afin d'évaluer la légalité des modifications tarifaires. En cette matière, le droit intègre effectivement l'analyse économique. Mais tel n'est pas le cas pour les pratiques étrangères à une modification du prix dans lesquelles les juges et autorités de concurrence utilisent différentes méthodes d'analyses, sans trop de constance. Y remédier implique de consacrer une méthode¹⁸ qui prenne en compte la raison économique ayant conduit les entreprises à mettre en œuvre de telles pratiques. Et cela suppose également que les concepts de droit adéquats soient utilisés. On regrettera par exemple que l'Autorité de la concurrence ait récemment publié les résultats d'une enquête sectorielle sur la publicité en ligne qui visent de nombreuses pratiques d'innovation prédatrice¹⁹ sans pour autant y faire référence.

3. Les « effets potentiels » : un concept peu rigoureux

7 - Consacrer une méthode d'analyse scientifique implique de supprimer tous les concepts volontairement imprécis qui servent le renouveau de la pensée de Brandeis.

8 - Cela implique, en premier lieu, de supprimer la référence qui est souvent faite aux « effets potentiels » d'une pratique. Ces der-

4 M. Stoler, *The Return of Monopoly*, *The New Republic* : 13 juill. 2017.

5 Senator E. Warren on America's Monopoly Problem : YouTube, 13 déc. 2017.

6 L. Khan, *The New Brandeis Movement : America's Antimonopoly Debate* : *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9, n° 3, 1^{er} mars 2018, p. 131.

7 R. Gilbert, *Looking for Mr. Schumpeter : Where Are We in the Competition-Innovation Debate?* : NBER Chapters, in : *Innovation Policy and the Economy*, Vol. 6, p. 159-215 (2016).

8 Ph. Aghion et al., *Competition and Innovation : An Inverted-U Relationship* : *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 120, n° 2 (mai, 2005), p. 701.

9 C. Shapiro, *Antitrust in a Time of Populism*, 24 oct. 2017.

10 G. M. Grossman & Elhanan Helpman, *Quality Ladders in the Theory of Growth* : *The Review of Economic Studies*, Vol. 58, n° 1 (janv. 1991), p. 43.

11 Ici, la croissance est auto-entretenu et expliquée par le développement du capital humain, le savoir-faire et le progrès technique.

12 Ici, le progrès a pour origine des facteurs extérieurs à la production.

13 R. Gilbert, *préc.*

14 Th. Schrepel, *Diabolisation des GAFAs* : *Le Monde*, 13 mars 2018.

15 R. N. Langlois, *Hunting the Big Five : Twenty-First Century Antitrust in Historical Perspective*, 23 févr. 2018.

16 J. D. Wright & Douglas H. Ginsburg, *The Economic Analysis of Antitrust Consents* : *European Journal of Law and Economics* (2018).

17 Th. Schrepel, *The "Enhanced No Economic Sense Test" : Experimenting With Predatory Innovation* : *NYU Journal of Intellectual Property and Entertainment Law* (2018).

18 D. A. Crane & Th. Schrepel, *The Democrats "Better Deal" Is Neither Better Nor a Deal* : *New York University Journal of Law and Business* (2017).

19 Th. Schrepel, *L'innovation prédatrice, une menace d'un nouveau type pour les entreprises* : *Harvard Business Review*, 31 oct. 2017.

niers permettent la condamnation des pratiques dont il n'est pas démontré qu'elles sont réellement néfastes, mais qui pourraient éventuellement l'être si jamais l'autorité décidait de l'examiner de plus près. Ce mécanisme très vague est inscrit dans les textes européens depuis plusieurs années²⁰ mais il est désormais utilisé dans le cadre de condamnations s'élevant à plusieurs milliards d'euros²¹. Et le fait est que toutes les entreprises sont concernées par la légèreté de cette analyse²² qui peut être appliquée à tous types de comportements. Or, dès lors que l'Autorité ne fait pas l'effort de prouver le caractère néfaste de la pratique, elle ne fait que le supposer en se fondant sur la taille de l'entreprise.

9 - Sans grande surprise, les quelques chercheurs et lobbyistes qui se disent de la « nouvelle école » de Brandeis ont bon vent de se féliciter²³ de l'utilisation par les autorités de concurrence d'un tel mécanisme qui permet de condamner les entreprises dominantes sans la rigueur analytique requise. Et pour cause, cette dernière sert la philosophie de l'anti-monopole que défendent les tenants de Brandeis. Cela est fait, bien entendu, en passant sous silence le fait que les entreprises dominantes ne sont pas toujours d'immenses groupes internationaux, mais parfois de petites entreprises très performantes sur un marché de niche. Mais quand bien même certaines d'entre elles sont effectivement des membres du GAFA, les condamner en raison de leur position plutôt que de leurs pratiques envoie un signal extrêmement négatif à l'ensemble des acteurs du marché.

4. La nouveauté : l'obligation d'être « juste »

10 - Dans une récente conférence donnée à l'université d'Harvard, Margrethe Vestager a souligné « l'importance d'être juste »²⁴. Apparu il y a quelques mois de cela, ce concept juridique est dénué de sens en droit de la concurrence. Certes, l'article 102 du TFUE interdit l'imposition « *de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables* », traduit dans la version anglaise par « *unfair trading conditions* »²⁵, mais il n'en demeure pas moins que cette obligation est cantonnée aux conditions de contrats de vente et ne saurait donc donner lieu à une règle d'application générale. C'est probablement pour cette raison que, dans ses différentes interventions, Margrethe Vestager ne fait pas réf-

rence à l'article susvisé. Ainsi, le concept de « *fairness* » développé par la Commission ne trouve aucune base légale, que ce soit dans le texte du TFUE ou ailleurs. Il doit ainsi son apparition au seul fait d'être extrêmement malléable d'un point de vue politique. Ce dernier fait se demander s'il est juste qu'une entreprise propose un prix très bas parce qu'elle a réalisé des économies d'échelle ; s'il est juste d'innover trop vite ; s'il est juste de ne pas aider les concurrents à gagner quelques parts de marché ; et s'il est juste, de toute façon, de détenir plus de 50 % d'un marché.

11 - Ce concept du « juste » fait partie intégrante de la nouvelle école de Brandeis²⁶. Ainsi peut-on lire²⁷, par exemple, que la seule et unique raison expliquant le succès d'Amazon est le laxisme du droit de la concurrence à son encontre ; ou encore²⁸, que plus les entreprises grandissent, plus le consommateur s'appauvrit ; ou que la notion d'efficacité est « ridicule »²⁹ dans le cadre d'une fusion entre deux entreprises.

12 - Ses défenseurs ne semblent guère se soucier des avancées de la science économique qu'ils disent vouloir écarter de l'équation³⁰. Ainsi, afin de maintenir un minimum de sécurité juridique pour les entreprises, et pour ne pas que la science économique soit évincée au profit d'un populisme nouveau, les concepts les plus flous du droit de la concurrence - à commencer par les effets potentiels et la nécessité d'être « juste » - doivent être supprimés. À défaut, les entreprises souffriront d'une augmentation drastique du risque concurrentiel et toute détention de plus de 40 % de parts de marché³¹ conduira à l'application d'un droit de la concurrence de plus en plus sévère prenant racine sur des concepts volontairement imprécis qui ne permettent pas aux entreprises d'assurer une défense équitable.

5. Propos conclusifs

13 - Le droit de la concurrence est en proie à un populisme renaissant que les concepts flous qu'il consacre actuellement risquent de renforcer. Outre la curiosité que peut susciter une philosophie qui se définit comme étant *anti*³² plutôt que *pour* quelque chose - pour l'innovation, pour le consommateur, pour la démocratie... - faut-il noter que celle-ci est précisément définie par des notions qui en font une arme politique plutôt qu'un outil scientifique au service du consommateur. Cette

20 *Comm. UE, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale.*

21 *Comm. UE, 27 juin 2017, COMP/39.740, Google Search (Shopping).*

22 D. Bosco, *Affaire Google Shopping : sanction d'un abus par inégalité de traitement : Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 52.

23 A. C. Kaufman & Daniel Marans, *The European Union Just Showed Democrats How To Take On Monopolies : Huffington Post*, 27 juin 2017.

24 M. Vestager, *The importance of being open - and fair*, *European Conference : Harvard University*, 2 mars 2018.

25 On pourrait aussi accentuer la distinction qui doit être faite entre « *fair* » (juste) et « *fairness* » (équitable).

26 L. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, *Yale Law Journal*, Vol. 126, 2017, p. 799.

27 L. M. Khan, *Amazon Bites Off Even More Monopoly Power : The New York Times*, 21 juin 2017.

28 M. Stoller, *Bigger Corporations Are Making You Poorer : Vice*, 5 avr. 2017.

29 V. Twitter : <https://perma.cc/8823-H97X>.

30 Pour une analyse de l'apport potentiel des prix Nobels d'économie au droit de la concurrence, V. Th. Schrepel, *Antitrust Conversations with Nobel Laureates, Concurrentialiste* (2018).

31 TPICE, 17 déc. 2003, aff. T-219/99, *British Airways c/ Commission*.

32 L. Khan, *The New Brandeis Movement : America's Antimonopoly Debate : Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9, n° 3, 1^{er} mars 2018, p. 131.

Le droit de la concurrence doit être davantage aligné avec la science économique

portée électorale ne serait pas problématique si elle ne portait pas atteinte à l'intérêt du plus grand nombre, mais force est de constater que la nouvelle école de Brandeis n'assure la défense que de quelques intérêts privés au détriment de tous.

14 - Une direction opposée doit être rapidement empruntée. Le droit de la concurrence doit être davantage aligné avec la science économique, ce qui implique de consacrer des tests de légalité qui permettent d'éviter les erreurs judiciaires tout en tenant compte de la raison d'être des pratiques³³ qu'il entend réguler. Le droit doit être économique, parce qu'à défaut, nos règles juridiques sont un frein à la croissance.

15 - Ainsi peut-on espérer que l'OCDE soit la première institution à s'opposer au renouveau du mouvement Brandeis. Elle

33 V. Th. Schrepel, *The "Enhanced No Economic Sense Test": Experimenting With Predatory Innovation, préc.*

semble aller en ce sens, notant³⁴ d'ores et déjà que « certains font valoir que les règles de concurrence doivent être réécrites et que les autorités de concurrence doivent accentuer leur répression. La simplicité de ce raisonnement trouve des partisans parmi tout le spectre politique. Mais survit-il à un examen minutieux ? Le niveau concentration a-t-il réellement augmenté dans les pays de l'OCDE ? Comment le mesurer ? Moins de concurrents signifie-t-il nécessairement moins de concurrence ? [...] Et que doivent faire les autorités de la concurrence à ce sujet (s'il est prouvé qu'une action de leur part est requise) ? En juin 2018, l'OCDE a entendu une série d'experts au cours d'une discussion visant à déterminer si une réduction du nombre de concurrents signifie nécessairement une diminution de la concurrence ». Souhaitons que les boucliers se lèvent rapidement. ■

34 OCDE, table ronde « Market concentration », 2018.

LexisActu.fr
LA veille juridique que vous attendez !

- Un suivi de l'actualité juridique en temps réel
- Toutes les matières du droit sont couvertes
- Un flux personnalisé selon vos matières
- Des contenus rédigés pour une lecture rapide

Offre découverte
À partir de **56 € HT/mois**

Plus d'infos boutique.lexisnexis.fr