



Institut des Études  
et de la Recherche  
sur le Droit et la Justice

ACTU-RECHERCHE  
N°12

Cette publication de l'Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice est destinée à présenter sous une forme synthétique les principaux résultats des recherches soutenues par l'Institut

Le résumé est rédigé par l'Institut et les autres textes par les responsables scientifiques de la recherche

# L'expertise économique dans le droit français de la concurrence

L'objectif de cette recherche est d'analyser les origines et la diffusion dans le droit français de la concurrence des concepts issus de l'économie. Ce champ juridique est relativement récent en France. Il s'est développé progressivement à partir des années 1950 mais surtout dans les années 1980 avec la création en 1986 du Conseil de la concurrence puis sa transformation, en 2009, en une Autorité de la concurrence dotée de pouvoirs d'enquête. Comment ce champ a-t-il évolué ? L'« économisation » de ce droit, en s'inspirant des thèses de l'École de Chicago, a-t-elle réussi, comme elle en avait l'ambition, à imposer une nouvelle expertise en rupture avec l'approche catégorielle (qualifiée aussi d'« ordolibérale ») traditionnellement pratiquée par les régulateurs et les juges ?

La recherche dresse une « cartographie du droit français de la concurrence » en s'appuyant sur des approches à la fois qualitative/juridique et quantitative/statistique de décisions de l'Autorité de la concurrence et de la cour d'appel de Paris qui forment, avec la Cour de cassation, les trois piliers institutionnels de ce droit. Elle propose également une analyse sociologique des groupes sociaux (économistes, hauts-fonctionnaires, magistrats, avocats) et des institutions (Autorité de la concurrence, Cour d'appel, Cour de cassation, Conseil d'État, Barreau de Paris...) pour retracer les logiques professionnelles et interprofessionnelles qui ont porté ou freiné la pénétration des économistes dans les institutions du droit de la concurrence.

Les résultats de la recherche montrent que cette pénétration des experts et des raisonnements économiques est restée relativement limitée. Si la cellule spécialisée créée par le Conseil de la concurrence en 2001 s'est progressivement muée en un service économique à part entière, dirigé par un chef économiste, et si la cour d'appel et la Cour de cassation ont recours aux services d'experts en économie, ces derniers conservent une position minoritaire. De plus, du fait de l'antériorité des avocats sur le marché du conseil aux entreprises, ils ont dû composer avec eux pour accéder à leur clientèle. En fin de compte, l'analyse économique s'avère faiblement prise en compte dans les décisions et les arrêts rendus en droit de la concurrence sur les ententes, abus de position dominante, échanges d'information et délimitation du marché pertinent. Il est important de saisir les tensions qui traversent ce champ particulier du droit car elles se retrouvent plus largement dans ce nouvel espace de la régulation qui brouille les frontières du droit public et du droit privé comme de la politique et de la science.

Rapport de recherche réalisé sous la direction de **Lola Avril, Julie Bailleux et Sebastian Billows**

**Ar**  
ACTU - RECHERCHE

*Cette recherche porte sur le droit de la concurrence en France et rassemble une équipe pluridisciplinaire de chercheurs qui s'est intéressée à la montée en puissance de l'expertise économique dans ce domaine juridique. Elle comporte d'abord un volet historique, qui revient sur la genèse de la politique de concurrence en France et son autonomisation progressive. La démarche est aussi sociologique : il s'agit d'identifier les acteurs participant à l'élaboration et l'application de ce droit et de saisir les modalités de leurs interactions, entre concurrence et dépendance. Dans une perspective de science politique, la démarche scientifique éclaire certaines transformations de l'État, de ses savoirs et de ses intermédiaires. S'ajoutent à cela des analyses juridiques et économiques qui permettent de saisir et d'évaluer d'un autre point de vue la question de la montée de l'expertise économique.*

## Revisiter le droit français de la concurrence

Partout dans le monde, le droit de la concurrence est devenu un moyen d'intervention majeur des autorités publiques sur l'économie. Il résulte d'un constat paradoxal : si la lutte à laquelle se livrent les entreprises dans l'arène marchande est bénéfique pour l'économie, celle-ci n'est optimale que si elle est encadrée par le droit. Ainsi, le droit de la concurrence désigne un ensemble de règles qui encadrent la structure et le comportement des entreprises présentes sur le même marché. Il regroupe plusieurs dispositifs. Le droit des ententes réprime les accords anticoncurrentiels entre entreprises, comme ceux qui fixent le prix de certains biens ou de certains services. Les règles relatives à l'abus de position dominante doivent empêcher les plus grandes entreprises de barrer l'accès au marché à des concurrents potentiels. Le contrôle des concentrations, qui intervient au moment des fusions-acquisitions, déploie une action préventive : il est censé limiter la taille des entreprises et empêcher l'émergence d'entreprises dominantes.

Dans les discours publics, le droit de la concurrence est souvent associé aux institutions européennes. Il est vrai que ces institutions, et en particulier la Commission et la Cour de Justice européennes, y ont vu une opportunité pour acquérir des compétences supranationales (Warlouzet, 2016). La direction générale de la Concurrence (anciennement DG IV), est devenue l'une des directions les plus puissantes au sein de la Commission européenne. Certaines décisions de la Commission, notamment au titre du contrôle des concentrations, ont fait date. On pense en particulier à l'interdiction faite à Schneider-Electric de racheter Legrand en 2001 ou, plus récemment, le refus du rapprochement des branches ferroviaires de Siemens et d'Alstom. L'Union européenne a aussi la particularité d'avoir créé une quatrième branche du droit de la concurrence sous la forme du contrôle des aides financières octroyées par les États membres à leurs entreprises. Ces compétences européennes ont été particulièrement visibles dans l'espace public au moment du référendum français pour le Traité constitutionnel européen. Le texte proposé prévoyait d'introduire parmi les « objectifs » de l'Union le fait d'offrir aux citoyens « un marché intérieur où la concurrence est libre et non faussée ».

Pourtant, en matière de concurrence, la France suit une trajectoire propre qui a encore été peu étudiée. Elle connaît ses premiers balbutiements en 1953, lorsque le décret Faure proscrit les ententes et renforce l'interdiction de la revente à perte (Didry et Marty, 2016). Nous sommes alors cinq ans avant le Traité de Rome, qui établit la Communauté économique européenne. En 1977, une loi française instaure le contrôle des concentrations, soit douze ans avant la mise en place d'une procédure similaire au niveau européen.

En 1986, l'ordonnance dite « Balladur » opère une refonte profonde du droit français de la concurrence et en confie l'application à un Conseil de la concurrence désormais en mesure de sanctionner des entreprises sans passer par l'aval du ministère. Ce Conseil de la concurrence a été transformé en « Autorité » de la concurrence en 2009.

Explorer l'institutionnalisation de la politique de concurrence en France a un double intérêt. Le premier tient à l'histoire des politiques économiques en France. Dans les décennies d'après-guerre, les gouvernements successifs mettent en place des politiques *dirigistes*, visant à faire émerger un « champion national » dans chaque secteur stratégique. Dans ce contexte, l'émergence de la politique de concurrence, aux objectifs très divergents en apparence, est un paradoxe à élucider. L'autre intérêt d'une telle étude est de comprendre les origines et les fondements sociaux de l'architecture institutionnelle actuelle du droit français de la concurrence. En voici les grands traits. Dans tous les domaines du droit français de la concurrence, l'Autorité de la concurrence rend des décisions en première instance. L'Autorité emploie des rapporteurs permanents qui instruisent des dossiers. Ces dossiers sont ensuite examinés par un collège composé de personnalités qualifiées qui rend les décisions. Les parties ont la possibilité de faire appel devant les tribunaux. Contrairement aux décisions rendues par la plupart des autorités indépendantes, dont les recours sont examinés par le Conseil d'État, les tribunaux compétents en matière de droit de la concurrence sont la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation.

***Dans les décennies d'après-guerre, les gouvernements successifs mettent en place des politiques dirigistes, visant à faire émerger un « champion national » dans chaque secteur stratégique. Dans ce contexte, l'émergence de la politique de concurrence, aux objectifs très divergents en apparence, est un paradoxe à élucider.***

## Le droit français de la concurrence, un domaine investi par l'expertise

Dans la recherche en sciences humaines et sociales, il existe plusieurs manières d'aborder cette trajectoire d'institutionnalisation. L'une consiste à rapporter les transformations des politiques économiques à des grands courants idéologiques, tels que le « néolibéralisme » (Denord, 2001). Une autre décrit le processus décisionnel, au sein du Gouvernement et du Parlement, menant aux grandes orientations de la politique économique et aux différentes lois qui ont marqué l'histoire du droit français de la concurrence (Warlouzet, à paraître). La troisième, celle que l'équipe de recherche a privilégiée, s'intéresse à un monde moins visible et plus feutré, celui des intermédiaires et des experts qui peuplent ce dispositif administratif et juridique au fur et à mesure qu'il se développe. Certains de ces groupes sociaux, comme les économistes et les avocats, peuvent être caractérisés comme des groupes professionnels (Abbott, 2003).

Comme pour d'autres domaines de la régulation économique, l'expertise est au cœur de la légitimation des politiques de concurrence (Majone, 1994). Celle-ci s'affirme en effet comme une forme dépolitisée d'intervention de l'État dans l'économie. Les promoteurs de ce dispositif institutionnel y ont vu une alternative à la politique industrielle, qui supposait pour l'État de privilégier certains opérateurs économiques au détriment d'autres, une démarche critiquée par certains comme étant une forme néfaste de « politisation » de l'économie.

Incidentement, au cours de l'émergence du droit français de la concurrence, les prérogatives du cabinet du ministre et de l'administration centrale dans son application n'ont cessé d'être rognées, au profit d'entités dites « indépendantes », comme l'Autorité de la concurrence et les juridictions.

Deux figures de l'expert intéressent en particulier cette recherche. Il s'agit d'abord des personnes qui au sein de l'administration, des tribunaux et de l'Autorité de la concurrence (et ses ancêtres) sont chargées d'interpréter et d'appliquer les règles relatives à la concurrence. Il s'agit également des intermédiaires de la régulation. Comme dans les autres domaines où la régulation économique s'est développée, la politique de concurrence se caractérise par un éloignement de la puissance publique de la vie quotidienne des entreprises. Les régulateurs de la concurrence gouvernent les marchés via des règles et des procédures de plus en plus complexes. En conséquence, les entreprises cherchent à recruter des intermédiaires pour les aider dans leurs interactions avec les autorités de régulation. Dans le domaine de la concurrence, les économistes et les avocats sont les deux principaux groupes professionnels positionnés sur ce marché.

Les chercheurs font l'hypothèse que le profil et les compétences mobilisées par ces experts et groupes professionnels ne sont pas neutres. Ces éléments influent sur la nature des décisions prises par l'Autorité et les tribunaux. Ils ont également nourri les différents projets de réforme qui ont émaillé l'histoire du droit français de la concurrence.

*L'expertise s'affirme en effet comme une forme dépolitisée d'intervention de l'État dans l'économie.*

## Trois types d'expertise dans l'émergence du droit français de la concurrence

Une première tâche a consisté à cartographier les expertises qui ont été mobilisées dans l'émergence du droit français de la concurrence tel que nous le connaissons aujourd'hui, soit une période allant des années 1950 à la fin des années 1980, au moment où l'ordonnance dite « Balladur » entre en vigueur. Les chercheurs ont ainsi identifié trois groupes sociaux distincts.

La notion même de « politique de concurrence » a été forgée et popularisée par deux économistes, Frédéric Jenny et André-Paul Weber, tous deux formés à l'économie industrielle. Leurs publications, au début des années 1970, ont contribué à populariser la notion de « politique de concurrence » (par opposition à la « politique industrielle » d'inspiration *dirigiste*) et ainsi à asseoir intellectuellement ce nouveau domaine de régulation. Ces deux figures ont intégré les cercles politiques et administratifs et leurs travaux ont porté leurs fruits. Ils sont impliqués dans la réforme du droit de la concurrence de la fin des années 1970 et intègrent la Commission de la concurrence, créée en 1978. En 1985, Frédéric Jenny est nommé rapporteur

général, poste qu'il conserve en 1987 lorsque la Commission est transformée en Conseil de la concurrence.

Une deuxième population est celle des hauts fonctionnaires de la direction des Prix. Jusqu'en 1986, ils ont encore la maîtrise quasi-totale de l'instruction des dossiers discutés par l'ancêtre de l'Autorité de la concurrence. La plupart d'entre eux voient alors le droit de la concurrence comme une activité annexe à celles, plus importantes à leurs yeux, de contrôle des Prix et des relations verticales entre la distribution et ses fournisseurs. Ces hauts fonctionnaires se montrent donc méfiants vis-à-vis de la montée en puissance d'un organe autonome chargé d'appliquer le droit de la concurrence. Mais, à l'instar de Dominique Brault, une

*La notion même de « politique de concurrence » a été forgée et popularisée par deux économistes, Frédéric Jenny et André-Paul Weber.*

minorité du personnel de la direction Prix voit dans le droit de la concurrence naissant une opportunité. En 1978, Dominique Brault, sous-directeur de l'administration des Prix, devient le premier rapporteur général de la Commission de la concurrence nouvellement créée. Par la suite, il se montre actif au sein de la coalition réformatrice à l'origine de l'ordonnance de 1986.

Une troisième population est constituée des avocats privatistes pour qui le droit français de la concurrence représente une opportunité d'élargissement de la clientèle. Il s'agit soit d'avocats qui pratiquaient déjà le droit commercial et qui se forment sur le tas à cette nouvelle branche, soit d'avocats qui la découvrent, dans les années 1960, par leur expérience dans les premiers dossiers européens en ce domaine. A partir des années 1970, à l'instar de leurs homologues européens (Avril, 2020), ils investissent de plus en plus ces questions. Leurs publications tendent à formaliser et à organiser intellectuellement une matière juridique nouvelle. Ils participent également aux réformes successives, rejoignant la coalition réformatrice en faveur d'une autonomisation du droit français de la concurrence. L'intérêt n'est pas uniquement marchand, il concerne toute la profession : devant l'émergence du droit économique, il s'agit d'établir la primauté des tribunaux judiciaires et du droit privé contre le Conseil d'État, qui lui dispute ce territoire.

Cette enquête, qui couvre plus de quarante ans de développement et réformes du droit de la concurrence, permet de mesurer les relations entre les groupes professionnels qui portent ces différentes expertises. En particulier, les hauts fonctionnaires de la direction des Prix ont été évincés de ce domaine d'action publique au moment de la création du Conseil de la Concurrence en 1987, qui consacre l'autonomisation du droit de la concurrence par rapport au ministère. C'est aussi à cette époque que se dessine une alliance entre des franges des deux autres groupes, les économistes et les avocats, qui sont parvenus, au moment de l'ordonnance Balladur de 1986, à introduire une réforme ambitieuse du droit de la concurrence.

***Les hauts fonctionnaires de la direction des Prix ont été évincés de ce domaine d'action publique au moment de la création du Conseil de la Concurrence en 1987, qui consacre l'autonomisation du droit de la concurrence.***

## L'expertise économique comme levier de « modernisation »

L'autre objet principal de ce rapport est un phénomène qui survient à partir du milieu des années 1990. Un mouvement d'effervescence commence à agiter le droit français de la concurrence. À l'instar de ce qui est survenu aux États-Unis quinze ans plus tôt (Eisner, 1991), un nouveau mot d'ordre fait son apparition, celui consistant à moderniser le droit de la concurrence en y accroissant la part d'expertise économique. Inspiré des thèses développées par l'École de Chicago, ce projet réformateur part d'une critique du droit de la concurrence tel qu'il serait alors pratiqué par les régulateurs et les juges. Face à des décisions jugées trop « formalistes » ou « structuralistes », l'approche plus économique doit amener à une prise en compte accrue des « effets » des pratiques incriminées et des éventuelles décisions du régulateur sur le marché. Cela implique, notamment, de remplacer des interdictions *per se* de certains comportements économiques par une règle de raison, fondée sur une évaluation *ad hoc* au moyen d'outils économiques. Les outils d'analyse proposés par les économistes seraient en mesure de débusquer les « faux positifs » qui auraient fait l'objet d'une condamnation dans le cadre d'une approche purement « structuraliste » ou « formaliste ».

Grâce à cette approche « par les effets », les autorités publiques et les tribunaux doivent s'écarter des définitions *a priori* de ce que constitue une bonne concurrence (concurrence « loyale » par exemple) pour se concentrer sur un seul objectif, celui du bien-être du consommateur.

Pour synthétiser, ont été réunies les principales caractéristiques des perspectives juridique et économique au sein d'un tableau. Il s'agit là de forcer les oppositions pour mieux les faire apparaître, et les deux approches bien souvent sont combinées dans la mise en œuvre concrète du droit de la concurrence.

	Perspective juridique	Perspective économique
Raisonnement	Catégoriel	Continu
Approche	Par objet	Par les effets
Contrôle	<i>Ex ante</i>	<i>Ex post</i>
Interdiction	<i>Per se</i>	Règle de raison

## Les déclinaisons du projet réformateur

Ce projet réformateur affecte d'abord le Conseil de la concurrence, devenu Autorité de la concurrence en 2009. Sa modalité la plus visible est l'intégration au sein du Conseil de plus en plus de personnalités venues de l'économie. Évoquons de nouveau Frédéric Jenny. Il a été nommé rapporteur général du Conseil de la concurrence à sa création, en 1987, avant d'en devenir le vice-président en 1993. Citons ensuite Philippe Nasse, membre du collège de 1999 à 2001, puis vice-président du Conseil de la concurrence. Ce dernier est issu du monde de la statistique publique : statisticien économiste à l'INSEE entre 1964 et 1982, il est d'abord sous-directeur puis chef de service à la direction de la prévision (1982-1990), puis directeur de l'ENSAE entre 1990 et 1994. Quant à Anne Perrot, auparavant professeure à l'ENSAE et directrice du laboratoire d'économie industrielle du CREST/ENSAE à partir de 1997, elle est intégrée en 2004 au Conseil au rang de vice-présidente.

Outre l'arrivée d'économistes au sein du collège de l'Autorité, c'est aussi la structure organisationnelle du Conseil puis de l'Autorité qui évolue, consacrant dans l'organigramme institutionnel la prise en compte de l'expertise économique. En 2001, le Conseil connaît des réformes de « modernisation » : deux postes de rapporteurs généraux adjoints sont créés, ainsi que des « cellules spécialisées de soutien au travail des rapporteurs » : cellule juridique, économique, sectorielle et méthodologique, auxquelles s'ajoute un service de la formation. La cellule économique, dirigée alors par Nadine Mouy, veille « à fournir aux rapporteurs les instruments nécessaires pour évaluer de manière plus concrète le dommage à l'économie résultant des pratiques anticoncurrentielles ».

Progressivement, cette cellule s'étoffe pour devenir un service économique à part entière, dirigé par un chef économiste et comprenant aujourd'hui sept personnes, sur le modèle de la *chief economist team* créée au niveau européen en 2004.

Les tribunaux ont, eux aussi, été affectés par ce projet réformateur. À la cour d'appel de Paris, les matières concurrentielles sont gérées par les chambres 5-4 et 5-7. La première s'occupe des demandes de dommages et la seconde des recours contre les décisions de l'Autorité. À mesure que les décisions de l'Autorité ont intégré des analyses économiques, les deux chambres ont tenté de se doter des ressources pour s'en saisir. Car si la cour d'appel ne peut pas réaliser de nouvelles études économiques, elle peut s'appuyer sur celles fournies par les parties. Les présidents des deux chambres ont opté pour des solutions différentes. La première a eu recours à un expert externe, Gildas de Muizon, économiste chez Microeconomix puis Deloitte après le rachat du cabinet. La chambre 5-7 a quant à elle opté – pour un temps – pour un recrutement interne afin d'intégrer un économiste à temps plein. Quant à la Cour de cassation, elle fait un pas vers l'économie dès 2004. Guy Canivet, son premier président, y fait recruter Frédéric Jenny comme conseiller extraordinaire, qui reste à ce poste jusqu'en 2012.

*À mesure que les décisions de l'Autorité ont intégré des analyses économiques, les deux chambres ont tenté de se doter des ressources pour s'en saisir.*

## L'expertise économique freinée par la prééminence des professionnels du droit

Cependant, l'histoire de l'économisation des politiques de concurrence n'est pas celle d'une *success story*. Si l'expertise économique a pu pénétrer, dans une certaine mesure, les politiques de concurrence et les institutions chargées de son application, ce processus ne se fait pas sans tensions, et est loin d'être achevé.

Un premier pôle de résistance se situe au sein des institutions judiciaires. La controverse autour de la détermination des sanctions contre les cartels qui a lieu en 2008-2011 est un exemple parmi d'autres des débats que suscite la place de l'expertise économique au sein des institutions. La controverse est déclenchée par un arrêt de la cour d'appel de Paris en janvier 2010 qui, tout en confirmant la décision de l'Autorité relative au cartel du négoce de l'acier, réduit considérablement l'amende infligée aux entreprises concernées. Établie par l'Autorité à 574 millions d'euros selon la méthode économique du calcul du « dommage fait à l'économie », la sanction est ramenée à 74 millions

d'euros au nom du principe juridique d'individualisation des peines. Pour reprendre les termes de l'un des enquêtés, cette décision est vécue comme un « moment choc » pour la coalition réformatrice qui cherche à diffuser l'expertise économique dans le droit français de la concurrence. Sommée de réduire l'incertitude juridique entourant le calcul des sanctions pécuniaires en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité rédige un texte de référence en 2011.

*La controverse est déclenchée par un arrêt de la cour d'appel de Paris en janvier 2010.*

L'autre obstacle que l'équipe a identifié se situe au niveau du marché du conseil aux entreprises. Les cabinets d'expertise économique en concurrence se sont développés depuis une vingtaine d'années. Ainsi, les premiers cabinets sont créés dans la seconde partie des années 1990 et dirigent leurs activités vers le conseil sectoriel, se spécialisant dans la régulation du secteur des télécoms (TERA) ou de l'énergie (Microeconomix). C'est à la faveur des transformations internes de l'ENSAE et du Conseil de la concurrence qu'apparaissent des cabinets plus généralistes, dans la deuxième moitié des années 2000. Ceux-ci sont peuplés d'une part de transfuges de la sphère académique ou du champ de la régulation et d'autre part de jeunes économistes, formés à l'ENSAE ou dans de nouveaux masters en économie de la concurrence.

Ces économistes-conseils n'ont cependant pas remplacé les avocats dans leur rôle d'intermédiaires entre entreprises et Autorité de la concurrence. En effet, les avocats, s'ils doivent désormais partager le monopole d'intermédiation qu'ils pouvaient détenir avant l'arrivée des cabinets de conseil, restent dominants sur ce marché. Ceci tient à plusieurs raisons : le rôle historique des avocats comme intermédiaires des entreprises dans les politiques de

régulation, la robustesse de leurs structures d'exercice mais aussi la configuration des carrières, plus stables du côté des professions juridiques.

Les économistes-conseils doivent donc composer avec les avocats sur le marché du conseil. Bénéficiant de carrières moins stables, les économistes dépendent des avocats pour accéder à leur clientèle, alors que l'élaboration d'une stratégie de défense pour l'entreprise reste en majeure partie dictée par les seconds. Le manque d'autonomie des économistes se traduit par une moindre capacité à peser intellectuellement dans les discussions autour des cas soumis à l'Autorité de la concurrence et aux juridictions. Au total, la recherche fait apparaître une division du travail entre économistes et avocats peu avantageuse pour les premiers. Ils restent dépendants des seconds pour l'obtention d'affaires auprès des entreprises et sont souvent cantonnés à la réalisation de tâches considérées comme peu nobles (collecte et traitement des données).

***Ces économistes-conseils n'ont cependant pas remplacé les avocats dans leur rôle d'intermédiaires entre entreprises et Autorité de la concurrence.***

## **Une diffusion limitée des raisonnements économiques dans les décisions**

Les décisions rendues par la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation reflètent ces limites structurelles à la diffusion de l'expertise économique. Ces deux tribunaux sont chargés d'examiner les recours intentés aux décisions de l'Autorité de la concurrence. Deux études présentées dans le rapport analysent cette jurisprudence : la première, quantitative, a été réalisée par un économiste, et la seconde consiste en une série d'études de cas rédigées par une équipe de juristes.

Bien que réalisées par des chercheurs issus de disciplines différentes et n'appliquant pas des méthodologies semblables, ces deux études défendent la même conclusion. La première d'entre elles adopte une approche quantitative. Elle repose sur une analyse des décisions de l'Autorité de la concurrence et des arrêts de la cour d'appel de Paris. Au final, seuls 5 % des arrêts de la cour contiennent des termes associés à l'approche « plus économique ». Lorsqu'une décision passe en appel, les moyens soulevés renvoient davantage à des points de procédure qu'à des aspects substantiels liés à l'analyse économique. Et lorsqu'un moyen tiré de l'analyse économique est soulevé, tel celui de « marché pertinent », il est rejeté dans 82 % des cas et surtout mal employé. Enfin, l'utilisation des outils de l'analyse économique, comme le test SNIPP, apparaît certes à partir des années 2010 mais demeure limitée.

En adoptant une méthode qualitative, la deuxième étude de la jurisprudence permet de préciser ces résultats en étudiant de manière approfondie quatre thématiques du droit de la concurrence : les ententes d'imposition d'un prix de revente, les échanges d'information, l'abus de position dominante non tarifaires et la délimitation du marché pertinent. Les conclusions sont similaires : en matière d'imposition de prix, les juges d'appel ne retiennent aucune analyse économique avec l'adoption de critères juridiques. En matière d'échanges d'information, l'analyse économique retenue par la cour d'appel est faible en condamnant les échanges d'information en raison de la seule structure du marché oligopolistique et présumant la perte d'autonomie des opérateurs présents sur le marché. En matière d'abus non tarifaire, il en ressort un test de légalité très peu précis, et, de fait, une sécurité juridique peu élevée qui ne permet pas aux entreprises d'apprécier la conformité de leurs pratiques en la matière. Et enfin en matière de délimitation du marché, la cour d'appel de Paris ne semble pas accorder une place essentielle à l'analyse économique.

***Au final, seuls 5 % des arrêts de la cour contiennent des termes associés à l'approche « plus économique ».***

# Méthodologie

---

## Cadre théorique

D'un point de vue théorique, l'objectif de cette recherche est d'étudier le processus « d'économisation » (Hirschman et Berman, 2014) du droit français de la concurrence. La version la plus radicale de cette hypothèse est celle de la performativité. Elle trace une filiation directe entre les politiques publiques et le triomphe de l'économie néo-classique. Reprenant une intuition de Frédéric Lebaron (2000), Thomas Reverdy écrit par exemple que c'est l'idée du prix comme « catégorie ordinatrice », produit d'un équilibre entre l'offre et la demande, qui a préfiguré et façonné la mise en concurrence de l'électricité en France (Reverdy, 2014, p. 24). En retenant cette définition, l'économisation signifierait la diffusion à l'Autorité de la concurrence et aux juridictions d'un paradigme issu de l'économie néo-classique où les critères du prix et du « bien-être » du consommateur sont imposés à l'exclusion de tout autre. Il existe une autre version plus modérée de l'hypothèse d'économisation. Elle reconnaît que les options défendues par les économistes ne sont pas aussi univoques qu'il n'y paraît. Mais, tout en prenant au sérieux les clivages propres à l'espace universitaire, elle considère que ceux-ci surdéterminent les clivages internes au monde de la concurrence (Ergen et Kohl, 2019).

Pour étudier ce processus d'économisation, les chercheurs ont combiné une entrée par la morphologie sociale et une entrée par les raisonnements. Du point de vue de la morphologie sociale, ils entendent replacer les acteurs et leur trajectoire au sein des groupes professionnels auxquels ceux-ci appartiennent. Adoptant un cadre d'analyse écologique proche de la sociologie interactionniste des professions, les chercheurs considèrent la politique de concurrence comme une activité susceptible d'être appropriée par plusieurs groupes sociaux eux-mêmes liés par des relations de rivalité et de dépendance réciproque. Ils se reposent en particulier sur la théorie des « écologies liées » (Abbott, 2003).

L'approche morphologique est complétée par une seconde perspective centrée sur les raisonnements. En effet, les groupes sociaux évoqués sont à l'origine de différentes rationalisations savantes de la politique de concurrence. En reprenant des arguments synthétisés notamment par Jean-Marc Weller (2018), les chercheurs font l'hypothèse que les outils et les concepts utilisés par les économistes les amènent à appréhender les affaires de concurrence d'une manière différente de celle des juristes.

## Cadre méthodologique

La recherche étant pluridisciplinaire, elle articule des cadres méthodologiques variés :

- Une enquête socio-historique qualitative, croisant une trentaine d'entretiens avec des acteurs et actrices actifs à divers moments de la période étudiée, le dépouillement de 22 cartons d'archives politiques et administratives et le traitement d'une littérature grise considérable (décisions, rapports, lignes directrices, publications universitaires).
- Une analyse statistique et une étude économétrique de 918 décisions de l'Autorité de la concurrence et 228 arrêts de la cour d'appel de Paris (2003-2017).
- Une analyse qualitative thématique de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris centrée sur quatre thématiques : entente d'imposition d'un prix de revente, échanges d'information entre concurrents, abus de position dominante non tarifaires et délimitation du marché pertinent.

## Le rapport complet est disponible sur le site internet de l'Institut :

[www.gip-ierdj.fr/explorer](http://www.gip-ierdj.fr/explorer)



**gip-ierdj.fr**

### Les auteur·es

Recherche réalisée sous la direction de :

**Lola Avril**, docteure en science politique de l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

**Julie Bailleux**, maîtresse de conférences en droit public, Université Paris 2 – Panthéon-Assas

**Sebastian Billows**, chargé de recherche INRAE, IRISSO

Ont également contribué à cette recherche :

**Hélène Aubry**, agrégée des facultés de droit, professeur des universités à l'Université Paris-Saclay

**Claire Lasserre**, doctorante en économie, Université Côte d'Azur, GREDEG

**Marie Malaurie-Vignal**, agrégée des facultés de droit, professeur des universités à l'Université Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines (Paris-Saclay)

**Thibault Schrepel**, Associate Professor de droit à l'Université libre d'Amsterdam et *Faculty affiliate* au centre CodeX de l'Université Stanford

Directrice de la publication  
**Valérie Sagant**

Rédacteur en chef  
**Joël Hubrecht**

Rédaction  
**Sébastien Billows**  
et **Lola Avril**

Rédaction du résumé  
et de la couverture  
**IERDJ**

Conception graphique  
**Laure Faucon**

Imprimerie  
**@print imprimeurs**

Diffusion gratuite  
ISSN - 268-5354

Contact  
**Institut des études  
et de la recherche sur  
le droit et la justice,**  
13, place Vendôme,  
75042 Paris Cedex 01  
[contact@gip-ierdj.fr](mailto:contact@gip-ierdj.fr)

### Bibliographie sélective

**Abbott A., 2003**, « Ecologies liées : à propos du système des professions », dans Menger P.-M. (dir.), *Les professions et leurs sociologies. Modèles théoriques, catégorisations, évolutions*, Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, p. 30-48.

**Avril L., 2020**, « Pour une sociohistoire de l'État régulateur européen. Du gouvernement administratif à la régulation judiciaire de la concurrence (1962-1982) », *Revue française de science politique*, 70, 6, p. 773-791.

**Denord F., 2001**, « Aux origines du néo-libéralisme en France. Louis Rougier et le Colloque Walter Lippmann de 1938 », *Le Mouvement Social*, 195, p. 9-34.

**Desrosières A., 2008**, Pour une sociologie historique de la quantification : L'Argument statistique I, Paris, Presses des Mines, 328 p.

**Didry C. et Marty F., 2016**, « La politique de concurrence comme levier de la politique industrielle dans la France de l'après-guerre », *Gouvernement et action publique*, 4, 4, p. 23-45.

**Eisner M.A., 1991**, *Antitrust and the Triumph of Economics*.

*Institutions, Expertise, and Policy Change*, Durham, N.C., *The University of North Carolina Press*, 320 p.

**Ergen T. et Kohl S., 2019**, « Varieties of economization in competition policy: institutional change in German and American antitrust, 1960-2000 », *Review of International Political Economy*, 26, 2, p. 256-286.

**Hassenteufel P., 2011**, « Chapitre 8 - Les acteurs intermédiaires des politiques publiques », dans Hassenteufel P., *Sociologie politique : l'action publique*, Paris, Armand Colin, « U », p. 213-242.

**Hirschman D. et Berman E.P., 2014**, « Do economists make policies? On the political effects of economics », *Socio-Economic Review*, 12, 4, p. 779-811.

**Lebaron F., 2000**, *La croyance économique*, Paris, Seuil, 266 p.

**Majone G., 1994**, « The Rise of the Regulatory State in Europe », *West European Politics*, 17-3, p. 77-101.

**Nay O. et Smith A. (dir.), 2002**, *Le gouvernement du compromis. Courtiers et généralistes dans l'action publique*, Paris, Economica, 238 p.

**Popp Berman E., 2022**, *Thinking Like an Economist. How Economics Became the Language of U.S. Public Policy*, Princeton University Press, 344 p.

**Reverdy T., 2014**, *La construction politique du prix de l'énergie*, Paris, Presses de Sciences Po, 320 p.

**Vauchez A. France P., 2017**, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Presses de Sciences Po, 198 p.

**Warlouzet L., 2016**, « The Centralization of EU Competition Policy: Historical Institutional Dynamics from Cartel Monitoring to Merger Control (1956-91) », *Journal of Common Market Studies*, 54, 3, p. 725-741.

**Warlouzet L., à paraître**, « "L'époque de Vichy était révolue". La libération des prix et l'établissement de la politique de la concurrence en 1986 », *Histoire, économie et société*.

**Weller J.-M., 2018**, *Fabriquer des actes d'État. Une ethnographie du travail bureaucratique*, Paris, Economica (Etudes sociologiques), 313 p.