LES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX À L'ÉPREUVE DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE: UNE APPLICATION À LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Documents de travail GREDEG
GREDEG Working Papers Series

Frédéric Marty

GREDEG WP No. 2016-03
http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers.html

Les opinions exprimées dans la série des **Documents de travail GREDEG** sont celles des auteurs et ne reflèlent pas nécessairement celles de l'institution. Les documents n'ont pas été soumis à un rapport formel et sont donc inclus dans cette série pour obtenir des commentaires et encourager la discussion. Les droits sur les documents appartiennent aux auteurs.

*The views expressed in the **GREDEG Working Paper Series** are those of the author(s) and do not necessarily reflect those of the institution. The Working Papers have not undergone formal review and approval. Such papers are included in this series to elicit feedback and to encourage debate. Copyright belongs to the author(s).*

Les droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'efficacité économique : une application à la politique de la concurrence[1]

Frédéric Marty

Chargé de recherche CNRS
UMR 7321 GREDEG– Université Nice Sophia Antipolis

GREDEG Working Paper No. 2016-03

La place croissante que revêt l'analyse économique dans le contentieux juridique, y compris dans le contentieux constitutionnel, pose la question de son impact sur les droits et libertés fondamentaux. Ces derniers peuvent être mis en balance avec la logique de l'efficacité. Dans le droit de la concurrence de l'Union Européenne, la mise en œuvre d'une approche plus économique (ou approche par les effets) et la montée en puissance des procédures négociées (souvent justifiée par des gains d'efficience en termes procéduraux) constituent un exemple d'évolution de la pratique décisionnelle pouvant mettre en jeu non seulement les droits de propriété et la liberté contractuelle des firmes mais aussi le contrôle juridictionnel lui-même. Cet exemple nous conduit à nous interroger sur l'analyse économique de ces deux droits fondamentaux. Nous insistons sur la diversité des approches économiques en la matière en confrontant les approches de l'analyse économique du droit à celles du vieil institutionnalisme et de l'approche autrichienne.

The increasing influence of economic analysis on case law, even in matters of constitutional litigation, raises the issue of its impacts on fundamental rights and liberties. Within the European Union competition law field, the implementation of the "more-economic approach" (named the effects-based approach) and the growing use of negotiated practices (often grounded on procedural efficiency concerns) provide us with a striking example of how the decisional practice may not only challenge property rights and economic freedoms but also impair the judicial control. This example leads us to interrogate the economic treatment of these two fundamental rights. We insist on the diversity of the theoretical approaches, confronting the economic analysis of law with old institutionalism and Austrian economics.

Mots-clés : droits fondamentaux, économie du droit, vieil institutionnalisme, droit constitutionnel, droit de la concurrence de l'Union Européenne

Keywords: fundamental rights, law and economics, old institutionalism, constitutional law, EU competition law

JEL codes : B13, B52, B53, K4, K21

[1] Une première version de ce texte a été présentée en novembre 2015 dans le cadre d'un colloque organisé par le Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux de l'Université de Toulon « Contentieux constitutionnel des droits et libertés fondamentaux et économie » en partenariat avec l'Association Française de Droit Constitutionnel. L'auteur remercie chaleureusement Sylvie Torcol et Hélène Hurpy ainsi que Patrice Bougette pour sa relecture attentive et ses commentaires. Toute erreur ou imprécision demeure de son entière responsabilité.

I – INTRODUCTION : CONSTITUTION ET ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT – DES PRESCRIPTIONS FONDEES SUR L'UTILITARISME ?

Développer une perspective économique sur la question des droits fondamentaux peut conduire à développer des approches très diverses, les unes tenant à l'évaluation de l'impact du respect des droits fondamentaux et plus généralement de la règle de droit sur le potentiel de développement des économies, les autres s'attachant à la place de ces droits dans les décisions publiques et dans les arbitrages qu'elle peut induire.

Les premières approches relatifs à l'impact économique des règles constitutionnelles peuvent être déclinées selon des angles micro ou macro-économiques[2].

Elles peuvent tout d'abord s'attacher à la prise en considération de la qualité de l'état de droit sur le potentiel de croissance des économies (North, 1990). Les analyses peuvent plus spécifiquement porter sur l'importance de la qualité de la définition des droits de propriété et de l'action des tribunaux en matière de garanties des obligations contractuelles sur la performance des économies. Tout d'abord, la littérature économique standard considère que des droits de propriété clairement définis sont essentiels pour garantir l'efficacité de la gestion des actifs[3]. La notion de *tragédie des communs* est topique de cette analyse. Ce raisonnement constitue l'hypothèse sous-jacente des travaux d'histoire économique qui voient dans le mouvement des enclosures l'élément permissif de la Révolution Industrielle anglaise à la fin du XVIII^{e} siècle. Les analyses économiques réalisées quant au lien entre croissance et indépendance du système juridique, comme nous le verrons, mettent l'accent sur le rôle de l'équilibre des pouvoirs et sur l'importance du contrôle constitutionnel des actes législatifs (Hayek, 1960 ; La Porta et al., 2004).

Ensuite, de nombreuses analyses mettent en regard les capacités des économies à maintenir une croissance durable et la sécurité juridique dont bénéficient les investisseurs. Dans cette perspective, la croissance dépend de la capacité des acteurs de s'engager dans des contrats de long terme. Le niveau de risque associé aux investissements les plus générateurs de croissance (en termes de capital engagé et de délais de récupération de celui-ci) suppose que les acteurs puissent compter sur des instances de règlements des différends indépendantes et garantissant le bon respect des obligations contractuelles. S'il est craint que l'Etat puisse exproprier les investisseurs ou que le juge ne traite pas les différends dans un seul souci d'efficacité,

[2] Pour une présentation plus générale voir Kirat (2012).
[3] Pour une mise en perspective, critique, de cette approche se référer à Coriat (2013).

les agents renonceront à de tels investissements ou exigeront des primes de risque excessives[4].

Un second ensemble d'approches traite des critères qui structurent l'analyse économique du droit[5]. Le cas des contrats de long terme décrit *supra* souligne l'importance du critère de l'efficacité dans le raisonnement du juge. En effet, les notions d'utilité et d'efficacité économique occupent une place centrale dans le raisonnement économique et de façon induite dans les prescriptions qui en découlent tant pour le législateur que pour le juge.

Ainsi, penser les liens entre sciences économiques et droit constitutionnel implique de s'attacher à la place de l'utilité dans l'analyse économique et dans son contenu normatif. L'utilité (et son corollaire l'efficacité) constitue la clé de voûte d'une grande partie des approches économiques du droit en général. Celles-ci ne se caractérisent pas pour autant par une adhésion univoque à l'utilitarisme, principalement de tradition benthamienne[6]. Ce dernier constitue en effet la matrice des approches *welfaristes* dominantes en sciences économiques (Gamel, 2012).

Les approches économiques traditionnelles, qu'il s'agisse de l'économie du bien-être traditionnelle ou de la nouvelle économie du bien-être, prônèrent l'application à la norme de justice d'un principe d'utilité. Dans la mesure où, comme le souligne Claude Gamel (2012), l'approche est de nature conséquentialiste, il ne saurait être question de limiter sur le principe l'ampleur des sacrifices auxquels certains devraient consentir pour maximiser le bonheur collectif, i.e. l'utilité globale. De la même façon un creusement des inégalités peut être pleinement justifié s'il permet d'accroître le bien-être global. En effet, cette approche n'utilise pas exclusivement le critère de Pareto. Rappelons que ce dernier permet de définir un état social *b* comme préférable à un état social *a* s'il améliore la situation d'au moins un agent sans en dégrader celle d'un autre. Au contraire, le critère le plus utilisé en la matière est celui de Kaldor-Hicks. Il s'agit en l'espèce d'un critère de compensation hypothétique. Un changement peut être collectivement souhaitable s'il permet – en valeur absolue – un gain supérieur pour les gagnants que le montant de la perte agrégée des perdants. Ce critère, qui s'est imposé en analyse économique du droit (voir à ce sujet Mackaay et Rousseau,

[4] Pour une discussion de cette hypothèse, voir Aboal et al. (2014). Pour une analyse plus générale basée sur la concurrence des systèmes juridiques (common law versus civil law) et notamment la prise en compte de l'impact du droit civil sur la subordination (posée dans cette littérature) des juges au pouvoir politique, se reporter à Berkowitz et Clay (2006).

[5] Nous visons ici l'analyse économique standard appliquée au droit. Celle-ci se fonde principalement sur une hypothèse d'agents maximisant leur utilité et animés par une rationalité substantielle. Cette approche, largement dominante dans le monde académique, a été élaborée au sein de l'Ecole de Chicago dans l'immédiat après-guerre (Mackaay et Rousseau, 2008). Il ne s'agit pas pour autant de la seule approche en matière d'économie du droit. Il convient en effet de citer les approches institutionnalistes (Kirat, 2012) et autrichiennes (Rizzo, 2011) sur lesquelles nous reviendrons dans notre article.

[6] Voir de Champs de Saint Léger (2011).

2008, p.592), est également présent dans la pratique décisionnelle européenne liée au contentieux concurrentiel, pratique qui constituera le fil conducteur de notre article[7]. En effet, le principe même de la défense sur la base de l'efficience, qui permet de faire la balance entre les dommages concurrentiels liés à la stratégie d'un opérateur dominant, et les gains d'efficience qui peuvent en découler, participe pleinement, dans le cadre d'une approche plus économique de l'application des règles de concurrence, d'une telle logique (Rousseva, 2012).

Cette approche est celle de la microéconomie standard actuelle. Elle trouve l'un de ses fondements dans l'Ecole de Chicago telle qu'elle s'est (re)constituée dans l'immédiat après-guerre (Bougette et al., 2015). Dans le cadre de cette approche, le juge n'a pas à faire la balance entre différents intérêts ou valeurs sociales vagues, contradictoires ou incommensurables. Sa décision ne doit se fonder que sur un objectif d'efficacité (voire de maximisation de la richesse (Posner, 1981)) quelles qu'en soient les conséquences en termes de distribution du bien-être dans la société ou par exemple d'accès au marché de firmes dépourvues de pouvoir économique. A cette aune, la critique formulée par Director et Levi en 1956 de la décision rendue par le juge Learned Hand dans l'affaire Alcoa en 1945, relative à une stratégie de compression des marges, est particulièrement emblématique de cette approche. Seule prime la question de l'efficacité, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur les effets distributifs ou sur les droits fondamentaux des firmes concurrentes ou des firmes placées dans une situation de dépendance économique.

Cette approche – qui au mieux a le mérite de permettre des arbitrages entre les droits et les valeurs et au pire à conduire à ne prendre en considération qu'une seule d'entre elles – peut soulever de légitimes critiques. Les réformes portées dans les années soixante-dix et quatre-vingt par les *Chicago Boys* dans le cône sud de l'Amérique Latine ont été critiquées dans la mesure où l'objectif de maximisation de l'efficacité économique globale était assumé au prix d'un creusement des inégalités et d'un net rétrécissement de la sphère des libertés publiques[8]. Une telle optique ne peut être de mise dans une perspective rawlsienne (Rawls, 1971). Dans ses principes, le « principe d'égale liberté » l'emporte sur celui de la « juste égalité des chances » et celui-ci même a une valeur supérieure au « principe de différence » qui pourrait justifier qu'il existe des inégalités au profit des individus les moins favorisés. Cependant l'approche rawlsienne – qui opposait approche libérale et approche utilitariste[9], n'a eu qu'une

[7] Pour une présentation plus générale de l'interaction entre droit de la concurrence et droits fondamentaux des opérateurs dominants en droit de l'Union Européenne, voir Marty (2012).

[8] Voir pour l'exemple de la sécurité sociale, Borzutzky (2005).

[9] L'approche rawlsienne a été critiquée par les travaux de Sen (Gamel, 2012). Partant de la notion de biens premiers que Rawls avait introduit dans *A Theory of Justice*, biens qui échapperaient à la loi d'airain de l'utilité et que l'on pourrait ici assimiler à nos droits et libertés fondamentaux, Sen va introduire

influence très réduite dans la sphère de la science économique, influence limitée à la mise en avant du critère du *maximin* dans certains arbitrages (Gamel, 2012).

La place de la maximisation de l'efficacité, de l'utilité voire de la richesse dans le discours normatif de l'économie conduit à s'interroger sur la place des autres objectifs qu'il est possible et souhaitable d'assigner à la règle de droit et à la décision du juge. Elle pose également la question de la conciliation avec les droits et libertés fondamentaux. S'agit-il de mettre en balance ces derniers avec les préoccupations d'efficacité économique ou s'agit-il même de les subordonner à ces dernières ?

Nous discutons la dominance d'une approche utilitariste basée sur le seul critère de l'efficacité économique en prenant particulièrement en considération le cas de la politique de la concurrence, dans la mesure où il s'agit d'un domaine de l'action publique qui se réclame d'une finalité économique et qui a fait l'objet d'une volonté d'économicisation depuis 2005. Cette politique se caractérise par la volonté de faire reposer la législation de la concurrence en général et la décision du juge en particulier sur un seul critère d'efficacité – le bien-être du consommateur – et non sur des objectifs collectifs pouvant tenir à la raisonnabilité de la distribution du bien-être résultant de l'équilibre de marché ou encore à l'accès au marché d'acteurs dépourvus de puissance économique (Marty, 2014b). Elle se caractérise également par le refus croissant de fonder la décision sur des règles formelles définies *ex ante* pour privilégier une évaluation au cas par cas des effets nets des pratiques sur le bien-être du consommateur.

Le choix de la politique de la concurrence se fonde également sur le fait que la Seconde Ecole de Chicago, qui constitue la matrice de l'analyse économique du droit, s'est structurée autour de deux programmes successifs, le *Free Market Studies Program* et l'*Antitrust Project*, en grande partie initiés par Hayek, dont les travaux résidèrent dans une remise en cause de la politique Antitrust américaine, jugée trop activiste et pouvant conduire à réduire le bien-être du consommateur au travers de sanctions indues d'opérateurs dominants ne devant leur position de marché qu'à leurs seuls mérites (Bougette et al., 2015). A titre d'exemple, les premiers travaux de Richard Posner portèrent sur une analyse de la pratique décisionnelle concurrentielle américaine selon ce prisme[10] (Posner, 1970). A cette raison de centrer nos

une notion de capacités. Il s'écarte d'une définition abstraite de la justice qui est présente chez Rawls pour adopter une approche de nature comparatiste (est-ce plus ou moins juste qu'une autre situation ?).

[10] Nous n'aborderons pas ici la question de l'analyse économique du droit constitutionnel lui-même. Posner (1987) y a également apporté quelques contributions majeures. Il ne fut pas pour autant le premier économiste à s'intéresser à la question comme nous le verrons *infra* en abordant les travaux de Commons. Pour autant, la première analyse de la constitution américaine sous un angle économique se trouve dans les travaux de Charles Beard en 1913. De façon très synthétique, l'analyse économique du droit constitutionnel peut recouvrir à la fois des dimensions positives (appréciation de l'effet économique des règles) et des dimensions normatives (propositions de règles fondées sur la théorie

développements sur les politiques de concurrence, tenant à l'histoire des pensées économiques s'ajoute une spécificité européenne tenant à la place centrale jouée par la politique de la concurrence dans la construction de l'Union Européenne. La construction d'un marché intérieur de concurrence libre et non faussée est élément de base de la constitution économique européenne. En outre, la Commission détient avec la mise en œuvre des règles de concurrence issues du Traité une capacité d'action pouvant lui permettre de jouer sur les structures mêmes de l'économie européenne (Marty, 2014a).

Ce faisant, la politique de la concurrence nous paraît être un domaine particulièrement intéressant pour analyser la dimension normative de l'analyse économique du droit et pour apprécier l'impact qu'elle peut avoir sur les libertés et droits fondamentaux. Nous ne discuterons pas ici directement les effets de l'économicisation sur le droit de la concurrence sinon dans notre dernière partie de nature conclusive. Nous nous attacherons plutôt à deux critiques possibles émanant elles-mêmes de la sphère économique. Une première, fondée sur les travaux de Hayek, discutera le rôle assigné au juge par l'analyse économique du droit et s'interrogera quant à la possibilité de faire de ce dernier un législateur interstitiel et un acteur extérieur aux parties au conflit qui peut s'avérer capable de « mimer le marché ». Une deuxième critique tient à la possibilité de voir la théorie économique soutenir une approche constitutionnelle attachée aux dimensions distributives et non seulement à l'efficacité économique. Le nouveau constitutionnalisme porté par les économistes institutionnalistes américains dans l'entre-deux-guerres portait un tel projet. Cependant, si cet activisme s'éloigne également de l'approche néoclassique portée par la Seconde Ecole de Chicago, il se distingue nettement, par son projet constructiviste, de l'approche autrichienne développée par Hayek. Cette dernière opposition permet au passage d'illustrer les vues divergentes de ces économistes quant au système de pouvoirs et de contre-pouvoirs propres à la constitution américaine. Enfin, notre conclusion s'interrogera sur les effets de la mise en œuvre de l'approche plus économique et plus généralement de la modernisation du droit de la concurrence (qui inclut les procédures négociées) sur les libertés et droits fondamentaux des entreprises.

II – LES DROITS FONDAMENTAUX PEUVENT-ILS ETRE SOUMIS A UN CALCUL ECONOMIQUE ? L'APPROCHE DE F. HAYEK

Il n'est ici pas question de considérer que, chez Hayek, à l'inverse de l'approche de l'analyse économique du droit, la recherche d'objectifs redistributifs devrait l'emporter

économique). Elle peut également s'appliquer à l'interprétation des règles (Posner, 2013). De façon générale, le rôle attribué au droit constitutionnel, dans le cadre de cette approche, est également celui de promouvoir l'efficacité économique comme le montre Posner (1982) faisant remonter cet objectif à la *Common Law* anglaise et plus particulièrement à la décision *Heydon* en 1584.

sur des droits fondamentaux ou sur l'efficacité économique résultant du développement du processus de concurrence. L'intérêt de s'attacher à la pensée hayékienne tient à une double originalité par rapport à l'approche de l'économie du droit traditionnelle dans son acceptation chicagoéenne. A l'inverse du juge de Posner, le juge hayékien ne saurait être un législateur interstitiel qui produit la règle de droit et ce dans un but de maximisation de l'efficacité économique « en mimant le marché » (Coleman, 1980). Une décision est pour Hayek la résultante d'un processus de découverte d'une règle sous-jacente et préexistante, dans la logique d'un processus évolutionniste de sélection, et en aucun cas le produit d'un calcul rationnel que l'on présente comme neutre, objectif et en tout cas extérieur aux acteurs[11]. En d'autres termes, le juge ne doit pas décider lui-même de l'allocation optimale des ressources mais doit sécuriser les décisions de ceux qui sont les mieux informés pour ce faire[12]. Pour Hayek, à l'instar du mécanisme des prix, le système des règles juridiques vise à créer un savoir additionnel pour les agents de façon à conforter leurs décisions individuelles. Le rôle du juge n'est pas de créer de nouvelles règles efficaces mais de soutenir leurs anticipations (Hayek, 1973). A ce titre, des règles formelles connues *ex ante* et stables sont préférables à l'application d'une règle de raison ou autrement dit à une analyse économique au cas par cas.

Le juge hayékien n'est pas pour autant un juge passif. Tout en veillant à la cohérence de ses décisions avec les précédents, il doit faire évoluer la jurisprudence pour tenir compte des évolutions sociales mais se pouvoir est borné par la conformité à la *rule of law.* En effet, l'action du juge tout comme celle du législateur doit se conformer à des règles générales et abstraites. En d'autres termes, l'exercice du pouvoir de coercition de l'Etat doit se faire de façon prévisible et s'appliquer d'une égale façon pour tous[13]. Nous verrons que la montée en puissance en matière concurrentielle de l'approche plus économique et des procédures d'engagements est de nature à mettre en question ces caractéristiques.

[11] Pour une discussion sur la capacité des juges de Common Law à former des décisions efficientes par le calcul économiques ou sur l'existence d'une tendance à l'efficience, voir Marciano et Khalil (2012).
[12] Pour Hayek (1945), les connaissances spécifiques de temps et de lieu sont idiosyncrasiques à chaque agent. Il s'agit de la distinction qu'il introduit entre le *scientific knowledge* et l'*economic knowledge*. Le juge ne peut accéder au second pour prendre une décision allant dans le sens d'une maximisation de l'efficacité économique. Ce faisant, il ne peut rechercher sciemment au travers de sa décision un résultat collectif jugé souhaitable. Pour Hayek les faits sur lesquels reposent les sciences sociales ne sont pas des données naturelles qui existent indépendamment de l'observateur mais sont de fait inséparables des catégories qu'il construit et qui dépendent de fait de ses valeurs. De façon générale, Hayek s'oppose à un rationalisme de tradition lockéenne. L'ordre social ne peut être un construit volontaire (une *organisation* selon ses termes) mais est à son sens le produit d'un processus évolutionniste.
[13] Pour reprendre les termes de Miller (2010, p.19) : « The ideal of the rule of law requires that existing laws share certain characteristics. Law must be general; it must be known and certain and apply equally to all; it must provide for an independent judiciary; it must limit the executive by legislative and judicial rules; and it must safeguard fundamental rights and civil liberties ».

Il s'agit donc d'une approche libérale classique. La liberté y est définie de façon négative comme une absence de coercition (et très rarement dans une logique positive, par exemple sous la forme d'un revenu minimum garanti). L'interventionnisme sur la base du calcul économique y est rejeté comme participant d'une démarche scientiste. L'action du décideur public, juge ou législateur, ne peut se faire que dans le cadre de la *rule of law*. Les droits de propriété et la liberté contractuelle ne sont pas pour autant des valeurs absolues mais ne peuvent être affectés que dans le cadre de conditions très restrictives[14]. En effet, si l'Etat doit conserver le monopole de la coercition, celle-ci doit être réduite au minimum nécessaire, d'une façon contrainte par la loi, dans le cadre de règles générales, appliquées dans les mêmes conditions à tous et fixées *ex ante*.

La *rule of law* est définie par Hayek comme un principe méta-légal qui fournit un standard auquel toute loi ou décision de justice doit se conformer. Elle joue un rôle de limitation du pouvoir, notamment législatif. Il ne s'agit ni d'un construit social, ni d'une résultante du droit naturel. Elle est le produit de la sédimentation des pratiques sociales. La *rule of law* et toutes les règles qu'elle sous-tend ne visent pas à atteindre un objectif économique précis. Le rôle de la loi n'est pas celui d'un commandement comme cela serait le cas dans une organisation. Elle n'exprime pas une fin précise et déterminée, elle pose des principes de conduite.

A ce titre, Hayek salue la constitution américaine avec le principe de *check and balances* qu'elle met en jeu. Le contrôle exercé par la Cour Suprême sur les décisions du législateur sur la base de la constitution permet à la fois de satisfaire à sa préconisation d'une souveraineté limitée et de garantir la préservation des intérêts de long terme de la société contre les tentations de manipuler les règles afin de satisfaire à des objectifs économiques de court terme[15]. Ce faisant, dans *The Constitution of Liberty*, Hayek (1960) manifeste sa préférence pour la constitution écrite américaine vis-à-vis du cas britannique[16]. Hayek louait particulièrement l'insistance de la Constitution américaine sur l'inviolabilité de certains droits individuels et sur l'importance du contrôle constitutionnel exercé par la Cour Suprême. L'avantage selon

[14] Il s'agit de conditions d'urgence ou d'intérêt public très strictement définies. Il s'agit d'une logique de *due process* telle que nous la définirons *infra*.

[15] Pour Hayek (1960) « so long democracy constraints the individual only by general rules of its own making, it controls the power of coercion». Le danger pour les libertés individuelles se matérialise dès lors que ces règles générales évoluent vers des décisions finalisées. Il ne s'agit plus alors de lois mais de simples commandements qui prescrivent un usage donné de ressources pour parvenir à un objectif précis. Or, la loi doit fournir un cadre à l'exercice des libertés individuelles et non contraindre les comportements i.e. exercer un pouvoir de coercition pour parvenir à une situation jugée collectivement souhaitable.

[16] Nous verrons dans la prochaine section que les institutionnalistes américains qui furent aux prises avec une interprétation très restrictive de celle-ci de la part de la Cour Suprême louèrent de leur côté la flexibilité du cadre constitutionnel britannique qui permettait à la fin du XIX^{e} siècle de disposer d'une législation du travail plus protectrice pour les salariés.

Hayek du fonctionnement de la Cour Suprême américaine (à laquelle le Président F.D. Roosevelt s'opposa vainement dans le cadre du *premier New Deal* entre 1933 et 1937) tient au fait que ses juges, indépendants, n'ont pas à se soumettre aux choix de politiques économiques de court terme de l'exécutif qui pourraient menacer des libertés individuelles[17].

Cette appréciation, très différente de celle de Posner pour lequel la décision du juge doit se baser sur un critère d'efficacité économique, s'oppose également aux institutionnalistes américains de l'entre-deux-guerres pour lesquels la défense des droits fondamentaux par la Cour Suprême devait être contestée sur la base des nécessités économiques. Pour eux cette résistance était moins attribuable à une défense de la *rule of law* qu'à une préférence politique et économique pour le libéralisme classique et particulièrement le laissez-faire.

III - L'économie à l'assaut du laissez-faire ou des droits fondamentaux ? Le nouveau constitutionnalisme des économistes institutionnalistes américains

L'opposition entre objectifs de politique économique et contrôle constitutionnel a revêtu une forme paroxystique dans le contexte américain de la fin du XIX^{e} et du début du XX^{e} siècle. La Seconde Révolution Industrielle avait conduit à une spectaculaire concentration du pouvoir économique aux mains de quelques grands groupes, notamment dans les industries de réseaux et dans le domaine énergétique. Cette situation conduisait à remettre en cause le modèle de l'entrepreneur indépendant qui faisait figure de substrat de la société américaine. L'action contre les abus d'opérateurs dominants qui imposaient des conditions contractuelles déraisonnables à leurs partenaires commerciaux ou qui les évinçaient du marché ainsi que les débats autour des conditions de travail conduisirent les économistes et les juristes progressistes à appuyer des législations prises par les états pour contrebalancer les effets des déséquilibres économiques. Il en allait ainsi de la régulation des tarifs des entreprises de réseaux, détentrices de facilités essentielles, et de la législation du travail, qu'il s'agisse de la réglementation de la durée de ce dernier ou des conditions de négociations salariales.

Ce « Progressive Assault on Laissez Faire » pour reprendre le titre de l'ouvrage de Barbara Fried (2001) se heurta à la résistance de la Cour Suprême, laquelle sous l'influence de la *Classical Legal Thought* (Thayer, 1893) limitait drastiquement les capacités des États à promulguer des législations susceptibles d'affecter les droits de

[17] Notons que les analyses d'Hayek ont reçu une confirmation par les travaux de la nouvelle économie comparative. Une analyse économétrique réalisée sur soixante-onze États a conduit La Porta et al. (2004) à conclure que l'indépendance de la justice est fortement corrélée avec les libertés économiques et politiques et que le contrôle constitutionnel l'est avec les libertés politiques.

propriété et les droits contractuels des entreprises[18]. Ces derniers étaient conçus comme des droits fondamentaux qui ne pouvaient être remis en cause que dans des conditions extrêmement restrictives. Il s'agit en l'espèce de la notion du *due process of law*, introduite par le 14e amendement[19]. Celle-ci était interprétée par la Cour Suprême dans le sens d'une protection quasi-absolue offerte par la Constitution aux libertés économiques et notamment aux droits de propriété, la conduisant à rejeter toute législation pouvant en limiter l'exercice. La préservation de ces droits face à une contestation de nature économique (assurer un fonctionnement raisonnable du marché) ne répondait pas seulement à une logique purement juridique fondée sur les droits naturels, elle répondait aussi à une logique économique sous-jacente qui était celle du laissez-faire[20], comme le montre l'opinion dissidente du Juge Holmes dans l'arrêt Lochner du 17 avril 1905[21].

De façon générale, les juristes réalistes et à leur suite les économistes institutionnalistes mettaient l'accent sur le fait que la décision des juges n'avaient pas à être contrainte par des précédents fondés sur des interprétations formées sur un raisonnement juridique déductif refermé sur lui-même. Ils considéraient que cette lecture restrictive du 14e amendement relevait moins de la défense de droits fondamentaux que de celle de conceptions économiques qui n'avaient plus cours du fait des évolutions de l'économie américaine. Ce faisant, le contrôle constitutionnel exercé par la Cour Suprême, et qui faisait pièce aux législations progressistes portées par les Etats, pouvait apparaître à leurs yeux comme une entrave illégitime au pouvoir législatif et empêchait l'adaptation des règles aux nécessités du temps[22]. Les économistes institutionnalistes récusent la neutralité axiologique du raisonnement juridique déductif et prônaient l'intégration d'une logique économique finalisée dans l'interprétation des règles.

[18] La notion de *Judicial restraint* avait été notamment formalisée par James Thayer (1893).
[19] Le premier article du 14e amendement stipule que "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws".
[20] Pour une synthèse, se reporter à Marty (2014b).
[21] L'arrêt Lochner portait sur la régulation de la durée du travail dans le secteur de la boulangerie mise en place par l'Etat de New York en 1895 (10 heures de travail par jour, 6 jours par semaine). La Cour Suprême considéra que cet usage du pouvoir de police était incompatible avec la Constitution des Etats-Unis en ce qu'il restreignait indûment la liberté contractuelle des acteurs économiques. Cette interprétation dissimulait pour Holmes une adhésion au laissez-faire plus qu'un raisonnement juridique. Comme Holmes l'affirma dans son opinion dissidente : « The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics ».
[22] « Je pense que quelque chose de similaire a conduit les gens qui n'espèrent plus contrôler les assemblées législatives à se tourner vers les cours comme interprètes des constitutions et que, dans certaines cours, de nouveaux principes ont été découverts en dehors du corps de ces instruments, qui puissent être généralisés pour aboutir à l'acceptation des doctrines économiques qui ont prévalu il y a cinquante ans et à une interdiction générale de ce qu'un tribunal de juristes ne pense pas être correct » (Holmes, 1897).

La logique de cette approche n'est pas sans lien avec celle qu'imposera plus tard la Seconde Ecole de Chicago. Par exemple, la liberté d'un opérateur dominant à fixer ses prix ne pouvait être mise en question. Une firme ayant obtenu une position de monopole par ses propres mérites peut – et même doit dans le cadre de cette approche – fixer des prix de monopoles. Cette possibilité affirmée par la Cour Suprême dans son arrêt Colgate de 1919 (U.S. v Colgate & Co, 250 US, 1919)[23] ne pouvait satisfaire les institutionnalistes comme Ely et Commons. Pour ces derniers le droit de propriété n'est pas un droit naturel mais une délégation de souveraineté.

L'approche prônée par des économistes institutionnalistes comme John Commons et Richard Ely se rattache à l'approche réaliste américaine et au courant de la *sociological jurisprudence*. L'idée est de réinterpréter l'histoire du droit constitutionnel américain lui-même pour faire face à une jurisprudence de la Cour Suprême rejetant les initiatives des États sur la base de trois principes structurants que sont une philosophie politique individualiste fondée sur une notion de droit naturel lockéenne, une acceptation de la théorie néoclassique qui reconnaît en celle-ci la prédominance de lois naturelles du marché et enfin une intuition selon laquelle le droit est un système auto-référencé qu'il s'agit de protéger de toute ingérence politique et dont la logique interne n'a rien à voir avec des dimensions politiques et sociales (Vancura, 2012).

Dans cette perspective, les droits de propriété et la liberté contractuelles sont deux droits fondamentaux naturels qui préexistent au politique et qu'il s'agit de protéger de toute ingérence de l'Etat sur la base de son pouvoir de police. A l'inverse, les progressistes, tels Roscoe Pound (1912), considéraient que la défense de ces droits individuels devait s'interpréter dans le cadre de la promotion d'objectifs de nature collective et donc être dans une certaine mesure subordonnée à l'intérêt général. De fait, chez Commons (1899), les droits de propriété ne sont plus seulement définis comme un pouvoir sur les choses mais au contraire comme un pouvoir s'exerçant (du fait de l'inégalité de leur distribution) sur les contreparties dans les transactions. Il s'ensuit que le déséquilibre dans la répartition des droits permet à certains acteurs d'exercer un pouvoir de coercition sur les autres et justifie donc une intervention publique. Dans cette logique, le rôle des juridictions est de réguler l'exercice du pouvoir économique en ne considérant plus les droits de propriété comme des droits fondamentaux naturels devant être protégés en eux-mêmes mais en s'autorisant à subordonner leur exercice à des préoccupations de justice sociale[24].

[23] "In the absence of any intent to create or maintain a monopoly, the Sherman Act does not prevent a manufacturer engaged in a private business from announcing in advance the prices at which his good may be resold and refusing to deal with wholesaler and retailers who do not conform to such price".

[24] Comme Vancur (2012) le note, la logique apparaît le plus clairement dans l'implication des économistes institutionnalistes dans les débats sur la régulation des industries de réseaux (voir à ce sujet pour un arrêt de la Cour Suprême allant dans le sens des recommandations des institutionnalistes,

A l'opposé de la vision portée par la Cour Suprême, les institutionnalistes considèrent que le droit lui-même est un construit social qui est basé sur un équilibre transitoire entre des intérêts sociaux antagonistes visant à répartir de façon acceptable le bien-être dans la société. Le juge a un rôle à jouer dans la régulation de ces droits dans le cadre d'un critère de raisonnabilité. La « régulation » des droits, qu'il s'agisse du domaine de la régulation des industries de réseaux ou de la gestion de la relation de travail, correspond à un « nouveau constitutionnalisme » conçu comme la résultante d'un marchandage entre les différentes forces économiques. La Cour Suprême dans ce cadre n'a pas à cristalliser un équilibre au nom d'une approche économique donnée mais doit se comporter comme un arbitre indépendant cherchant une solution raisonnable.

La grille de lecture commonsienne conduit à transposer à la constitution la logique des négociations collectives du marché du travail[25]. L'action collective a dans chaque cas le rôle de contrebalancer les différences de pouvoir de négociation entre les acteurs (Commons, 1924). L'Etat dans cette perspective est considéré comme un répartiteur de droits de propriété organisant des transferts entre acteurs économiques dans une visée de fonctionnement raisonnable et apaisé de l'économie. Les standards de *reasonableness* ou de *reasonable value* devaient de fait guider l'action du législateur et du juge constitutionnel.

Le constitutionnalisme commonsien est donc de nature fonctionnaliste. Il se fonde sur des prescriptions issues de la science économique. L'Etat ainsi que tout le système juridique sont pensés comme un lieu de règlement des conflits liés au partage du bien-être. Le fondement du système juridique n'a pas de nature métaphysique à la John Locke mais résulte dans une logique telle que développée par David Hume d'un construit social dont la forme résulte de l'équilibre de forces antagonistes (Commons, 1934)[26]. La constitution doit alors permettre une évolution des résultats de cette « négociation collective » sur le bien-être social pour tenir compte des changements de conditions économiques et des attentes sociales[27]. L'approche constitutionnelle de

l'arrêt Minnesota rate (Chicago M. & St P. Ry Co v Minnesota, 134 US 418, 1890)). Cependant, la pratique décisionnelle de la Cour Suprême fut bien plus restrictive en matière de régulation des déséquilibres économiques dans les relations de travail qu'elle ne le fut pour la régulation des industries en monopole naturel.

[25] Pour Commons (1899, p.103), " the State is rather the partnership of different classes in government. This partnership is not sporadic and chanceful but is definite, organized, intented".

[26] Pour Commons, une conception des droits fondamentaux en termes de droits naturels tenait à une approche a-scientifique du XVIII^{e} siècle. La nécessité de passer à un nouveau constitutionnalisme était à l'inverse étayée à son sens par les progrès de la science économique…(Vancur, 2012 ; p.103).

[27] Rappelons après Vancur (2012) que la logique sous-jacente de l'approche institutionnaliste se retrouve également en matière de politique de concurrence pour laquelle il s'agissait d'abandonner le laisser-faire au profit d'un contrôle commun de l'industrie entre « travail » et « capital », projet de contrôle commun dont le National Recovery Act de Franklin D. Roosevelt sera une résultante lors du Premier New Deal entre 1933 et 1937 et qui se heurtera lui aussi à la résistante de la Cour Suprême (voir Bougette et al., 2015).

Commons ne s'articule pas sur un modèle économique défini extérieurement aux acteurs comme optimal[28] mais sur une transposition de son analyse des relations industrielles (au sens des rapports capital-travail) le conduisant à formaliser celle-ci comme un *industrial governement*. En d'autres termes, le débat constitutionnel n'est pas appréhendé selon une grille de lecture purement juridique, comme le préconisait la *classical legal thought*, mais dans le cadre d'une analyse de nature socio-économique (Ely, 1914).

Ce nouveau constitutionnalisme n'était donc pas spécifiquement centré dans la sphère juridique, tout comme le sera d'ailleurs l'approche de l'analyse économique du droit. Il s'en distingue cependant en ce qu'il ne met pas en œuvre une ingénierie sociale mais vise principalement à organiser la négociation entre les différentes parties prenantes[29]. Comme le souligne Vancur (2012 ; p.106), la distinction entre l'approche de la première économie du droit portée par les institutionnalistes et l'analyse économique du droit qui la suivra tient au fait que les décisions ne doivent pas être basées sur une notion d'utilité marginale ou de choix rationnel mais sur la demande des parties prenantes d'un règlement équitable des conflits sociaux liés à la répartition du bien-être : « Commons believed that the public demands justice and fairness more than anything else and this is the supreme aim of political institutions ».

Il convient de relever qu'alors que Hayek loue la Constitution américaine par rapport au système britannique, Commons note que le contrôle des actes du Souverain par le Parlement qui caractérise ce dernier[30] est passé dans le cas américain à un contrôle pouvoir législatif par la Cour Suprême au travers de l'exercice de son contrôle constitutionnel[31]. Pour Commons ce rôle n'est pas le fruit d'une règle *a priori* nécessaire et souhaitable en elle-même mais le fruit de contingences historiques (Vancur, 2012 ; p.88). L'adoption par la Cour Suprême d'une interprétation excessive des dispositions du 14^{e} amendement en matière de défense des libertés et des droits de propriété a pour effet, selon les économistes institutionnalistes, de priver le système américain de la flexibilité existante au Royaume-Uni (Ely, 1914) dans lequel le Parlement est l'acteur pivot.

[28] Nous pourrions parler de convention de l'Etat extérieur ou de convention de l'Etat absent en reprenant les catégories de Salais (2015).
[29] Rejoignant ainsi toujours conformément aux conventions de l'Etat chez Robert Salais une logique d'Etat situé.
[30] Act of Settlement de 1700.
[31] Relevons également qu'alors que Hayek adopte une définition négative de la liberté qui aurait pu également être celle des institutionnalistes, ces derniers la définissent moins comme l'absence de coercition (comme le feraient les ordolibéraux) mais comme la liberté positive de choisir entre des alternatives. Le propre du pouvoir économique dans une transaction dite « de rareté » est en effet que la partie dénuée de contrepartie alternative est effectivement en situation de dépendance économique vis-à-vis de celle qui peut disposer d'un contractant alternatif et qui donc peut « retenir le produit », c'est-à-dire refuser la transaction pour s'engager dans une autre.

Relevons que cette approche conduisant à un contrôle de l'exercice des droits de propriété et des libertés économiques au nom de la maîtrise des effets des déséquilibres économiques n'était pas spécifique aux institutionnalistes américains. Pour toujours raisonner dans le domaine concurrentiel, les notions d'abus d'exploitation et d'abus de dépendance économique peuvent venir s'opposer, dans le cadre du droit de la concurrence de l'Union Européenne, à l'exercice de leurs droits par des opérateurs dominants. L'une des racines de ces notions peut être trouvée chez les ordolibéraux allemands (Mongouachon, 2011). Pour ces derniers le principal risque qui pèse sur le processus de concurrence est la concentration du pouvoir économique et l'exercice du pouvoir de coercition qui en résulte. Ce faisant l'opérateur dominant est tenu de se comporter *comme si* il était dépourvu d'un tel pouvoir. Les ordolibéraux admettaient même que l'opérateur dominant pouvait légitimement se voir obligé de céder des actifs pour garantir ce que nous pourrions appeler une structure de concurrence effective (Marty, 2014a).

Il convient en outre de noter que cette acceptation néo-libérale d'un contrôle collectif sur ces droits fondamentaux des opérateurs dominants[32] ne fut pas l'apanage des seuls ordolibéraux allemands mais se retrouvait également aux Etats-Unis au sein de la Première Ecole de Chicago. C'était d'ailleurs le point de partage entre libéraux traditionnels favorables au laissez-faire et donc très restrictifs en matière de mise en cause de ces deux droits et les néolibéraux qui considéraient qu'une intervention publique était nécessaire pour préserver le processus de marché contre lui-même. Le paradoxe tient au fait que la Seconde Ecole de Chicago s'est écartée de l'approche néolibérale d'un Henry C. Simons qui était pourtant à son origine pour renouer avec libéralisme classique au point d'être parfois qualifiée de *Neoclassical Legal Thought*[33].

L'analyse économique se traduisant à ce compte pour reprendre les termes de Van Horn (2010) par *pro-trust antitrust* nulle remise en cause des droits de propriété et de la liberté contractuelle ne saurait être décidée sur une autre base que celle de l'efficience…. Les questions de justice sociale ou de liberté d'accès au marché ne sont pas dans ce cadre tenues pour légitimes. Il est donc à relever que si les institutionnalistes concevaient le droit comme une technologie de régulation sociale, comme un jeu sur la répartition, pour l'analyse économique du droit, ici symbolisée par Posner, les juges doivent maximiser la richesse i.e. l'utilité espérée des parties en

[32] Nous la qualifions ainsi de néolibérale en ce sens qu'elle s'ancre dans la contestation propre aux années trente du laisser-faire manchestérien. Elle considère que le processus de marché est instable en lui-même ou qu'il conduit même à son propre épuisement au travers de la concentration du pouvoir économique. Une intervention active de l'Etat sur la concurrence est conçue comme nécessaire pour corriger ces effets et assurer la pérennité de la concurrence. La *Cité Libre* de Walter Lippmann et le colloque qui fut organisé en son honneur à Paris à la fin des années trente marquent la naissance de cette approche (Clave, 2005).

[33] Pour une analyse plus complète quant à ces développements, se reporter à Bougette et al. (2015).

conflit. La question de la justice distributive est rejetée (comme c'était le cas dans la *Classical Legal Thought*).

IV- LES DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX DES ENTREPRISES MIS EN PERIL PAR L'APPROCHE PLUS ECONOMIQUE DE LA COMMISSION ?

Le retour au libéralisme classique qui pourrait sembler résulter du développement de l'analyse économique du droit dans sa conception chicagoéenne ne signifie pas pour autant une soumission du législateur et du juge à la *rule of law* hayékienne. Le critère d'efficacité prime sur les principes fondamentaux. Ainsi, la sacralisation des droits de propriété et de la liberté contractuelle, caractéristique de la *Classical Legal Thought*, semble ne pas devoir être de mise dans le cadre de la mise en œuvre de l'approche plus économique du droit de la concurrence. Le recours à l'analyse économique du droit en matière concurrentielle, et par extension constitutionnelle, pose en effet plusieurs problèmes, les uns tenant à sa neutralité axiologique et les autres à la prise en compte des droits et libertés fondamentaux dans les décisions qu'elle structure.

La première dimension tient à la scientificité des règles normatives qui dérivent de l'analyse économique. Pour Richard Posner, et plus généralement pour la Seconde Ecole de Chicago, la décision de justice ne doit s'appuyer que sur des faits mesurables pour prévenir le risque de se voir fondée sur des dimensions subjectives, sur des jugements de valeur. La décision doit se baser sur des critères d'évaluations objectifs lui donnant un contenu réfutable (Deschamps et Marty, 2008). A ce titre, l'analyse économique et ses hypothèses de comportements individuels rationnels maximisateurs peuvent structurer le raisonnement et la décision du juge[34]. Faire de l'analyse économique la grammaire de la décision du juge ou de la production de la règle par le législateur conduit à orienter toutes les décisions et toutes les règles vers un objectif d'efficacité économique[35] ou plus directement à les fonder sur un critère de maximisation de la richesse. Cependant, cette ambition peut légitimement être discutée. L'ambition de « substituer l'analyse économique au formalisme juridique » (Zevounou, 2012, p.368) ne saurait être fondée que si celle-ci revêt tous les éléments de la scientificité et notamment son objectivité. Elle peut en effet apparaître, pour reprendre des termes hayékiens comme un scientisme, ou porter de façon implicite des valeurs ou des choix sociaux, qu'elle contribue à sanctuariser par rapport au débat

[34] Notons que dans le cadre de l'approche positive de l'économie formalisée par Milton Friedman, le réalisme des hypothèses n'a pas à être discuté du moment où ces dernières permettent de rendre compte efficacement de la réalité. Le modèle se juge en fonction de ses capacités prédictives et non en fonction du réalisme de ses hypothèses. Richard Posner étend ce raisonnement à la décision de justice elle-même. Pour lui, Même si le juge se fonde sur des catégories juridiques, sur les précédents, tout se passe comme s'il mettait en œuvre de façon implicite un raisonnement économique.

[35] Dans le domaine de la concurrence, le principe d'efficacité est ramené à la maximisation du bien-être du consommateur. Pour une discussion de ces principes, voir Cayla (2014) et Berthonnet (2014).

politique et social en leur revêtant l'habit de la vérité scientifique, paradoxalement irréfutable.

Ce point mène à une seconde dimension qui tient à l'effet performatif des règles et des décisions fondées sur cette analyse économique et à la façon dont elles s'imposent non seulement aux différentes parties prenantes mais aussi éventuellement aux droits et libertés fondamentaux. Le recours à l'analyse économique en matière concurrentielle peut conduire à promouvoir un décisions non plus fondées sur des règles stables, extérieures et identiques pour tous mais sur des arbitrages finalisés au cas par cas pouvant aller à l'encontre de la sécurité juridique des opérateurs économiques en revêtant la forme d'un interventionnisme affectant les structures et contraignant les comportements des acteurs, interventionnisme parfois qualifié de scientiste et de brouillon (Fréget, 2015). Ainsi, les objectifs de recherche de l'efficacité économique et de construction d'un marché concurrentiels peuvent aller à l'encontre de droits fondamentaux ou de principes de nature constitutionnelle[36].

Au niveau général, Robert Salais (2015) montre comment les politiques de concurrence peuvent, si elles sont utilisées dans un sens *régulatoire* tenant à la construction de marchés que l'on souhaite parfaits au sens économique, conduire à une mise entre parenthèses du débat démocratique quant aux choix politiques[37] sur l'autel de considérations d'efficacité économique qui sont présentées comme s'imposant à tous[38].

Au niveau spécifiquement concurrentiel, des remèdes comportementaux ou structurels peuvent résulter de décisions au côté ou à la place des sanctions pécuniaires traditionnelles. Ces remèdes contribuent à brouiller la frontière entre régulation de la concurrence (jouant *ex ante* sur les conditions de la concurrence pour viser un résultat défini comme souhaitable) et application des règles de concurrence (sanctionnant *ex post* des manquements). Ces remèdes, initialement mis en œuvre dans le cadre du

[36] Il serait également possible de prendre un exemple dans le domaine des contrats administratifs. Le Conseil Constitutionnel avait dans sa décision de juin 2003 accepté que les contrats de partenariats dérogent aux règles habituelles de la commande publique sur la base d'une évaluation préalable qui à l'origine reposait sur une démarche en deux temps ; une première de nature juridique tenait à la mise en évidence d'une possibilité de dérogation sur la base de deux critères possibles, l'urgence et la complexité ; une seconde de nature purement économique reposait sur la comparaison des coûts entre les différents vecteurs de commandes publiques. Ainsi, un critère d'efficacité économique peut-il permettre de déroger aux principes encadrant la commande publique (accès au marché, interdiction des paiements différés, maîtrise d'ouvrage publique, principe d'allotissement). La loi de juillet 2008 avait consacré cette tendance en faisant de l'efficience économique le troisième critère de dérogation aux côtés de l'urgence et de la complexité.

[37] Dans la mesure où le bien-commun est défini extérieurement aux acteurs, sur la base d'un modèle présenté comme axiologiquement neutre, le choix politique avec ce qu'il suppose de mise en œuvre de délibérations visant à parvenir à un compromis, n'est plus de mise (Salais, 2015, p.255). Ce faisant, pour Robert Salais, le « constructivisme de marché » peut se développer dans un cadre « a-démocatique » dans la mesure où il s'inscrit dans une visée purement technocratique.

[38] « […] L'Etat absent construit une régulation du marché parfait qui doit faciliter le libre jeu de la concurrence de tous contre tous au nom de l'efficacité […] » (Salais, 2015, p.252).

contrôle des concentrations, peuvent mettre en cause la liberté contractuelle et les droits de propriété des opérateurs. Dans le cadre d'une procédure contentieuse (régie par l'article 7 du règlement européen 1/2003), de tels remèdes ne peuvent être prononcés qu'après la caractérisation d'un abus (après une procédure contradictoire) et sont soumis à un contrôle juridictionnel portant notamment sur leur nécessité et leur proportionnalité. Cependant, le lien entre la qualification de l'abus et l'injonction peut parfois paraître ténu.

Par exemple, en droit interne, l'injonction structurelle initialement intégrée dans la Loi Macron n'a pas été semble-t-il censurée par le Conseil Constitutionnel sur la base de sa légitimité même (elle s'applique d'ailleurs dans les outremers[39]) mais surtout sur celle d'une mauvaise qualité de sa rédaction[40]. Il s'agissait pourtant d'un cas extrêmement particulier d'une possible sanction affectant les droits de propriété qui n'était pas conditionnée à la démonstration d'un abus mais simplement de prix ou de marges élevés.

Si en droit européen de la concurrence des injonctions structurelles ou comportementales sont rares, il n'en va pas de même en matière d'engagements. Certes, ceux-ci sont pris par les entreprises sur une base volontaire. Il n'en demeure pas moins que la question des garanties juridictionnelles reste posée pour ces derniers. Les opérateurs dominants, face à une Commission dont les décisions sont de plus en plus structurées par des textes de *soft law* dont elle est elle-même la productrice, peuvent craindre des décisions se traduisant par des sanctions élevées et reposant sur une analyse au cas par cas et non sur des règles formelles permettant de jauger ex ante la conformité des pratiques de marché[41]. Le double phénomène d'économicisation du droit de la concurrence et de montée en puissance des procédures négociées pourrait avoir un effet quelque peu paradoxal.

Les entreprises mises en difficultés pour anticiper la qualification des pratiques et l'évaluation du dommage à l'économie pourraient être incitées à mettre un terme à la procédure quitte à proposer des engagements dont la proportionnalité et la nécessité ne feront pas l'objet d'un réel contrôle juridictionnel (voir l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne, du 29 juin 2010 dans l'affaire C-441/07P, Commission / Alrosa[42]). L'efficacité économique de la décision concurrentielle, ainsi d'ailleurs que

[39] Voir Venayre (2015).
[40] Décision n°2015-715DC du 5 août 2015.
[41] L'objectif lui-même d'une politique de concurrence axée sur la seule défense du bien-être du consommateur peut également être discuté en lui-même notamment quant à sa supériorité revendiquée dans le cadre de la modernisation de la mise en œuvre du droit de la concurrence européen sur l'objectif de garantie d'accès au marché qui peut être vu comme une conciliation entre liberté et égalité des opérateurs économiques (Drexl, 2009).
[42] Patricia Kipiani (2014) souligne que la conséquence de l'arrêt d'Alrosa est de faire porter la responsabilité du contrôle du caractère excessif sur les entreprises qui en sont à l'origine elles-mêmes

celle de la procédure, pourrait se faire au détriment des droits fondamentaux des opérateurs : à la fois en termes de droits de propriété, de liberté contractuelle et de droit aux garanties d'un procès équitable. En d'autres termes, le recours aux procédures négociées pourrait se lire dans une logique d'évitement du contrôle juridictionnel. L'approche plus économique incite possiblement les opérateurs économiques à opter pour des règlements négociés dans la mesure où la qualification de leurs pratiques ne peut plus être garantie *ex ante*, dans la mesure où la Commission s'écarte de l'application de règles formelles au profit d'une analyse au cas par cas basée sur une évaluation économique des effets, évaluation pouvant apparaître comme inductrice d'une insécurité juridique pour les firmes. Dans ce contexte, le recours à des procédures d'engagements peut paraître préférable pour les opérateurs. Il n'en pose pas moins un ensemble de questions liées aux principes fondamentaux, notamment en termes de procès équitable (Fréget, 2015). Ainsi, l'une des conséquences de la montée en puissance du rôle de l'analyse économique en matière de politique de concurrence pourrait-elle être un affaiblissement de la *rule of law* au sens hayékien au profit d'un interventionnisme de nature quasi-régulatoire et posant quoiqu'il en soit un problème de contrôle juridictionnel.

RÉFÉRENCES

Aboal D., Noya N. and Rius A., (2014), "Contract Enforcement and Investment: A Systematic Review of the Evidence", *World Development,* volume 64, December, pp.322-338.

Beard C., (1913), *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, reed. 2004, Dover Publications, 336p.

Berkowitz D. and Clay K., (2006), "The Effect of Judicial Independence on Courts: Evidence from the American States", *Journal of Legal Studies*, Vol. 35, n°2, June, pp.399-440

Berthonnet I., (2014), *De l'efficacité à la concurrence. Histoire d'une synthèse entre économie classique et néolibéralisme*, Thèse es sciences économiques, Université de Lille, décembre.

Borzutzky S., (2005), "From Chicago to Santiago: Neoliberalism and Social Security Privatization in Chile", *Governance*, volume 18, issue 4, pp.655-674.

et non à la Commission qui n'est tenue que par les engagements effectivement proposés par les entreprises.

Bougette P., Deschamps M. and Marty F., (2015), “When Economics met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law”, *Enterprise and Society*, volume 16, issue 2, June, pp.313-353.

Cayla D., (2014), « Concurrence: de quoi parlons-nous? », *Document de Travail*, Université d’Angers, https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00994773v1

Clave F.U., (2005), « Walter Lippmann et le néolibéralisme de *La Cité Libre* », *Cahiers d’Economie Politique*, 2005-1, n°48, pp.79-110.

Coleman J.L., (1980), “Efficiency, Exchanges, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law”, *California Law Review*, volume 68, pp.221-249.

Commons J.R., (1899), “A Sociological View of Sovereignty”, in Rutherford M. and Samuels W., *J.R. Commons: Selected Essays*, Routledge, New York, reed. 1996.

Commons J.R. et al., (1923), *Industrial Government*, Macmillan, New York

Commons J.R., (1924), *The Legal Foundations of Capitalism,* Macmillan, New York.

Commons J.R., (1934), *Institutional Economics. Its Place in Political Economy*, Transaction Publishers, New Brunswick, reed. 1990.

Coriat B., (2013), « Le retour des communs - Sources et origines d’un programme de recherche », *Revue de la Régulation – Capitalisme, Institutions, Pouvoirs,* n°14, 2nd semestre.

de Champs de Saint Léger E., (2011), « Bentham et le droit constitutionnel : morale et législation », *in Bentham juriste. L’utilitarisme juridique en question*, M. Bozzo-Rey et G. Tusseau, s.d., Economica, Paris, collection "Etudes juridiques", pp.161-175.

Deschamps M. et Marty F., (2008), « L’analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Droit Prospectif / Revue de la Recherche Juridique*, n° 22, pp. 2541-2569.

Director A. and Levi E.H, (1956), “Law and the Future: Trade Regulation”, *Northwestern Law Review*, volume 51, pp.284-296.

Drexl J., (2009), “Le droit de la concurrence international: menace ou gardien des droits de l’homme?”, *in* Boy L., Racine J.-B. et Siiriiainen F., s.d., *Droit économique et droits de l’homme,* Larcier, Bruxelles, pp.335-360.

Ely R.T., (1914), *Property and Contract in their Relation to the Distribution of Wealth*, Macmillan, New York.

Fréget O., (2015), *La concurrence, une idée toujours neuve en Europe et en France*, Odile Jacob, Paris.

Fried B.H., (2001). *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement*, Cambridge, MA.: Harvard University Press.

Hayek F., (1945), "The use of knowledge in society", *American Economic Review,* volume 35, n°4, pp.519-530.

Hayek F., (1953), *Scientisme et sciences sociales – essai sur le mauvais usage de la raison*, Plon.

Hayek F., (1960), *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press.

Hayek F., (1973), *Droit, législation et liberté – une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, PUF, Paris 920p (seconde édition 2013).

Gamel C., (2012), « Les Théories de la Justice Vues par un Économiste De «l'Économie du Bien-Être» au «Post-Welfarisme» Contemporain », *AMSE Working Paper*, Aix-Marseille School of Economics, n°26, 18p.

Holmes O.W., (1897), "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, volume 10, p.457 et s.

Kipiani P., (2014), *Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles – analyse des droits français, européen et américain,* Bibliothèque de droit international et de droit de l'Union Européenne, LGDJ, Paris, 596p.

Kirat T., (2012), *Economie du droit*, Repères-La Découverte, Paris, 125p, 2ème édition.

La Porta R., Lopez-De-Silanes F. and Schleifer A., (2004), "Judicial Checks and Balance", *Journal of Political Economy*, volume 112, n°2, pp.445-470.

Mackaay E. et Rousseau S., (2008), *Analyse économique du droit*, Dalloz-Sirey, 638p.

Marciano A. and Khalil E. L., (2012), "Optimization, path dependence and the law: Can judges Promote efficiency?", *International Journal of Law and Economics*, volume 32, pp.72-82.

Marty F., (2012), « La politique de la concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes », in Solis-Potvin L., s.d., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, Bruxelles, juillet, pp. 57-95

Marty F., (2014a), « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché », *in* Solis-Potvin L., (s.d.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, août, pp.341-377.

Marty F., (2014b), « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence: une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'Antitrust américain », *Revue Internationale de Droit Economique*, 4-2014, pp.471-497.

Miller E.F., (2010), *Hayek's The Constitution of Liberty – an Account of its Argument*, The Institute of Economic Affairs, London.

Mongouachon C., (2011), « L'ordolibéralisme: contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, n°4-2011, pp. 70-78.

North D., (2000), *Institutions, Institutional Change and, Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge Ma.

Posner R., (1970), "A Statistical Study of Antitrust Enforcement", Journal of Law and Economics, vol. 13, issue 2, pages 365-419

Posner R., (1981), *The Economics of Justice*, Harvard University Press.

Posner R., (1982), "Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution", *University of Chicago Law Review*, volume 49, number 2, spring, pp.263-290.

Posner R., (1987), "The Constitution as an Economic Document", *George Washington Law Review,* volume 56, issue 4, pp.4-38.

Posner R., (2013), *Reflections on Judging*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 380p.

Pound R., (1912), Social Problems and the Courts, *American Journal of Sociology*, volume 18, issue 3, November, pp.331-341.

Rawls J. (1987), *Théorie de la justice*, éditions du Seuil, Paris, éd. originale 1971, *Harvard University Press*, Cambridge (Ma.)

Rizzo M.J., (2011), *Austrian Law and Economics*, Edward Elgar, 1488p.

Rousseva E., (2012), "Reflections on the relevance and proof of efficiency defences in modern EU antitrust Law", *in* Bourgeois J. and Waelbroeck D., eds, *Ten years of effects-based approach in EU competition law: State of play and perspectives*, GCLC Annual Conference Series, Bruylant, pp.242-292.

Salais R., (2015), « Revisiter la question de l'Etat à la lumière de la crise de l'Europe », *Revue française de socio-économie,* 2015-2, hors-série, pp.245-262.

Thayer J.B., (1893),"The Origin and Scope of American Doctrine of Constitutional Law, *Harvard Law Review,* volume 7, pp.129 et s.

Vancura M., (2012), “John R. Commons and American Constitutionalism”, *Studi e Note di Economia,* anno XVII, n°1, pp.73-111.

Van Horn R., (2010), “Chicago’s Shifting Attitude toward Concentrations of Business Power (1934-1962)”, *Seattle University Law Review*, volume 34, pp.1527–1544.

Venayre F., (2015), « L'efficacité du pouvoir ultramarin d'injonction structurelle en question», *GREDEG Working Paper No. 2015-50*.

Zevounou L., (2012), *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Bibliothèque de droit public, tome 272, LGDJ, 466p.

DOCUMENTS DE TRAVAIL GREDEG PARUS EN 2016
GREDEG Working Papers Released in 2016

2016-01 Christian Longhi, Marcello M. Mariani & Sylvie Rochhia
Sharing and Tourism: The Rise of New Markets in Transport

2016-02 Nobuyuki Hanaki, Eizo Akiyama & Ryuichiro Ishikawa
A Methodological Note on Eliciting Price Forecasts in Asset Market Experiments

2016-03 Frédéric Marty
Les droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'efficacité économique : une application à la politique de la concurrence