

Une perspective historique sur la construction et l'application des règles de concurrence

Frédéric MARTY

CNRS - GREDEG université Nice Sophia Antipolis

OFCE



Une construction récente et précaire?

2

- 1936 : Séminaire du groupe X-Crise - A. Detoeuf (PDG d'Alsthom) *La fin du libéralisme*
 - La nécessité de l'*organisation* pour faire face aux conséquences d'une concurrence destructrice et conjurer le risque d'un dirigisme étatique
- 1933-35: La NRA américaine (faisant suite au moins partiellement au mouvement en faveur d'une concurrence régulée - L. Brandeis mais également G. Swope (CEO de GE))
- Un refus des principes mêmes la concurrence en temps de crise appartenant au passé?
 - *Rien de moins évident au vu des crispations post 2008....*

Une construction récente et précaire?

3

- Une perspective historique
 - Des législations récentes à l'échelle historique
 - Des mises en œuvre pour le moins progressives...
 - Des critères et objectifs sinon mouvants du moins sujets à des anticipations contradictoires
 - Une effectivité tardive et sujette à débats
- Une présentation des cas américains et européens (notamment français eu égard à son « exemplarité »)

Sources bibliographiques

- « La politique de concurrence comme levier de la politique industrielle dans la France de l'après-guerre », avec Claude Didry, *Document de travail OFCE*, n° 2015-23, septembre 2015, 26p.
- “When Economics met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law”, with Patrice Bougette and Marc Deschamps, *Enterprise and Society*, volume 16, issue 2, June 2015, pp.313-353
- “Towards an Economics of Convention-Based Approach of the European Competition Policy”, *Historical Social Research*, volume 40 (2015), issue 1, pp.94-111
- « 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.
- « 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 2014, pp.341-377.

La lente et controversée construction de l'Antitrust américain (1/6)

5

- Le Sherman Act : une loi de circonstance échappant à son promoteur
 - Un débat politique en partie lié au tarif extérieur, question bien plus sensible
 - Une absence de support économique : aucune publication dans la période
 - Une base juridique de Common Law : la notion de *monopolisation* issue du droit anglais
 - Le choix d'un *enforcement* par les tribunaux de l'ordre judiciaire dans un contexte peu porteur, celui de la prédominance de la *Classical Legal Thought*
- Quelques paradoxes
 - Les prix dans les secteurs « trustés » baissent plus que dans les autres : mise en cause de l'analyse fondée sur le bien-être du consommateur
 - Questions centrales de l'accès au marché et de la sanction des *robber barons*

La lente et controversée construction de l'Antitrust américain (2/6)

6

- L'ère progressiste et le contournement du « conservatisme » des tribunaux
 - FTC Act et Clayton Act de 1914 : stratégie de contournement (cf. section 5 FTC Act)
 - Critiques de Th. Roosevelt
 - “[Antitrust] has occasionally done good, has usually accomplished nothing, has generally left the worst conditions wholly unchanged, and has been responsible for a considerable amount of downright and positive evil”.
- Scepticisme des économistes institutionnalistes par rapport au cadre économique de référence (cf. Commons)
 - La concentration est conçue comme un facteur d'efficacité économique
 - Le monopole peut être plus efficace que la concurrence (éviter le gaspillage des ressources, garantir la stabilité des anticipations,...)
 - Prise en compte des phénomènes de dépendance économique, d'asymétrie des pouvoirs de négociation dans les transactions
 - Le monopole doit pour autant être régulé → la souveraineté doit équilibrer le pouvoir de monopole, à défaut de coordination pour compenser le pouvoir de marché
 - Notions de *stability* et de *fairness*

La lente et controversée construction de l'Antitrust américain (3/6)

7

- De la Grande Guerre au NRA : la recherche d'une concurrence régulée
 - Expérience de l'économie de guerre
 - War Industries Board (1917) : « managed competition »
 - A. Eddy (1917), *The New Competition*
 - Fair Trade League de Brandeis
 - La libre concurrence est « blind, vicious, and unreasoning »
 - Proposition d'une “private self-regulation by industrial associations coupled with public oversight”
 - Mouvement convergent avec les demandes des grandes entreprises (GE notamment)
 - NRA : cartellisation avec supervision gouvernementale

La lente et controversée construction de l'Antitrust américain (4/6)

8

- La conversion à l'Antitrust 1937-45
 - Le revirement du Second New Deal
 - 29/4/1938: discours anti-monopoles de Roosevelt (contexte macroéconomique à prendre en compte)
 - D'un *enforcement* sporadique et vacillant à une politique volontariste
 - Thurman Arnold à la tête de l'ATR
 - Une nuance : il ne s'agit pas chez lui d'attaquer la puissance économique en elle-même mais de faire passer les gains d'efficacité aux consommateurs
 - Un consensus économique tardif (institutionnalistes et 1^{ère} Ecole de Chicago)
 - Simons accepte l'idée d'une limitation du pouvoir économique (logique du Colloque Lipman, 1938) - l'efficacité passe en second, il faut garantir la liberté de la fixation des prix (ouverture vers la notion de no-faulty monopoly)
 - Un contexte jurisprudentiel favorable
 - Décision de la Cour Suprême *West Coast Hotel Co v Parrish* (1937) → fin de l'ère *Lochner*
- L'acmé d'Alcoa 1945

La lente et controversée construction de l'Antitrust américain (5/6)

9

- La construction de la 2nde Ecole de Chicago
 - Suite à *La route de la servitude*, Hayek (alors à la LSE) obtient du Volker Fund, le financement d'un programme de recherche sur l'Antitrust, qu'il confie à Simons.
 - Celui-ci est mis en place à la Faculté de droit de l'Université de Chicago par Director et Levi (Free Market Studies puis Antitrust Program 1947-1957)
- Synthèse des travaux réalisés dans ces deux programmes: *Trade Regulation* (Director et Levi, 1957)
 - Attaque en règle de la décision Alcoa du juge Learned Hand (1945)
 - Un seul critère efficacité économique → le juge ne doit pas arbitrer entre différents objectifs ou valeurs (cf. Bork, 1966)
 - Refus de la notion de *living profit*, le but de l'Antitrust ne doit pas être la dispersion du pouvoir économique : rejet de la notion de concurrence effective

La lente et controversée construction de l'Antitrust américain (6/6)

10

- Le virage chicagoéen de la pratique décisionnelle de la Cour Suprême
 - 1977 GTE Sylvania - application d'une règle de raison et non plus d'une règle d'interdiction per se
 - Deux remarques
 - L'économisation a commencé dès les années 60 au sein de la FTC / contrôle des concentrations; elle est consacrée par la nomination de Baxter à la tête de l'ATR par Reagan
 - La 2nde Ecole de Chicago passe bien vite de la défense d'une règle de raison à la promotion d'une règle d'autorisation per se de certaines pratiques (cf. Posner, 1981)
 - Argument du faux positif et de son coût social → cf. Rapport 2008 du DoJ

La lente genèse du droit de la concurrence en Europe (1/6)

11

Le cas français : un souci de longue date... une réponse administrative

- Des principes clairs
 - La Révolution : libertés économiques (décrets d'Allarde, 2 et 17 mars 1791, loi Le Chapelier, 14 juin 1791) et thématique des *accapareurs* (loi du 26 juillet 1793)
 - Code civil de 1810 : prohibition des ententes (article 419)
- Une application contradictoire
 - Le cartel est vu dans l'entre-deux-guerres comme un fait économique inévitable voire souhaitable en termes d'efficacité mais devant être régulé
 - Expérience de l'économie de guerre
 - Incohérences des politiques publiques : tolérance malgré des projets de lois avortés (1926, 1935)
- Des velléités de cartellisation à la divine surprise de l'ordonnance de 1953
 - À partir de 1935, des décrets lois valident des cartels sous l'égide de l'Etat
 - Cartellisation et étatisation de l'économie par les vichistes
 - 1945 : ordonnance sur les prix → logique de prix administrés, échec de plusieurs propositions de lois (1950) visant à contrôler les ententes
 - 1953 : décret créant le Comité Technique des ententes
- Les spécificités d'un modèle « administratif » et finalisé
 - La concurrence comme outil de politique industrielle

La lente genèse du droit de la concurrence en Europe (2/6)

12

- Une absence de règles de concurrence avant la Première Guerre Mondiale au niveau européen
 - Des principes de base non admis
 - 1892 Mogul Steamships - Chambre des Lords
 - 1897 Reichgericht (licéité des cartels sur la base de la liberté contractuelle)
 - Echec des projets suédois et austro-hongrois (Gerber, 1994)
- Une seule tentative dans l'entre-deux-guerres avec la République de Weimar (1923)
 - Origine de l'Ecole de Fribourg

La lente genèse du droit de la concurrence en Europe (3/6)

13

- L'étatisation, la cartellisation et la fermeture des économies (1929-1945)
 - Le cartel condition de l'efficacité économique et outil d'insertion dans le commerce international
 - Une influence américaine dans l'immédiat après-guerre?
 - Via le Plan Schuman (1950)/ CECA
 - Via la politique des alliés en Allemagne
 - Les 4D : dénazification, démocratisation, démilitarisation et décartellisation
 - Cependant, le pragmatisme l'emporte vite dans la Bizone... en faveur des grandes entreprises
 - Impulsion interne par Ludwig Ehrard
- 1^{ère} loi sur le continent : le Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act britannique de 1948 : effectivité discutable...

La lente genèse du droit de la concurrence en Europe (4/6)

14

- Des racines internes : l'ordolibéralisme allemand
 - Pour autant, une vision ne faisant pas consensus en RFA au début des années cinquante, notamment auprès du patronat (pas d'interdiction *per se* des cartels mais préférence pour un contrôle *ex post*)
 - Un projet de 1952 envisageait une autorité spécialisée et acceptait *de facto* les cartels de crise, les cartels de rationalisation, les cartels d'exportation...
 - Adoption difficile de la loi sur la concurrence le 19 juillet 1957
 - Vue par les contemporains comme ambiguë et décevante (pas de prohibition *per se*)

La lente genèse du droit de la concurrence en Europe (5/6)

15

- Le compromis du Traité de Rome
 - La loi allemande n'était promulguée mais influence des ordolibéraux au travers de la composition de la délégation allemande
 - Rapport Spaak (21 avril 1956) : recherche d'un consensus avec la logique administrative et discrétionnaire française
 - Un compromis décevant?
 - Parallèle avec la Haute Autorité de la CECA

La lente genèse du droit de la concurrence en Europe (6/6)

16

- Une construction de la politique de concurrence européenne par la pratique décisionnelle
 - Rôle moteur de la Commission, notamment sous Hallstein mais rapide enlisement (Règlement 17/62)
 - Construction de fait par la pratique décisionnelle de la Cour de Justice (approche téléologique à la Gerber (1998))
- Quelques questions ouvertes
 - ✓ *Construction du cadre concurrentiel par la pratique décisionnelle*
 - ✓ *Les règles de concurrence comme ressources d'action pour les parties prenantes?*
 - ✓ *Quelle place pour les intentions du législateur?*
 - ✓ *Quelle influence de l'analyse économique dans la dynamique du droit de la concurrence?*