

Où va le droit de la concurrence ?

LOUIS VOGEL

*Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Vice-Président de l'AFEC*

1. Le droit de la concurrence a toujours entretenu des rapports privilégiés avec l'économie mais, plus que jamais aujourd'hui, l'économie monte en puissance au point que se produit une véritable « économisation » du droit de la concurrence. Bien sûr, le droit de la concurrence au sens strict, le droit antitrust (ententes, abus de position dominante, concentrations) est concerné au premier chef : il ne constitue que la mise en forme juridique d'une théorie économique, la théorie des prix. La phrase souvent répétée par le juge américain « le droit de la concurrence ne protège pas les concurrents, mais la concurrence » reflète parfaitement ce fait. Le droit antitrust ne protège directement ni les personnes ni les biens. Le marché constitue son seul objet, l'entreprise, son seul sujet, au point que la personnalité juridique, condition essentielle de la responsabilité, importe peu en droit de la concurrence, sauf, exceptionnellement, lorsque l'autorité inflige une sanction.

2. Pour réguler la concurrence, les juristes, comme à leur habitude, incriminent les comportements fautifs, qu'ils qualifient d'anticoncurrentiels. Or, du point de vue économique, les comportements de l'entreprise comptent bien moins que leurs effets sur le marché. Les comportements à l'origine des effets ne joueraient-ils donc dans ce domaine aucun rôle ? Certes pas ! D'abord, les comportements laissent parfois présumer certains effets : ils ne constituent alors qu'une application de la théorie des effets (c'est le cas des restrictions par objet). Plus fondamentalement, les comportements, inscrits dans les règles dès l'origine, après avoir connu un effacement progressif, sont réapparus au cours de leur application. L'évolution de la notion d'abus de position dominante se décompose en trois temps. Pris à la lettre, les textes autorisent la position dominante et ne prohibent que l'abus. Mais, progressivement, un mouvement d'objectivation s'est produit : tout comportement, quelles que soient ses caractéristiques intrinsèques, a

été jugé abusif dès lors qu'il maintenait ou renforçait la position dominante de l'entreprise. Des comportements parfaitement légitimes en eux-mêmes, c'est-à-dire licites lorsqu'ils étaient adoptés par une entreprise non dominante, ont ainsi été qualifiés d'abusifs du seul fait qu'ils émanaient d'une entreprise dominante. Les autorités de contrôle ont fini par considérer que les entreprises dominantes encourent une « responsabilité particulière » : la source de l'illicéité ne résidait plus dans le comportement de l'entreprise mais dans les effets de ce comportement sur le marché. La démarche, d'un point de vue économique, se comprend parfaitement : seule la position dominante affecte le marché, non l'abus. Mais l'incrimination de la position dominante pour elle-même prive la règle de tout caractère normatif. Une entreprise peut être sanctionnée indépendamment du comportement qu'elle a adopté, en raison de la situation du marché sur lequel elle intervient, même si elle n'en constitue pas la cause. La sanction devient inévitable car la règle ne fournit plus de norme permettant à l'entreprise de l'éviter. Ceci explique – troisième temps – la réapparition, dans tous les systèmes juridiques, de conditions de comportement au sein des règles de concurrence auparavant objectivées. Dans le dernier état de la jurisprudence européenne, le juge considère comme abusif tout maintien ou renforcement d'une position dominante, mais seulement lorsqu'il est obtenu « grâce à des moyens anormaux de concurrence ». Les comportements ne s'effacent donc que relativement devant les effets.

3. Plus récemment, la place grandissante de l'économie en droit de la concurrence s'est manifestée par la montée en puissance de la notion d'efficacité économique. Même non explicitement mentionnée, l'efficacité économique existait dès l'origine : l'article 101, paragraphe 3, TFUE, qui reprend l'article 85, paragraphe 3, du Traité CEE, exempté toute entente qui contribue au progrès technique ou économique, même si elle porte atteinte à la concurrence, à condition toutefois que cette atteinte demeure limitée, c'est-à-dire n'élimine pas la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Les lignes directrices ont ensuite substitué la notion de gains d'efficacité à celle de contribution au progrès technique ou économique, et développé une méthode d'analyse de ces gains. Mais les applications de la notion d'efficacité économique demeurent encore limitées.

4. Même si le droit résiste, l'économie occupe une place de plus en plus importante en droit de la concurrence. L'influence grandissante de l'économie sur les règles de la concurrence se manifeste aujourd'hui à la fois au

travers de l'effacement relatif des comportements au profit des effets et de la montée en puissance de la notion d'efficacité économique.

I – L'EFFACEMENT RELATIF DES COMPORTEMENTS AU PROFIT DES EFFETS

A. La substance des règles

5. L'analyse peut se mener d'un double point de vue: diachroniquement, en examinant l'évolution du droit de la concurrence dans le temps; synchroniquement, en effectuant un arrêt sur image sur quelques règles actuelles.

1. Analyse diachronique

6. La cartographie de l'ensemble des règles de concurrence révèle une évolution en quatre temps, dans le sens d'une objectivation croissante. Première figure du tableau, la théorie jurisprudentielle de la concurrence déloyale, apparue au XIX^e siècle, qui protège les commerçants contre leurs concurrents¹: la responsabilité implique une faute civile et est mise en œuvre par le juge judiciaire. Arrive ensuite, en France, le droit de la transparence et des pratiques restrictives qui règle les rapports des entreprises avec leurs partenaires. Ce droit ne requiert plus qu'une faute concurrentielle (la revente à perte ou l'imposition d'un prix de revente ne constitue pas une faute civile) et est indifférent aux effets sur le marché; la décision est toujours rendue par le juge judiciaire mais les enquêtes sont menées par une autorité de concurrence spécialisée, la DGCCRF. L'objectivation se poursuit avec le droit de la concurrence au sens strict. Une entente anticoncurrentielle, un abus de position dominante ou, *a fortiori*, une concentration ne constitue ni une faute civile au sens du droit commun, ni une faute concurrentielle au sens des pratiques restrictives, mais une faute concurrentielle en raison de ses seuls effets sur le marché. Le juge ordinaire n'intervient plus que marginalement (par voie d'exception ou pour attribuer des dommages-intérêts), et les enquêtes sont menées par la DGCCRF ou l'Autorité de la concurrence, cette dernière étant investie seule du pouvoir de décision. Enfin, quatrième temps, heureusement non encore advenu en France: le contrôle du degré de concentration du

1. Même si les autorités européennes considèrent que le contrôle des aides d'État fait partie intégrante du droit antitrust, ce droit ne constitue en réalité dans sa forme actuelle qu'un développement moderne de la théorie de la concurrence déloyale.

marché. L'objectivation devient alors totale puisqu'aucun comportement, même non fautif, n'est plus requis et que le contrôle est déclenché dès que certains seuils de concentration du marché sont franchis. Le projet français d'injonction structurelle², invalidé par le Conseil constitutionnel³, s'inscrivait dans cette tendance.

7. Pourquoi tous les pays du monde occidental ont-ils successivement décliné ces étapes ? En réalité, l'efficacité ne constitue pas seulement la finalité du droit de la concurrence mais semble commander l'évolution des règles elles-mêmes : pourquoi contrôler les relations inter-entreprises, alors que les rapports collectifs noués sur le marché entraînent des dysfonctionnements bien plus importants ? Pourquoi attendre que des ententes ou abus de position dominante se produisent et ne pas réglementer directement les opérations de concentration à leur origine ? Pourquoi contrôler les opérations de concentration alors que seul importe du point de vue concurrentiel le degré de concentration des marchés sur lesquels elles interviennent ?

2. Analyse synchronique

8. Deux doctrines jurisprudentielles aujourd'hui généralement appliquées en Europe illustrent la tendance des autorités de concurrence à faire prévaloir le contrôle des effets sur celui des comportements. La théorie de l'effet cumulatif, apparue dès les années 1960 en droit européen, permet de sanctionner une entente aux effets minimes, dès lors qu'elle s'inscrit dans un faisceau d'accords parallèles et participe de cet effet restrictif cumulatif. En fait, la dernière entente est punie pour toutes les autres. Efficace sur le plan économique, la méthode est difficilement admissible du point de vue juridique. Aussi le juge européen a-t-il rapidement corrigé cette responsabilité illimitée du fait d'autrui et posé une condition supplémentaire qui permet d'individualiser l'incrimination. Pour être sanctionnée, l'entente en cause doit désormais contribuer « significativement » à l'effet cumulatif⁴. Plus récemment, les autorités de concurrence ont inventé une qualification nouvelle, l'entente complexe, que les rédacteurs des textes européens ou français n'avaient pas prévue. Selon cette théorie, une entreprise peut être tenue responsable d'une entente globale indépendamment de son propre comportement, lorsqu'elle a consenti à l'adoption d'un plan global, participé directement à tous les éléments de l'entente ou, si elle n'a participé

2. Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* 7 août 2015, art. 39.

3. Cons. const., déc. n° 2015-715 DC du 5 août 2015, pts 27 et suivants.

4. CJCE, 28 février 1991, *Delimitis c. Henninger Brau AG*, aff. C-234/89.

qu'à certains d'entre eux, lorsqu'elle savait ou devait nécessairement savoir que sa participation s'inscrivait dans un plan global dont elle connaissait la portée⁵. L'entreprise n'échappe à l'incrimination de l'entente globale qu'à la condition d'établir qu'elle ne connaissait pas les autres volets de l'entente ou de s'en distancier publiquement⁶. Bien qu'elle allège ainsi considérablement la charge de la preuve qui pèse sur les autorités de contrôle, la théorie de l'entente complexe ne les dispense pas entièrement de la nécessité d'établir un lien de causalité entre le comportement de l'entreprise et l'effet anticoncurrentiel.

B. La structure des textes

9. L'importance croissante des effets transparaît parfois au travers de la structure même des textes de droit de la concurrence.

10. Les premiers règlements d'exemption adoptés dès 1967 définissaient trois types de clauses contractuelles : noires, blanches et grises. Les clauses noires (accords d'achat exclusif, de distribution exclusive ou de franchise conclus entre fabricants concurrents, clauses limitant la liberté de fixation des prix du franchisé ou du licencié...) ne bénéficiaient pas de l'exemption par catégorie. Les clauses blanches ne portaient pas atteinte à la concurrence parce qu'elles visaient, par exemple, à maintenir l'identité et la réputation d'un réseau de franchise ou étaient justifiées par l'exploitation d'un brevet dans un accord de licence. Les clauses grises représentaient l'ensemble des clauses qui pouvaient bénéficier dans certaines circonstances de l'exemption par catégorie. Ces règlements à clauses ont été progressivement jugés trop lourds, trop directifs et, en vérité, trop « juridiques ». Les autorités européennes ont alors élaboré des règlements d'exemption plus souples : elles ont supprimé les clauses blanches et grises. En pratique, elles ont inversé la structure normative des textes : au lieu de se préoccuper d'abord des clauses et accessoirement des situations de marché, les nouveaux règlements visent avant tout les situations de marché et accessoirement les clauses. Les règlements d'exemption de seconde génération ont ainsi introduit des seuils de puissance économique, calculés en parts de marché, en deçà desquels

5. Comm. eur., déc. 94/601, 13 juill. 1994, *Carton* (aff. IV, 33.833), *JOCE*, n° L. 243, 19 sept. 1994; déc. 94/599, 27 juill. 1994, *PVC* (aff. IV, 31.865), *JOCE*, n° L. 239, 14 sept. 1994. Sur le cas d'une entreprise n'ayant pas participé à toutes les réunions : CJCE, 8 juill. 1999, *Anic Partecipazioni SpA*, aff. C-49/92; Trib UE, 16 nov. 2011, *Low & Bonar plc*, aff. T-59/06; Trib. UE, 16 nov. 2011, *Plásticos Espanoles SA*, aff. T-76/06.

6. CJUE, 4 juill. 2013, *Aalberts Industries NV*, aff. C-287/11 P; TPICE, 6 avr. 1995, *Tréfileurope Sales SARL*, aff. T-141/89; TPICE, 20 mars 2002, *Lögstör Rör GmbH*, aff. T-16/99; TPICE, 20 mars 2002, *Brugg Rohrsysteme GmbH*, aff. T-15/99.

l'accord est exempté, sauf clause noire ou rouge⁷. La prise en considération des effets s'est ainsi largement substituée à l'analyse des comportements et l'efficacité du contrôle a pris le pas sur la sécurité juridique des entreprises.

11. Aujourd'hui, les lignes directrices ou « *Guidelines* », qui se développent dans l'ensemble des droits de la concurrence, constituent un droit mou, une « *soft law* », qui, progressivement, prend la place des règlements qu'elles interprètent. Le règlement restrictions verticales⁸ constitue l'une des premières illustrations de ce phénomène : plus que 10 articles contre 229 considérants pour ses lignes directrices⁹. Souples et dépourvues de valeur normative, les *Guidelines* représentent des guides d'interprétation économique des règlements et sont, de ce fait, largement fondés sur une analyse des effets. Leur portée ne cesse de s'étendre : dans certains cas, elles se substituent purement et simplement aux règlements d'exemption. Ainsi, les Lignes directrices coopération horizontale¹⁰ ne se limitent pas à interpréter les deux règlements de base spécialisation et recherche-développement, mais se réfèrent aussi aux accords de sous-traitance, d'achat, de commercialisation, de normalisation et même aux échanges d'informations. Or, la multiplication des lignes directrices rejait directement sur la conception de la règle : un texte de droit mou ne s'applique pas comme un texte normatif. Dans l'arrêt *Spar* du 7 juin 2013¹¹, le Tribunal de l'Union déclare ainsi « qu'il ne saurait être considéré que la valeur de l'IHH¹² après la concentration fournit un indice clair de l'existence de problèmes concurrentiels puisqu'elle ne dépasse pas de manière prononcée le seuil IHH de 2000 [...]. Seul le delta franchit clairement le seuil IHH correspondant ». Le dépassement du seuil fixé par les lignes directrices ne déclenche donc aucune sanction, car, selon le juge, ce type de texte ne pose pas de règle

7. En distinguant désormais les clauses noires (qui privent l'accord dans sa totalité du bénéfice de l'exemption) des clauses rouges (qui s'opposent à l'exemption d'une obligation déterminée sans remettre en cause l'exemption de l'accord dans son ensemble) les règlements d'exemption de nouvelle génération abandonnent la règle traditionnelle du « tout ou rien » et prennent le parti de la souplesse.

8. Règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 de la Commission concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE*, n° L. 102, 23 avril 2010.

9. Comm. UE, communic. n° 2010/C 130/01, Lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE*, n° C 130, 19 mai 2010.

10. Comm. UE, communic. n° 2011/C 11/01, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *JOUE*, n° C 11, 14 janv. 2011.

11. Trib. UE, 7 juin 2013, *Spar Österreichische Warenhandels AG c. Commission*, aff. T-405/08.

12. Indice *Herfindahl-Hirschman*, qui permet de mesurer le degré de concentration des marchés entre 0 (marché atomistique) et 10000 (monopole pur).

mais fournit seulement une orientation. Mais que restera-t-il du droit s'il se limite à n'être plus qu'une liste d'orientations ? Si la non normativité correspond parfaitement à la souplesse requise par l'analyse économique, le juriste accepte difficilement autant d'incertitude, car elle heurte directement le principe de sécurité juridique et d'égalité devant la loi. Mais là encore, la substitution des effets aux comportements n'a pas été poussée jusqu'à son terme puisque le juge a ensuite conféré un certain degré de normativité à ces instruments en considérant qu'ils liaient au moins les autorités dont ils émanaient (indépendamment des effets produits sur le marché)¹³.

12. Point d'aboutissement de l'évolution des textes, la structure du règlement européen sur le contrôle des concentrations du 20 janvier 2004¹⁴ illustre particulièrement la montée en puissance de la théorie des effets. La définition de l'opération de concentration n'apparaît qu'à l'article 3 du règlement... après la description des seuils de contrôle (article 1^{er}) et des éléments d'appréciation des concentrations (article 2). La rédaction du règlement se situe aux antipodes d'une démarche juridique : les effets de la concentration sont appréhendés et appréciés avant même que l'autorité ait vérifié si l'on était bien en présence d'une concentration au sens du règlement. De là à penser que si les effets anticoncurrentiels de l'opération sont importants, les éléments constitutifs de la concentration seront nécessairement réunis, il n'y a qu'un pas, que l'économiste, au nom de l'efficacité du contrôle, franchira peut-être, mais que le juriste n'acceptera jamais.

II – LA MONTÉE EN PUISSANCE DE L'EFFICIENCE

13. L'efficacité constitue à la fois un objectif interne et externe à la règle. D'abord, l'efficacité a toujours constitué un élément de l'analyse concurrentielle : le droit de la concurrence ne protège pas la concurrence pour elle-même, mais seulement parce qu'elle est présumée réaliser la plus grande efficacité économique possible. Un bilan concurrentiel négatif peut toujours être compensé, sous certaines conditions, par une contribution suffisante à l'efficacité. Ensuite, les autorités de concurrence ont cherché à rendre l'application des règles elle-même plus efficace au point

13. CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri*, aff. C-189/02 P, pt 211 ; CJCE, 21 sept. 2006, *JCB Service*, aff. C-167/04 P, pts 207 et 208 ; CJUE, 19 juill. 2016, *Tadej Kotnik e.a.*, aff. C-526-14, pts 39 et 40.

14. Règlement (CE) du Conseil n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n° L. 24, 29 janv. 2004.

que toute l'évolution du droit de la concurrence peut s'expliquer par la recherche d'une plus grande efficacité du contrôle.

A. La règle d'efficacité

14. Les textes relatifs aux ententes ont toujours admis qu'une contribution suffisante au progrès économique et technique « rachetait » une entente anticoncurrentielle, mais, paradoxalement, le règlement concentration ne faisait à l'origine aucune allusion aux gains d'efficacité. Comment expliquer une telle incongruité alors que les concentrations représentent les opérations les plus susceptibles d'entraîner des gains d'efficacité ? Essentiellement du fait de l'opposition de l'Allemagne à toute possibilité d'exemption d'une concentration anticoncurrentielle fondée sur des motifs extra-concurrentiels ou de politique industrielle¹⁵ auxquels la France se montrait en revanche très attachée¹⁶. La notion de gains d'efficacité n'est apparue que très récemment¹⁷ dans les textes¹⁸. Dans ses Lignes directrices de 2004 relatives à l'application de l'article 101, paragraphe 3¹⁹, la Commission identifie pour la première fois la contribution au progrès économique à des gains d'efficacité. Dans sa Communication de 2008 relative aux abus d'exclusion²⁰, elle va plus loin puisqu'elle crée un véritable système d'exemption propre à l'article 102 permettant à une entreprise dominante de justifier un

15. Ce qui explique la répétition des alinéas 2 et 3 de l'article 2 du règlement, dans le seul but de fermer définitivement la porte à toute possibilité d'exonération : « 2. Les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun. » « 3. Les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun. »

16. Les rédacteurs du règlement ont fait preuve d'un extraordinaire esprit de compromis en n'hésitant pas à sacrifier la cohérence du texte au rapprochement des positions : parmi les critères d'appréciation de l'atteinte à la concurrence, ils ont notamment fait figurer « [les] intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que [...] l'évolution du progrès technique et économique ».

17. Ce que la Commission n'a pu que constater dans sa première décision d'interdiction. Comm. eur., déc. 2 oct. 1991, *Aérospatiale/Alenia/De Havilland*, aff. n° IV/M.053, *JOUE*, n° L. 334, 5 déc. 1991.

18. Pour être honnête, les textes ne parlent pas de gains d'efficacité mais de gains d'efficacité. La première expression m'apparaît toutefois plus juste car elle se réfère à un rapport : le plus de résultat possible avec le moins de moyens possibles, alors que la seconde se contente de comparer les résultats obtenus aux objectifs fixés.

19. Comm. eur., communic. n° 2004/C 101/108, Lignes directrices sur l'application de l'article 81, § 3, CE, *JOUE*, n° C 101, 27 avril 2004.

20. Comm. eur., communic. n° 2009/C 45/02 du 3 décembre 2008, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JOUE*, n° C 45, 24 févr. 2009.

comportement abusif si elle prouve qu'il entraîne des gains d'efficience²¹. Enfin, le préambule du règlement 139/2004 du 20 janvier 2004²² précise que « pour déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, il convient de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées ». Toutefois, il a fallu attendre les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales de 2004²³ et celles sur l'appréciation des concentrations non horizontales de 2008²⁴, pour que la Commission développe un véritable système d'appréciation des gains d'efficience dans le domaine du contrôle des concentrations. La lecture des lignes directrices permet de comprendre pourquoi la portée des gains d'efficience demeure si limitée en pratique²⁵. Pour être pris en considération, il faut en effet, selon la Commission, que les gains d'efficience : (1) profitent aux consommateurs²⁶; (2) ne soient pas trop éloignés dans le temps pour produire un véritable effet de compensation; (3) soient effectivement répercutés sur les consommateurs; (4) soient la conséquence directe de l'opération et ne puissent pas être obtenus au moyen d'alternatives moins anticoncurrentielles; (5) soient vérifiables, c'est-à-dire probables et suffisamment importants, pour contrebalancer l'effet anticoncurrentiel. La charge de la preuve pèse évidemment sur les entreprises. Ce véritable « parcours du combattant » opposé aux parties à une concentration s'explique en réalité par l'absence de véritable théorie économique susceptible d'encadrer les gains d'efficience.

21. Dans un arrêt (CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209-10), la Cour de justice a défini les conditions cumulatives auxquelles les gains d'efficience peuvent être invoqués : il faut (1) qu'ils neutralisent les effets préjudiciables probables sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs; (2) qu'ils aient été ou soient susceptibles d'être réalisés grâce audit comportement; (3) que le comportement en cause soit indispensable à leur réalisation; (4) et qu'ils n'éliminent pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle.

22. Règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, préc...

23. Comm. eur., *Communic. n° 2004/C 31/03 2004*, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n° C 31, 5 févr. 2004.

24. Comm. eur., *Communic. n° 2008/C 265/07*, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n° C 265, 18 oct. 2008.

25. En droit français, sur la période 2010/2016, ils ont été invoqués par les entreprises concernées dans 23 affaires, mais admis dans trois cas seulement; en droit européen, sur la même période, invoqués dans 18 affaires, ils n'ont été admis qu'une seule fois.

26. Les réductions de coûts variables ou marginaux apparaissent plus pertinentes que les réductions de coûts fixes, mais ces dernières sont évidemment les plus faciles à invoquer par des entreprises parties à une concentration.

B. L'efficacité de la règle

15. Les autorités de concurrence ont cherché par toutes sortes de moyens à augmenter l'efficacité du contrôle: elles ont d'abord, dans le cadre de l'action publique, reporté progressivement la charge du contrôle sur les entreprises elles-mêmes; puis elles ont directement favorisé l'action privée et transformé les entreprises en véritables agents du contrôle.

16. Le report de la charge du contrôle sur les entreprises s'effectue par toute une série d'instruments. L'immunité ou la réduction d'amende en contrepartie de la dénonciation de l'entente permet au lieu et place de l'enquête, et de façon beaucoup plus efficace, de détecter les comportements anticoncurrentiels, en particulier occultes. Plus subtilement, les engagements pris par les entreprises (qui se substituent progressivement aux conditions et charges imposées par les autorités de contrôle) ou les *guidelines* qui incitent les entreprises à effectuer un véritable auto-contrôle dispensent les autorités de concurrence d'une grande partie du contrôle qui leur incombait auparavant, en particulier sous l'empire du règlement 1/2003 qui instituait une notification des ententes. Progressivement, le droit de la concurrence s'éloigne ainsi de la conception traditionnelle des systèmes de droit continental selon laquelle l'autorité publique, et elle seule, applique les règles sans requérir la participation active des sujets de droit (la seule limite étant l'action en justice). Aujourd'hui, pour être en règle, une entreprise ne doit plus seulement se mettre en conformité avec la loi, mais y adhérer. La règle n'est plus appliquée de l'extérieur, mais doit être intériorisée par les opérateurs économiques. Même s'il n'y a pas d'obligation, il est désormais hautement recommandé de dénoncer, de s'engager, de s'autocontrôler. Très avantageux du point de vue de l'efficacité du contrôle, ce « totalitarisme juridique » menace fortement la liberté des opérateurs économiques.

17. Stade ultime de l'efficacité du contrôle, les actions privées se développent aujourd'hui dans tous les pays européens. Les entreprises deviennent autant de « procureurs privés », qui se substituent ou, le plus souvent dans les systèmes continentaux, complètent l'action publique (avec les problèmes de double sanction que cela pose). En Europe, les actions civiles de concurrence demeurent pour l'heure encore peu développées. En France, seule une décision sur deux rendue à la suite d'une action civile donne droit à une indemnisation et le montant des dommages intérêts ne représente que 6 % des demandes²⁷. Mais le législateur désire développer ces actions comme le montre, en Europe, l'adoption de la directive du

27. Source: Juribase LawLex.

26 novembre 2014²⁸ et, en France, l'introduction de l'action de groupe en droit de la concurrence²⁹.

18. À l'instar de l'efficience substantielle, l'efficience procédurale progresse. L'économisation du droit de la concurrence est en marche. Plutôt qu'une absorption complète des comportements par les effets, elle entraîne une modification de la pondération des éléments constitutifs de la règle, au profit de l'économie et au détriment du droit : l'objet du contrôle se change en condition ; le principe en exception ; la condition en conséquence ; la règle en directive... Parallèlement, le principe d'efficience voit son application se développer et le report de la charge du contrôle sur les entreprises, s'il ne supprime pas la règle elle-même, modifie profondément sa conception. L'économisation n'efface pas le droit mais le transforme.

28. Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, *JOUE*, n° L. 349, 5 déc. 2014. *Adde*, Comm. UE, Commun. n° 2013/C 167/07 relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JOUE*, n° C 167, 17 juin 2013 ; Guide pratique de la Commission n° C(2013)3340 du 11 juin 2013 concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

29. Par la loi 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (*JORF*, 18 mars 2014) dite Loi Hamon.