

# L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ?

Laurence Boy

▶ **To cite this version:**

Laurence Boy. L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ?. Boy.L., Racine J-B., Siiriainen F. Pluralisme juridique et efficacité du droit économique., Bruxelles, Larcier, pp.335-253., 2011, Droit- Economie-International., 978-2-8044-4884-4. hal-00722824

**HAL Id: hal-00722824**
**https://hal.science/hal-00722824**

Submitted on 4 Aug 2012

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ?

Laurence Boy
Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis
CREDECO/ GREDEG UMR 6227 CNRS/ INRA

Le droit économique donne toujours lieu à des débats, quand bien même seraient-ils apaisés, débats relatifs à son existence même et son objet. Il existe cependant une relative unanimité sur ce qui constitue le cœur du droit économique. Le point d'ancrage de la discipline se situe incontestablement dans sa méthode d'analyse de la réalité sociale: l'analyse substantielle[1]. C'est elle qui nous semble pouvoir éclairer de la question qui nous est posée aujourd'hui sur les rapports qu'entretiennent le pluralisme juridique et de l'effectivité du droit économique au travers celle de l'interprétation en droit économique.

L'analyse substantielle, en proposant de partir au devant des faits, conduit à se saisir des faits «pertinents» qu'ils soient économiques, sociaux, scientifiques et ouvre, par nature, le droit économique au pluralisme cognitif[2]. En proposant des tentatives de qualification juridique ou de requalification des faits observés, elle opère aussi comme facteur d'harmonisation du droit. Elle nous semble répondre ainsi assez naturellement aux appels au pluralisme mais à un « pluralisme ordonné »[3]. En tant que système, le droit a besoin, en effet, pour une certaine efficacité d'une force centrifuge qui permette de donner cohérence aux diverses informations collectées et que l'on doit trouver dans ses méthodes d'interprétation. C'est ce que permet la méthode privilégiée du droit économique: l'interprétation téléologique éclairée par l'analyse substantielle.

Depuis longtemps, les juristes se sont accordés en matière d'interprétation pour considérer que la méthode exégétique était dépassée et les passions qu'ont pu faire naître les théories de Gény sur la libre recherche scientifique pourraient faire aujourd'hui sourire[4] si l'on ne trouvait trace de ces débats dans la théorie économique contemporaine[5]. Certains économistes s'intéressent en effet de nos jours et dans une perspective de recherche sur les facteurs de cohésion sociale, aux méthodes d'interprétation de la Constitution. Socle de la vie sociale, la Constitution doit offrir une cohérence temporelle minimale, laquelle est un facteur de prévisibilité pour les acteurs économiques.
C'est, en effet, par l'interprétation que le droit peut s'adapter aux circonstances et aux évolutions. L'interprétation fait donc nécessairement évoluer la signification originelle des textes. « Le risque est bien entendu que, par interprétations successives, … soient donc réintroduites l'instabilité dans les anticipations individuelles et l'incohérence temporelle »[6]. A cette fin, certains économistes s'interrogent sur le point de savoir si l'on doit privilégier l'interprétation d'un texte qui procure la plus grande sécurité juridique, soit comme « acte de volonté », c'est-à-dire acte de fidélité à la volonté de l'auteur initial du texte soit comme « acte de connaissance » ouvrant alors toute liberté à ses interprètes? Ces questionnements peuvent nous paraître curieux tant ils paraissent relever de la pure querelle académique dépassée et cantonner le problème de l'interprétation du droit à une question de légitimité formelle de type kelsenien[7]. Incontestablement les termes de cette discussion nous semblent dépassés. Néanmoins, il faut retenir de ces derniers l'éclairage qu'ils mettent sur un

[1] G. Farjat, *Pour un droit économique*, Les voies du droit, Paris PUF, 2002, p. 107: "Le droit économique est sans doute davantage caractérisé par ses méthodes d'analyse et d'action que par son contenu".
[2] F. Ost, Le droit comme pur système, *in La force du droit*, dir. P. Bouretz, Paris, éd. Esprit, 1991.
[3] M. Delmas-Marty, Les forces imaginantes du droit : Tome 2, Le pluralisme ordonné, Coll. La couleur des idées, Seuil, 2006. Voir aussi, Tome I, Le relatif et l'universel, Coll. La couleur des idées, Seuil, 2003, Les forces imaginantes du droit : Tome 3, La refondation des pouvoirs, Coll. La couleur des idées, Seuil, 2007.
[4] *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* - 2ème édition - 1919- 2 vol.
[5] S. Ferey, Incohérence temporelle et théories de l'interprétation constitutionnelle, et les nombreuses références citées, à paraître in GIP Justices, 2010.
[6] S. Ferey, op.cit., p. 4.
[7] Kelsen H., *Théorie pure du droit*, trad. Eisenman Ch., Paris, Dalloz, 1962.

problème essentiel en droit économique, celui de la prévisibilité et de la sécurité des règles juridiques[8].

Le schéma formaliste esquissé ne saurait cependant convenir au droit économique. Celui-ci puise avant tout dans la matérialité et la diversité des faits économiques et sociaux les concepts qui permettent une lecture ainsi que des réponses aux conflits d'intérêts par une interprétation des textes et des concepts. Pour ne pas se dissoudre cependant dans les faits, il se doit d'abord de ne retenir parmi ces derniers que les faits «pertinents». Le droit doit, en effet, proposer des solutions « juridiques » aux problèmes posés par les acteurs.

L'interprétation téléologique, n'est sans doute pas le propre du droit économique, mais elle en est le cœur et y prend une valeur exemplaire tant ce dernier se veut explication et qualification des phénomènes de pouvoir économique. Elle nous paraît comme le «passeur» naturel et indispensable entre les faits et le concept même de pouvoir. Ce dernier concept de pouvoir économique est essentiel et nous semble devoir être la boussole de toute interprétation du droit économique ; il est la marque de la rupture substantielle entre le modèle épuré de l'économie libérale (économie d'échanges entre des agents économiques égaux) et l'économie néo-libérale (économie de l'organisation de l'économie par les pouvoirs). L'interprétation des textes que l'on présente comme essentiellement les «gardiens objectifs du temple libéral et/ou néo-libéral» doit se faire au regard du/ des buts que se fixent officiellement leurs auteurs : le fonctionnement « correct » de l'économie de marché[9], mais en traquant ce qui peut nuire à ce fonctionnement, notamment certaines actions des pouvoirs privés et publics (aides).

L'analyse substantielle entretient donc des liens étroits avec l'interprétation téléologique du droit économique. C'est en traquant les manifestations factuelles des pouvoirs qu'elle permet leur dévoilement juridique. Elle va au-delà des limites strictes de l'interprétation formelle en mettant en liaison la substance des faits et celle des règles. Néanmoins, ce faisant elle montre aussi que les règles poursuivent parfois, souvent (?), une pluralité d'objectifs qu'il convient de hiérarchiser. Ainsi, toute interprétation soulève inévitablement la question de sa légitimité méthodologique ainsi que de la légitimité de ses interprètes et de leurs méthodes d'interprétation.

Pendant longtemps la légitimité de la responsabilité finale de la hiérarchie et des choix sociétés a été justifiée formellement par référence à la Constitution et à la hiérarchie des normes. C'est principalement par sa conformité à la norme formellement supérieure que l'interprétation d'une norme était aussi légitime. Par la suite, avec l'État Providence, la légitimité de l'interprétation a reposé largement sur une légitimité matérielle et substantielle de hiérarchisation des intérêts opérée notamment à travers les notions d'ordre public de direction et de protection[10]. C'est notamment à l'aune de l'ordre public que devait répondre l'interprétation du droit. A l'heure actuelle, se font jours dans le tissu social des revendications contradictoires. Certaines se réfèrent à la primauté du modèle formel de démocratie directe et des valeurs matérielles dont il serait porteur, à savoir les valeurs principalement utilitaristes de l'économie marchande. D'autres, au contraire, remettent en cause ce modèle. Devant cette situation nouvelle, le droit économique dans la recherche d'une méthode d'interprétation téléologique qui soit le «passeur» entre les faits (réalités, aspirations, ...) et le droit, se doit d'offrir une réponse qui obéisse à un nouveau principe de légitimation. Celui-ci, malgré des différences sensibles d'ailleurs, a été suggéré par les travaux de N. Luhman, J.

[8] *Sécurité juridique et droit économique,* Coord. L. Boy, J.B. Racine et F. Siiriainen, Bruxelles, Larcier, 2008.
[9] F. Riem, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *RIDE* 2008, n°1, p. 67.
[10] G. Teubner, *Droit et réflexivité,*éd. Jurid. Kluver, 1995. Sur l'ordre public économique : G. Farjat, *L'ordre public économique,* Paris, LGDJ, 1963.

Habermas et G. Teubner[11] : il s'agit de la légitimation procédurale. Sans en faire une panacée, cette forme de légitimation présente un grand intérêt lorsqu'on la met en perspective avec les principaux organes en charge de l'interprétation téléologique en droit économique. La recherche du(des) but(s) de la règle nous semble pouvoir s'opérer d'autant mieux que ce sont souvent des organes «mixtes» (public/ privé) qui sont en charge de l'interprétation de la norme et de la pesée des intérêts. L'éclosion des AAI, lieux d'interprétation téléologique de la règle de droit économique nous semble révélatrice de la recherche d'une ré articulation des divers fondements de la légitimité de toute règle sociale. Celle-ci doit être soucieuse à la fois de diversité et d'harmonisation de la vie en société prenant en compte légitimité formelle, substantielle et procédurale.
La légitimité de l'interprétation pluraliste et téléologique repose largement aujourd'hui sur la prise en compte des conditions de son objectivité non seulement formelle mais procédurale et substantielle, à savoir, l'indépendance de ses interprètes, seul gage de sa réception par les sujets de la règle.

## I. La recherche des objectifs de la règle en droit économique.

Le droit, comme d'autres disciplines, repose sur l'herméneutique, l'art de comprendre et d'interpréter[12]. Mais ici[13], elle est dotée d'une force contraignante liée à l'intervention d'un tiers dans la démarche. Plusieurs méthodes d'interprétation ont été et sont utilisées en droit qu'il s'agisse de l'exégèse ou de la libre recherche scientifique[14]. Il convient de mesurer à cet égard la liberté grandissante qui a été laissée au « juge » avec l'essor des concepts-cadres, des standards[15] et autres concepts « mous » dans le droit contemporain, spécialement mais pas seulement[16], en droit économique. Dans ce mouvement d'extension croissante du rôle du juge, il semble que l'interprétation téléologique ait joué un rôle déterminant[17], « reposant sur la recherche de la finalité de la règle ou, dit-on encore, de son but social »[18]. Si l'on s'attache à essayer de trouver une « Raison » au droit économique qui puisse constituer aujourd'hui, malgré l'extrême diversité des textes[19], la finalité inspiratrice de l'interprétation, on peut avancer qu'il s'agit de la « Raison concurrentielle ». Elle est la finalité principale des textes de droit économique notamment en droit international et communautaire[20], même si parfois, elle doit composer avec d'autres logiques.

### A. Primauté de la logique économique du libre marché.

---

[11] N. Luhman, *Law as a social system (*Oxford Socio-Legal Studie, OUP Oxford; 1st Published in Pbk. 2008 edition; J. Habermas, *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, coll. NRF Essais », 1997, ; G. Teubner, *Droit et réflexivité*,éd. Jurid. Kluver, 1995.

[12] Citant J. Starobinski (*Sur l'histoire de l'herméneutique, Le temps de la réflexion,* Gallimard, 1980, p. 477), F. Terré a fait judicieusement observé que derrière cet art, « on voit se profiler … les talons d'Hermès, divinité messagère, patron des interprètes, guide des âmes, maître des échanges, régnant sur les carrefours du vrai et du faux… ». *Introduction au droit,* Paris, Dalloz, 1996, n° 461.

[13] A la différence de la traduction ou de la psychologie, par exemple.

[14] F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* 1ére éd. 1999, 2ème éd. 1919.

[15] Holleaux A., Dissolution et réincarnation du droit, *Les Petites Affiches* 1990, n° 118, p ; 4 ; S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Thèse paris II, 1980 ; M-A. Hermitte, Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, L'exemple des droits intellectuels, *Arch. De Philo. du Droit,* 1985, p. 351.

[16] On note le même phénomène en droit de la famille.

[17] Il existe une tendance ancienne et constante du droit commercial à définir ses concepts de manière souvent « finaliste ». E. Putman, Recherche sur les définitions dans les lois commerciales, *RRJ* 1986, n°4, p. 49.

[18] F. Terré, op.cit., n° 473. Sur la portée potentiellement contestataire de la notion de but social, Josserand, De l'abus des droits, Paris, 1905 ; A. Pirovano, La fonction sociale des droits, réflexions sur le destin des théories de Josserand, *D.* 1972, chr. p. 67.

[19] L'historien contemporain du droit peut rechercher les liens entre les textes et les périodes d'alternance politique en France: 1985, loi sur les procédures collectives (L. Jospin ???) ; 1986, Ordonnance sur la liberté de concurrence abrogeant l'ordonnance de 1945 (J. Chirac), LRE 2001 (L. Jospin), LME 2008 (Sarkozy).

[20] Sur la constitution économique européenne : Debarge O., Geogopoulos T., Rabaey O., coord., *La Constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

Que l'on s'en réjouisse ou qu'on le regrette, « le système économique est devenu un système social dominant qui a très largement supplanté les systèmes politiques et religieux»[21]. La place du système économique parmi l'ensemble des systèmes sociaux est aujourd'hui déterminante ; elle est à l'origine de nombreuses mutations du système juridique de l'apparition du droit économique. La plupart des mutations intervenues ne se comprennent qu'en référence à ces déterminations économiques et notamment à l'intrusion du marché dans des domaines jusqu'alors hors marché ainsi qu'au rôle central joué par les pouvoirs privés économiques.

Ces derniers jouent un rôle majeur dans l'organisation des rapports économiques à la fois par la centralisation du pouvoir économique qu'ils opèrent que par l'organisation de secteurs entiers de l'économie (la planification privée). Cependant, si l'on relativise la vision idyllique d'un marché pur et parfait auto-régulé[22], les pouvoirs publics ont toujours entendu contrôler et/ou réguler les modalités selon lesquelles se constituent[23] et s'organisent les marchés et se constitue et s'exerce le pouvoir économique. Ces réflexions expliquent que si le droit de la concurrence constitue le cœur du droit économique, celui-ci déborde largement celui-ci.

C'est donc principalement à l'aune de cette logique de régulation néo-libérale des marchés que s'opère, selon nous, l'interprétation téléologique du droit économique aujourd'hui. Si nous parlons de régulation néo-libérale, c'est que celle-ci est écartelée entre deux pôles, l'un tirant du côté du libre marché, l'autre, du côté d'un contrôle de ses excès. La plasticité de l'interprétation téléologique permet précisément de « naviguer » entre ces derniers. L'étude de la jurisprudence ainsi que des pratiques décisionnelles et/ou jurisprudentielles de ces dernières années nous semble en témoigner. Nous en prendrons pour preuve notamment le droit européen.

L'Europe a été constituée deux le départ[24] sur un modèle ambivalent : l'institutionnalisation d'un système de libre concurrence supranational et « européanisé » fondé sur la rationalité économique mais tempéré par l'idée de gouvernance des marchés[25]. La volonté de la Cour de Justice des Communautés Européennes d'inscrire résolument l'Europe dans une logique de libre de marché s'est particulièrement illustrée par son interprétation de la notion d'entreprise, clef de l'application du droit européen de la concurrence (pratiques anticoncurrentielles et aides d'Etat).

Les textes communautaires mais aussi français définissant le champ du droit de la concurrence conduisent globalement à opposer l'entreprise et l'autorité publique qui seule échappe au droit de la concurrence. La jurisprudence communautaire a adopté une conception de plus en plus extensive de l'entreprise en se fondant sur une interprétation « systémique du traité et en s'appuyant sur les principes d'unité et d'effet utile du droit communautaire »[26]. La Cour de justice considère que « dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique ». L'activité économique recouvre, par ailleurs, un champ très vaste puisqu'elle est définie comme toute activité durable qui consiste à produire, transformer, distribuer ou commercialiser un bien ou un service, sans considérer la nature du bien ou du service ni la qualité ou le statut de l'exploitant. Appliquée d'abord aux activités de l'esprit[27], la notion d'activité économique a ensuite concerné les activités du secteur public, considérant nombre d'entre elles comme étant de nature économique, c'est-à-dire des activités d'entreprises (activités de radio et de télévision, télécommunications, services postaux). C'est le fameux arrêt Höfner du 23 avril 1991

[21] G. Farjat, Communication au colloque sur le contrôle de la matière économique par les Cours suprêmes organisé le 25 janv. 2010 par la *Regulation Law Review*, sous la direction de M.-A. Frison-Roche, au Conseil économique, social et environnemental, Actes à paraître.

[22] Sur le mythe du marché autorégulé, A. Bernard, « Le marché autorégulé, une « idée folle » ? *D.* 2009, p. 2289.

[23] Par la définition de la frontière entre les biens « hors » ou « dans » le marché (les biens hors du commerce, par exemple, comme le corps humain), l'Etat permet ou non l'extension des relations marchandes.

[24] La France a été très marquée par la tradition colbertiste et interventionniste de l'Etat jusqu'à l'ordonnance de 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence.

[25] Ch. Joerges, La constitution économique européenne en processus et en procès, *RIDE* 2006, n° 3, p. 247 ; L. Boy, Le droit de la concurrence, élément de la Constitution européenne ? *in La Constitution économique de l'Union européenne*, coordin. O. Debarge, T. Georgopoulos, O. Rabaey, Bruxelles bruylant ? 2008, p. 227.

[26] C. Bolze, chr. *RTDCom.* 1991, 512.

[27] BRT/SABAM, *Rec.*, 313.

qui a confirmé cette jurisprudence en posant « que la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son mode de financement, la circonstance que les activités de placement sont normalement confiées à des offices publics ne saurait affecter la nature économique de cette activité ».
Cet élargissement de la notion d'entreprise a été « justifié » par la nécessité d'une interprétation uniforme du droit communautaire[28]. Elle n'était pas sans danger pour la défense de certains services publics. Le risque était de conduire à considérer comme activités économiques de nombreuses activités de service public comme les professions de santé, l'action sociale, l'enseignement ou d'autres activités relevant du secteur associatif et du service public.
Dans le domaine de la protection sociale, les débats sont toujours assez vifs[29]. L'exemple des activités liées à la protection sociale est à cet égard exemplaire du débat sur la ligne de partage entre assureurs et service public, lequel semble avoir trouvé un relatif équilibre[30], équilibre que la crise économique et le recul prôné des dépenses publiques est en train sournoisement de remettre en cause.
C'est sans doute l'ordre concurrentiel[31] qui anime avant tout l'interprétation du droit économique aujourd'hui. Pour autant cette inspiration compose de plus en plus avec des politiques industrielles. On le voit très nettement avec le recours aux articles 101 et 102 du TFUE pour absoudre certaines pratiques anticoncurrentielles. L'innovation, visée notamment par le Traité de Lisbonne, est ainsi systématiquement mise en avant pour justifier des pratiques qui auraient pu être jugées anticoncurrentielles. En outre, la régulation traduit incontestablement un infléchissement du droit européen de la concurrence vers l'idée de politique industrielle toute entière placée ces dernières années sous le signe de la compétitivité internationale de l'industrie européenne sur des marchés désormais mondialisés[32]. Le phénomène est particulièrement visible en droit de la concentration où l'on constate même un regain de nationalisme économique[33].
Avant même ce qu'il est convenu d'appeler mondialisation de l'économie, le droit économique a donné des exemples de la difficulté de la méthode téléologique. C'est que si, le droit économique répond principalement à une logique économique de marché, il traduit aussi dans sa recherche d'équilibres, la prise en compte d'autres objectifs qu'ils soient sociaux, environnementaux ou même éthiques. Il n'est pas toujours facile alors de hiérarchiser ces objectifs.

### B. Pluralité de buts poursuivis

[28] C. Bolze précité, L. Idot, La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel, in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano,* Paris, éd. Frison-roche, 2003, p. 523.
[29] F. KESSLER, Droit de la concurrence et régimes de protection sociale, Colloque Strasbourg, Octobre 1996, atelier n°5, 2 ; C. MOULY, Sécurité sociale et concurrence, une réforme constitutionnellement possible, *D.* 1996, Chr. 25 ; E. PUTMAN, Les rapports entre droit social et droit de la concurrence, *RIDE* 1998, n°2, 107. Le Scornet, *L'éloge du social, éd.* Messidor, Paris 1988.
[30] FFSA/ Commission des communautés. Communiqué de Presse n° 03/1997, Division de la Presse et de l'Information, U.E. A propos d'un service de la Poste. On croyait le flot de la jurisprudence endigué. On peut en douter. La Cour de Justice des Communautés Européennes devait considérer le 1er juillet 2008[30] comme une entreprise au sens du droit de la concurrence une association sans but lucratif qui organisait et commercialisait elle-même des courses motocyclistes. Cela signifie clairement que des associations sans but lucratif qui offrent des biens ou des services sur un marché donné peuvent se trouver en position de concurrence. La Cour va ainsi bien au-delà de ce qu'elle avait affirmé dans l'arrêt du 10 janvier 2006 (A. RONZANO, CREDA-Concurrence1er juillet 2008 ; Cassa di Risparmio di Direnze e.a (C-222/04), *LPA* 18 mai 2007, n° 100, p. 4, note L. Arcelin). Voir en dernier lieu: 11 novembre 2010, conclusions de l'avocat général P. Mengozzi dans une affaire C- 437/09 (AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL) concernant une question préjudicielle relative à une assurance complémentaire.
[31] L'expression est d'A. Pirovano, L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne, in *L'Algérie en mutation,* R. Charvin et A. Guesmi, Paris, L'Harmattan, 2001.
[32] H. Ullrich précité, ???
[33] L. Idot, Entre concurrence et retour de l'Etat : Les Etats « schizos » ?, *Concurrences,* 2008, n°4 ; Editorial.

Par définition l'économique ne saurait se ramener au seul marché[34]. Si la logique concurrentielle semble constituer La *ratio legis* du droit économique, elle n'est donc pas la seule et d'autres logiques sont en œuvre en droit économique qui doivent guider le juge et les autorités régulatrices dans la révélation des phénomènes de pouvoir[35]. C'est en détectant les formes substantielles du pouvoir économique qu'on peut en contrôler les abus.
Très tôt la doctrine a mis l'accent sur la concentration du capital[36] et donc la concentration du pouvoir grâce notamment à la notion de « contrôle »[37]. La reconnaissance du contrôle, c'est à dire la faculté de se conduire comme si l'on était propriétaire notamment en choisissant le mode d'exploitation du bien[38], est délicate et obéit, elle aussi, à des objectifs économiques variables. C'est ainsi que la reconnaissance de ce contrôle justifie la spécificité de la cession du « bloc de contrôle dans les sociétés. En revanche, alors que l'on aurait pu théoriquement reconnaître l'unité non seulement économique mais juridique du groupe de sociétés, ce sont les intérêts stratégiques[39] liés à l'autonomie juridique des sociétés qui expliquent la non consécration du groupe de droit[40]. G. Teubner[41] proposé des analyses pour rendre compte des phénomènes de concentration du pouvoir sous des formes hybrides d'organisation, se situant entre le marché et l'organisation. Attaché à la question fondamentale de la personnalité morale, notamment à propos des problèmes de responsabilité et d'imputabilité des responsabilités, il oppose ainsi deux types de réseaux : le réseau-organisation qui correspond aux groupes de sociétés et le réseau-marché qui correspond aux formes d'intégration contractuelle. La préoccupation qui anime l'auteur est la recherche d'un système de responsabilité qui permettrait d'envisager « l'imputation simultanée et multiple de la responsabilité au collectif, à la centrale et à l'unité individuelle »[42]. A la coupole maffieuse[43], il entend répondre par une coupole vertueuse. Dans la plupart des textes qui se réfèrent à l'entreprise[44], ce n'est cependant pas cette interprétation qui l'emporte. En effet, s'agissant particulièrement du groupe de sociétés, le « charme » du groupe réside précisément dans son absence de personnalité morale. Chaque société dotée de la personnalité morale peut connaître un développement autonome, ce qui permet, notamment à l'ère des groupes mondialisés, de jouer sur la concurrence juridique et fiscale des législations. En outre, chaque société supporte seule les risques de son activité (risques du crédit et risque de défaillance). La personnalité juridique est utilisée et interprétée de telle sorte qu'elle soit l'instrument stratégique d'un fractionnement de l' « entreprise commune » en personnes juridiques autonomes. L'interprétation téléologique est ici au service de l'expansion des groupes et du pouvoir économique.

L'interprétation téléologique peut aussi parfois s'inspirer de préoccupations plus « sociales », du moins de recherche d'un meilleur équilibre contractuel. C'est ainsi que, très tôt, le droit de la concurrence s'est orienté vers un système d'exemptions par catégories en matière d'entente, notamment dans le secteur de la distribution. Sans passer en revue ces règlements et les évolutions

[34] K Polanyi, *La grande transformation*, Paris, Gallimard, 1983, p. 71 ; M. Henoschsberg, *La place du marché*, Essai, Paris, Denoël, 2001.
[35] A. Dyevre, La prise en compte de critères « extra concurrentiels » dans le droit communautaire de la concurrence, *RIDE* 2007, n° 4, p. 415. « Manifestation du libéralisme modéré de la « Constitution économique européenne », la libre concurrence est en droit communautaire le principe et la prise en compte de critères extra concurrentiels l'exception ».L'auteur estime cependant qu'un infléchissement semble inévitable.
[36] G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ 1951.
[37] Cl. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey 1962.
[38] Cass. Com. 21 janvier 1970, Affaire Saupiquet/Cassegrain, *Rev. Soc.* 1970, note J. G. ; *JCP* 1970, II, 16541, note B. Oppetit.
[39] G. Farjat, *Droit économique*, Paris, Thémis, PUF, 2éme éd. 1982, p. 739 à 741.
[40] Sauf en droit allemand mais où, facultatif, il est rarement choisi.
[41] *Droit et réflexivité*, p. 270, Networks as Connected Contracts, in Hans-W. Micklitz and Fabrizio Cafaggi ed., *European Private Law After The Common Frame of Reference*, Edward Elgar publishing, 2008.
[42] Droit et réflexivité, op. cit., p. 251 à 253.
[43] P. de Caterini, La Mafia : un ordre juridique ?, dans ce volume.
[44] On doit signaler cependant parmi certains textes, la consécration du comité de groupe ou l'article L 464-2du Code de commerce français sur les sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles.

qu'ils ont connues et connaissent encore, on a observé qu'ils traduisent une immixtion du droit des contrats sur le droit de la concurrence[45], ce qui leur a été vivement reproché par une partie de la doctrine qui considère illégitime ce mélange des genres[46]. Si nous rappelons ces textes, c'est parce que dans nombre de conflits relatifs à la durée de la relation contractuelle ou à la fixation des objectifs de vente dans des contrats de distribution, les juges et les autorités compétentes se sont inspirés de l'esprit de ces règlements pour protéger les distributeurs[47]. L'articulation des deux logiques, contractuelle et concurrentielle, nous semble exemplaire de la malléabilité de l'interprétation téléologique en droit économique, laquelle ne saurait se ramener à un modèle concurrentiel abstrait et modélisé. Comme le faisait observer un auteur, dans le « dialogue étonnant » entre concurrence et contrat, plus l'ouverture à la concurrence se renforce, plus devient impérieuse la nécessité d'une protection de l'agent économique le plus faible[48]. Pourtant, les solutions actuelles traduisent surtout l'asservissement de la logique sociale à celle du marché[49].
Cette pluralité d'objectifs poursuivis laisse aux interprètes une large marge et l'on peut regretter parfois qu'une étroite logique concurrentielle l'emporte alors « qu'il ne saurait y avoir d'efficacité sans équité »[50]. On aimerait à cet égard, qu'en ce qui concerne la notion d'abus de dépendance économique, caractéristique des économies duales et fléau de ces dernières, l'interprète reconnaisse enfin que protéger les agents économiques, c'est aussi protéger la concurrence qui ne saurait être, quoi qu'enseignent les modèles économiques, une réalité désincarnée[51]. Ce n'est pourtant pas hélas la voie qu'empruntent à l'heure actuelle les autorités de concurrence[52] ou les juges judiciaires[53]. Même si certaines décisions des juges témoignent d'un réalisme qui peut paraître déconcertant en « stricte logique » pour les tenants de l'orthodoxie juridique, elles illustrent un certain regain de « féodalisme » dans les statuts aussi bien des agents économiques – le gérant en station partagée -[54] que dans la propriété démembrée[55]. Pourtant, elles sont encore trop rares. Le phénomène de dépendance économique et les abus auxquels il conduit parfois ont encore de beaux jours devant eux.

La raison concurrentielle doit donc impérativement composer avec d'autres objectifs ainsi que le rappellent les législateurs. L'esprit du droit économique ne saurait se réduire à un impératif catégorique abstrait que serait la meilleure allocation des ressources. Le droit économique se doit de mettre à jour les pouvoirs, les formes d'organisation de l'économie pour les canaliser au service des choix de société. Si l'on s'en tient à cet égard aux derniers choix des traités communautaires et du droit constitutionnel français, la nouvelle *ratio legis* devrait être celle du « développement

---

[45] A. Pirovano, in GJ Martin (dir), *Les transformations de la régulation juridique*, Coll. Droit et société, Paris, LGDJ 1998, p. 294.
[46] L. Vogel, *Contrats-concur.consom*. 1995, comm. 132 ; L. Idot, *Europe*, Juris-cl 8-9/1995, p. 22.
[47] Voir les décisions citées par A ; Pirovano, op. cit., p.298 et s.
[48] S. Poillot-Peruzzetto, La validité des réseaux de distribution au regard du droit français et communautaire, in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 27 et s. Voir aussi : M. Malaurie-Vignal, D. Heintz, *Droit de la distribution*, Sirey Université, Paris, Sirey, 2006 ; G. Virassamy et M. Béhar-Touchais, *Les contrats de distribution*, Paris, LGDJ, 1999.
[49] A. Pirovano et M. Salah, L'abus de dépendance économique, une notion subversive, *Les Petites Affiches*, ???
[50] A. Pirovano précité.
[51] A. Pirovano, op. cit.. L'auteur fait en outre référence à A. Bienaymé, L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence, *RIDE* 1995, n° 3, p. 378.
[52] L. Boy, Abus de dépendance économique. Reculer pour mieux sauter? Revue *Lamy Conurrence*, mai/juin 2010, n° 23, p. 93 ; voir depuis : Autorité de la concurrence, avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition du foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire. Site de l'Autorité de la concurrence.
[53] Mainguy D., www.lexcellis-avocats.fr.
[54] E. Schaeffer, Le pompiste en Station partagée, JCP 1972, I, 2503. Plus récemment, la dualité de statut commerçant indépendant/salarié a été appliquée à certains franchisés.
[55] Sur les tiraillements entre protection de propriétaire bailleur et du locataire, voir la propriété culturale et la propriété commerciale. Pour des formes plus récentes, C. Del Cont, *Propriété et dépendance économique*, Paris, L'Harmattan, ???

durable »[56] fondée non seulement sur la recherche du développement économique mais d'un développement social et soucieux de l'environnement. Il est incontestable que la logique concurrentielle européenne communautaire a su intégrer partiellement une logique de protection de l'environnement en se saisissant de ce dernier pour le transformer en partie en en « valeur concurrentielle », notamment à travers les labels environnementaux (écolabels verts, agriculture biologique)[57], en revanche et, du fait d'une incapacité congénitale des Traités et, malgré l'essor de la Responsabilité Sociale et Environnementale des entreprises[58], la protection de travail et de la sécurité sociale, n'ont jamais pu se « glisser » parmi les buts du droit communautaire[59].

Le droit communautaire et le droit international sont devenus incontestablement des sources d'interprétation du droit économique, du fait des principes d'applicabilité directe et immédiate. Le nombre des interprètes potentiels du droit économique va ainsi croissant. La question de la légitimité de la méthode d'interprétation téléologique se pose donc avec d'autant plus d'acuité que les risques de divergences d'interprétation se multiplient. Sans même aborder cette question dans toute sa complexité du fait des multiples niveaux des sources du droit qui s'entremêlent, et pour nous en tenir pratiquement au droit interne, la méthode téléologique, dans sa recherche des objectifs de la règle de droit, soulève de façon incontournable la légitimité de celui qui en est l'interprète.

II. La légitimité de l'interprétation téléologique

De tout temps, la question du gouvernement des juges a préoccupé la doctrine[60]. En réalité, c'est essentiellement la question du contrôle de constitutionnalité qui a soulevé des discussions. En effet, pendant longtemps il a existé deux formes de contrôle de constitutionnalité des lois :
- Le modèle américain été mis en place suite au célèbre arrêt Marbury C/ Madison (1803) dans lequel la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique peut exercer le contrôle de constitutionnalité d'une loi à l'occasion d'un litige quelconque. C'est le contrôle a posteriori, par voie d'exception.
- Un deuxième système classiquement rattaché à Kelsen. Le contrôle de constitutionnalité effectué est un contrôle, *a priori* (avant promulgation de la loi), par voie d'action. La loi une fois promulguée ne peut plus donner lieu à contestation. Ce modèle a longtemps été celui de la France, méfiante depuis la Révolution à l'égard du pouvoir des juges.
La Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la

[56] Article 2 1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples.
2.L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.
3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.…
5. Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies.
En outre le développement durable est visé à l'article 10 A du Traité.
[57] Développement durable et commerce équitable, Colloque international. *In production et consommation durables*, *De la gouvernance au consommateur-citoyen*, CEDE, Québec, sept. 2008, Dir. G. Parent, éd. Yvon Blais, 2008, p. 113 ; L. Boy, Les programmes d'étiquetage écologique en Europe, *RIDE* 2077, n° 1, p. 5 ; Production et étiquetage des produits bio en droit communautaire, *Droit de l'environnement,* n° 153, novembre 2007, p. 294.
[58] *Les normes de RSE : mise en œuvre, contrôle et sanctions*, Dir. I. Daugareihl, Colloque Bordeaux IV, 27-28-29 oct. 2010. A paraître.
[59] M. A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006.
[60] E Lambert, *Le gouvernement des juges*, Préface F. Moderne, coll. Bibliothèque Dalloz, Paris, Dalloz, 2004 ; S. Brondel, N. Foulquier, *Gouvernement des juges et démocratie*, coll. Science po, paris, Bibliothèque de la Sorbonne, 2001.

Vème République est venue bouleverser ce système en ouvrant, dans des conditions encore assez strictes cependant[61], le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception en France.

Ce n'est pourtant pas la question du contrôle de constitutionnalité qui nous semble mériter l'attention la plus grande dans le cadre d'une réflexion sur l'interprétation en droit économique. La place du juge en général et sa légitimité varient selon les systèmes juridiques et la référence traditionnelle à la légitimité démocratique d'un système représentatif n'est peut-être plus le cœur du problème. Ce sujet a été particulièrement sensible en France. En effet, en réaction contre l'Ancien régime et le pouvoir des parlements, la Révolution avait limité grandement le pouvoir des magistrats qui devaient se cantonner au rôle de « bouche de la loi », d'autant que, juges professionnels, ils ne présentaient aucune légitimité démocratique. Le modèle américain est présenté, au contraire, comme ne donnant pas lieu à cette dernière critique du fait de l'élection des juges. Quand on connaît les modes d'élection aux Etats-Unis, on est beaucoup plus circonspect quant à cet aspect de l'argumentation…
La véritable question aujourd'hui, avec la multiplication des autorités de régulation ou agences, est celle de la légitimité de toutes ces autorités qui interprètent les nombreux « standards » du droit économique. En outre, l'essentiel nous semble moins de savoir s'il existe un gouvernement des juges et/ou des autorités que de justifier la spécificité éventuelle d'un tel gouvernement ainsi que la légitimité que peuvent invoquer ces diverses autorités dans un État démocratique[62].

Or, on constate d'abord en droit économique un éclatement des lieux de résolution des conflits dont il faut essayer d'apprécier la portée en termes de légitimité. Le risque de confiscation du pouvoir par des « technocrates » nous semble, en outre, devoir être compensé impérativement par une légitimation procédurale[63].

A. Les lieux d'interprétation

La complexité du droit s'est accompagnée d'une complexification de l'intervention des « juges » ou des autorités qui sont amenées à « dire le droit » en droit économique. Le juge judiciaire et le juge administratif sont toujours compétents[64]. Les autorités administratives indépendantes se sont multipliées notamment avec l'essor des autorités de régulation sectorielles. Chacune répond ou répondrait à certaines nécessités.

Il convient de mettre immédiatement à part – elle mériterait à elle seule de longs développements – la légitimité de l'arbitrage en droit économique[65]. Elle a été évoquée notamment en ce qui concerne les conséquences à tirer des décisions de l'Autorité de la concurrence[66]. De tout temps l'arbitre a été présenté comme le juge naturel du droit des affaires. Le droit économique est cependant fondamentalement distinct du droit des marchands – la *lex mercatoria* – précisément par une forte empreinte d'ordre public, ce qui justifie *a priori* l'intervention d'un organe entretenant des liens étroits avec les pouvoirs publics. Nous ne pouvons nous prononcer de façon définitive sur la l'effectivité du recours par l'arbitre à la violation de l'ordre public. Observons cependant que,

[61] Raison pour laquelle la fameuse QPC (question préjudicielle de constitutionnalité) remporte un incontestable succès.
[62] M. Troper, *Le gouvernement des juges, mode d'emploi,* Coll. Mercure du Nord/Verbatim, PUL, 2007. La question de la séparation des pouvoirs telle qu'interprétée à partir des travaux de Montesquieu est largement dépassée, la jurisprudence constitutionnelle en témoigne largement.
[63] Sur la procéduralisation des AAIs : M-A. Frison-Roche, *Revue Justices*, 1995, n° 1.
[64] On pense notamment au droit des contrats à travers les questions d'équilibre contractuel, au droit des pratiques restrictives de concurrence, aux conséquences civiles de décisions en matière de droit de la concurrence et au droit des entreprises concurrentielles dotées de droits spéciaux ou exclusifs ou encore de prérogatives exorbitantes du droit commun.
[65] J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public,* Paris, LGDJ, 1999.
[66] L. Idot, Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations, *Rev. Arb.* 2000, p. 591.

malgré les appels répétés d'une partie de la doctrine prônant la sanction des violations de ce que pourrait être un ordre public transnational,[67], la conception actuelle que se font les arbitres de l'ordre public ne nous semble pas pouvoir répondre de façon satisfaisante à la question fondamentale du contrôle du « pouvoir » économique[68]. Le débat reste cependant ouvert.

Pour nous en tenir aux juges et aux AAIs, on constate la montée d'une exigence en termes de technicité laquelle se fait toujours plus présente et pressante avec les autorités sectorielles de régulation pour lesquelles il a été mentionné expressément que leurs missions (intervenir *ex ante* et *ex post* entre des intérêts économiques globaux et sectoriels) sont « intimement liées » à la question de leur légitimité[69]. Les principes de professionnalisme et d'efficacité ont été mis en avant pour justifier soit des juges spécifiques soit ces structures spécifiques que sont les autorités de régulation. S'agissant des juges, la réponse à l'exigence de technicité s'est traduite depuis quelques années à la fois par des efforts de formation des magistrats et par la création de chambres spécialisées à l'intérieur de juridictions traditionnelles ou le regroupement de certains contentieux devant un nombre restreint de juridictions comme c'est le cas en France en matière de conséquences civiles du droit de la concurrence[70].

Plus fondamentalement en droit économique, ces sont les Autorités Administratives Indépendantes qui se sont vues dotées de la prise en charge de l'interprétation des normes de régulation. D'origine anglo-saxonne, elles se sont imposées dans tous les systèmes juridiques y compris dans les pays en développement[71] dans le domaine du droit économique que ce soit dans le domaine des régulations sectorielles que de la régulation de la concurrence en général, si l'on excepte les pays de tradition anglo-saxonne où le juge conserve un important pouvoir. Elles appartiennent théoriquement à l'administration mais ne peuvent se ramener purement et simplement à l'organisation administrative traditionnelle que ce soit du point de vue hiérarchique ou du point de vue de leurs pouvoirs, ce qui bouleverse, même si c'est finalement admis[72], notre séparation traditionnelle des pouvoirs.

Tiraillées entre des instances plutôt juridictionnelles ou plutôt administratives, les AAIs, quelles que soient les qualifications précises qu'il convient de leur attribuer - et ce, au cas par cas, selon nous -, paraissent en tout cas illustrer une rénovation du cadre de l'intervention du pouvoir régalien[73]. Que ce soit comme juge ou plutôt comme autorités régulatoires *ex ante*, leur action est déterminante puisque ce sont elles qui sont les agents actifs du droit économique. C'est donc la finalité de leur action, comprise comme recherche d'un équilibre entre intérêts distincts mais aussi comme

---

[67] P. Lalive, L'ordre public transnational et l'arbitre international, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato, Liber Fausto Pocar, Milan,* Giuffré éd., 2009, p. 599 ; K. Kessedjian, Transnational Public policy, *ICCA Congress series, n° 13, International arbitration* , 2006 , A. J. Van den Berg éd., Kluwer, 2007, p. 1.; A. Sheppard, *Public Policy and the enforcement of arbitral awards: should there be a global standard.* Cité par P. Lalive, p. 608 ; E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit dans l'arbitrage international*, RCADI, t. 329, 49-216.

[68] Il existe un gouffre entre les aspirations d'une certaine doctrine (Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public,* Coll. Droit privé, paris, LGDJ, 1999 *;* P. Lalive, K. Kessedjian précités) et les rares solutions arbitrales ayant reconnu un ordre public transnational notamment.

[69] D. Briand-Mélédo, Autorités sectorielles de concurrence : acteurs de la régulation, *RIDE*, 2007, n° 3, p. 345 ; Cl. Champaud, Régulation et droit économique, *RIDE* 2002, n° 1, p. 23 ; Callul Mac Carthy, Why indépendant regulators, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité,* éd. M.-A. Frison-Roche, Presses de sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 59.

[70] D. Bosco, *La spécialisation judiciaire française en matière de concurrence dans l'impasse, A paraître in Concurrences* 2011-1. Dans un autre domaine mais qui démontre une volonté de cohérence autour d'une logique de droit économique, il faut noter aussi le regroupement devant une chambre de la Cour de cassation de toutes les « matières » touchant aux questions de responsabilité englobant notamment l'assurance par le Premier Président G. Canivet.

[71] Sur les autorités concurrentielles régionales au niveau mondial, J. Drexl, dir. *Colloque ASCOLA sur «Intégration régionale et politique de concurrence dans les pays en voie de développement»,* 11-13 Juillet 2010, Frauenwörth im Chiemsee, 83256 Frauenchiemsee, Bavière, Allemagne, à paraitre.

[72] C. Teitgen-Colly, Les instances de régulation et la Constitution, *Rev. Dr. Pub.* 1990, p. 153.

[73] D. Briand-Mélédo, op. cit., p. 350.

processus[74] qui soulève de façon cruciale des interrogations sur leur légitimité tant technique que démocratique. De façon générale, la technicité des agences est reconnue par tous les agents économiques, ces dernières faisant largement appel à des spécialistes issus de la société civile dans les nombreux domaines de leurs interventions. Pourtant, deux questions majeures se posent relativement à leur légitimité. D'une part, du point de vue technique, cette maîtrise expertale risque d'être considérée comme excessive et soulève surtout des problèmes encore peu abordés en France relatifs aux « conflits d'intérêts »[75]. Il s'agit là d'une difficulté majeure que rencontrent les agences, expertise et indépendance à l'égard des pouvoirs privés économiques supposent un équilibre difficile à réaliser.

Pour nous en tenir à l'excessive technicité des autorités horizontales de régulation en droit économique, nous ne nous attacherons qu'à l'important débat évoqué ici même par L. Idot : celui de la primauté éventuelle de l'analyse économique du droit. Sous les critiques constructives de la doctrine (au sens large) américaine, le Conseil de la Concurrence, puis l'Autorité ont renforcé la place des économistes dans la composition de leurs organes, ce qui est unanimement considéré comme un progrès. On peut cependant légitimement s'interroger sur la place désormais faite, non à la politique économique en général, mais la seule économie du droit et notamment à sa capacité compréhensive en matière de qualification juridique. Il n'est pas inutile de rappeler que le droit, car il s'agit bien d'attribuer des formes de subjectivité juridique au travers le respect de l'ordre public[76], n'est pas que modélisation des actions d'agents économiques guidés par la maximisation de leurs intérêts mais bien pesée des intérêts par un agent agissant au nom de l'intérêt général. Le débat économistes/juristes ne doit pas être exacerbé. On se doit de relever que la montée en puissance de l'économie du droit et les modélisations abstraites nous éloignent du modèle du juge qui doit dire le droit au cas par cas et en pesant les intérêts en présence. La régulation est à cet égard délicate à appréhender car elle oscille entre pouvoir administratif unilatéral, longtemps caractérisé par un pouvoir en opportunité quasi-discrétionnaire et pouvoir juridictionnel. C'est sans doute ce qui accentue les interrogations sur la légitimation des AAIs et l'appel au respect de règles procédurales[77].

### B. Les règles procédurales de légitimation

C'est sans doute pour répondre à ce que l'on a pu considérer comme des dysfonctionnements du « droit régulatoire » de l'Etat-providence, que sont apparues les AAIs, institutions typiques du droit procédural des sociétés complexes. Ce droit qui évolue à la fois vers une rationalité matérielle et une rationalité réflexive a trouvé dans ces instances de régulation les instruments pour répondre de façon relativement appropriée aux défis des sociétés postmodernes[78]. Elles traduisent un certain repli de l'Etat, ce qui ne signifie cependant pas désengagement de sa part. Celui-ci assure encore dans de nombreux domaines[79] le maintien des grands équilibres mais par le recours à des moyens plus adaptés à l'essor des conditions nouvelles des mécanismes du marché et la pression croissante des pouvoirs privés économiques dont la puissance s'accroît avec la mondialisation de l'économie[80].

---

[74] L. Schmidt, Les outils disponibles, les choix et les combinaisons, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, éd. M.-A. Frison-Roche, Presses de sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 99.

[75] La récente affaire en décembre 2010 du Médiator, médicament des laboratoires Servier, a mis en lumière l' « imperfection » de la composition de l'AFSSAPS. La culture anglo-saxonne relative aux déclarations d'intérêts nous semble très positive en ce qui concerne les expertises.

[76] Le droit objectif est toujours distributeur de formes de subjectivité juridique. Comme l'écrivait Pachoukanis, « tout droit public fut un temps droit privé ». *Théorie générale du droit et marxisme*, EDI, 1971. L'opposition droit objectif/droits subjectifs ne doit en effet pas occulter la notion de rapports juridiques qui est essentielle.

[77] M-A. Frison-Roche, *Rev. Justices*, 1995, n° 1, p. 91.

[78] G. Teubner, op. cit, chapitre 2 ; A.- J. Arnaud, p. ???

[79] Certains semblent, en revanche lui échapper du fait de la mondialisation et de la dématérialisation de certains marchés.

[80] J. Chevallier, Les AAI et la régulation des marchés, *Rev. Justices*, n° 1, 1995, p. 81.

La légitimité démocratique de ces instances est d'autant plus indispensable que leurs pouvoirs sont extrêmement importants. Sans dresser une typologie de ces dernières[81], on observe qu'elles sont souvent un pouvoir quasi réglementaire, un pouvoir quasi juridictionnel et un pouvoir doctrinal et d'expertise. Cette « confusion » ou ré-articulation des pouvoirs n'est acceptable que si leurs titulaires présentent des garanties d'indépendance[82] et de démocratie lesquelles sont apportées principalement par la procéduralisation de leur fonctionnement.

Cette procéduralisation est d'abord institutionnalisée de façon générale dans la composition des AAIs. La caractéristique des AAIs, qu'elles interviennent en matière de régulation de l'économie de marché ou dans des secteurs où l'économie de marché se heurte à d'autres valeurs que les seules valeurs marchandes, comme le pluralisme de l'information ou la défense des libertés individuelles, est leur mixité[83]. Leur composition traduit en principe le pluralisme des intérêts[84] dont elles ont la charge. On note ainsi que leur naissance se situe à l'intersection de deux sources du droit économique : les pouvoirs privés économiques et les pouvoirs publics. Produisant et appliquant des règles sous l'action conjuguée de l'Etat et des forces du marché, les AAIs doivent permettre de concilier deux logiques : celle du marché et celle de l'intérêt général[85]. Dans cette volonté d'associer la société civile à l'action des pouvoirs publics, force est cependant de constater la sous représentation systématique des consommateurs par rapport aux professionnels les plus puissants[86].

La recherche d'une participation des agents de la société civile à l'« interprétation-construction »[87] de la norme se traduit aussi par des innovations procédurales importantes tant dans les instances de type quasi juridictionnel que quasi règlementaire. On a déjà noté en droit international la montée en puissance de l'*amicus curiae*[88]. Ce mécanisme permet au juge d'entendre l'argumentation de personnes qui, quoique non parties au procès, sont « intéressées » et, en conséquence, autorisées à faire valoir des éléments qui peuvent influencer la solution à donner au litige. Les autorités de concurrence nationales de la concurrence ont ainsi multiplié ces dernières années des processus permettant d'associer les agents économiques, principalement les entreprises, à la fois aux décisions de type règlementaire qu'aux décisions quasi-juridictionnelles.
Il s'agit de mécanismes de consultation préalables à l'adoption de mesures générales ou des « tests de marché » dans le cadre du contrôle des concentrations et des procédures d'engagements[89]. C'est

[81] M-A. Frison-Roche, *Les 100 mots de la régulation*, Que sais-je ?, Paris, PUF 2011.
[82] C'est souvent davantage l'indépendance à l'égard des pouvoirs privés économiques qui soulève des difficultés que celle de l'indépendance par rapport à l'Etat.
[83] L. Boy, *Droit économique*, op. cit. p. 79.
[84] Sur le pluralisme des intérêts, voir dans ce volume : G. Courty, p. ; G.J. Martin et J. Malet-Vignaux, p. ; S. Menétrey, p. ; E. Paillet, p. ; E. Balate.
[85] Ch. Hannoun, La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme, *RTDCom., 1989, p. 417*.
[86] On constate en général un double déséquilibre, non seulement entre professionnels eux-mêmes (Cf. La Commission d'examen des pratiques commerciales de l'article L440 du Code français de commerce) mais entre professionnels et consommateurs et/ou usagers. Le refus le plus manifeste de prendre en compte juridiquement l'intérêt des consommateurs résulte du refus systématique et réitéré d'ouvrir à ces derniers l'action de groupe. La position en France du Medef est à cet égard saisissante d'un obscurantisme profond.
[87] Classiquement la norme et son interprétation sont deux moments distincts en droit. L'interprète est la « bouche » de la loi norme posée d'en haut et qu'il va chercher à appliquer au cas d'espèce. Avec les standards du droit économique, ces moments n'apparaissent plus totalement séparés mais se fondent en des mouvements qui opèrent un va-et-vient entre le cas vers la norme et la norme-standard vers le cas d'espèce.
[88] J. Butault, *Le règlement par l'OMC des différends liés à la sécurité sanitaire dans le commerce international des aliments*, Thèse Nantes 2008 ; S. Ménetrey, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Paris, Dalloz, collection Nouvelle bibliothèque des thèses, 2010.
[89] Voir, par exemple, Autorité de la concurrence, Test de marché du 3 novembre 2009 relatif à la distribution de l'iPhone en France, Test de marché du 24 décembre 2010 rendu dans le cadre d'une procédure ouverte devant l'Autorité de la concurrence à l'initiative de la société Titres cadeaux, les sociétés Accentiv' Kadéos et Edenred (anciennement Accor services) proposent des engagements portant sur les exclusivités en matière d'acceptation et de distribution de

ainsi qu'en France, l'Autorité de la concurrence dispose de la faculté, sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, d'« accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 ». Dans le cadre de cette procédure, si ces engagements sont jugés de nature à répondre aux préoccupations de concurrence, l'Autorité de la concurrence, constatant qu'il n'y a plus lieu à agir, procède à la clôture de l'affaire, en prenant acte des engagements qui prennent alors un caractère obligatoire. Mais les tiers intéressés sont invités à présenter leurs observations sur ces propositions d'engagements pendant un délai que fixe l'Autorité.
Ces procédures permettent donc d'associer largement la société civile, du moins, les entreprises, à la prise des décisions au point que l'on pourrait même s'interroger sur le point de savoir s'il n'existe pas un risque de confiscation de leurs pouvoirs. Dans une vision optimiste, on relèvera surtout le fait que ces divers instruments illustrent incontestablement ce que J. Habermas qualifiait d' « éthique de la discussion » et dont on avouera que l'une des vertus premières est celle de la motivation des décisions[90], condition indispensable à la légitimité des interprètes des normes économiques. Née au départ comme garantie essentielle pour les justiciables, la motivation, considérée, en outre, par la CEDH comme une composante essentielle du droit à un procès équitable, est aujourd'hui en France imposée y compris en matière de décision administrative individuelle de refus. La motivation [91]est ainsi devenue symbole de « droit », c'est-à-dire symbole du refus de l'arbitraire et gage de légitimité démocratique. On ne peut nier le fait que le droit est acte d'autorité ; il est, tout à la fois, acte de persuasion. Tout droit qui se prétend démocratique, doit donc chercher, par la motivation précisément, à obtenir une adhésion raisonnée[92].

Ce sont ces qualités – que l'on retrouve plus ou moins dans les instances en charge d'interpréter le droit économique[93] - qui justifient la légitimité de leurs pouvoirs. Cette légitimité est d'autant plus indispensable que l'interprète en droit économique utilise une méthode principalement téléologique usant largement de standards. Or, les normes en question et surtout les politiques économiques qu'elles servent peuvent évoluer très vite. L'interprétation doit donc composer entre fidélité aux buts évolutifs de la norme et sécurité juridique attendue par les opérateurs. Ainsi a-t-on pu dire du droit de la concurrence que « s'il évolue en permanence, c'est, sans doute, parce qu'il est toujours le reflet d'une politique économique »[94]. De façon générale, le droit économique est un droit jeune et non encore totalement élucidé. La question de la stabilité minimale sur laquelle doivent pouvoir compter les agents économiques nous semble donc étroitement liée à celle de l'indépendance du tiers arbitre de ce droit.

---

cartes cadeaux, conclues avec certaines enseignes affiliées. Site de l'Autorité de la concurrence.

[90] M. Roseau, Procédures d'appel contre les décisions des ANC : Panorama européen, *Concurrences N° 2-2007, pp. 209-218* ; J-Y Chérot, Circonstances particulières permettant au Tribunal de soulever d'office le défaut de motivation sur le caractère existant de mesures d'exonération de droit d'accises sur les huiles minérales *(Irlande, France, Italie e.a./Commission), Concurrences N° 1-2008, pp. 158-159 ;* B. Lasserre, La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : Un point de vue d'autorité (II)*Concurrences N°4-2010, pp. 56-68 ;* J-P. Thiet et alii, Due process in competition proceedings, *Concurrences N° 3-2010,* pp. 10-22 ; F. Zivy et L. Luc, L'équité procédurale devant l'Autorité de la concurrence, Concurrences, n° 4-2010, pp. 85-100 ; Th. Tuot, Contrôle juridictionnel du régulateur : le Conseil d'Etat procède à un contrôle approfondi » des décisions de l'ARCEP, y compris dans la définition des parts de marché des différents opérateurs (UPC), Concurrences n° 1-2007, p. 185.

[91] Elle trouve son origine en droit interne dans la loi des 16 et 24 août 1790, laquelle entendait rompre avec les pratiques de l'Ancien Régime.

[92] Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *La motivation des décisions de justice,* Bruxelles, Bruylant, 1978. En ce sens, elle est plus que simple explication logiquement déductive.

[93] Observons que les AAIs ont parfaitement intégré ces dernières. On en voudra pour preuve la démarche de l'ART (ARCEP) qui, dés ses origines, se soumettait d'elle-même au principe du contradictoire.

[94] F. Riem, Droit de la concurrence et ordre concurrentiel, in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano,* éd. Frison-roche, 2003, p. 660 ; voir aussi : H. Ullrich, L'ordre concurrentiel, rapport de synthèse ou « variations sur un thème de Nice, op. cit., p. 663.

Plus tard viendra sans doute la question de la responsabilité de ce dernier[95]. Les règles économiques et surtout les politiques économiques peuvent changer. L'interprétation doit donc composer entre fidélité aux buts mouvants de la norme et sécurité juridique des opérateurs. Le thème de l'insécurité juridique est constamment mis en avant – à l'excès peut-être - par les entreprises et leurs conseils[96]. Il vise de façon voilée la question de la responsabilité juridique des interprètes du droit économique. C'est ouvrir là un vaste débat qui renvoie aux délicats rapports entre responsabilité strictement juridique et responsabilité politique.

[95] La responsabilité des régulateurs privés n'est plus aujourd'hui un tabou : F. Cafaggi, Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés, *RIDE* 2005, n° 2, p. 111 ; L. Boy, Les apports de la certification, de la normalisation et de la labellisation à l'effectivité ou l'efficacité des normes juridique in « Normes de RSE : Mise en œuvre, contrôle et sanctions », Colloque Bordeaux 27, 28 et 29 octobre 2010, à paraître.

[96] L. Idot et C. Priéto, *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : le règlement n°1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses*, Bruxelles, Bruylant, 2006.