



HAL
open science

L'information en droit de la concurrence et de la régulation

Oussema Chebbi

► **To cite this version:**

| Oussema Chebbi. L'information en droit de la concurrence et de la régulation. 2019. hal-02288701

HAL Id: hal-02288701

<https://hal.science/hal-02288701>

Preprint submitted on 15 Sep 2019

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'information en droit de la concurrence et de la régulation

Oussema CHEBBI

Doctorant en droit public à l'Université Grenoble Alpes et à l'Université de Sousse

Aux temps de Wikileaks et des médias sociaux, la maîtrise de l'information par les Hommes ne s'est jamais trouvée aussi complète. Dans la sphère économique, les intervenants s'acharnent de plus en plus pour « s'approvisionner » en information. On dirait que cette dernière représente, au même titre que les ressources financières, à la fois une richesse et une arme fatale entre les mains de ceux qui entendent la manipuler. Ainsi, des données comme les prix, l'effectif du personnel d'un concurrent, les barrières à l'entrée au marché, les attitudes des individus, et même leurs vies privées, peuvent défigurer drastiquement la structure du marché. A l'évidence de ce constat, il nous parut opportun, de traiter le sujet de l'information en droit de la concurrence et de la régulation. Toutefois, avant d'entrer dans le vif de notre recherche, quelques précisions d'ordre terminologique s'avèrent nécessaires.

Commençons d'abord par définir ce qu'est l'information. Ce terme dérive, du latin

« *Informare* », signifiant littéralement « se former une idée de » et se définit par les trois éléments suivants¹ :

- « Une transmission ». Une information est avant tout quelque chose de transmissible qui circule.

¹ Voir : (C) Baltz. *Le concept d'information : essai de définition*. In : Communication. Information Médias Théories, volume 16 n°2, décembre 1995. p. 168

- « Un contenu ». L'information est porteuse de contenu, sans lequel ladite transmission perd tout son intérêt.
- « Des pratiques » (environnantes). Cet élément traduit « *la prise en considération de l'ensemble des interventions humaines ou sociales qui conditionnent ou accompagnent "transmission" et "contenu" sous toutes leurs formes²* ».

D'une manière plus simpliste, l'information serait un ensemble de données structurées dans un sens précis, transmissibles et influant sur le comportement des individus. Dans la même ligne de pensée, l'on pourrait percevoir le marché comme étant un ensemble d'informations dans lequel les choix des intervenants et des consommateurs constituent la plus grande partie. C'est ce que Friedrich Hayek appelait « l'ordre prolongé » (de l'anglais « Extended Order »)³.

De plus, il faut bien saisir que l'information à laquelle on s'intéressera au sens de cette étude est celle qui revêt un caractère public et qui se situe dans la sphère marchande. A contrario, les informations à caractère confidentiel ainsi que celles relevant de domaines non économiques seront écartées.

Concernant le droit de la concurrence et de la régulation, il s'agit d'une branche du droit public de l'économie ayant pour objet de gouverner la compétition entre les intervenants dans le marché d'une part (volet concurrence), et visant d'assurer l'équilibre et la pérennité d'un ou de plusieurs secteurs soit par la puissance publique soit par les mécanismes du marché lui-même soit les deux à la fois (volet régulation).

Telles que définies, ces deux notions partagent toutes les deux un passé commun. En effet, l'investissement dans l'information a été intensifié avec la révolution numérique (surtout

² Idem.

³ Ce concept a été introduit pour la première fois en sociologie et en économie par Friedrich August Von Hayek dans son ouvrage "The Fatal Conceit"
Voir : (F.A) Hayek, "The Fatal Conceit: The Errors of Socialism", The University of Chicago Press, Chicago, 1991

pendant le dernier quart du XXe siècle) et devint le symbole⁴ du mode de développement postindustriel⁵. Au cours de cette même période, les marchés connurent une ouverture progressive à la concurrence (marquant ainsi la fin de l'Etat providence) et les Etats se dirigèrent pas à pas vers le nouveau paradigme de la régulation économique, un jalon emblématique de l'évolution de l'économie capitaliste. Cette évolution était constamment et largement influencée par la révolution numérique précitée⁶.

De plus, le sujet de l'information en droit de la concurrence et de la régulation soulève deux grands enjeux :

Le premier est de pouvoir tracer la limite entre l'information que l'on peut diffuser et celle qu'il faut protéger. En d'autres termes, l'on essaiera de comprendre comment le droit de la concurrence et de la régulation économique se sert de l'information.

Deuxièmement, notre sujet est intrinsèquement lié à l'un des principes fondamentaux du droit de la concurrence et de la régulation économique, à savoir l'efficacité économique. Ainsi, la répartition de l'information pourrait déterminer si un marché donné est efficace ou non. Dans la même perspective, certains parlent même d'une efficacité informationnelle, qui implique qu'« *un marché est efficace si les cours reflètent pleinement toute l'information disponible non seulement dans certains titres mais aussi toute l'information publique*⁷ ».

Compte tenu de ce qui précède, la problématique de notre travail tournera autour des caractéristiques de l'information en droit de la concurrence et de la régulation.

Pour se faire, l'on traitera dans un premier temps la structure décentralisée de l'information (première partie), puis l'usage à vocation multiple de celle-ci (deuxième partie).

⁴ Voir : (M) Castels, *La société en réseau, Nouvelle édition, L'ère de l'information*, éd. Fayard, Paris 2001 p.36-51

⁵ Un mode de développement qui mise sur la tertiarisation et dans lequel la technologie de l'information représente la matière première de l'économie.

⁶ (M) Castels, *La société en réseau, op. cit.*, p.36

⁷ (E.F) Fama, *Efficient capital markets: a review of theory and empirical work*, in *Journal of Finance* 1970 vol.25, issue 2, ed. AFA, Philadelphia, Pennsylvania, p.383

Encore faut-il préciser, à cet effet, que l'approche adoptée dans la présente étude est fondamentalement de nature conceptuelle. En d'autres termes, nous partirons des paradigmes adoptés en sciences sociales et non de leurs applications qui varient substantiellement selon le contexte (social, historique, économique...). L'objectif étant de contribuer à dégager une théorie générale de l'information en droit de la concurrence et de la régulation.

I- Une structure décentralisée :

A travers la structure on s'intéressera au mode de fonctionnement interne de l'information. Pour ce faire, il convient de traiter dans un premier temps l'atomicité des intervenants (A), puis la liberté de circulation de l'information (B).

A- L'atomicité des intervenants :

Partons du fait que chaque individu actif produit de l'information, que ce soit pour sa propre utilisation ou au profit de la communauté⁸. L'on peut dès lors affirmer que l'information disponible sur le marché (et d'ailleurs dans la société entière) ne peut être manipulée par qui que ce soit.

L'explication logique de cette réalité est qu'il est carrément impossible de deviner les fluctuations des données et des choix économiques des individus, et même si l'on arrive à anticiper ou à estimer quelques données à un moment donné, celles-ci deviendront obsolètes du jour au lendemain. Pour simplifier cette idée, rappelons-nous ce qui se passe lorsqu'on se rend dans un supermarché sans avoir un besoin particulier en tête ; Dans ce cas il est impossible de préciser ce que l'on entend acheter, et ce même dans le cas hypothétique du « consommateur

⁸ « Au cours de leurs relations face à face dans la vie quotidienne, les individus produisent des schémas de classement des autres et d'eux-mêmes, et s'ajoutent réciproquement à ces schémas (processus de construction de la réalité) » (L.V) Campenhoudt, *Introduction à l'analyse des phénomènes sociaux*, éd. Dunod, Paris, 2001, p.76

rationnel⁹ », ce qui importe le plus est que l'on se procure quelque chose. Il est à noter que ce cas de figure se répète tous les jours avec tant d'individus.

Ainsi, dans l'absence d'un monopole de l'information, l'on se trouve face à un ensemble d'intervenants qui agissent, sans même le savoir, sur le cours de l'information, mais pourrait-on au moins catégoriser ces intervenants ?

La catégorisation desdits intervenants est possible en droit de la concurrence et de la régulation malgré leur atomicité. Il s'agit, en effet de quatre catégories :

La première catégorie comprend les autorités, représentées par l'administration publique (collectivités territoriales, banque centrale, autorités de régulation). Celles-ci, effectuent un travail d'orientation, d'ajustement et de prévention qui est en mesure d'influencer et même de guider le comportement des différents intervenants dans le marché. L'un des exemples les plus fréquents en la matière est lorsque l'Etat diffuse des informations qui mettent en valeur les attributs de son économie (il peut s'agir du taux de croissance économique, du régime d'imposition, de données concernant le pouvoir d'achat des individus, de la qualification de la main d'œuvre, ou des procédures d'établissement des entreprises, quand toutes ces données sont optimales à l'investissement) en vue d'inciter les individus aussi bien nationaux qu'étrangers à entreprendre, tout en dissimulant d'autres informations qui peuvent les décourager (les mêmes données susmentionnées lorsqu'ils sont mesure de décourager les investisseurs).

Quant à la deuxième catégorie des intervenants dans la production de l'information, elle est représentée par les agents économiques, ou les concurrents, ceux qui représente l'offre dans le marché.

⁹ Cette hypothèse dérive d'un paradigme plus large, il s'agit de l'homme rationnel « Homo œconomicus » selon lequel l'individu agit selon son intérêt social.

Par agents économiques il faut entendre toutes les entités qui opèrent dans des secteurs économiques peu importe leur forme juridique¹⁰. Tous les agents, qu'ils soient déjà installés ou des agents potentiels, visent à obtenir le maximum d'information sur la structure du marché, le comportement des clients, celui des autorités et des autres agents. D'un autre côté, les concurrents produisent à leur tour de l'information, et ce principalement par le biais de la publicité. En effet, ces entités font en sorte de mettre en exergue toutes les qualités de leurs produits, leur personnel, leur historique ainsi que tout ce qui pourrait renforcer la compétitivité de leurs offres. Tout cela dans un seul but : « séduire » les consommateurs.

S'agissant des consommateurs, ceux-ci constituent la troisième catégorie d'intervenants. Il est important à ce niveau de préciser que la notion de consommateur en droit de la concurrence peut être substituée selon le contexte par d'autres variantes telles que « client » (notamment par rapport à la transaction de vente/achat) ou « usager » (l'utilisateur du service public en droit français par exemple).

En droit de la concurrence et de la régulation, l'ouverture à la concurrence « *est souvent présentée comme un processus orienté vers les consommateurs. On dit, dans la plupart des études qui lui sont consacrées, qu'elle améliore la situation où se trouvent ces derniers.*¹¹ »

Cette amélioration résulterait, à vrai dire, de la grande variété de choix offerte dans un marché concurrentiel. En effet, face à la pluralité des fournisseurs, les consommateurs ont *la possibilité de s'adresser à plusieurs interlocuteurs*¹² et d'en choisir celui qui fournit les prestations les plus adaptées à leurs besoins¹³. Dans ce sens, la question qui nous vient à l'esprit est : Comment les consommateurs produisent-ils de l'information ?

¹⁰ A cette définition certains spécialistes ajoutent l'élément de la rationalité qui signifie dans ce contexte que la motivation de tout agent économique est le profit.
Voir : (C) Albagli, *L'Etat, les agents économiques et les règles*, in Mondes en développement 2005/1 (no 129), éd. De Boeck Supérieur, Paris, 2005, p.51

¹¹ (P) Nihoul, *La concurrence et le droit : La position occupée par les entreprises, les consommateurs et les autorités*, éd. EMS, Condé-sur-Noireau, 2001, p.25

¹² Idem.

¹³ Ibidem.

Contrairement aux autorités et aux concurrents qui produisent de l'information de façon délibérée et même sélective, les consommateurs, eux, le font assez spontanément. La donnée cruciale que les différents intervenants, autorités et concurrents, cherchent à savoir est « l'intérêt » du produit en question. Il s'agit de savoir si les consommateurs s'intéressent à un produit ou à une prestation ou non. Tout le problème est que cette information est tellement imprévisible et variable dans le temps et dans l'espace que nul ne peut la maîtriser. Seuls les prix sont en mesure de nous éclairer sur l'intérêt que représente un produit donné aux yeux des consommateurs (Produit intéressant=plus de demande=augmentation des prix). C'est d'ailleurs, l'un des atouts de l'économie libérale et qui fait défaut dans l'économie planifiée (modèle socialiste)¹⁴.

Enfin, et considérant tout ce qui précède, l'on peut déduire que ;

- D'une part, chacune des catégories traitées fournit de l'information selon son intérêt économique.
- D'autre part, chaque catégorie dépend de l'autre, en ce que l'information produite par l'une sera par la suite consommée par les autres. Une telle constatation nous mène à traiter la circulation de l'information dans le marché.

B- La liberté de circulation :

Etant donné que le droit de la concurrence et de la régulation s'intéresse au marché surtout et à l'économie de manière générale, les principes employés dans cette branche du droit sont intrinsèquement liés à l'activité économique compte tenu de son évolution et de ses aspects contemporains (les aspects de l'économie capitaliste). Dans ce contexte, il est opportun de rappeler que l'idée même de réguler un marché concurrentiel vise entre autres la conservation

¹⁴ Du point de vue de l'école néoclassique, ce détail serait la raison même de l'effondrement du socialisme qui prétend pouvoir déterminer les besoins des individus à l'avance (*production for use*). Voir : (F.A) Hayek, "*The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*", op. cit.

de ce que les économistes appellent « l'équilibre général », *état dans lequel chaque agent maximise son utilité et chaque marché est en équilibre*¹⁵. L'équilibre signifie dans ce sens qu'il est impossible *d'accroître l'utilité d'un agent sans réduire celle d'au moins un autre agent*¹⁶.

Parmi les éléments nécessaires à atteindre cet équilibre¹⁷ la circulation libre de l'information occupe la première place. De façon plus détaillée, l'information devrait être *libre d'accès, disponible instantanément et sans coût*¹⁸ de façon à permettre aux différents intervenants de prendre des décisions (moyennant les indications que pourraient offrir les prix sur la rareté des biens et l'opportunité de conclure des transactions). A ce titre, l'on pourrait même affirmer que l'information constitue bel est bien un bien collectif dont personne ne peut s'approprier.

Néanmoins, la qualification de l'information comme étant un bien collectif ne devrait pas dissimuler sa nature comme bien économique et donc par définition un bien utile et interchangeable.

Telle que définie précédemment, l'information a *besoin d'être collectée, analysée et diffusée. Car c'est à ce seul prix que les utilisateurs pourraient avoir accès*¹⁹. Or, si le principe consiste à ce que l'information circule en toute liberté pour que le marché atteigne finalement son état d'équilibre général, la réalité économique montre que l'usage de l'information dans le domaine économique reste confronté à plusieurs entraves, qui peuvent être intrinsèques à l'information elle-même (il s'agit dans ce cas de propriétés de l'information) ou extrinsèques (on parle alors d'externalités²⁰).

¹⁵ (Y) Thépaut, *Le concept d'information dans l'analyse économique contemporaine*, in Hermès, La Revue Cognition, communication, politique, 2006/1 (n° 44), éd. C.N.R.S. Editions, Paris, p.161-162

¹⁶ Idem.

¹⁷ Cet équilibre est aussi appelé « Optimum de Pareto »

Voir : (A.L) Sibony, *Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit*, in *L'efficacité de la norme juridique : Nouveau vecteur de légitimité ?*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2012, p.68

¹⁸ (Y) Thépaut, *Le concept d'information dans l'analyse économique contemporaine*, op. cit, p.162

¹⁹ (D.B.D) Goulazié, *La circulation de l'information et le développement économique*, mémoire présenté durant l'année universitaire 1980-1981 à l'université des sciences sociales de Grenoble en vue de l'obtention du diplôme des études approfondies en information scientifique et technique, p.12

²⁰ (Y) Thépaut, *Le concept d'information dans l'analyse économique contemporaine*, op. cit, p.165

S'agissant des propriétés, commençons d'abord par la valeur incertaine de l'information. En effet, et comme tous les biens d'ailleurs, on ne peut connaître la valeur authentique d'un produit qu'après son usage. Cela dit il serait imprudent de se construire une perception de quoi que ce soit avant même que l'information ne soit obtenue.

Quant à la deuxième propriété, elle vient expliquer la première. Il s'agit du phénomène du « passage clandestin » de l'information. Ce phénomène se produit quand *les individus pris un à un n'ont pas intérêt à annoncer la vraie valeur qu'ils attribuent à ce bien, pour ne pas avoir à payer en conséquence, puisque dès lors qu'il est produit, il est en totalité à leur disposition, sans avoir à le payer, ou alors à le payer à un prix en dessous de sa valeur*²¹.

Pour ce qui est des externalités²², on s'intéressera dans cet article au phénomène de l'asymétrie de l'information puisqu'il représente une vraie menace à l'économie du marché telle que promue par le droit de la concurrence et de la régulation.

L'asymétrie de l'information signifie que certains peuvent atteindre des informations auxquelles les autres n'ont pas accès. Ceci peut générer des déséquilibres dans les rapports entre les individus résultant en un « aléa moral ». Ainsi pour comprendre ce qu'est l'aléa moral donnons l'exemple suivant même s'on risque de s'éloigner légèrement du cadre de la concurrence : Imaginons un employeur qui vient de recruter un agent, et que ce dernier peut à tout moment se comporter d'une façon contraire à ce qui a été convenu dans le contrat sans que l'employeur ne le sache (l'un détient une information que l'autre ne connaît pas, c'est l'asymétrie de l'information). Cet état de fait représente un risque ou aléa moral pour l'employeur qui peut à son tour s'en servir et suggérer que la rémunération de l'agent soit proportionnelle avec son rendement (ce qu'on appelle « salaire d'efficience »)²³.

²¹ Idem.

²² Une externalité désigne « toute relation économique directe entre agents ne donnant pas lieu à un échange à travers les mécanismes du marché ». ((Y) Thépaut, *Le concept d'information dans l'analyse économique contemporaine*, op. cit, p.164

²³ Idem.

Pareillement, du point de vue du droit de la concurrence et de la régulation, l'asymétrie de l'information peut prendre la forme de pratiques anticoncurrentielles capables de déboucher sur de grandes pertes économiques pouvant aller jusqu'à la disparition du marché affecté. D'ailleurs, c'est là où réside le rôle du droit de la concurrence et de la régulation dans la préservation de l'information, et ce en lui octroyant une protection juridique spécifique²⁴.

II- Un usage à vocation multiple :

Tout en étant l'un des objets traités par le droit de la concurrence et de la régulation, l'information peut également être perçue comme outil employé par ce dernier que ce soit dans l'allégation (A) ou dans la régulation (B).

A- L'information : un motif d'allégation

Une partie du droit de la concurrence et de la régulation économique est consacrée à la répression de certaines pratiques interdites vu leurs effets néfastes sur l'économie du marché. Il s'agit essentiellement des pratiques anticoncurrentielles et de la concurrence. Il peut s'agir d'un partage d'informations, d'une altération artificielle de l'information (fixation des prix de sorte qu'ils ne reflètent plus la valeur des biens), ou de n'importe quelle pratique visant la dissimulation des valeurs réelles de l'économie et donc potentiellement le blocage des mécanismes de régulation sur le marché.

Dans ce contexte. Dans ce sens, le conseil de la concurrence tunisien a précisé dans l'affaire « Dilek Mlak » du 12 octobre 2017 (relevant du secteur des télécommunications) que le fait pour les opérateurs en question de partager des informations afin d'exclure leurs concurrents constitue un motif valide pour les poursuivre²⁵. De même, en date du 31 janvier 2019, la

²⁴ (L) Goranson et (J) Volkai, *Le Droit et la Politique de la Concurrence en Europe eu Sud-Est*, in *Revue sur le droit et la politique de la concurrence 2003/2* (Vol. 5), éd. OCDE, Paris, 2003, p.56

²⁵ Affaires n°141365 et 141366, décision rendue le 12 octobre 2017

commission européenne a accusé huit banques d'entente sur le marché obligataire au motif que ces agents ont échangé des informations sensibles sur le plan commercial et ont coordonné leurs stratégies²⁶.

Toutefois, bien que les pratiques interdites en droit de la concurrence et de la régulation soient multiples, on accordera un intérêt particulier dans notre recherche aux ententes illicites puisqu'elles touchent directement le domaine de l'information.

Par ailleurs, le fondement de l'allégation diffère substantiellement selon que l'interdiction soit « per se » ou fondée sur « la règle de raison ».

Par définition, une pratique interdite « per se » est présumée illégale de soi ou par nature, et donc abstraction faite de ses répercussions en réalité. Dans ce sens, le fondement de l'allégation serait une règle juridique prédéterminée. En droit tunisien par exemple, c'est l'article 5 de la loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix²⁷ qui interdit cette pratique.

Pareillement, en droit français, cette interdiction se base sur l'article L.420-1 du Code de commerce²⁸. Il est à noter à ce niveau que la source d'inspiration de ladite interdiction en France comme dans les autres Etats membres de l'Union Européenne est l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'union européenne qui sert de fondement juridique à l'interdiction des ententes qui seraient de nature à entraver la libre concurrence.

L'un des exemples les plus abandonnés de l'usage détourné de l'information, est les ententes dans les marchés publics ou privés sur appels d'offres. C'est ce qui a été mentionné par conseil de la concurrence français (devenu depuis le 13 janvier 2009 « l'autorité de la concurrence ») dans

²⁶ Plus de détails sur cette affaire sont disponibles dans le registre public des affaires de concurrence (relevant de la commission européenne) sous le numéro AT.40324

²⁷ Loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix, parue au journal officiel de la république tunisienne n°77-78 du 25 et 29 septembre 2015, p.2320

²⁸ Modifié par l'article n°52 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, parue au journal officiel de la république française n°113 du 16 mai 2001, p.77761

sa décision n° 01-D-13 du 19 avril 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas-de-Calais :

« En matière de marchés publics ou privés sur appels d'offres, il est établi que des entreprises ont conclu une entente anti-concurrentielle dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être ».

Cette méthode, bien qu'elle garantisse plus de rigueur dans la lutte contre certaines pratiques réputées nocives à l'économie du marché, est en mesure d'occulter la possibilité de dégager des avantages de ces mêmes pratiques, tels que la valeur ajoutée de l'investissement, le progrès technique qu'il pourrait apporter, ou encore l'employabilité (qui est en effet un facteur pro économique par excellence). C'est justement pour pallier à cette lacune que les autorités compétentes en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles appliquent aussi « la règle de raison ». Cette règle veut que la pratique ne soit interdite que si le comportement contesté implique une inefficience au niveau du marché pertinent. Le fondement de l'allégation devient donc l'impact de la pratique sur le marché et non une interdiction textuelle.

Dans la pratique, la concrétisation de cette méthode diffère selon les juridictions. L'une des méthodes qui viennent mettre en œuvre la règle de raison est le bilan concurrentiel. *Il s'agit d'une méthode d'analyse destinée à établir pour chaque convention située dans son contexte réel un bilan de ses effets pro et anticoncurrentiels*²⁹.

Cette méthode a l'avantage de garantir une grande liberté concurrentielle, et donc une plus grande variété des alternatives sur le marché, puisqu'elle ne conduit à la répression de la pratique que s'il s'avère que les mécanismes d'autorégulation du marché sont défailants.

²⁹(R) Kovar, « Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison" », in RTDeur, éd. Dalloz, Paris, 1987, p. 238

Bien qu'étant d'origine anglosaxonne, la théorie de la règle de raison a connu sous l'effet de la mondialisation une ampleur internationale au point que certaines législations de tradition romano-civiliste ont fini par l'adopter. C'est le cas du législateur français qui prévu dans l'article L420-4 du code de commerce³⁰ :

« Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques : (...) Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique »

Ou encore le législateur tunisien qui a mentionné dans de l'article 6 de la loi de 2015 susmentionnée :

« Sont exemptés de l'application des dispositions de l'article 5 de la présente loi, les accords, pratiques ou catégories de contrats dont les auteurs justifient qu'ils sont indispensables pour garantir un progrès technique ou économique et qu'ils procurent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte... ».

Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse d'interdictions per se ou de la règle de raison, ce qu'il faut retenir est que ces deux approches visent en profondeur la protection de l'information dans la mesure où celle-ci représente un bien collectif dont la manipulation peut mettre en échec le jeu de la libre concurrence de manière substantielle.

D'un autre côté, et toujours dans la logique de protection de la concurrence, il y'a lieu de noter que l'information peut être utilisée par les autorités en vue de réguler le marché ou de remédier aux insuffisances dont souffre l'économie libérale.

B- L'information : un moyen de régulation

Si l'offre et la demande représente le paradigme classique de régulation en économie libérale, l'évolution de la société moderne a prouvé que la survie du marché n'était en fait

³⁰ Modifié par l'article n° 3 de la loi n°2016-1920 du 29 décembre 2016 relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes, parue au journal officiel de la république française n° 0303 du 30 décembre 2016

possible que grâce à d'autres paradigmes. Rappelons-nous ce qui s'est produit à la suite des crises mondiales de 1929 et de 2008. Sans aucune exagération, l'économie mondiale (libérale) était à deux doigts d'y passer. Ce n'est que par l'intervention des autorités publiques³¹ (aux Etats Unis et dans tous les pays affectés par la crise) que l'économie libérale mondialisée a pu survivre ces deux crises.

C'est d'ailleurs la raison principale pour laquelle le paradigme de l'Etat régulateur a repris le dessus, ce qui explique à son tour l'essor spectaculaire que connaît le droit public économique (dont fait partie le droit de la concurrence et de la régulation) de nos jours comme étant le droit des crises par excellence.

En effet, comme le comportement des agents économiques s'est avéré loin d'être totalement rationnel, la régulation a focalisé son action sur cette insuffisance, et ce entre autres en agissant sur l'information disponible dans le marché. Dans ce sens, la régulation se sert de l'information en influant sur les attitudes, les représentations, les aspirations des usagers³². L'objectif étant de socialiser afin de modeler en profondeur les comportements sociaux³³. A ce propos, Jacques Chevallier écrit :

« La socialisation de l'utilisateur a pour effet immédiat d'assurer l'ajustement de la demande à l'offre : en même temps qu'il propose une prestation, le service public suscite, par son action socialisatrice propre, la production de la demande sociale correspondante ; l'utilisateur est amené progressivement à adapter ses attentes en fonction des biens disponibles et à respecter les rituels imposés pour leur consommation.³⁴ »

³¹ (C) Degryse, *La nouvelle gouvernance économique européenne*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP* 2012/23-24 (n° 2148-2149), éd. CRISP, Bruxelles, 2012, p.5-6

³² (J) Chevallier, *Figures de l'utilisateur*, in *Psychologie et science administrative*, éd. Presses universitaires de France, Paris, 1985, p.55

³³ Idem.

³⁴ (J) Chevallier, *Figures de l'utilisateur*, in *Psychologie et science administrative*, éd. Presses universitaires de France, Paris, 1985, p.56

Concrètement, la régulation se sert de l'information en créant des outils et techniques dites de « Soft Law » ou de Droit doux.

Ces procédés peuvent être répartis en fonction de leur complexité sur deux « paliers » pour ainsi dire :

- Le premier palier regroupe les outils qui traduisent un pouvoir de recommandation. Il peut s'agir de chartes, schémas directeurs, lignes directrices, campagnes de sensibilisation... etc. par lesquels l'autorité socialise, informe et oriente les acteurs du milieu régulé sans pour autant créer de nouvelles obligations³⁵.
- Le deuxième palier d'outils vise quant à lui ce que les économistes appellent l'architecture des choix. A vrai dire, il y'a une vaste panoplie de modèles pouvant concrétiser cet objectif, parmi lesquels on cite le « Nudging³⁶». Une technique qui offre aux décideurs des mécanismes incitatifs pour orienter le comportement des citoyens. La philosophie du « Nudging³⁷» est d'orienter les actions des destinataires de la politique publique sans recourir à la contrainte. Ceci peut être compris de l'appellation même de la technique, « Nudge » qui signifie en anglais : Coup de pouce, ou littéralement coup de coude.
- Citons également un modèle assez utilisé par les autorités chargées du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, à savoir, la clémence. Il s'agit de la possibilité d'exonérer le contrevenant de la sanction (partiellement ou totalement) s'il coopère avec l'autorité afin de déjouer une pratique anticoncurrentielle à laquelle il participe (ou a participé).
Vu la difficulté de percevoir à jour certaines pratiques (réalisées en toute discrétion),

³⁵ (S) Braconnier, *Droit public de l'économie*, 2e édition, éd. Thémis, Montréal, 2017, p.131

³⁶ Voir : (R) Thaler et (C) Sunstein, *Nudge : la méthode douce pour inspirer la bonne décision* (traduit de l'anglais par Marie-France Pavillet), éd. Vuibert, Paris, 2012, p.469

³⁷ De nos jours, il existe des organismes spéciaux œuvrant dans le but de fournir des mécanismes incitatifs pour orienter le comportement des citoyens. Il s'agit des « unités Nudge » à l'image de la « Behavioural Insights Team » britannique (<https://www.gov.uk/government/organisations/behavioural-insights-team>) ou encore la « Social and Behavioral Sciences Team » américaine (<https://sbst.gov/>).

l'utilité de cette option peut être cruciale pour les autorités de régulation si elles veulent venir à bout des autres contrevenants.

Il convient de mentionner que l'emploi de ces techniques de régulation de nos jours est de plus en plus important, au point que le Conseil d'Etat français a fini par établir sa compétence³⁸ pour les contrôler. Pour ce faire, le conseil s'est basé sur le fait que les autorités de régulation, en recourant à la « *Soft Law* », peuvent développer un pouvoir effectif « *à l'abri de tout contrôle juridictionnel*³⁹».

A l'issue de ce travail, l'on peut déduire qu'entre l'information et le droit de la concurrence et de la régulation, il y'a un rapport dialectique certain ; l'information est en même temps un objet du droit de la concurrence et de la régulation, et un moyen employé par ce dernier.

Vu sous un autre angle, le droit de la concurrence et de la régulation se rend compte des insuffisances dont témoigne l'information dans le domaine économique, et entend y remédier. Toutefois, il est crucial de rappeler que les autorités, à l'occasion de leur recours l'information comme moyen de régulation, doivent observer l'objectif de l'équilibre général précité et que leur intervention dans ce domaine doit rester par conséquent minimale.

³⁸ Citons à titre d'illustration les deux arrêts d'Assemblée du 21 mars 2016 à l'occasion desquels le conseil a admis le recours en annulation contre de simples déclarations de presse émanant d'autorités de régulation et ne comportant aucune décision et sans qu'elles ne produisent des effets juridiques, « Fairvesta International GmbH et NC Numéricable » (CE, Ass., 21 mars 2016, Sociétés Fairvesta International GmbH, Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG, req. n°368082, 368093 et 368084 [1e esp.]; Société NC Numéricable, req. 390023 [2e esp.]).

³⁹ « *Le juge administratif en tout cas ne peut ignorer cette forme de régulation au motif qu'elle ne repose pas sur la création d'obligations ; il n'est pas souhaitable de voir des autorités publiques développer un pouvoir, dont on a vu l'effectivité tout au long de cette étude, à l'abri de tout contrôle juridictionnel.* » (Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat : Le droit souple*, éd. La Documentation française, Paris, 2013, p.15)