

24 janvier 2018

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**Forum mondial sur la concurrence**

**CONCURRENCE ET DÉMOCRATIE**

**Note de Spencer Weber Waller**

-- Session I --

**7-8 décembre 2017**

Cette note préparée par Spencer Weber Waller (assistant du doyen et professeur à la faculté de droit de l'université Loyola de Chicago) est une note de référence en vue de la session I de la 16<sup>e</sup> réunion du Forum mondial sur la concurrence tenue les 7 et 8 décembre 2017.

Les opinions exprimées et les arguments ici employés ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE ni des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur :  
<http://www.oecd.org/fr/concurrence/forum-mondial/democratie-et-concurrence.htm>

Pour toute question concernant le présent document, veuillez prendre contact avec Mme Lynn Robertson [numéro de téléphone : +33 1 45-24-18-77 – courriel : [lynn.robertson@oecd.org](mailto:lynn.robertson@oecd.org)].

**JT03425873**

## *Table des matières*

<b>Droit de la concurrence et démocratie : la démocratie dans le droit de la concurrence -- Note préparée par Spencer Weber Waller -- .....</b>	<b>3</b>
<b>Droit de la concurrence et démocratie : la démocratie dans le droit de la concurrence.....</b>	<b>4</b>
<b>1. Droit de la concurrence et démocratie.....</b>	<b>5</b>
<b>2. La démocratie dans le droit de la concurrence.....</b>	<b>11</b>
<b>3. Taxinomie pour la démocratie et le droit de la concurrence .....</b>	<b>41</b>
<b>4. Conclusion.....</b>	<b>46</b>

### **Graphiques**

Graphique 3.1. ....	41
---------------------	----

## *Droit de la concurrence et démocratie : la démocratie dans le droit de la concurrence*

*-- Note préparée par Spencer Weber Waller\* --*

### *Résumé*

*La présente note analyse deux questions cruciales et liées concernant la quête éternelle d'une meilleure connaissance des objectifs et des instruments du droit et de la politique de concurrence. Elle s'intéresse d'abord au rôle de la démocratie en tant qu'objectif d'action de la politique de concurrence, mais aussi au rôle de la démocratie dans l'application du droit de la concurrence, indépendamment des objectifs normatifs de tout système donné de droit de la concurrence.*

*La première partie examine la promotion de la démocratie en tant que valeur historique et contemporaine du droit de la concurrence. La deuxième parcourt les différentes façons de promouvoir la démocratie dans l'application du droit de la concurrence, indépendamment des valeurs adoptées dans la formulation précise de ce droit dans un système donné. L'auteur y analyse aussi dans le détail le sens que prend la démocratie dans l'action législative, dans sa mise en application par les organismes, dans l'exercice du pouvoir exécutif, dans le contrôle judiciaire, dans les droits d'action privée (actions collectives comprises) et dans la société civile. La troisième partie propose une taxinomie et un exemple hypothétique de démocratie dans le droit de la concurrence, en insistant sur la façon dont se combinent les rôles des différents acteurs pour constituer une boucle de rétroaction vertueuse. Au sein de cette boucle, les pouvoirs démocratiques de l'administration publique et la société débattent de valeurs explicites et en adoptent certaines. Ces valeurs démocratiquement formulées sont ensuite mises en application par les services plus technocratiques de l'administration. Du début à la fin du cycle, chacune des parties du système envoie un retour d'information aux pouvoirs démocratiques pour assurer la continuité des débats et des révisions. La quatrième partie est une conclusion générale.*

---

\* Doyen associé aux affaires universitaires, professeur et directeur, Institute for Consumer Antitrust Studies, faculté de droit de l'université Loyola de Chicago. Merci à Christine Chabot, Harry First, Philip Marsden et Thomas Horton pour leurs précieux commentaires et à Frances Butler pour l'excellente aide qu'elle a apportée aux recherches.

## *Droit de la concurrence et démocratie : la démocratie dans le droit de la concurrence*

*La solution que nous apportons aux problèmes des monopoles doit être à la hauteur de nos idéaux – ceux de la démocratie politique et économique. Nous ne voulons pas d’une dictature économique ou politique imposée par les pouvoirs publics ni par les grandes entreprises. Nous ne voulons pas d’un système de réglementation pointilleuse des prix par les autorités ni de prix fixés par des intérêts privés. Nous ne voulons ni d’une bureaucratie ni d’un embrigadement quels qu’ils soient, mais quitte à choisir, nous les préférerons publics que privés. Nous ne pouvons laisser les entreprises privées devenir des gouvernements privés. Il faut que nous laissions le contrôle de notre système économique aux mains de ceux qui l’utilisent et le respectent.* \*\*

### **Introduction**

1. La présente note analyse deux questions cruciales et liées concernant la quête éternelle d’une meilleure connaissance des objectifs et des instruments du droit et de la politique de concurrence. Elle s’intéresse d’abord au rôle de la démocratie en tant qu’objectif d’action de la politique de concurrence, mais aussi au rôle de la démocratie dans l’application du droit de la concurrence, indépendamment des objectifs normatifs de tout système donné de droit de la concurrence.

2. La première partie examine la promotion de la démocratie en tant que valeur historique et contemporaine du droit de la concurrence. La deuxième parcourt les différentes façons de promouvoir la démocratie dans l’application du droit de la concurrence, indépendamment des valeurs adoptées dans la formulation précise de ce droit dans un système donné. L’auteur y analyse aussi dans le détail le sens que prend la démocratie dans l’action législative, dans sa mise en application par les organismes, dans l’exercice du pouvoir exécutif, dans le contrôle judiciaire, dans les droits d’action privée (actions collectives comprises) et dans la société civile. La troisième partie propose une taxinomie et un exemple hypothétique de démocratie dans le droit de la concurrence, en insistant sur la façon dont se combinent les rôles des différents acteurs pour constituer une boucle de rétroaction vertueuse. Au sein de cette boucle, les pouvoirs démocratiques de l’administration publique et la société débattent de valeurs explicites et en adoptent certaines. Ces valeurs démocratiquement formulées sont ensuite mises en application par les services plus technocratiques de l’administration. Du début à la fin du cycle, chacune des parties du système envoie un retour d’information aux pouvoirs démocratiques pour assurer la continuité des débats et des révisions. La quatrième partie est une conclusion générale.

---

\*\* Jackson, Robert H., *Should the Antitrust Laws be Revised?*, 71 U.S. L. Rev. 575, 582 (1937).

## 1. Droit de la concurrence et démocratie

3. Dès les premières heures du droit de la concurrence aux États-Unis, ses rédacteurs et ses partisans au niveau fédéral et des États ont eu le souci de promouvoir et de protéger la démocratie. Malgré leur teneur politique fluctuante au fil des décennies, le droit et la politique de concurrence aux États-Unis ont toujours reconnu la nécessité du pluralisme des acteurs et des intérêts économiques. Ce pluralisme est semblable aux principes constitutionnels américains garantissant le pluralisme de l'action et des intérêts de l'État par la séparation des pouvoirs et les libertés individuelles énoncées dans la Déclaration des droits.

4. Les rédacteurs de la Constitution des États-Unis ont débattu d'une clause anti-monopole avant de finir par la rejeter<sup>1</sup>. Ceux du droit de la concurrence au niveau des États, dix ans avant le Sherman Act, ont adopté des dispositions précises de lutte contre les monopoles<sup>2</sup>. Le droit au niveau des États s'avérant inefficace face à la multiplication des entreprises nationales, le mouvement en faveur d'un droit fédéral de la concurrence a pris de l'ampleur. Les candidats de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle aux postes de gouverneur, de sénateur ou à la présidence insistaient souvent sur la nécessité d'un durcissement du droit antitrust et de son application. Ce mouvement politique a peut-être connu son zénith avec l'Anti-Monopoly Party qui a présenté en 1888 des candidats à la présidence et dans les États<sup>3</sup>. Défendant devant le Congrès des États-Unis la loi qui allait porter son nom, le sénateur John Sherman a déclaré : « *Si nous refusons qu'un roi gouverne notre pays, nous ne pouvons accepter qu'un roi gouverne notre production, nos transports ou la vente de nos produits. Nous ne nous soumettrions pas à un empereur, alors nous ne devons pas nous soumettre à un autocrate du commerce doté du pouvoir d'empêcher toute concurrence et de fixer le prix de n'importe quelle marchandise*<sup>4</sup>. »

5. Bien que le texte finalement obtenu ait été très général, très vague et fondé sur le droit commun, le pays a compris que la donne avait changé. Le Congrès a apporté trois modifications importantes au maigre droit commun alors en vigueur au niveau des États. D'abord, le droit de la concurrence a été étendu au niveau fédéral, bien que les États aient conservé le pouvoir de maintenir leurs dispositions antitrust locales et de veiller à leur application. Ensuite, toute infraction aux articles 1 et 2 du Sherman Act est devenue un délit pénal de niveau fédéral, puis un crime<sup>5</sup>. Enfin, le Sherman Act, puis le Clayton Act, ont créé à l'échelon fédéral un droit d'action privée en triple dédommagement, honoraires

<sup>1</sup> Calabresi, Steven G. et Price, Larissa, *Monopolies and the Constitution: A History of Crony Capitalism* 28-42, Northwestern University Law School Scholarly Commons Faculty Working Papers, 2012), <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/214/>.

<sup>2</sup> May, James, *Antitrust Practice and Procedure in the Formative Era: The Constitutional and Conceptual Reach of State Antitrust Law, 1880-1918*, 135 U. Penn. L. Rev. 495, 499 (1987).

<sup>3</sup> Fink, Joshua et Waller, Spencer Weber, *A Flash in the Pan: The Brief Existence of the Anti-Monopoly Party*, Loyola University Chicago School of Law Institute for Consumer Antitrust Studies (2001), <http://www.luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/publications/workingpapers/antimono.pdf>.

<sup>4</sup> 21 Cong. Rec. 2515 (1889).

<sup>5</sup> Au fil du temps, la procédure pénale a été limitée aux ententes injutifiables, élevées au rang de crime passible de dix ans d'emprisonnement pour un individu et d'amendes allant jusqu'à 1 million USD pour une personne et 100 millions USD pour une entreprise. 15 U.S.C. § 1.

d'avocats et frais et dépens pour les particuliers dont l'activité ou la propriété ont subi un préjudice du fait d'une infraction du droit de la concurrence<sup>6</sup>.

6. Pendant que les tribunaux débattaient des termes précis du Sherman Act adopté par le Congrès, politiciens et grand public continuaient de le faire sur la signification et les objectifs du droit antitrust aux États-Unis. Pour le Progressive Movement, l'inquiétude que suscitaient les grandes entreprises comportait la crainte de voir tant de richesse et de puissance « mettre fin à la démocratie américaine traditionnelle »<sup>7</sup>. Dans les attendus de sa décision concernant l'affaire de la *Standard Oil*, le juge Harlan a exprimé cette inquiétude en parlant de nouvelle forme d'esclavage économique se substituant à l'esclavage humain par l'action des trusts et des monopoles<sup>8</sup>. Après le procès de la *Standard Oil*, les élections présidentielles de 1912 se sont essentiellement articulées autour du thème de l'avenir du droit antitrust et de son application<sup>9</sup>.

7. Une génération plus tard, la lutte contre les ententes aux États-Unis a ressurgi au cœur des abîmes de la Grande Crise de 1929 sous forme d'instrument politique de reprise économique, pour préparer l'entrée des États-Unis dans la Seconde Guerre mondiale et en partie pour démarquer le système politique et économique américain de la montée en puissance de l'Allemagne et de l'Union soviétique<sup>10</sup>. Cette résurgence, à l'occasion de laquelle Robert Jackson a été nommé à la tête de la division antitrust, a encore avancé d'un cran en 1938 avec le célèbre message du président Roosevelt contre les monopoles, puis sa désignation de Thurman Arnold pour poursuivre le développement de la lutte contre les concentrations<sup>11</sup>.

8. Après la guerre, les États-Unis se sont lancés avec énergie dans une campagne internationale contre les ententes centrée sur la décartellisation et la démonopolisation des vaincus, dans le cadre d'un nouvel ordre mondial issu de la guerre<sup>12</sup>. Il n'est donc pas étonnant qu'un consensus politique bipartite ait été obtenu pendant la Guerre froide autour du durcissement de l'application des lois antitrust et que le droit de la concurrence ait fait l'objet d'une disposition expresse du programme du parti républicain comme de celui du parti démocrate jusqu'en 1980<sup>13</sup>.

<sup>6</sup> 15 U.S.C. § 15.

<sup>7</sup> Hofstadter, Richard, *What Happened to the Antitrust Movement?*, dans *The Paranoid Style in American Politics* 188 (1965).

<sup>8</sup> *Standard Oil Co. of N.J. contre États-Unis*, 221 U.S. 1, 83 (1911) (Arrêt de J. Harlan).

<sup>9</sup> Chase, James, 1912: Wilson, Roosevelt, Taft & Debs – The Election that Changed the Country (2004).

<sup>10</sup> Waller, Spencer Weber ; Thurman, Arnold (2005) 78-110.

<sup>11</sup> Le 29 avril 1938, Roosevelt a adressé au Congrès un message sur la concentration du pouvoir économique le pressant de limiter les monopoles, *Message to Congress on the Concentration of Economic Power, Franklin D. Roosevelt, 29 avril 1938*, Pepperdine School of Public Policy, <https://publicpolicy.pepperdine.edu/academics/research/faculty-research/new-deal/roosevelt-speeches/fr042938.htm> (consulté le 24 août 2017).

<sup>12</sup> Stocking, George W. et Watkins, Myron W., (1946) *Cartels in Action: Case Studies in International Business Diplomacy*.

<sup>13</sup> *Political Party Platforms of Parties Receiving Electoral Votes: 1840-2016*, The American Presidency Project, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=29606> (consulté le 2 octobre 2017) (description du programme politique de chaque parti à chaque élection présidentielle entre 1840 et 2016).

9. C'est dans ce contexte que Robert Pitofsky (le futur président de la FTC) écrivait en 1979 : « C'est faire preuve d'un mauvais sens de l'histoire, de la politique et du droit que d'exclure les valeurs politiques de l'interprétation du droit antitrust »<sup>14</sup>. Le lien entre la concurrence du marché et la démocratie est aussi souligné par une surprenante palette de voix plus conservatrices. Comme l'a déclaré en des termes plus généraux Condoleezza Rice, ancienne secrétaire d'État et conseillère à la sécurité nationale, lors de la convention républicaine de 2012 : « Quelle est la position américaine ?... Depuis la Seconde Guerre mondiale, les États-Unis ont la réponse à cette question... Nous sommes pour la liberté des peuples et la liberté des marchés... Nous maintiendrons un équilibre des pouvoirs favorisant la liberté. »<sup>15</sup> Dans *Capitalisme et liberté*, Milton Friedman a affirmé que la liberté politique dépend de la liberté économique<sup>16</sup>. Quant à Robert Bork, il reconnaissait dans *The Antitrust Paradox* que « la lutte contre les concentrations est une sous-catégorie de l'idéologie » inévitablement liée aux « grandes préoccupations politiques et sociales de notre temps »<sup>17</sup>. Plus récemment, le sénateur Orrin Hatch s'exprimait en ces termes devant le Sénat :

*Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que dans la tradition américaine de la libre entreprise, tout autant que dans sa tradition politique générale, nous soyons profondément méfiants à l'égard de la concentration des pouvoirs. Nous nous méfions de l'intervention de l'État, cela ne fait aucun doute. Notre système se définit en grande mesure par la limitation de son administration publique. Mais c'est aussi d'un œil inquiet que nous observons les puissantes entreprises privées. Nous n'avons que peu de tolérance pour les monopoles qui assurent leur position sur le marché de façon anticoncurrentielle, et nous sommes intraitables à l'égard des ententes caractérisées. En d'autres termes, nous ne nous en remettons pas davantage à la concentration de pouvoirs privés qu'à celle de pouvoirs publics pour dicter l'orientation de notre économie.*<sup>18</sup>

10. Ailleurs qu'aux États-Unis, la question du droit de la concurrence s'est aussi invitée dans les débats sur la liberté politique et la démocratie. Le droit de la concurrence en Europe constitue un mélange d'élan clairement nationaux du début du XX<sup>e</sup> siècle qui correspondent à plusieurs visions de l'économie politique<sup>19</sup>. Avant la Seconde Guerre mondiale comme après, le projet ordolibéral incarne le désir d'intégrer le contrôle du pouvoir politique aussi bien qu'économique à une structure juridique constitutionnelle.

<sup>14</sup> Pitofsky, Robert, *The Political Content of Antitrust*, 127 U. Pa L. Rév. 1051, 1051 (1979).

<sup>15</sup> Rice, Condoleezza, ancienne secrétaire d'État, discours à la convention du parti républicain (29 août 2012), <http://www.foxnews.com/politics/2012/08/29/transcript-condoleezza-rice-speech-at-rnc/>.

<sup>16</sup> Friedman, M. (1962), *Capitalisme et liberté*.

<sup>17</sup> Bork, R. (1993), *The Antitrust Paradox* (2<sup>e</sup> édition).

<sup>18</sup> Communiqué de presse, *Hatch Speaks Again on 'Hipster Antitrust,' Delrahim Confirmation*, 25 septembre 2017, <https://www.hatch.senate.gov/public/index.cfm/2017/9/hatch-speaks-again-on-hipster-antitrust-delrahim-confirmation>.

<sup>19</sup> Gerber, D. G., (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus*.



Deux universitaires ont récemment relevé le lien direct qui existe entre concurrence et démocratie en tant que principes normatifs du droit de la concurrence<sup>20</sup>.

11. L'Union européenne inclut parmi les dispositions de son traité et dans sa jurisprudence une série d'objectifs économiques et politiques, comme l'impératif de marché unique et la responsabilité particulière des sociétés en position dominante<sup>21</sup>. L'adoption généralisée dans le monde du droit de la concurrence après l'effondrement de l'Union soviétique a affirmé de façon retentissante l'importance des libertés économiques qu'il incarne, au moment où les pays vivaient des temps de transformation à la fois politique et économique<sup>22</sup>. De même, l'adoption par l'Afrique du Sud d'un véritable droit de la concurrence a été partie intégrante de la démocratisation du pays après l'apartheid<sup>23</sup>.

12. Le débat sur les objectifs du droit de la concurrence s'est poursuivi et même intensifié à notre époque. Les spécialistes d'hier comme d'aujourd'hui plaident pour que le principe moteur du droit de la concurrence soit davantage qu'une cure d'efficacité, définie comme la maximisation de la richesse<sup>24</sup>. Des économistes de l'université de Chicago ont organisé une conférence annuelle sur les effets négatifs de l'excès de concentration dans l'économie<sup>25</sup>. Les médias ont été plus enclins à traiter les questions de

<sup>20</sup> Deutscher, Elias et Makris, Stavros, *Exploring the ordoliberal paradigm: The competition-democracy nexus*, EUI Working Papers, LAW 2017/13, [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/45291/LAW\\_2017\\_03.pdf?sequence=2](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/45291/LAW_2017_03.pdf?sequence=2).

<sup>21</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (2009), remplaçant le Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne, 298 RTNU. 3.

<sup>22</sup> Waller, Spencer Weber, (1994) *Neo-Realism and the International Harmonization of Law: Lessons from Antitrust*, 42 U. Kansas L. Rev. 558, 582-90.

<sup>23</sup> Hartzenberg, Trudi, (2006) *Competition Policy and Practice in South Africa: Promoting Competition for Development*, 26 Nw. J. Int'l L. & Bus. 667, 667 (où il est expliqué que la nouvelle politique de concurrence a été rédigée pendant l'après-apartheid dans le cadre des nouvelles réformes réglementaires démocratiques de l'Afrique du Sud).

<sup>24</sup> How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust (dir. pub. Robert Pitofsky, 2008) ; Baker, Jonathan, (2006) *Competition Policy as Political Bargain* ; 73 Antitrust L.J. 483 ; Horton, Thomas, *Rediscovering Antitrust's Lost Values*, 16 U.N.H.L. Rev. xxx à paraître en 2018) ; Lao, Marina, (2014), *Ideology Matters in the Antitrust Debate*, 79 Antitrust L.J. 649 ; Stucke, Maurice A. et Grunes, Allen P.; *Plurality of Political Opinion and the Concentration of the Media*, dans GENERAL REPORTS OF THE XVIIIITH CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ACADEMY OF COMPARATIVE LAW (dir. pub. Brown, Karen B. et Snyder, David V., 2012) ; Fox, Eleanor M., *The Efficiency Paradox*, in HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK: THE EFFECT OF CONSERVATIVE ECONOMIC ANALYSIS ON U.S. ANTITRUST 77 (dir. pub. Pitofsky, R., 2008) ; First, Harry, *Antitrust's Goals: Theories of Antitrust in the United States and Japan*, dans Competition Policy in the Global Trading System 175 (dir. pub. Jones, Clifford A. et Matsushita, Mitsuo, 2002) ; Lande, Robert H. et Averritt, Neil W., (1997), *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, 65 Antitrust L.J. 713 ; Lande, Robert H., (1982), *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 Hastings L. J. 65.

<sup>25</sup> *The University of Chicago Worries About a Lack of Competition*, The Economist, 12 avril 2017 ; *Is There a Competition Problem in America*, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, <https://research.chicagobooth.edu/stigler/events/single-events/march-27-2017> (consulté le 25 août 2017).



l'inégalité et de l'abus de puissance économique<sup>26</sup>. Les deux candidats aux dernières élections présidentielles et d'autres dirigeants politiques ont récemment abordé les thèmes de l'excès de concentration et de la puissance économiques<sup>27</sup>. Très récemment, le parti démocrate a placé le durcissement de la lutte contre les fusions et contre les sociétés au cœur de son programme politique actuel<sup>28</sup>. En milieu universitaire, on s'est efforcé de développer d'anciennes et de nouvelles théories pour répondre aux nouveaux problèmes de monopolisation et d'abus de position dominante apparus à l'ère de l'information et des réseaux sociaux.<sup>29</sup>

13. Le professeur Harry First et moi-même avons examiné les fondements démocratiques du droit antitrust en 2013 dans un article intitulé *Antitrust's Democracy Deficit*<sup>30</sup>. Nous y expliquions que très récemment encore, le net recul de l'intérêt porté par la politique au droit de la concurrence affectait « le projet antitrust » et nous associons ce phénomène à notre inquiétude pour les valeurs politiques qui sous-tendent à nos yeux le droit de la concurrence sous toutes ses formes. Établissant un lien entre liberté des marchés et liberté des personnes, nous prenions parti pour des marchés ouverts et la possibilité de participer à la concurrence et faisons un rapprochement entre la liberté des marchés et les valeurs et les institutions de la démocratie. Nous y avançons aussi qu'un équilibre du

<sup>26</sup> *Data is Giving Rise to a New Economy*, The Economist, 6 mai 2017 ; *The World's Most Valuable Resource is No Longer Oil but Data*, The Economist (6 mai 2017) ; Kahn, Linda et Vaheesan, Sandeep, *How America Became Uncompetitive and Unequal*, The Washington Post (13 juin 2014). [https://www.washingtonpost.com/opinions/how-america-became-uncompetitive-and-unequal/2014/06/13/a690ad94-ec00-11e3-b98c-72cef4a00499\\_story.html?utm\\_term=.381ea4b02dfe](https://www.washingtonpost.com/opinions/how-america-became-uncompetitive-and-unequal/2014/06/13/a690ad94-ec00-11e3-b98c-72cef4a00499_story.html?utm_term=.381ea4b02dfe) ; Mitchell, Stacy, *The Rise and Fall of the Word "Monopoly" in American Life*, The Atlantic (20 juin 2017) <https://www.theatlantic.com/business/archive/2017/06/word-monopoly-antitrust/530169/> ; White, Gillian B., *Escaping Poverty Requires Almost 20 Years With Nearly Nothing Going Wrong*, The Atlantic (27 avril 2017) <https://www.theatlantic.com/business/archive/2017/04/economic-inequality/524610/>.

<sup>27</sup> Warren, Elizabeth, sénatrice, *Keynote Remarks at New America's Open Market Program Event: Reigniting Competition in the American Economy* (29 juin 2016) [https://www.warren.senate.gov/files/documents/2016-6-29\\_Warren\\_Antitrust\\_Speech.pdf](https://www.warren.senate.gov/files/documents/2016-6-29_Warren_Antitrust_Speech.pdf) ; C. Lynn, Barry, *America's Monopolies are Holding Back the Economy*, The Atlantic (22 février 2017) <https://www.theatlantic.com/business/archive/2017/02/antimonopoly-big-business/514358/> ; Naylor, Brian, *Presidential Campaigns Blast AT&T-Time Warner Merger*, NPR (24 octobre 2016) <http://www.npr.org/2016/10/24/499152454/presidential-campaigns-blast-at-t-time-warner-merger> ; *Hillary Clinton's Vision for Our Economy Where Our Businesses, Our Workers, and Our Consumers Grow and Prosper Together*, <https://www.hillaryclinton.com/briefing/factsheets/2016/10/03/hillary-clintons-vision-for-an-economy-where-our-businesses-our-workers-and-our-consumers-grow-and-prosper-together/> (consulté le 25 août 2017).

<sup>28</sup> Schumer, Chuck, *Chuck Schumer: A Better Deal for American Workers*, The New York Times (24 juillet 2017) <https://www.nytimes.com/2017/07/24/opinion/chuck-schumer-employment-democrats.html?mcubz=1&r=0>.

<sup>29</sup> Grubes, Allen P. et Stucke, Maurice E., (2016), *Big Data and Competition Policy* (2016) ; Ezrachi, Ariel et Stucke, Maurice E., *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*.

<sup>30</sup> First, Harry et Waller, Spencer Weber, (2013), *Antitrust's Democracy Deficit*, 81 Fordham L. Rev. 2543.

pouvoir institutionnel est nécessaire pour avancer vers les objectifs qu'incarnent les marchés libres.

14. Nous avons qualifié le résultat de ce basculement vers la technocratie de déficit démocratique du droit de la concurrence, une notion empruntée au corpus d'analyse et de critique de l'Union européenne et de l'Organisation mondiale du commerce dénonçant l'élaboration de politiques par des institutions opaques qui n'ont pas à rendre de comptes et très éloignées de tout contrôle démocratique (ou national). Le souci de l'élaboration démocratique des politiques est aussi apparu dans l'intérêt porté depuis peu au droit administratif, qui souligne l'importance des principes fondamentaux de transparence et de régularité des procédures en tant que mode de contrôle sur l'État administratif. De même, cet intérêt pour les principes du droit administratif a donné lieu à un examen minutieux du degré de conformité de la lutte contre les concentrations avec la régularité des procédures et les normes institutionnelles.

15. Notre inquiétude de voir la lutte antitrust échapper aux institutions sous contrôle démocratique au profit de spécialistes techniques libres de toute obligation de rendre des comptes ne reposait pas sur un simple penchant théorique pour la démocratie. La préférence pour les institutions démocratiquement organisées part implicitement du principe qu'elles produisent généralement des politiques et des résultats préférables, et plus encore en matière de concurrence. Cela nous semble plus vrai que jamais à l'heure actuelle, où le déséquilibre entre contrôle démocratique et contrôle technocratique a imposé au droit de la concurrence une cure d'efficacité qui en a affaibli la mainmise sur les abus de pouvoir des entreprises.

16. L'inquiétude que suscite en nous un tel déficit démocratique ne nous conduit pas pour autant à épouser aveuglément le populisme, tant dans sa forme historique que contemporaine<sup>31</sup>. Un spécialiste dénonçait récemment le fait que le populisme antitrust pousse à la division sociale en usant de revendications exagérées<sup>32</sup>. Il distinguait ensuite entre une souche historique libérale de populisme antitrust favorable à la petite entreprise et une souche dominante plus récente de populisme conservateur qui conteste l'efficacité du droit de la concurrence proprement dit<sup>33</sup>.

17. Nous sommes favorables à ce que l'application du droit de la concurrence soit aux mains de fonctionnaires informés et dévoués qui tranchent chaque dossier en fonction du droit et dans le respect des procédures plutôt qu'en réaction directe à l'opinion publique et aux urnes. Nous estimons en fait qu'en corrigeant le déficit démocratique, nous referons pencher la balance vers des règlements reflétant des conceptions politiques plus générales du droit de la concurrence et produisant pour ce dernier de meilleures institutions et de meilleurs résultats.

18. Notre article s'ouvrirait par un tour d'horizon du déficit démocratique tel qu'il apparaît dans la conduite des principales institutions du droit de la concurrence – les tribunaux, le Congrès et les organes publics d'exécution – suivi d'une comparaison entre la situation aux États-Unis et le régime d'application du droit de la concurrence en Europe. Dans la deuxième partie, nous examinons les relations entre technocratie et idéologie, en

<sup>31</sup> Voir par exemple Fox, Eleanor M. et First, Harry, *America-First Antitrust*, CPI Antitrust Chronicle 17 (fév. 2017), [https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/02/AC\\_feb-2.pdf](https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/02/AC_feb-2.pdf).

<sup>32</sup> Orbach, Barak, (2017), *Antitrust Populism*, 15 N.Y.U. J. L. & Bus. 2.

<sup>33</sup> *Id.* à 16.

nous demandant comment l'approche technocratique a pu en venir aujourd'hui à défendre une idéologie d'extrême laisser-faire en matière de politique de la concurrence. Notre article s'achevait par quelques idées sur les avantages de la démocratie pour la lutte contre les concentrations.

19. La présente note est en grande mesure un prolongement de cet article. Il est important de se demander si la promotion de la démocratie est un objectif essentiel du droit de la concurrence et si oui, pourquoi. Il l'est tout autant de s'interroger sur la façon d'imposer démocratiquement le respect des lois antitrust (sans trahir les valeurs des sociétés démocratiques fondées sur le marché, à l'image des pays de l'OCDE), quelles que soient les valeurs qu'un individu ou une société donnés tient pour primordiales dans le droit de la concurrence proprement dit. C'est de cela qu'il sera question ci-après.

## 2. La démocratie dans le droit de la concurrence

20. Ainsi que le professeur First et moi-même l'affirmions dans *Antitrust's Democracy Deficit* :

*Les aspects institutionnels de l'action antitrust sont toutefois en perte d'équilibre, et cela remet en cause les objectifs politiques et économiques démocratiques du droit antitrust. Ce phénomène, que Richard Hofstadter a été le premier à décrire, a engendré un système antitrust captivé par les juristes et les économistes soucieux de leurs propres visées autoréférentielles, libres de tout contrôle politique et de tout devoir de rendre des comptes économiques. Cette mainmise des spécialistes est évidemment en partie inévitable, car le droit de la concurrence est un système d'ordonnancement juridique des relations économiques. Mais le droit antitrust est aussi un droit public conçu pour servir les intérêts publics. Par son déséquilibre actuel, le système laisse trop de contrôle aux experts techniques, et cela coupe la lutte antitrust de ses racines démocratiques<sup>34</sup>.*

21. Dans cet article, nous engageons le débat sur ce que pourrait signifier une forme de concurrence spécialisée, mais démocratique, pour les principaux acteurs institutionnels de notre domaine, à savoir :

1. les organes législatifs qui promulguent et supervisent les textes de loi ;
2. les organismes publics chargés d'enquêter et de faire respecter le droit ;
3. les organes de l'exécutif qui, entre autres responsabilités, veillent à l'application du droit de la concurrence ;
4. les justiciables particuliers et les organismes d'application au niveau sous-fédéral ;
5. le pouvoir judiciaire qui tranche lors des procès et des appels dans les contentieux de la sphère publique comme privée et
6. la société civile.

22. La présente note élargit le cadre d'analyse en étudiant de façon plus poussée les institutions du droit de la concurrence selon qu'elles favorisent les valeurs démocratiques ou les font reculer.

23. Deux mises en garde avant de poursuivre. D'abord, bien que la plupart des exemples évoqués soient tirés de la situation aux États-Unis et, dans une moindre mesure,

<sup>34</sup> First et Waller, *Antitrust's Democracy Deficit*, supra note 30, p. 1.

dans l'UE et ses États membres, les principes généraux de l'analyse s'appliquent au système du droit de la concurrence de n'importe quelle juridiction pour en vérifier l'ampleur du déficit démocratique. Ensuite, bien que mon co-auteur et moi-même estimions l'un et l'autre que la promotion de la démocratie doit être une valeur explicite du droit de la concurrence, cette partie de notre article ne se prononce pas dans ce débat. Que l'on estime que la démocratie, le transfert de richesse, le choix du consommateur, l'efficacité ou autre chose encore doive être l'objectif exclusif, l'objectif principal, un objectif parmi d'autres, ou un aspect mineur de la politique de concurrence, la nécessité impérieuse demeure que le droit et les politiques qui en découlent soient imposés d'une façon démocratique garantissant le respect des procédures, la non-discrimination et la transparence.

## 2.1. Organismes et droit administratifs

24. Le rôle des organismes administratifs d'une démocratie fait débat aux États-Unis depuis la création de l'Interstate Commerce Commission en 1887. Dans ce pays comme ailleurs, le contrôle du pouvoir des organismes publics relève historiquement du droit administratif. Dans le droit de la concurrence des États-Unis, cela se complique par le fait que la Federal Trade Commission est un organisme administratif indépendant tandis que la division antitrust du département de la Justice est une branche de l'exécutif<sup>35</sup>. Il demeure que les principes du droit administratif aux États-Unis comme ailleurs peuvent servir à créer un vocabulaire permettant l'analyse de la nature et de la vigueur des relations qu'entretiennent le droit et la politique de concurrence avec les principes démocratiques au sein d'un organisme d'application donné.

25. La présente section commence par passer en revue l'évolution dans l'histoire de l'avis des spécialistes aux États-Unis sur la bonne façon de garantir la nature démocratique des organismes administratifs. La deuxième partie se penche sur le domaine en plein essor du droit administratif global et propose une liste de contrôle des valeurs que tout organisme de la concurrence se doit de prendre en compte lorsqu'il fait appliquer la loi. La troisième partie traite de la tendance croissante vers un droit administratif global et ses relations avec l'application du droit de la concurrence. La quatrième partie conclut en évoquant les questions des partis-pris, de la discrimination, du respect des procédures, de la transparence et de la participation publique dans les travaux des organismes de la concurrence.

### 2.1.1. La démocratie et le droit administratif aux États-Unis

26. Dans un article de 1946, David Levitan remarque que la quête de techniques visant à ce que les organes administratifs restent redevables de comptes auprès du public a « perturbé les étudiants du régime démocratique »<sup>36</sup>. David Levitan remarque que les dispositifs externes de contrôle des organes administratifs, comme le pouvoir de révocation, le contrôle judiciaire, l'autorité de confirmation du Sénat ou les enquêtes parlementaires ne constituent pas en soi une solution aux problèmes que pose le contrôle administratif sans entrave<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Waller, Spencer Weber, *Prosecution by Regulation*, 77 Or. L. Rev. 1383 (1998).

<sup>36</sup> Levitan, David M., *The Responsibility of Administrative Officials in a Democratic Society*, 61 Pol. Sci. Q. 562, 581 (1946).

<sup>37</sup> *Id.*

27. S'il affirme qu'il ne faut pas totalement se débarrasser des contrôles externes, David Levitan observe que l'avènement d'une bureaucratie responsable suppose notamment le développement de contrôles internes<sup>38</sup> pour veiller à ce que les spécialistes de l'administration aient conscience de leur fonction au sein d'un système démocratique et s'emploient à rendre leur organisme démocratique<sup>39</sup>. Pour David Levitan, on peut faire en sorte que la bureaucratie soit plus redevable de comptes au public si :

*La base du recrutement est élargie, la formation des recrues comprend une sensibilisation aux notions sociales et économiques, les libertés civiles accordées aux citoyens sont garanties pour les élus et les employés de l'État et les organismes sont composés de fonctionnaires professionnels non-permanents dévoués aux politiques de l'administration<sup>40</sup>.*

28. Robert Lorch aborde lui aussi dans un ouvrage paru en 1980 la possibilité de démocratiser la réglementation administrative et la façon d'y parvenir<sup>41</sup>. Il dresse à cette fin une liste de méthodes qui comprend : la notification de projet de réglementation, la possibilité d'exprimer son point de vue, le veto législatif<sup>42</sup>, le différé de l'entrée en vigueur et de la publication et le contrôle judiciaire. Il place la notification au cœur de l'administration démocratique, parce que si l'on souhaite la participation du public à l'élaboration des règles, celui-ci doit être informé que le processus est en cours<sup>43</sup>. Robert Lorch énonce ensuite le droit de pétition, la consultation et le dialogue avec les concernés et les auditions comme autant de dispositifs permettant l'expression des opinions du public au sein des organismes administratifs<sup>44</sup>. Il évoque également trois autres méthodes pour une administration démocratique : 1) encourager les organismes à tenir un registre public, 2) encourager les organismes à utiliser le pouvoir de réglementer pour formuler des mesures plutôt que pour prononcer des jugements et 3) lorsqu'une réglementation se fonde sur un jugement, elle doit toujours s'accompagner de codification périodique<sup>45</sup>.

29. Dans un article de 1990, A.M. Gulas s'intéresse au contrôle qu'exercent respectivement chacun des trois pouvoirs de l'État américain sur les organismes administratifs<sup>46</sup>. Au-delà du veto législatif désormais inconstitutionnel, Gulas indique que le Congrès peut toujours veiller à ce que les organismes administratifs aient à rendre des comptes en rédigeant de façon plus précise les statuts qui leur confèrent leurs pouvoirs<sup>47</sup>.

<sup>38</sup> *Id.* p. 581-82.

<sup>39</sup> *Id.* p. 582.

<sup>40</sup> *Id.* p. 582-83.

<sup>41</sup> Lorch, Robert S., (1980) *Democratic Processes and Administrative Law*, 101-14 (Wayne State University Press, éd. révisée).

<sup>42</sup> L'ouvrage de Lorch a été écrit avant que la Cour suprême des États-Unis ne rende sa décision dans l'affaire *I.N.S. contre Chadha* 462 U.S. 919 (1983) déclarant l'inconstitutionnalité du veto législatif.

<sup>43</sup> *Id.* p. 101.

<sup>44</sup> *Id.* p. 105-08.

<sup>45</sup> *Id.* p. 114.

<sup>46</sup> Gulas, A.M., (1989-90), *The American Administrative State: The New Leviathan*, 28 *Duq. L. Rev.* 489, 504.

<sup>47</sup> *Id.* p. 505.

Cette précision leur laisserait moins de pouvoir discrétionnaire dans l'accomplissement de leur mandat, ce qui permettrait d'éliminer tout arbitraire et toute iniquité de leurs décisions<sup>48</sup>. Gulas affirme ensuite que le Parlement dispose d'instruments directs, comme la dérogation statutaire, la résolution conjointe, la restriction ou le retrait de la compétence de l'organisme, mais aussi d'instruments indirects comme le veto des commissions parlementaires, l'audition de contrôle critique et la limitation des dotations, qui permettent aux élus de surveiller l'action d'un organisme<sup>49</sup>. Gulas remarque enfin que le pouvoir judiciaire dispose de l'important pouvoir de contrôle judiciaire sur les décisions administratives, qui permet de garder la mainmise sur l'action d'un organisme<sup>50</sup>.

30. Concernant le pouvoir que détient l'exécutif sur les organismes administratifs, Gulas y voit « la politique en action »<sup>51</sup>. Son contrôle s'exerce par le biais du pouvoir de désignation et de révocation des hauts fonctionnaires, de l'orientation de la politique et de l'agencement des pouvoirs de l'organisme<sup>52</sup>. En outre, pour Gulas, le fait que l'exécutif détienne les cordons de la bourse constitue « le moyen individuel de contrôle le plus efficace sur l'État administratif »<sup>53</sup>.

31. Giandomenico Majone aborde lui aussi bon nombre de ces questions dans son analyse du déficit démocratique de l'Europe<sup>54</sup>, et cela le conduit notamment à se pencher sur la façon dont les États-Unis veillent à ce que leurs organismes administratifs demeurent soumis au devoir de rendre des comptes malgré leur indépendance<sup>55</sup>. Ces organismes voient le jour par le biais de lois du Congrès élaborées et renouvelées par des élus qui en désignent eux-mêmes les employés<sup>56</sup>. Ces derniers voient aussi leur pouvoir discrétionnaire limité par des règles de procédure du type de celles que leur impose la Loi sur les procédures administratives (*Administrative Procedures Act*, ou APA)<sup>57</sup>. L'APA offre un moyen de contrôle sur l'élaboration des règlements par les organismes administratifs en exigeant de ceux-ci qu'ils fassent une notification et un appel à commentaires<sup>58</sup>. Enfin, les États-Unis conservent la maîtrise de leurs organismes administratifs en permettant que leurs réglementations et leurs décisions soient soumises au contrôle juridique<sup>59</sup>.

---

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> *Id.* p. 506.

<sup>51</sup> *Id.*

<sup>52</sup> *Id.* p. 510.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> Majone, Giandomenico, (1998), *Europe's 'Democracy Deficit': The Question of Standards*, 4 Eur. L. J. 5.

<sup>55</sup> *Id.* p. 18-28.

<sup>56</sup> *Id.* p. 18-20.

<sup>57</sup> *Id.* p. 19.

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> *Id.*

32. Dans un ouvrage paru en 2010, Kenneth Warren s'intéresse aux efforts accomplis par voie législative pour que les organismes administratifs restent redevables de comptes<sup>60</sup>. Il cite trois pouvoirs historiques du Congrès lui offrant une possibilité de surveillance<sup>61</sup>, à savoir : celui de créer les organismes et de les aménager, celui de contrôler leur budget et celui d'enquêter sur leurs activités<sup>62</sup>. Le pouvoir de création offre au Congrès, qui est un corps démocratique, le loisir de donner naissance à des organismes administratifs contrôlables<sup>63</sup>. Le Congrès exerce son contrôle en limitant les compétences de l'organisme, en plafonnant ses affectations de fonds pour éviter son expansion, en définissant des étapes procédurales précises pour la mise en œuvre des politiques, en limitant son pouvoir discrétionnaire et en définissant clairement ses objectifs politiques et ce qui est attendu de lui<sup>64</sup>. Le Congrès contrôle aussi les organismes administratifs par le biais de comités d'habilitation qui les instituent et procèdent à un examen réglementaire approfondi de leurs programmes<sup>65</sup>. Ces comités disposent de cinq pouvoirs de surveillance sur les organismes : l'habilitation, le renouvellement de l'habilitation, la modification de la structure, des pouvoirs et des programmes de l'organisme, la confirmation des nominations et la conduite d'enquêtes<sup>66</sup>.

33. Warren souligne également que le contrôle du Congrès sur les organismes administratifs s'exerce par le biais des lois d'orientation générale<sup>67</sup>, comme celle promulguée par le Congrès afin de promouvoir la démocratie au sein des organismes administratifs, l'APA<sup>68</sup>. Parmi les nombreuses dispositions de l'APA visant à démocratiser les procédures administratives, on notera : la publication par les organismes de leurs procédures et de leurs activités, l'exigence qu'ils conservent des archives suffisantes en cas d'appel, la possibilité de révision en appel, la désignation de juges de tribunal administratif (JTA) indépendants pour mieux garantir l'impartialité des auditions, l'exercice d'un contrôle judiciaire, la limitation des pouvoirs discrétionnaires superflus<sup>69</sup>. Warren cite également la loi sur la liberté de l'information (*Freedom of Information Act* – FOIA) comme levier important de contrôle du Congrès sur les organismes administratifs parce que la divulgation d'informations auprès des parties intéressées est cohérente avec les principes démocratiques<sup>70</sup>.

<sup>60</sup> Warren, Kenneth F., (2011) *Administrative Law in the Political System*, 105-56 (Westview Press, 5<sup>e</sup> éd.).

<sup>61</sup> *Id.* p. 109.

<sup>62</sup> *Id.*

<sup>63</sup> *Id.* p. 111.

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> *Id.*

<sup>66</sup> *Id.* Parmi les pouvoirs de surveillance du Congrès, Warren cite aussi le veto législatif, en soulignant toutefois qu'il a été jugé inconstitutionnel par la décision rendue dans l'affaire *Chadha*. *Id.* p. 112, 115 [extrait de *I.N.S. contre Chadha*, 462 U.S. 919, 959 (1983)].

<sup>67</sup> *Id.* p. 109.

<sup>68</sup> *Id.* p. 129.

<sup>69</sup> *Id.* p. 129-30.

<sup>70</sup> *Id.* p. 131.



34. Enfin, Warren cite les lois « *sunshine* » (« lumière du soleil », axées sur la transparence) et « *sunset* » (« coucher de soleil », garantissant le réexamen et la caducité des textes) comme offrant au Congrès la possibilité d'exercer un contrôle sur les organismes administratifs<sup>71</sup>. Les premières jettent « la lumière du soleil » sur les réunions où sont prises d'importantes décisions de politique publique<sup>72</sup>. En empêchant que ces réunions se tiennent de façon confidentielle, on démocratise le processus décisionnaire<sup>73</sup>. Les lois *sunset* soumettent les organismes à une obligation d'évaluation à intervalle fixe afin de confirmer la nécessité d'en maintenir le financement<sup>74</sup>. Ce réexamen permet aux législateurs de régulièrement scruter les organismes pour déterminer s'ils donnent satisfaction, s'ils doivent entreprendre des changements ou s'il faut les dissoudre<sup>75</sup>.

### 2.1.2. Les organismes administratifs à l'échelon mondial

35. L'un des événements les plus intéressants survenus dans le monde universitaire a été l'émergence du domaine du droit administratif global<sup>76</sup>. À la faculté de droit de la New York University, le Global Administrative Law Research Project (projet d'étude sur le droit administratif global) a pour objectif de systématiser l'étude de divers cadres nationaux, transnationaux et internationaux pour faire croître le champ embryonnaire du droit administratif global. Dans la présentation d'un premier symposium, ce nouveau champ d'étude était défini comme :

*Les mécanismes, les principes, les pratiques, et les notions sociales de fond qui revendiquent ou influencent de quelque façon le devoir de rendre des comptes des corps administratifs mondiaux, notamment en veillant à ce qu'ils respectent des normes suffisantes de transparence, de participation, de décision motivée et de*

<sup>71</sup> *Id.* p. 138-42.

<sup>72</sup> *Id.* p. 138.

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</sup> *Id.* p. 141.

<sup>75</sup> *Id.*

<sup>76</sup> Kingsbury, Benedict; Krisch, Nico et Stewart, Richard B., (2005), *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 *Law & Contemp. Prob.* 15. Voir aussi Kingsbury, Benedict (2016), *Global Administrative Law and Deliberative Democracy*, in *Oxford Handbook of the Theory of International Law* 526 (dir. Hoffmann, Florian et Oxford, Anne) ; Kingsbury, Benedict, (2011) *Introduction: Global Administrative Law in the Institutional Practice of Global Regulatory Governance*, 3 *World Bank Legal Rev.* 3 ; Casini, Lorenzo et Kingsbury, Benedict, (2009) *Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law*, 6 *Int'l Org. L. Rev.* 319 ; Kingsbury, Benedict et Krisch, Nico, (2006) *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, 17 *Eur. J. Int'l L.* 1 ; Kingsbury, et al., (2005) *Foreword: Global Governance as Administration- National and Transnational Approaches to Global Administrative Law*, 68:3-4 *Law & Contemp. Probs.* 1 ; Kingsbury, Benedict, (2005) *Omnilateralism and Partial International Communities: The Empowering and Checking Functions of Global Administrative Law*, 104 *J. Int'l L. & Dipl.* 98 ; Kingsbury, Benedict et Stewart, Richard, (2005) *Symposium on Global Administrative Law*, 37 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* ; Krisch, Nico, (2006) *The Pluralism of Global Administrative Law*, 17 *European Journal of Int. L.* 247 ; Krisch, Nico, (2009) *Global Administrative Law and the Constitutional Ambition* (LSE Law, Society, and Economic Working Papers 10/2009), [https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-10\\_Krisch.pdf](https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-10_Krisch.pdf) ; Stewart, Richard, (2005), *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law*, 68 *Law & Contemp. Probs.* 63.

*légalité ainsi qu'en procédant au réexamen efficace des règles et des décisions qu'ils adoptent*<sup>77</sup>. Outre les questions habituelles de la participation aux procédures et de leur transparence, les auteurs parlent aussi de normes de fond en matière de proportionnalité, de rationalité des moyens au regard de objectifs, de rejet des moyens inutilement restrictifs et de protection des attentes légitimes ainsi que de la disposition d'immunités au moyen de régimes particuliers pour des questions ou des acteurs particuliers<sup>78</sup>.

36. Dans cette introduction, Kingsbury, Krisch et Stewart abordent aussi les bases normatives du droit administratif global<sup>79</sup>. Ils évoquent un courant de pensée qui évalue le droit administratif global à l'aune des idéaux démocratiques<sup>80</sup>. Les auteurs remarquent que si tous les systèmes n'emploient pas les mêmes moyens pour garantir la teneur démocratique du droit administratif, toutes les juridictions partagent le souci de la démocratie<sup>81</sup>. Certaines l'introduisent dans les organismes administratifs en s'assurant de leur respect des textes en vigueur et en veillant à ce que les décisions soient prises dans la transparence et avec la participation publique<sup>82</sup>. Aux États-Unis, par exemple, les organismes ont pour obligation judiciaire de prendre en considération les intérêts concernés et de joindre aux justifications de leurs décisions règlementaires des réponses aux commentaires du public<sup>83</sup>. D'autres juridictions s'en remettent au contrôle de l'exécutif, aux procédures du droit administratif ou au contrôle judiciaire pour assurer le contrôle démocratique des corps administratifs<sup>84</sup>.

### ***2.1.3. Le droit administratif global et l'application du droit de la concurrence***

37. Le projet de droit administratif global (ci-après GAL de l'anglais *Global Administrative Law*) éprouve les régimes administratifs nationaux et transnationaux en se posant les questions suivantes :

- Ces systèmes internationaux de gouvernance sont-ils tenus de rendre des comptes et légitimes ?
- Les procédures et leurs résultats sont-ils équitables, transparents, prévisibles ?
- Les décideurs possèdent-ils l'expertise nécessaire ?
- Les systèmes sont-ils efficaces ?
- De quelle façon faut-il les évaluer ?
- Y a-t-il des points de référence à l'aune desquels évaluer les nouvelles institutions de gouvernance ?<sup>85</sup>

<sup>77</sup> Benedict et al, *The Emergence of Global Administrative Law*, supra note 76, p. 17.

<sup>78</sup> *Id.* p. 37-42.

<sup>79</sup> *Id.* p. 42.

<sup>80</sup> *Id.* p. 48.

<sup>81</sup> *Id.*

<sup>82</sup> *Id.*

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> *Id.*

<sup>85</sup> Fox, Eleanor M. et Trebilcock, Michael J., (2012) *The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project 1* (Law & Economics Research Paper Series, document de travail n° 12-20).

38. La principale concrétisation du projet de droit administratif global dans le domaine de la concurrence a été le volume *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices* (La conception des institutions du droit de la concurrence : normes mondiales, choix locaux)<sup>86</sup>. Sur neuf chapitres, ses auteurs y décrivent divers organismes nationaux et régionaux chargés de la concurrence dont ils évaluent les pouvoirs et les procédures selon les critères du projet GAL. Les professeurs Fox et First ont par exemple rédigé le chapitre consacré aux États-Unis et passé la pratique américaine au crible commun employé dans l'ensemble de l'ouvrage<sup>87</sup>.

39. Outre le projet GAL, l'une des meilleures études directes de la démocratie dans le droit de la concurrence est celle de deux éminents professeurs canadiens de la faculté de droit de l'université de Toronto, l'un économiste et l'autre juriste. Dans deux articles, Edward M. Iacobucci et Michael J. Trebilcock se penchent spécifiquement sur la conception des institutions du droit de la concurrence et proposent un vocabulaire permettant à leurs fonctionnaires et aux commentateurs d'en juger les valeurs et la structure.

40. Dans ces deux articles, les auteurs recensent cinq questions auxquelles doit répondre tout régime de politique de la concurrence :

1. À qui échoit-il d'enquêter et d'entamer les procédures ?
2. Si c'est à l'administration publique d'engager les enquêtes et les mesures coercitives, quel est le service qui s'en charge ?
3. Quelle est l'instance qui tranche dans les procédures du droit de la concurrence ?
4. Dans quelle mesure les décisions en matière de politique de la concurrence sont-elles soumises au contrôle judiciaire ?
5. Enfin, quelle marge de contrôle politique est laissée aux élus dans les décisions en matière de concurrence<sup>88</sup> ?

41. Les auteurs énoncent ensuite des critères normatifs permettant d'évaluer les autorités du droit de la concurrence<sup>89</sup>, qui consistent à trouver le bon équilibre entre dix valeurs<sup>90</sup>. Le premier de ces critères est l'équilibre entre l'indépendance qui préserve les organismes de toute interférence dans leurs activités quotidiennes et le devoir de rendre des comptes<sup>91</sup>. Les autorités du droit de la concurrence doivent aussi trouver l'équilibre entre leur spécialisation dans un domaine et leur séparation<sup>92</sup> du secteur concerné<sup>93</sup>. Elles

<sup>86</sup> *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices* (Michael J. Trebilcock et Eleanor M. Fox 2013).

<sup>87</sup> First et al., *The United States: The Competition law System and Country's Norms*, *id.* p. 329-43.

<sup>88</sup> Iacobucci, Edward M. et Trebilcock, Michael J., (2002), *Designing Competition Law Institutions*, 25 *World Comp. L. & Econ. Rev* 361, 361.

<sup>89</sup> *Id.* p. 363, Iacobucci, Edward M. et Trebilcock, Michael J., (2010) *Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate*, 41 *Loy. U. Chi. L.J.* 455, 457 (ci-après « *Values, Structure and Mandate* »).

<sup>90</sup> *Values, Structure, and Mandate*, *supra* note 89 p. 459; *Designing Competition Law Institutions*, *supra* note 88, p. 368.

<sup>91</sup> *Values, Structure, and Mandate*, *supra* note 89, p. 457; *Designing Competition Law Institutions*, *supra* note 88, p. 364.

<sup>92</sup> *Values, Structure, and Mandate*, *supra* note 89, p. 457-58; *Designing Competition Law Institutions*, *supra* note 88, p. 365.

doivent encore rechercher le bon dosage entre transparence et confidentialité, car les informations qu'elles examinent sont souvent extrêmement sensibles<sup>94</sup>. Il faut aussi équilibrer l'efficacité administrative et le respect des procédures, car malgré le caractère urgent de nombreux dossiers, toutes les parties ont le droit d'être entendues, d'apporter des éléments de preuve et de contester la position de la partie adverse<sup>95</sup>. Enfin, dans leur application de la loi, il faut que les autorités de la concurrence fassent preuve de la juste mesure de prévisibilité et de souplesse, car aussi bien la théorie économique que la nature des industries sont évolutives<sup>96</sup>.

42. Dans l'ensemble, tous ces auteurs établissent l'existence de trois grands types de méthodes pour insuffler la démocratie dans le droit administratif. On peut parler pour le premier de mécanismes de contrôle, car il concerne le contrôle qu'exercent d'autres services publics sur les organismes administratifs pour veiller au respect des principes démocratiques. L'exemple avancé dans la quasi-totalité des textes américains est celui du débat sur le contrôle des organismes administratifs par le Parlement, par le pouvoir exécutif et par le pouvoir judiciaire, ce dernier incluant la nécessité du contrôle judiciaire. Le deuxième type de méthodes est celui de la participation publique au processus administratif, pour laquelle la plupart des auteurs évoqués mentionnent de nombreuses méthodes, comme la notification et l'appel à commentaires. Le dernier type comporte divers autres procédés, tels que les contrôles internes suggérés par David Levitan, plusieurs techniques avancées par Robert Lorch et le débat d'Edward Iacobucci et Michael Trebilock sur les sujets et les valeurs pris en considération par les organismes.

#### ***2.1.4. Parti pris, discrimination, régularité de la procédure, ouverture et participation du public***

43. Le respect de la procédure et son caractère équitable sont des aspects fondamentaux du gouvernement démocratique. Ce sont deux notions dont le sens varie beaucoup selon les caractéristiques précises de la juridiction concernée. Certains aspects du respect de la procédure peuvent toutefois être considérés comme applicables au droit de la concurrence par les autorités nationales qui en ont la charge.

44. L'absence de parti pris ou de discrimination dans le traitement d'une plainte ou d'une défense est aussi un élément d'importance. Des affaires similaires doivent recevoir un traitement similaire, et des affaires distinctes un traitement distinct. L'identité nationale ou l'affiliation politique du répondant ne doit en aucun cas influencer l'enquête, l'engagement de poursuites ou la résolution d'une plainte relative à la concurrence.

45. Dans ce contexte, la non-discrimination revêt plusieurs sens. Si l'on s'en tient au vocabulaire de l'Organisation mondiale du commerce, la discrimination illégale peut prendre deux formes. Le droit de l'OMC en proscriit l'une dans ses dispositions concernant la clause de la nation la plus favorisée (NPF), selon laquelle une nation ou ses

<sup>93</sup> *Values, Structure, and Mandate*, supra note 89, p. 458.

<sup>94</sup> *Id.* p. 458 (2010); *Designing Competition Law Institutions*, supra note 88, p. 366-67.

<sup>95</sup> *Values, Structure, and Mandate*, supra note 89, p. 458 ; *Designing Competition Law Institutions*, supra note 88, p. 367.

<sup>96</sup> *Values, Structure, and Mandate*, supra note 89, p. 458 ; *Designing Competition Law Institutions*, supra note 88, p. 367.

ressortissants ne seront pas moins favorablement traités que n'importe quelle autre nation ou ressortissant de l'OMC<sup>97</sup>.

46. En termes de concurrence, cela proscrie toute discrimination fondée sur la nationalité dans l'application du droit de la concurrence. Une société ou un individu britanniques, par exemple, ne peuvent être moins favorablement traités qu'une société ou un citoyen argentins dans le droit de la concurrence d'une autre nation, et réciproquement.

47. Le droit de l'OMC interdit également une autre forme de discrimination dite traitement national. Un pays ne peut traiter un produit ou un producteur étrangers moins favorablement qu'un produit ou un producteur nationaux<sup>98</sup>. L'application de la loi est ici évidente. On ne peut imposer de procédures de concurrence à un producteur étranger si les producteurs nationaux ne sont pas soumis au même traitement juridique à circonstances équivalentes. Les infractions relevant du traitement national comprennent les situations où la loi ou les décisions de mise en œuvre constituent une discrimination explicite envers un producteur étranger. Il arrive plus fréquemment que certaines dispositions légales, certaines réglementations et certaines directives d'apparence neutre soient subtilement appliquées au seul détriment des parties étrangères.<sup>99</sup>

48. Le processus de décision démocratique requiert aussi un système ouvert et transparent au sein duquel les parties et le public puissent voir ce qui est en train de se jouer et correctement y participer. Aux États-Unis, le dépôt de plainte auprès de l'une des autorités fédérales de la concurrence n'a aucune portée juridique. Les autorités ont toute latitude de décider du traitement à accorder aux informations reçues et du moment où le faire, ou de ne pas donner suite. Aucune réponse n'est exigée et les parties plaignantes ne sont aucunement fondées à participer à une éventuelle enquête ou à contester une décision de classement sans suite.

49. De même, lorsqu'elles décident d'ouvrir une enquête, les autorités américaines sont libres de choisir la façon de procéder. Elles peuvent porter une affaire devant un tribunal ou clore l'enquête sans donner suite. Les autorités ne sont pas tenues d'expliquer leur décision de clore un dossier, mais il arrive que certaines le fassent, avec un niveau de détail variable<sup>100</sup>. Une partie extérieure ne peut contester une décision de classement sans suite, qu'il s'agisse du plaignant, de la partie ayant fourni les informations à l'autorité ou d'une partie affectée de quelque façon par la décision.

50. Au contraire, auprès de la Commission européenne, le dépôt de plainte est un acte doté de conséquences juridique qui crée une obligation légale d'examen pour déterminer au moins si une enquête formelle est justifiée. Si la Commission dispose d'un certain

<sup>97</sup> Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce art. 1, 30 octobre 1947, 61 Stat. (5) et (6), 55 RTNU. 187.

<sup>98</sup> Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce art. 3, 30 octobre 1947, 61 Stat. (5) et (6), 55 RTNU. 187.

<sup>99</sup> Voir 2 Waller, Spencer et Fiebig, Andre, Antitrust and American Business Abroad § 19.12 (4<sup>e</sup> éd.) pour une analyse des procédures de l'OMC impliquant ce type de plainte en matière de droit de la concurrence.

<sup>100</sup> Voir par exemple la déclaration de la division antitrust du département américain de la Justice concernant la décision de clore l'enquête sur la fusion entre XM Satellite Radio Holdings Inc.'s et Sirius Satellite Radio Inc., 24 mars 2008, [https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/March/08\\_at\\_226.html](https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/March/08_at_226.html).

pouvoir discrétionnaire quant à la façon d'allouer son budget et son personnel, ce pouvoir n'est pas sans limites. Elle doit expliquer ses jugements et un plaignant ou une tierce partie affectée peuvent contester une décision de ne pas donner suite. Là encore, la Commission bénéficie d'une certaine déférence de la Cour, mais pour classer une affaire elle doit expliquer son action et la défendre<sup>101</sup>.

## 2.2. Le rôle du pouvoir exécutif

51. On l'a vu plus haut, tout système constitutionnel doit, ou devrait, comporter une forme ou une autre de mécanisme de contrôle. Ce mécanisme est inscrit dans la Constitution des États-Unis par la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Dans les démocraties parlementaires, le parti ou la coalition majoritaire forme le gouvernement et désigne les ministres sous la direction d'un Premier ministre et le pouvoir judiciaire est indépendant. Ce gouvernement exerce ses fonctions jusqu'à ce qu'il soit destitué par des élections ou par une motion de censure. D'autres systèmes mêlent différents aspects de ces deux modèles avec un président plus fort ou plus faible et un degré variable d'indépendance du pouvoir judiciaire.

52. Dans le système en vigueur aux États-Unis, le président est le chef de l'exécutif, il désigne les secrétaires du Cabinet et les autres hauts fonctionnaires de l'exécutif dont la nomination doit être confirmée par le Sénat, mais qui officient à la discrétion du président. Cela comprend le procureur général, qui dirige le département de la Justice et par conséquent la division antitrust qui en dépend. La nomination du procureur général adjoint chargé de la division antitrust est soumise à la confirmation du Sénat<sup>102</sup>.

53. Le président désigne aussi les directeurs des différents organismes pour une durée établie par le Congrès et ces directeurs ne peuvent être révoqués sans motif valable<sup>103</sup>. La FTC, qui veille à l'application du droit de la concurrence ainsi qu'à celle du droit de la consommation, ne compte pas moins de cinq commissaires dont trois au maximum peuvent appartenir au parti politique du président<sup>104</sup>.

54. Le département de la Justice et ses divisions opérationnelles comme la division antitrust disposent par tradition d'une indépendance considérable. Le président détient le pouvoir d'ordonner au procureur général ou à la division antitrust d'engager des poursuites ou de classer une affaire de concurrence, mais il ne l'exerce que rarement et cela tient à de bonnes raisons. Le département de la Justice et ses services possèdent en effet une connaissance juridique de certains domaines complexes du droit qui fait défaut à la Maison-Blanche. En outre, le département de la Justice étant un plaideur d'expérience devant les tribunaux fédéraux dans de nombreux domaines du droit pénal et civil, il se doit de cultiver et de préserver sa réputation de sérieux dans le choix et la poursuite des dossiers sous peine de nuire à toutes les poursuites qu'il engage.

<sup>101</sup> Arrêt de la Cour (grande chambre) du 10 juillet 2008. *Bertelsmann AG et Sony Corporation of America contre Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*

<sup>102</sup> Forden, Sara et House, Billy, (2017) *Warren Blocks Trump's Pick for Antitrust Chief*, Bloomberg Politics (7 août) <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-08-07/trump-s-pick-for-antitrust-chief-is-said-to-be-blocked-by-warren>. Cette opposition a été retirée à la fin septembre 2017 et le nommé a finalement été confirmé à la tête de la division antitrust le 28 septembre 2017.

<sup>103</sup> *Humphreys Ex'r contre États-Unis*, 295 U.S. 602 (1935).

<sup>104</sup> 15 U.S.C. § 41.

55. Dans le même temps, le président et l'exécutif se situent dans la perspective plus vaste de l'intérêt général des États-Unis. Il serait par exemple absurde d'entreprendre l'exécution d'un jugement antitrust donné ou d'y renoncer si cela devait inévitablement entraîner un conflit armé ou mettre fin aux relations diplomatiques avec un pays, qu'il soit ami ou hostile. La promotion de la concurrence et des marchés économiques est un pilier de la politique des États-Unis et de la plupart des pays, mais c'est aussi l'une des nombreuses questions de réglementation qui demandent à être modulées par les pays dans leurs échanges diplomatiques quotidiens.

56. Il est donc parfois arrivé que le pouvoir exécutif décide que l'application du droit de la concurrence devait céder le pas à une vision plus large de l'intérêt national. À la fin des années 1940, par exemple, l'administration Truman a restreint la portée d'une enquête sur le secteur pétrolier international et ordonné son confinement au champ civil plutôt que pénal<sup>105</sup>. Il s'agissait par là d'éviter les répercussions politiques et diplomatiques qu'aurait l'affaire sur les intérêts plus généraux des États-Unis au Moyen-Orient. Dans les années 1980, le gouvernement Reagan a mis fin à une enquête judiciaire pénale concernant le secteur aéronautique mondial après la faillite de Lakers Airlines à cause de l'effet qu'elle allait produire sur les relations avec la Grande-Bretagne au moment où cette dernière s'attelait à la privatisation de British Airways<sup>106</sup>. Sauf allégation de corruption ou d'influence indue, il est difficile de voir dans de si rares interventions au nom de l'intérêt général national une violation des règles démocratiques.

57. De la même façon, la notion d'une disposition légale octroyant à l'exécutif, ou à un ministère, le pouvoir explicite de sacrifier la concurrence au nom de la sécurité nationale ou d'un autre intérêt national d'importance peut aisément se défendre en termes de valeurs démocratiques, indépendamment du fait que telle ou telle décision particulière prise à ce titre soit judicieuse. Dans de nombreuses juridictions, la loi sur les fusions comporte des règles d'intérêt public permettant l'approbation ou le rejet d'une transaction selon d'autres critères que son seul effet sur la concurrence<sup>107</sup>.

58. Les États-Unis ne disposent pas dans leur régime des fusions de règle concernant l'intérêt général, mais trois statuts permettent au nom d'objectifs de sécurité nationale la prévalence de facteurs non-concurrentiels sur l'analyse de la concurrence. D'abord, une fusion peut être bloquée au nom de la sécurité nationale, même si elle a été autorisée par les autorités de la concurrence<sup>108</sup>. Ensuite, les États-Unis ont promulgué la section 232 de la loi de 1962 sur le commerce qui autorise le secrétaire du Commerce à enquêter pour déterminer les conséquences de certaines importations sur n'importe quel article relevant de la sécurité nationale des États-Unis<sup>109</sup>. Enfin, la loi de 1950 sur la production de défense

<sup>105</sup> Waller, Spencer Weber et Fiebig, Andre, (2017) 1 Antitrust & American Business Abroad § 2.16 (4<sup>e</sup> éd.).

<sup>106</sup> *Id.* au § 5.11.

<sup>107</sup> *Guidelines on the Assessment of Public Interest Provisions in the Merger Regulation Under the Competition Act No. 89 of 1998*, Competition Commission of South Africa (31 mai 2016), <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2016/01/Gov-Gazette-Public-Interest-Guidelines.pdf>.

<sup>108</sup> 50 U.S.C. § 4565 (2012).

<sup>109</sup> 19 U.S.C. § 1862(b) (2012).



(*Defense Production Act* ou DPA) autorise le président à dispenser les ententes entre parties privées de l'application du droit de la concurrence lorsque la défense nationale est en jeu<sup>110</sup>.

59. Ces dispositions ne sont heureusement que rarement utilisées. La section 232 et le DPA n'ont pas du tout été invoqués ces dernières années, il aurait fallu pour cela sacrifier la concurrence au nom d'autres valeurs nationales. Il demeure que la décision réfléchie de le faire parce que la sécurité ou la défense en tireront un bénéfice supérieur au coût subi par la concurrence économique est peut-être peu judicieux, mais pas antidémocratique.

60. Il est parfois arrivé que l'exécutif cherche à intervenir ou à influencer telle ou telle action d'application pour de moins nobles raisons. Certaines conversations enregistrées au temps de l'administration Johnson révèlent que ce dernier a un jour ouvertement menacé une banque de lui refuser la fusion qu'elle envisageait si ses dirigeants ne persuadaient pas un journal local de soutenir sa réélection<sup>111</sup>. Un aspect méconnu de la crise du Watergate a été l'utilisation de dons de campagne illicites pour influencer une décision de fusion en attente<sup>112</sup>. Cela a en partie abouti à l'adoption de la loi Tunney requérant la tenue d'audiences publiques avant la conclusion d'un jugement d'expédient dans les procédures antitrust engagées par le gouvernement<sup>113</sup>. Il serait tout aussi troublant que les lois de la concurrence servent de quelque façon que ce soit à punir des adversaires politiques ou à faire taire des dissidences ou des critiques.

### 2.3. Le pouvoir législatif

61. Bien que dans la plupart des démocraties le Parlement soit le dépositaire naturel du pouvoir de légiférer, son rôle s'étend évidemment au-delà du sujet de la présente note. En règle générale, le Parlement joue le même rôle dans le droit de la concurrence que dans d'autres domaines législatifs. Il promulgue et amende les textes relatifs à la substance, à la procédure, aux institutions, aux mesures correctives, aux exemptions et aux immunités du droit de la concurrence. Dans certains systèmes, il lui incombe aussi de confirmer les nominations politiques au sein des organismes et de l'appareil judiciaire, de voter le budget de chaque organisme, d'en superviser la conduite, de mener des enquêtes, de tenir auditions sur les lois et sur certaines questions particulières, d'adopter des résolutions et de débattre au sein de commissions ou au complet. Ce travail est accompli par les membres élus et par leur personnel, en séance plénière comme en commission. Le plus souvent, l'équipe personnelle des élus ou celle de la commission possède une connaissance approfondie du domaine traité. De temps à autre, il arrive qu'un Parlement « sous-traite » certaines questions du droit de la concurrence à une commission ou un panel d'experts qui formuleront des recommandations<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> 50 U.S.C. § 4558(j).

<sup>111</sup> Beschloss, Michael R., (1997) *Taking Charge: The Johnson White House Tapes, 1963-1964* 139-43, 151-53.

<sup>112</sup> Lardner, Jr., George, *On Tape Nixon Outlines 1971 "Deal" to Settle Antitrust Case Against ITT*, *The Washington Post* (4 janvier 1997) [https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1997/01/04/on-tape-nixon-outlines-1971-deal-to-settle-antitrust-case-against-itt/246628a9-8abf-47f3-80ec-379569e0f350/?utm\\_term=.1009df95f5b7](https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1997/01/04/on-tape-nixon-outlines-1971-deal-to-settle-antitrust-case-against-itt/246628a9-8abf-47f3-80ec-379569e0f350/?utm_term=.1009df95f5b7).

<sup>113</sup> 15 U.S.C. § 16 (2012).

<sup>114</sup> *Voir p. ex.*, Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations (avril 2007), [http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/amc\\_final\\_report.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf).

62. L'attention que prête le pouvoir législatif aux questions relevant du droit de la concurrence varie inévitablement au gré des nécessités. Le droit de la concurrence est certes important dans la sphère économique, mais ce n'est qu'un domaine d'intérêt et d'importance parmi de nombreux autres pour un Parlement déjà pressé par les affaires courantes et les urgences imprévues.

63. Un Parlement est libre de consacrer le temps qu'il souhaite à la politique et au droit de la concurrence. Pour ce qui concerne le Congrès des États-Unis, le Sénat doit déjà s'occuper de l'adoption de lois, de la confirmation des nominations par le président, des crédits budgétaires et de la conduite d'auditions de contrôle. Toutes ces activités sont importantes en soi mais aussi pour veiller à ce que les organismes jouent leur rôle d'institutions expertes mais démocratiques. Le reste est plus ou moins facultatif et dépend du degré d'intérêt accordé par chaque Congrès et du caractère pressant des autres affaires.

64. On pourra trouver décevant que le Congrès des États-Unis se soit généralement centré sur des questions de détail de la politique et du droit de la concurrence ou qu'il n'ait conduit d'auditions que sur des fusions hautement visibles qui par nature n'ont aucun effet sur les actes accomplis par les organismes en matière d'application. Les lois antitrust n'ont reçu aucun amendement significatif depuis les années 1970. Les sanctions pénales ont été alourdies, mais dans l'ensemble les actions correctives n'ont pas été modifiées. Les exemptions et les immunités ont été étendues ou, lorsqu'elles ont été réduites, cela n'a été que de façon marginale.<sup>115</sup> Les budgets ont été augmentés et réduits au gré de l'époque et de l'esprit politique dominant.

65. Le Congrès ne s'est malheureusement intéressé au droit de la concurrence qu'à propos de questions mineures, voire franchement mesquines. Il a par exemple étouffé dans l'œuf un projet de modernisation de la coopération entre la division antitrust et la Federal Trade Commission au prétexte qu'il allait modifier le partage de la « compétence » sur les travaux de ces organismes entre les commissions du Congrès<sup>116</sup>. Plus mesquine encore a été la tentative infructueuse d'un élu de forcer la FTC à quitter ses locaux pour permettre l'extension de la National Gallery<sup>117</sup>.

66. Chaque audition consacrée à ce type de question marginale, qu'il s'agisse de la nécessité de prolonger l'exemption partielle des lois de la concurrence dont bénéficie le base-ball professionnel ou d'une initiative démagogique au sujet d'une fusion aux implications très locales, est très coûteuse. Le temps, l'argent et l'attention qu'y investit le Congrès seraient mieux employés à étudier des questions plus importantes, plus générales de la politique et du droit de la concurrence. Les mesures officielles réprimant les conduites unilatérales et la politique en matière de fusions ont beaucoup changé au fil des administrations et du temps. D'importantes lignes directrices et priorités d'application officielles ont également changé, sans que le Congrès s'en soit vraiment mêlé. Certaines décisions essentielles de la Cour suprême des États-Unis ont entraîné des modifications radicales ou plus subtiles de la loi sans réelle intervention du Congrès, avant ou après.

<sup>115</sup> ABA Section of Antitrust Law, Monograph No. 24, Federal Statutory Exemptions from Antitrust Law (2007).

<sup>116</sup> Département américain de la Justice, communiqué de presse, (5 mars 2002), DOJ and FTC Announce New Clearance Procedures for Antitrust Matters, [https://www.justice.gov/archive/atr/public/press\\_releases/2002/10171.pdf](https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2002/10171.pdf).

<sup>117</sup> Clark, Charles S., (20 avril 2012), *Mica Steps Up Bid to Evict FTC from Headquarters*, Nat'l J., <https://www.yahoo.com/news/mica-steps-bid-evict-ftc-headquarters-212733209.html>.

67. Peut-être tout simplement que le Congrès ne s'intéresse pas à l'évolution incessante et complexe de la politique et du droit de la concurrence, ou peut-être même qu'il l'approuve. Cette indifférence ou ce silence sont en tout cas lourds de conséquences. Ils dépouillent du pouvoir les institutions les plus démocratiquement élues au profit de celles, plus distantes et moins démocratiques, que sont les organismes et les tribunaux, pour façonner la politique économique fondamentale à l'abri de toute intervention ou correction, si ce n'est au niveau le plus global.

68. Aucun Parlement ne peut consacrer tout son temps à la politique de concurrence, mais quand il le fait, il faut se demander :

- Les questions que traite le Parlement sont-elles fondamentales ou au contraire mineures et marginales ?
- Les questions que traite le Parlement sont-elles d'importance nationale ou seulement locale, ne concernant qu'un petit groupe d'élus ?
- Le Parlement a-t-il proposé ou examiné de réelles améliorations ou est-il surtout en train de soulever des questions qui ne seront probablement suivies d'aucune action concrète ?
- De quelle façon le Parlement s'assure-t-il que la délégation de pouvoirs se fait sous contrôle démocratique et que les autres acteurs institutionnels agissent dans le respect des règles démocratiques ?
- Si d'importants changements se sont produits ailleurs dans le système, le Congrès les a-t-il réellement approuvés ou n'y a-t-il en vérité pas prêté attention ?
- Parmi les auditions qui ont lieu, lesquelles ne sont pas obligatoires, comment ont-elles été choisies, qu'ont-elles d'important ?

69. Sans ce type de questionnement, le pouvoir migre naturellement des institutions démocratiques vers les secteurs du système qui le sont moins. Si un Parlement approuve le cours actuel de la politique et du droit de la concurrence, qu'il le dise. S'il ne l'approuve pas, son silence ne doit pas servir à justifier le fait que des acteurs intéressés fassent basculer le pouvoir en leur faveur tandis que les élus choisissent de s'intéresser à d'autres affaires pressantes et de ne toucher à la politique de concurrence que du bout des doigts.

## 2.4. Le pouvoir judiciaire

70. Le rôle du pouvoir judiciaire dans la théorie de la démocratie est complexe. Aux États-Unis, le pouvoir judiciaire fédéral est doté dans sa conception même d'une forte indépendance et n'a pas de comptes à rendre sur le plan politique. Mais il doit aussi dire le droit, le faire appliquer de façon juste et non-discriminatoire, demander des comptes au gouvernement et régler les différends entre parties privées<sup>118</sup>.

71. La façon dont le pouvoir judiciaire accomplit l'ensemble de ces tâches dans le domaine du droit de la concurrence repose avant tout sur des questions de structure institutionnelle. Aux États-Unis, les juges fédéraux sont des généralistes qui gèrent un large éventail d'affaires pénales, d'affaires civiles comportant des aspects constitutionnels, relatifs aux traités ou légaux ainsi que des litiges entre citoyens de

<sup>118</sup> La présente note n'aborde pas le rôle des jurys dans l'application démocratique du droit de la concurrence car hors du contexte pénal il s'agit d'une question quasi-exclusivement américaine. Pour en savoir plus sur cet aspect de la démocratie dans le droit de la concurrence, voir First et Waller, *supra* note 30, p. 2552-55.

différents États portant sur des montants supérieurs à 75 000 USD<sup>119</sup>. Les contentieux en matière d'antitrust sont rares mais généralement de grande envergure, complexes sur le plan juridique et dans les faits et gourmands en temps. Les juges américains de première instance ont à superviser l'instruction de plusieurs centaines d'affaires et tous les procès qui en résultent, avec une équipe composée d'un ou deux auxiliaires juridiques et d'un assistant administratif et le soutien d'un unique magistrat. Les appels interjetés contre leurs ordonnances sont pris en charge par un comité de trois juges des cours d'appel des États-Unis qui ne sont eux-mêmes pas moins généralistes, ont à gérer autant d'affaires et disposent de moyens aussi limités.

72. La division antitrust du département de la Justice présente toutes ses affaires de juridiction fédérale devant la cour de district des États-Unis ayant compétence envers les prévenus accusés de violation du droit de la concurrence au civil ou au pénal. De la même façon, la Federal Trade Commission des États-Unis présente la plupart de ses affaires de fusion directement devant la cour fédérale de district<sup>120</sup>. La FTC traite aussi certaines affaires par la voie d'une procédure administrative interne au terme de laquelle la partie perdante peut faire appel devant la cour d'appel concernée<sup>121</sup>.

73. Dans d'autres systèmes judiciaires, les litiges relevant du droit de la concurrence sont traités par des cours et des tribunaux spécialisés pouvant comprendre à la fois des spécialistes du droit de la concurrence et des économistes. Au Chili, par exemple, l'État présente ses affaires devant un tribunal d'experts composé de cinq membres qui compte des juristes et des économistes spécialisés dans le droit de la concurrence<sup>122</sup>. Ce tribunal reçoit aussi certaines poursuites individuelles en dommages-intérêts. Les décisions du tribunal faisant objet d'un appel sont soumises à la Cour suprême du Chili<sup>123</sup>. Dans d'autres systèmes encore, les poursuites se règlent par le biais de procédures administratives au sein de l'autorité de la concurrence proprement dite, puis présentées en appel à un tribunal généraliste ou spécialisé<sup>124</sup>.

74. Quelle que soit la structure institutionnelle, tout système judiciaire doit assurer une forme ou une autre de garantie de régularité de la procédure et d'équité fondamentale à chaque niveau de décision. Les cours et les tribunaux sont censés rendre aux deux parties du litige une justice impartiale, conforme aux exigences de fond et de procédure des dispositions légales régissant le différend. Ces exigences sont plus claires lorsqu'un même tribunal gère une plainte du début à la fin. Aux États-Unis, dans les affaires pénales, la culpabilité doit être établie par l'État de façon à susciter l'intime conviction et dans les affaires civiles elle doit l'être par le plaignant (privé ou public) par la prépondérance des preuves. Les règles fédérales de procédure civile régissent toutes les affaires civiles, quel que soit le plaignant ou le type de question en litige. Le fait qu'une

<sup>119</sup> 28 U.S.C. §§ 1331-1332.

<sup>120</sup> 15 U.S.C. § 53(a) (2012).

<sup>121</sup> 16 C.F.R. § 3.52.

<sup>122</sup> OCDE (2010), *Le droit et la politique de la concurrence au Chili* pp. 30-31, <https://www.oecd.org/fr/daf/47951379.pdf> (consulté le 3 octobre 2017).

<sup>123</sup> *Idem.* p. 34-35.

<sup>124</sup> Voir loi sur la concurrence §§ 75-107, <http://laws.justice.gc.ca/fra/lois/C-34/TexteComple.html> (sur les questions pouvant être soumises à l'examen du tribunal de la concurrence du Canada. Les questions peuvent être examinées par le tribunal à la demande du commissaire canadien de la concurrence).

partie ait reçu une décision de justice correcte, dans le respect des procédures et de l'équité fondamentale, peut être vigoureusement contesté devant le juge de première instance et réglé en appel par l'examen du dossier généré devant le tribunal de première instance.

75. Les choses se compliquent lorsqu'un organisme de réglementation spécialisé tranche administrativement dans une affaire et que cette affaire est ensuite portée devant les tribunaux. La quasi-totalité des systèmes juridiques est confrontée à la question du niveau de déférence qu'il convient d'accorder aux décisions des organismes spécialisés mandatés par le Parlement pour émettre des règles et juger de questions complexes de droit comme de fait en déterminant si la loi a été enfreinte ou pas. La question de la déférence en appel accordée aux décisions de réglementation et de contrôle revêt une importance particulière dans le domaine du droit de la concurrence, où les conséquences sont lourdes et supposent dans de nombreux systèmes des amendes élevées, de nature quasiment pénale.

76. La Cour suprême des États-Unis a mis au point deux théories concernant la déférence à l'égard des décisions administratives. La doctrine dite *Chevron* concerne les situations dans lesquelles le Congrès a adopté un texte ambigu et attend explicitement ou implicitement de l'organisme qu'il comble les vides par son interprétation autorisée<sup>125</sup>. L'interprétation autorisée se présente généralement sous la forme d'une notification avec appel à commentaires, d'un jugement assorti de commentaires, de l'élaboration de règles ou d'un arbitrage formel<sup>126</sup>. Dans ces circonstances, le tribunal doit s'en remettre à l'interprétation que fait l'organisme de la loi, sauf si les actions conduites par l'organisme comportent un défaut de procédure, constituent un acte arbitraire ou capricieux ou sont manifestement contraires aux textes de loi<sup>127</sup>.

77. La doctrine *Chevron* se fonde à la fois sur la nécessité de séparation des pouvoirs et le devoir démocratique de rendre des comptes<sup>128</sup>. La déférence du pouvoir judiciaire se justifie en partie parce que « les jugements en matière de réglementation ne relèvent pas des tribunaux mais du pouvoir politique ; le Congrès ayant laissé ouverte la question réglementaire, c'est à l'exécutif d'y répondre<sup>129</sup> ». Cette déférence trouve aussi justification dans le fait que l'action administrative s'effectue par délégation du Parlement qui, contrairement aux tribunaux, jouit d'un mandat démocratique<sup>130</sup>.

<sup>125</sup> *Chevron U.S.A. Inc. contre. National Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

<sup>126</sup> États-Unis contre. *Mead Corp.*, 533 U.S. 218 (2001).

<sup>127</sup> *Mead*, 533 U.S. p. 227. Voir en général Farber, Dan, *Everything You Always Wanted to Know About the Chevron Doctrine*, Yale J. L. & Reg. Notice & Comment (23 octobre 2017), <http://yalejreg.com/nc/everything-you-always-wanted-to-know-about-the-chevron-doctrine-by-dan-farber/> ; Symposium, *Chevron at Thirty: Looking Back and Looking Forward*, 83 Fordham L. Rev. 475-798 (2014-15) ; Eskridge, William H. Jr. et Bauer, Lauren E., (2008), *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*, 96 Geo. L.J. 1083.

<sup>128</sup> *Chevron*, 467 U.S. p. 865-66.

<sup>129</sup> Scalia, Antonin, *Judicial Deference to Administrative Interpretation of Law*, 1989 Duke L.J. 511, 515.

<sup>130</sup> Diver, Colin S., (1985), *Statutory Interpretation in the Administrative State*, 133 U. Pa. L. Rev. 549, 551.

78. La Cour suprême des États-Unis a aussi reconnu une forme moins contraignante de déférence, dite *Skidmore*<sup>131</sup>, en vertu de laquelle la décision d'un organisme administratif mérite une certaine déférence, quelle que soit sa forme, eu égard à l'expérience spécialisée, à l'expertise, au pouvoir d'enquête plus étendu et aux plus amples informations dont il dispose, à l'uniformité que requiert le droit national et au caractère persuasif de la décision de l'organisme, fût-elle de nature informelle<sup>132</sup>. La déférence *Skidmore* est habituellement accordée dans une certaine mesure aux normes juridiques, aux actions et aux déclarations non contraignantes de l'organisme, comme par exemple les orientations pratiques, les manuels d'utilisation ou les directives d'application<sup>133</sup>.

79. Que ce soit au titre de la doctrine *Chevron* ou *Skidmore*, la déférence ne s'applique pas formellement aux mesures d'exécution de la division antitrust du département de la Justice. La division antitrust n'emploie pas de procédures d'élaboration des règlements et ne tient pas d'auditions administratives. Elle recourt en revanche à la Justice lorsqu'elle accuse un individu ou une entreprise d'infraction pénale ou civile au droit de la concurrence. Une fois devant le tribunal, il lui échoit au pénal d'établir la culpabilité du prévenu de façon à susciter l'intime conviction et au civil d'assumer normalement la charge de la preuve comme tout justiciable pour établir la responsabilité du prévenu par prépondérance de la preuve.

80. En même temps, la division antitrust (et avec elle l'ensemble du département de la Justice) n'est pas un justiciable comme les autres. Ses nombreuses directives d'application (souvent émises conjointement avec la FTC, mais parfois seule) suscitent le respect, même s'il ne s'agit pas précisément de déférence judiciaire au sens des doctrines *Chevron* et *Skidmore*. Les directives sont souvent citées à titre indicatif de la situation de la doctrine antitrust et les tribunaux se sont prononcés contre la division lorsqu'elle n'a pas produit de preuves étayant les positions qu'elle y énonçait. En outre, le département de la Justice est régulièrement consulté par la Cour suprême (et parfois par des tribunaux inférieurs) sur l'opportunité de recevoir une plainte au regard du droit de la concurrence ou sur la décision à rendre dans des affaires de contentieux privé en matière de droit de la concurrence. Les rapports qu'il remet à la Cour suprême sont souvent persuasifs, sans qu'il faille pour autant y voir de la « déférence » au sens technique où l'entendent les doctrines *Chevron* ou *Skidmore*.

81. La question de la déférence judiciaire accordée aux décisions de la Federal Trade Commission est plus complexe. La FTC est un organisme indépendant chargé de réglementer, institué par le Congrès et doté de pouvoirs en matière de protection des consommateurs et de concurrence. Le *FTC Act* interdit les méthodes déloyales de concurrence et les actes ou pratiques injustes ou trompeurs. La FTC veille aussi à l'application de textes très divers concernant la protection des consommateurs et de la vie privée<sup>134</sup>. La FTC pratique la notification et l'appel à commentaires de ses décisions dans le domaine de la protection des consommateurs, mais pas dans celui de la concurrence.

<sup>131</sup> *Skidmore contre Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).

<sup>132</sup> *Id.* p. 140.

<sup>133</sup> Bernatt, Maciej, (2016), *Transatlantic Perspective on Judicial Deference in Administrative Law*, 22 Colum. J. Eur. L. 275, 286 (ci-après *Transatlantic Perspectives*).

<sup>134</sup> *Voir en général*, Kanwit, I Stephanie, (2017), Federal Trade Commission § 6, 19-20.

82. Les méthodes déloyales de concurrence comprennent les infractions aux lois Sherman et Clayton et une nébuleuse mal définie de demi-violations de ces textes et d'affaires à tout le moins contraires à l'esprit du droit de la concurrence<sup>135</sup>. Lorsque la FTC porte directement une action d'application devant la cour fédérale, c'est au même titre que tout autre plaignant public ou privé dans les contentieux civils. Pour gagner, elle doit correctement interpréter la loi et établir les accusations de la plainte par prépondérance de la preuve.

83. Lorsque la FTC engage une action administrative pour une ordonnance de cessation et d'abstention, elle se plie à une série d'obligations strictes de procédure qui sont énoncées dans le *FTC Act*. Au terme de l'enquête conduite par son personnel, ce dernier doit obtenir le vote favorable de la majorité de la Commission en séance plénière pour déposer une plainte administrative. Toute procédure ultérieure prendra la forme d'un procès devant un juge administratif (*Administrative law judge – ALJ*) indépendant, où le prévenu sera représenté par un avocat. Les membres de la Commission ne participent pas au procès devant l'ALJ. Ils reçoivent tout appel interjeté contre la décision de l'ALJ et tiennent des séances d'information et des auditions avant de voter et d'annoncer la décision officielle de la FTC. La partie perdante peut alors porter l'affaire devant la cour d'appel fédérale correspondante.

84. Une fâcheuse dichotomie survient lorsque la FTC engage une action administrative pour une ordonnance de cessation et d'abstention et que la partie perdante porte l'affaire devant la cour d'appel fédérale. Dans les affaires relevant de la protection des consommateurs, la FTC reçoit la déférence judiciaire qui lui est due en vertu de la doctrine *Chevron*, comme la plupart des organismes fédéraux en matière de décision formelle. Cela signifie que l'interprétation par la FTC de son propre texte est confirmée à moins que le tribunal juge le texte univoque ou l'interprétation déraisonnable.

85. Cela n'est pas le cas dans les affaires de concurrence. Les tribunaux n'accordent pas la déférence *Chevron* à l'interprétation que fait la FTC des méthodes déloyales de concurrence dans les affaires d'antitrust, ce qui signifie qu'il appartient aux tribunaux de déterminer de novo le sens des lois de la concurrence<sup>136</sup>.

86. Dans le même temps, les tribunaux ont souvent confirmé les conclusions de fait de la FTC lorsqu'elles étaient appuyées par des « éléments probants »<sup>137</sup>. La décision récente d'une cour d'appel définit les éléments probants comme « des indices pertinents qu'un esprit sensé pourrait juger suffisants pour étayer une conclusion »<sup>138</sup>. Cela s'applique aux affaires complexes touchant à des questions factuelles ou d'économie et à l'application du droit à des faits tels que la définition du marché, la puissance

<sup>135</sup> F.T.C. contre Sperry & Hutchinson Co., 405 U.S. 233, 235 (1972); *Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act*, US Federal Trade Commission (13 janvier 2015), [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/735201/150813section5enforcement.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf).

<sup>136</sup> Bernatt, *Transatlantic Perspectives*, supra note 133, p. 315-18 (recensement d'affaires). Voir en général Zeisler, Royce, (2014), *Chevron Deference and the FTC: How and Why the FTC Should Use Chevron to Improve Antitrust Enforcement*, 1 Colum. Bus. L. Rev. 266 ; Hurwitz, Justin (Gus), (2014), *Chevron and the Limits of Administrative Antitrust*, 76 U. Pitt. L. Rev. 212.

<sup>137</sup> *Transatlantic Perspectives*, supra note \_\_, p. 318-20.

<sup>138</sup> *McWane, Inc. contre F.T.C.*, 783 F.3d 814, 824 (11th Cir. 2015).



commerciale et les entraves au jeu de la concurrence<sup>139</sup>. Le test des éléments probants n'exige pas l'exclusion de toutes les autres explications possibles du comportement en question, et il se peut qu'une décision de la FTC soit confirmée sur la foi d'éléments probants même si le dossier contient d'autres éléments susceptibles d'étayer une autre conclusion<sup>140</sup>.

87. Au sein de l'Union européenne, la question de la déférence judiciaire prête à controverse pour plusieurs raisons. La Commission européenne est un organisme unifié qui gère des enquêtes, des décisions, des exemptions, des arrangements, des amendes et des mesures correctrices. Elle n'est pas soumise à la stricte séparation des pouvoirs et des fonctions qu'observe la FTC. Cela a conduit de nombreuses voix critiques à affirmer que la déférence judiciaire envers les conclusions juridiques, de fait et économiques complexes de la Commission est inopportune en vertu des traités de l'UE ainsi que pour des raisons de réglementation<sup>141</sup>.

88. En outre, les critiques estiment que les affaires de concurrence passibles d'amende en vertu de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) exigent un examen judiciaire complet<sup>142</sup>. Ces amendes sont considérées pénales par nature, même lorsqu'elles sont infligées par un organisme administratif tel que la Commission européenne. L'article 6 de la CEDH établit que dans la détermination des droits et obligations de caractère civil ou dans toute affaire pénale, chacun mérite que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial<sup>143</sup>. Le Tribunal de l'Union européenne et la Cour de Justice (Union européenne) n'ont pas encore admis ces arguments. Au contraire, les tribunaux de l'UE accordent de facto un certain degré de déférence aux décisions économiques complexes de la Commission européenne, à ses conclusions de fait, à son calcul du montant des amendes et à l'interprétation qu'elle fait de son propre droit souple<sup>144</sup>. Un spécialiste de l'UE a récemment affirmé que ce degré de déférence correspond à peu près au critère des éléments probants appliqué aux États-Unis<sup>145</sup>.

<sup>139</sup> *Id.*

<sup>140</sup> *Id.*; Chicago Bridge & Iron Co NV contre FTC, 534 F. 3d 410, 437 (5<sup>th</sup> Cir. 2008) ; Toys “R” Us, Inc. contre. FTC, 221 F. 3d 928, 935 (7<sup>th</sup> Cir. 2000) ; Hospital Corp. of Am. contre FTC, 807 F. 2d 1381, 1385 (7<sup>th</sup> Cir. 1986). Voir en général Bernatt, Maciej, (2017) *McWane and judicial review of Federal Trade Commission decisions: any inspirations for EU Competition law?*, 38 Eur. Comp. L. Rev. 288.

<sup>141</sup> Bernatt, Maciej, *The Compatibility of Deferential Standard of Judicial Review in the EU Competition Proceedings with Article 6 of the European Convention on Human Rights* 3 (Loyola University Chicago School of Law Institute for Antitrust and Consumer Studies, document de travail, 2014), <https://www.luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/publications/workingpapers/Maciej%20Bernatt%20EU%20Courts%20review%20and%20Article%206%20ECHR%20Working%20paper.pdf> (discussion des contre-arguments opposés à la norme déférentielle d'examen).

<sup>142</sup> Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), art. 6, 4 novembre 1950, 213 RTNU. 221.

<sup>143</sup> *Id.*

<sup>144</sup> Bernatt, Maciej, (2017) *McWane and judicial review of Federal Trade Commission decisions: any inspirations for EU Competition law?*, 38 EUR. COMP. L. REV. 288.

<sup>145</sup> Bernatt, Maciej, *Transatlantic Perspectives*, supra note 133.

89. En fin de compte, le niveau de déférence judiciaire appliqué dans la plupart des systèmes semble inversement proportionnel à celui de l'équité de la procédure et de la séparation des fonctions au niveau administratif. On peut dire du système européen comme du système américain qu'ils pêchent en accordant respectivement trop et trop peu de déférence aux décisions administratives de leurs organismes spécialistes de la concurrence.

## 2.5. Les procureurs généraux des États et les organismes de la concurrence au niveau sous-fédéral

90. De nombreux systèmes de concurrence comportent plus d'un niveau d'application, ce qui pose la question du partage des responsabilités et des compétences entre autorités fédérales et sous-fédérales. C'est la Fédération de Russie qui pratique le plus largement la délégation de pouvoirs, puisqu'elle possède à la fois un Service fédéral anti-monopole et de nombreux bureaux régionaux répartis dans toute la Fédération. Ces bureaux régionaux sont très indépendants de l'autorité nationale de la concurrence, ils ont toute latitude de mener des enquêtes, de prendre des décisions et de gérer les procédures d'appel sans en référer à l'autorité nationale<sup>146</sup>. À l'autre extrémité du spectre se trouvent les autorités nationales de la concurrence qui n'ouvrent de bureaux régionaux que par souci de commodité administrative, bureaux dont les employés reçoivent leurs instructions du siège national. Aux États-Unis, la division antitrust et la FTC possèdent l'une et l'autre ce genre d'antenne régionale<sup>147</sup>.

91. L'UE constitue un exemple de système de droit de la concurrence où l'attribution de l'autorité et de la compétence est à la fois plus nuancée et soumise à un réseau sophistiqué de responsabilités. Depuis la modernisation du droit de la concurrence de l'UE, ce sont les autorités nationales de la concurrence et les tribunaux nationaux qui se chargent de le faire respecter dans l'UE comme de leur propre pays. Les relations entre elles des autorités nationales de la concurrence (ANC) au sein de l'UE et celles des ANC avec la Commission européenne sont régies par les dispositions du réseau européen de la concurrence (REC). Le REC répartit les responsabilités entre l'UE et les ANC ainsi qu'au sein de chacune, et possède d'autres dispositions régissant la coopération et l'échange d'informations<sup>148</sup>. De même le règlement de l'UE sur les concentrations contient des dispositions allouant la compétence sur certaines fusions entre la Commission européenne et les ANC ainsi qu'en leur sein.

92. Les États-Unis aussi connaissent ce problème. Chacun des cinquante États, le district de Columbia et les territoires des États-Unis ont l'autorité d'appliquer leurs propres dispositions sur la concurrence au niveau de l'État ou local. Depuis les

<sup>146</sup> À propos du service fédéral anti-monopole en Russie, Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation, <http://en.fas.gov.ru/about/what-we-do/general-information.html> (consulté le 3 octobre 2017).

<sup>147</sup> La FTC possède par exemple un bureau régional à Chicago qui ne gère actuellement que les affaires de protection des consommateurs, mais qui s'occupait aussi auparavant de concurrence. Les décisions de l'antenne de Chicago sont soumises à l'examen et à l'approbation du siège à Washington, sauf dans la mesure où la FTC juge souhaitable de déléguer le pouvoir discrétionnaire au directeur régional.

<sup>148</sup> Réseau européen de la concurrence, vue d'ensemble, page en anglais seulement, [http://ec.europa.eu/competition/ecn/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html).

années 1970, les procureurs généraux des États<sup>149</sup> détiennent l'autorité de faire appliquer le droit antitrust fédéral dans les tribunaux fédéraux au nom de leurs citoyens naturels. La Cour suprême des États-Unis a clairement établi que les autorités locales peuvent agir en complément des organismes fédéraux de la concurrence ou à leur place<sup>150</sup>. Aucun instrument de droit impératif ou incitatif ne définit les compétences, les responsabilités ou les modalités de coopération dans les procédures suscitant l'intérêt de plus d'un niveau de mise en application. Les États coopèrent eux-mêmes entre eux par l'intermédiaire de la National Association of Attorneys General et entament souvent des poursuites en tant que coalition d'États en se partageant les frais et les responsabilités au cas par cas<sup>151</sup>. Il arrive aussi dans certaines affaires importantes de concurrence que des États et l'un des organismes fédéraux entament une action ensemble<sup>152</sup>.

93. Bien que les procureurs généraux des États détiennent de longue date l'autorité légale de l'application du droit antitrust au niveau fédéral comme de l'État, l'application du droit de la concurrence par les États a suscité de nombreuses critiques et d'appels à les priver de cette autorité<sup>153</sup>. Ces critiques portent en grande mesure sur le fait que les procureurs généraux des États sont dans leur quasi-totalité des fonctionnaires élus. Malgré l'évident niveau de responsabilité démocratique que suppose un tel agencement, les critiques affirment que ces procureurs généraux élus sont soumis à des incitations indues à engager des poursuites qui devraient être confiées aux autorités de niveau fédéral, et qu'ils sont susceptibles d'être capturés par des intérêts politiques locaux qui orienteront leur sélection des affaires en fonction de critères plus ouvertement politiques, au point parfois d'aboutir à des résultats anticoncurrentiels<sup>154</sup>. Certains sont allés jusqu'à mettre en doute la compétence professionnelle des autorités de l'État<sup>155</sup>. La thèse de la capture ou celle de la compétence ne reposent en vérité que sur peu d'éléments empiriques<sup>156</sup>.

94. Le fait que les procureurs généraux des États soient élus par le peuple crée aussi des incitations vertueuses à engager des poursuites au bénéfice direct des résidents de l'État et susceptibles d'être approuvées par l'électorat. La pratique montre que les

<sup>149</sup> Le District de Columbia et les territoires d'outre-mer des États-Unis possèdent aussi leurs autorités locales de la concurrence.

<sup>150</sup> État de Californie contre Am. Stores Co., 495 U.S. 271 (1990).

<sup>151</sup> National Association of Attorneys General, Multistate Task Force, [http://www.naag.org/naag/committees/naag\\_standing\\_committees/antitrust-committee/multistate\\_task\\_force.php](http://www.naag.org/naag/committees/naag_standing_committees/antitrust-committee/multistate_task_force.php)

<sup>152</sup> États-Unis contre Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). Voir en général Gavil, Andrew I. et First, Harry, (2014), *The Microsoft Cases: Competition Policy for the Twenty-First Century*; Page, William H. et Lopatka, John E., (2007), *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare*.

<sup>153</sup> Voir p. ex., Posner, Richard A., (2004), *Federalism and the Enforcement of Antitrust Laws by State Attorneys General*, in *Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy* 252 (dir. Richard A. Epstein & Michael S. Greve); Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations 185 (2007).

<sup>154</sup> Posner, Richard A., (2001), *Antitrust in the New Economy*, 68 Antitrust L.J. 925, 940-41.

<sup>155</sup> Posner, *Federalism*, supra note 153, p. 940-41.

<sup>156</sup> First, Harry, (2001) *Delivering Remedies: The Role of the States in Antitrust Enforcement*, 69 Geo. Wash. L. Rev. 1004, 1029-31.

procureurs généraux des États ont souvent utilisé les pouvoirs que leur confère le droit antitrust pour obtenir des dédommagements monétaires au nom des consommateurs et des entités publiques de l'État ayant subi un préjudice du fait de violations du droit de la concurrence<sup>157</sup>. C'est là un rôle que ne jouent pas habituellement le département de la Justice ou la FTC dans les affaires de concurrence.

95. Les États continuent aussi de montrer davantage de fermeté à l'égard des ententes verticales sur les prix de revente par souci du consommateur qui pense profiter de la concurrence des prix entre des vendeurs indépendants des mêmes biens et services. Une part importante de la maigre jurisprudence interprétant le critère de la règle de raison pour la pratique du prix imposé en vertu de l'arrêt *Leegin*<sup>158</sup> est provenue des États.<sup>159</sup> Aucune n'est en revanche provenue des organismes fédéraux<sup>160</sup>.

96. Toutes les autorités chargées faire appliquer le droit doivent scrupuleusement veiller à ce que leurs efforts n'en viennent pas à protéger les concurrents de la concurrence, mais les États ont montré que le fait de devoir rendre directement des comptes en termes politiques peut aussi créer des incitations qui font contrepoids à ces forces protectionnistes et mettent leur mission plus directement en phase avec la volonté du peuple, produisant un système démocratique et professionnel qui sert les besoins des consommateurs réels plutôt que leur bien-être théorique.

## 2.6. Droits d'action privée et actions collectives

97. Les droits d'action privée sont aussi une voie importante pour préserver la teneur démocratique du droit de la concurrence. Ce sont les droits autorisant une partie privée à porter plainte devant une cour ou un tribunal lorsqu'elle a été lésée, que les pouvoirs publics choisissent ou non de recevoir cette plainte dans le cadre d'une procédure d'exécution publique. Ils permettent aussi aux parties privées d'obtenir un dédommagement même si les pouvoirs publics ont mené leur poursuite en vue d'une sanction ou à titre dissuasif. Les droits d'action privée donnent aux parties privées l'occasion de persuader les cours et les tribunaux de la validité des motifs de l'action, des théories de la responsabilité, de la défense et des immunités auxquelles l'administration publique n'accorde pas toujours grande considération. Cela procure une certaine stabilité au système, diverses parties cherchant à défendre leurs propres intérêts à l'abri de toute coercition politique devant un système judiciaire ou un tribunal ayant pour mission de faire appliquer la loi de façon impartiale. Enfin, la création de droits d'action privée incite le pouvoir à donner suite à des plaintes jusqu'au niveau des individus plus directement affectés par les pratiques supposément déloyales, en cohérence avec les principes de justice, de démocratie et de subsidiarité.

98. La tendance est à l'augmentation des droits d'action privée ailleurs qu'aux États-Unis où, pour diverses raisons, les procédures contentieuses privées ont toujours été

<sup>157</sup> *Id.* p. 1018 tbl 5. Voir aussi First, Harry, (2009), *Modernizing State Antitrust Enforcement: Making the Best of a Good Situation*, 54 *Antitrust Bull.* 281, 300 (recensement d'affaires).

<sup>158</sup> *Leegin Creative Leather Products, Inc. contre PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

<sup>159</sup> Voir Lindsay, Michael A., *Overview of State RPM*, The Antitrust Source, avril 2017, [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust\\_source/lindsay\\_chart.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/lindsay_chart.authcheckdam.pdf).

<sup>160</sup> First et Waller, *Antitrust's Democracy Deficit*, *supra* note 30, p. 2563.

largement plus nombreuses que les mesures d'application publique. L'Union européenne a promulgué sa directive sur les dommages privés<sup>161</sup>, et les États membres sont en train de l'intégrer à leur législation nationale<sup>162</sup>.

99. Ces changements ont favorisé la démocratie et les principes de subsidiarité, en réaction aux allégations de déficit démocratique dans le fonctionnement de l'UE. Les pouvoirs de contrainte ont été chassés de Bruxelles jusque dans les États membres, puis aux mains de leurs citoyens et de leurs entreprises. Les particuliers et les entreprises n'ont plus à attendre de l'administration publique qu'elle reçoive leur plainte et agisse. Les jugements de la CEJ sur l'applicabilité directe du droit de la concurrence de l'UE ont été rendus plus concrets<sup>163</sup>.

100. Le dépôt de plainte privée connaît toutefois certaines limitations. Sauf poursuite d'intérêt général de type pro bono ou griefs purement personnels, les plaignants ne portent que rarement plainte en matière de concurrence (comme dans la plupart des autres domaines) si la valeur attendue du procès n'est pas positive. Il faut que les chances de victoire et l'ampleur des dommages-intérêts escomptés (ou la valeur monétaire de l'injonction) soient supérieures aux frais de justice et, dans la plupart des systèmes, à la perspective de se voir condamner aux dépens en cas de plainte déboutée. En l'absence de valeur positive de la plainte, la plupart des plaignants ne souhaitent ou ne peuvent pas engager de procédure, ou bien ils ont du mal à trouver un avocat disposé à prendre leur affaire moyennant des honoraires conditionnels ou un tiers prêt à financer le procès. Les juridictions qui cherchent à autoriser ou à encourager les poursuites en dommages-intérêts privées doivent soigneusement doser les incitations et les contre-incitations pour s'assurer que les plaintes soient fondées et de la dissuasion des poursuites abusives. Dans un monde qui rejette en bloc les dommages-intérêts multiples et insiste pour le principe du « perdant-payeur », il reste fort à faire en matière de création de règles, de procédures, d'institutions et de mesures correctives pour s'assurer que les plaintes fondées soient déposées par les individus les plus affectés par la pratique dénoncée.

101. Lorsque la plainte d'acheteurs directs (ou indirects lorsque c'est autorisé) n'est que de petite envergure, il est très improbable qu'une plainte privée en dommages-intérêts voie le jour. Un grand nombre d'ententes et d'autres infractions graves au droit de la concurrence n'impliquent qu'une légère surfacturation ou un autre préjudice de faible niveau infligé à un grand nombre de victimes. Une entente entraînant une augmentation de dix ou vingt pour cent du prix des stylos à encre gel, par exemple, n'entraînera que des dommages largement inférieurs à un euro par stylo. Une entente sur les substances

<sup>161</sup> Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JO L 349, 5.12.2014 [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L\\_.2014.349.01.0001.01.FRA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.349.01.0001.01.FRA)

<sup>162</sup> *Directive on Antitrust Damages Actions: Transposition of the Directive in Member States*, European Commission [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html) (consulté le 27 août 2017).

<sup>163</sup> Arrêt de la Cour du 20 septembre 2001. – *Courage Ltd. contre Bernard Crehan et Bernard Crehan contre Courage Ltd. et autres.* – Demande de décision préjudicielle : Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) – Royaume-Uni – Article 85 du traité CE (devenu article 81 CE) – Contrat d'achat exclusif de bière – Location de débits de boissons – Entente – Droit à des dommages et intérêts d'une partie au contrat. – Affaire C-453/99. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0453>.

chimiques intermédiaires servant à assouplir les produits en caoutchouc employés dans les biens de consommation comme les semelles de chaussures, les tuyaux d'arrosage et les pneus ne portera peut-être que sur un ou deux centimes par article. Il faut être particulièrement acharné pour se lancer des poursuites à valeur si négative, même si l'individu ou son entreprise ont acheté des centaines, voire des milliers d'exemplaires de l'article en question.

102. Pour permettre la plainte viable de l'une ou de toutes les victimes d'une pratique illégale de ce type, il faut créer un mécanisme regroupant les nombreuses plaintes à valeur négative en une seule à valeur positive. Autrement, la possibilité formelle des droits d'action privée ne sera jamais exploitée par une masse critique de plaignants brandissant des plaintes fondées, mais à faible valeur individuelle. Un nombre croissant de juridictions choisissent de régler ces problèmes en introduisant dans leur droit les actions collectives ou de groupe. Pour sa part, l'UE a émis à ses États membres une recommandation concernant les recours collectifs, alors que certains États les avaient déjà adoptés<sup>164</sup>.

103. Hormis les poursuites en dommages-intérêts privées, il existe de nombreuses façons de structurer un système de recours collectif pour les plaintes dans le domaine de la concurrence. Outre les questions d'ordre général concernant la substance et la procédure du droit de la concurrence proprement dit, toute juridiction s'engageant sur cette voie doit répondre à des questions telles que :

6. La qualité pour agir : les représentants des pouvoirs publics ou certaines organisations seront-ils les seuls autorisés à engager des poursuites collectives ou bien les groupes ad hoc d'individus le pourront-ils également ?
7. La portée : les recours collectifs seront-ils possibles pour toutes les causes d'action ou seulement pour certains types de contentieux tels que ceux relevant du droit des consommateurs ou de la concurrence ?
8. Les actions correctives : les actions collectives qui aboutissent donneront-elles lieu à des dommages-intérêts, des injonctions, des réparations déclaratoires ou à quelque combinaison de ce qui précède ?
9. La procédure : l'action collective ne doit-elle servir qu'à des fins de règlement ou aussi à la poursuite de plaintes contestées ?
10. L'effet contraignant : Les actions collectives seront-elles de type *opt-in* (procédure d'adhésion) ou *opt out* (procédure de non-participation) ?
11. Financement : Les honoraires conditionnels, les primes en cas de victoire ou le financement par un tiers seront-ils permis ? Si l'on applique le principe du perdant-payeur, sera-t-il à sens unique ou à double sens<sup>165</sup> ?

104. Deux individus très raisonnables peuvent ne pas avoir le même avis sur ces questions. C'est à chaque système de déterminer si la certification d'une action collective ou de groupe supposera l'examen profond de son bien-fondé ou les mini-procès qui se sont multipliés ces dernières années aux États-Unis ou si elle se fera selon la méthode

<sup>164</sup> Recommandation 2013/396/UE du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c\\_2013\\_3539\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2013_3539_fr.pdf).

<sup>165</sup> Mulheron, Rachel, (2006), *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective* ; Waller, Spencer Weber et Popal, Olivia, (2016), *The Fall and Rise of the Antitrust Class Action*, 39 *World Comp. L. & Econ. Rev.* 29, 37 ; Hensler, Deborah R., (2011) *The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding*, 79 *Geo. Wash. L. Rev.* 306.



plus souple de résolution des questions jugées sur la base élargie d'une classe, préférée au Canada, au Royaume-Uni et dans d'autres pays. Comme dans toute poursuite privée en dommages-intérêts, les questions des honoraires conditionnels, de la qualité pour agir des acheteurs indirects, du calcul des dommages, du financement du contentieux, de l'instruction *in futurum*, de l'effet des jugements précédents de l'État, de l'accès au dossier du gouvernement et de l'admissibilité des demandes de clémence demandent à être tranchées.

105. Certaines juridictions, qu'elles pratiquent la common law ou le droit civil, ont fait l'expérience de différentes permutations entre action de groupe et action collective. La plupart cherchaient à s'éloigner du système qui s'est développé aux États-Unis. On notera avec un certain amusement que les actions de groupe aux États-Unis sont de plus en plus restreintes par des moyens judiciaires et légaux alors même que le reste du monde s'efforce d'accroître les mécanismes d'action collective pour combler d'apparents écarts en termes de dissuasion et de réparation.

106. Une question toutefois domine toutes les autres. Aucun système de recours collectif pour les plaintes relevant de la concurrence ne s'est développé sans mécanisme d'opt-out. Les actions de groupe opt-in ne fonctionnent pas plus en théorie qu'en pratique pour les affaires de concurrence (et la plupart des autres). Sur le plan conceptuel, une procédure d'adhésion n'est pas vraiment une action collective, mais simplement une forme de jonction. La nécessité qu'un groupe important de plaignants prenne la décision consciente d'adhérer résolument à une procédure coûteuse et risquée est condamnée à l'échec par l'aversion du risque et la tendance naturelle à l'immobilisme. Tant qu'il existe des mécanismes de substitution partiels pour les plaintes nombreuses d'acheteurs directs en matière de concurrence, les entités porteuses d'une petite plainte pécuniaire n'ont tout bonnement aucun motif rationnel de déposer une plainte fondée ou de se joindre à un procès intenté par d'autres<sup>166</sup>. Comme je l'ai écrit ailleurs, « en l'absence de quelque type de mécanisme de non-participation, aussi nombreuses que soient les garanties juridiques et de procédure concernant les droits [du prévenu], la poursuite d'un recours collectif est une cruelle supercherie et une entreprise coûteuse finalement stérile<sup>167</sup>. »

107. Les dispositions d'opt-out ne sont pas possibles dans toutes les juridictions. Elles sont parfois en contradiction avec l'histoire de la juridiction ou son système juridique. Soit. Toujours est-il que le plus souvent, dans ces systèmes, le choix ne se pose pas entre l'action collective et l'action privée individuelle en dommages-intérêts, mais entre trouver moyen de créer un système efficace d'action collective ou un système comportant peu ou pas de poursuites privées en dommages-intérêts<sup>168</sup>.

<sup>166</sup> Pour un exemple de procédure d'opt-in qui n'a pas réussi concernant les prix imposé de maillots de football au Royaume-Uni, voir Waller et Popal, *supra* note 165, p. 42. Les actions de groupe de type opt-out rencontre aussi nombre d'embuches. Pour un exemple récent de demandes non abouties d'action collective opt-out au Royaume-Uni, voir *Gibson contre Pride Mobility Products Ltd* [2017] CAT 9 (Eng.) ; *Merricks CBE contre MasterCard, Inc.* [2017] CAT 16 (anglais).

<sup>167</sup> Waller et Popal, *supra* note 15, p. 51.

<sup>168</sup> Waller, Spencer Weber, (2006), *The United States Experience With Competition Class Action Certification: A Comment*, in *Litigating Class Actions: An Analysis of Competition Class Actions* 209 (dir. Stephen G.A. Pitel).

## 2.7. La société civile

108. Une société civile qui s'implique a un rôle déterminant à jouer dans une politique de concurrence démocratique. En faisant connaître la politique de concurrence par le biais de la presse, de l'université et par la transparence des organismes et du système des tribunaux, on la rend (et avec elle l'administration publique en général) plus responsable et en prise directe avec l'ensemble du public. Cela amène parfois certaines questions de concurrence à empiéter dans le champ de la politique, mais cela contribue surtout à créer une culture de la concurrence en rendant la politique de concurrence plus concrète dans la vie quotidienne des consommateurs.

109. Une société civile qui s'implique se distingue notamment par le fait qu'elle dispose d'institutions de politique publique s'occupant régulièrement de questions relatives à la politique de concurrence. Aux États-Unis, un grand nombre d'institutions remplissent cette fonction selon différentes perspectives idéologiques. La plus grande entité spécialisée dans la politique et le droit de la concurrence est probablement la section antitrust de l'American Bar Association<sup>169</sup>. La section antitrust de l'ABA s'occupe de droit antitrust américain et comparé ainsi que de protection des consommateurs. La réunion qu'elle tient chaque année au printemps rassemble plus de trois mille avocats et juristes pendant trois journées de programmes et d'évènements consacrés au sujet<sup>170</sup>. Cette réunion s'inscrit dans un programme annuel de rencontres aux États-Unis et dans le monde consacrées à toute une gamme de questions professionnelles et théoriques du domaine. En outre, la section antitrust de l'ABA est probablement le premier éditeur mondial de textes concernant le droit de la concurrence<sup>171</sup>. Son catalogue compte des traités, des monographies, des manuels, des guides destinés à la communauté des affaires, le très respecté Antitrust Law Journal et d'autres périodiques et lettres d'information. La section émet aussi des commentaires sur la législation et les directives en cours d'élaboration aux États-Unis et à l'étranger. La division antitrust de l'ABA est aussi l'une des nombreuses associations de juristes au niveau national, des États et local possédant des branches ou des comités actifs dans le domaine de l'antitrust.

110. Plusieurs laboratoires d'idées et organismes de recherche se penchent aussi selon diverses perspectives sur les questions de politique et de droit de la concurrence. Année après année, rares sont les instituts de recherche de Washington et du pays, indépendamment de leur orientation politique, qui ne donnent pas leur avis sur une ou plusieurs questions d'importance du domaine de la concurrence. Cela comprend les groupes plutôt libertariens, comme la Heritage Foundation<sup>172</sup>, le Hoover Institute<sup>173</sup>, le Cato Institute<sup>174</sup> et l'American Enterprise Institute<sup>175</sup>, certains plus centristes comme le

<sup>169</sup> [https://www.americanbar.org/groups/antitrust\\_law.html](https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law.html).

<sup>170</sup> [https://www.americanbar.org/groups/antitrust\\_law/events\\_cle/events\\_cle/atspring.html](https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/events_cle/events_cle/atspring.html).

<sup>171</sup> [https://www.americanbar.org/groups/antitrust\\_law/publications.html](https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/publications.html).

<sup>172</sup> *Heritage Antitrust Conference Highlights Domestic and International Policy Challenges for the next Administration*, (3 février 2016), <http://www.heritage.org/economic-and-property-rights/commentary/heritage-antitrust-conference-highlights-domestic-and>.

<sup>173</sup> *Hoover IP<sup>2</sup> partners with GCR to present conference on IP and Antitrust*, (19 mai 2017), <http://hooverip2.org/news/hoover-ip%C2%B2-partners-with-gcr-to-present-conference-on-ip-and-antitrust/>.

<sup>174</sup> *Antitrust for Fun and Profit: The Democrats' Better Deal (Part 1)*, (17 août 2017), <https://www.cato.org/blog/antitrust-fun-profit-democrats-better-deal-part-1>.



Brookings Institute<sup>176</sup> et d'autres plus soucieux de répression comme le Center for American Progress<sup>177</sup> et la New American Foundation<sup>178</sup>.

111. Un certain nombre d'organisations de recherche et de plaidoyer s'occupent aussi essentiellement de questions de concurrence. L'American Antitrust Institute, par exemple, se consacre depuis plus de vingt ans à faire du lobbying, à rédiger des mémoires à titre d'amicus curiae, à organiser des recherches, des conférences et à publier des documents pour promouvoir l'application vigoureuse et une vision élargie du droit de la concurrence dans la société américaine<sup>179</sup>. À la faculté de droit de l'université Loyola de Chicago, l'Institute for Consumer Antitrust Studies défend une économie de la concurrence plus favorable au consommateur par le biais de l'éducation, de la formation, de conférences, de tables rondes et en exposant ses idées devant les parlements de niveau fédéral et des États, les organismes d'application et les organismes internationaux s'occupant de droit de la concurrence<sup>180</sup>. Pour ce qui est de l'approche plus libertarienne, des organismes tels que le Searle Center on Law, Regulation, and Economic Growth de la faculté de droit de l'université Northwestern a organisé d'innombrables conférences et ateliers sur l'application du droit et de l'économie à divers aspects du droit et de la réglementation de la concurrence<sup>181</sup>. À l'université George Mason, le Law & Economics Center a consacré d'importants moyens à la formation en droit et en économie de professeurs de droit, de juges et de fonctionnaires chargés de faire respecter la loi aux États-Unis et ailleurs, et plaide pour une approche plus libérale du droit de la concurrence<sup>182</sup>. Plus difficile à situer idéologiquement, le Stigler Center de la Booth School of Business de l'université de Chicago a lancé une série de conférences passionnantes sur les dangers de la concentration et d'autres motifs d'inquiétude concernant le pouvoir dans l'économie numérique, manifestement en rupture avec la tradition de la « Chicago School » qui s'est développée dans cet établissement au fil des dernières décennies<sup>183</sup>.

<sup>175</sup> *Antitrust policy for a new administration*, (January 26, 2016), <http://www.aei.org/publication/antitrust-policy-for-a-new-administration/>.

<sup>176</sup> Boersma, Tim, *Can the EU turn Gazprom into Google?*, 23 avril 2015, <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2015/04/23/can-the-eu-turn-gazprom-into-google/>.

<sup>177</sup> <https://www.americanprogress.org/search/?query=antitrust>.

<sup>178</sup> <https://www.newamerica.org/search/?query=antitrust>.

<sup>179</sup> <http://www.antitrustinstitute.org/>.

<sup>180</sup> <http://www.luc.edu/antitrust>.

<sup>181</sup> <http://www.law.northwestern.edu/research-faculty/searlecenter/>.

<sup>182</sup> <http://masonlec.org/>.

<sup>183</sup> <https://research.chicagobooth.edu/stigler>. La presse économique s'est largement fait l'écho de cette conférence. Voir p. ex., Schumpeter, *The University of Chicago worries about a lack of competition*, The Economist, 12 avril 2017, <https://www.economist.com/news/business/21720657-its-economists-used-champion-big-firms-mood-has-shifted-university-chicago>. Malgré sa réputation de bastion conservateur, l'université de Chicago a admis un certain nombre de spécialistes soucieux des valeurs démocratiques et politiques incorporées dans la concurrence économique. Voir p. ex., Brock, James W., (2013) *Economic Power, Henry Simons, and a Lost Antitrust Vision of Economic Conservatism*, 58 S. Dak. L. Rev. 443.

112. Les associations professionnelles et autres groupements de ce type se sont aussi activement engagés dans la formulation et l'évaluation des questions de concurrence. Très rares (ou très petites) sont les associations professionnelles ne disposant pas parmi leurs employés ou représentants d'au moins un avocat ou un autre type de spécialiste du droit de la concurrence. Parmi les grands organismes professionnels, la Chambre de commerce des États-Unis consacre des moyens importants aux questions ayant trait au droit de la concurrence ainsi qu'à faire du lobbying, à engager des poursuites, à rédiger des mémoires d'amicus curiae, à organiser des conférences, à faire de la recherche et à publier des documents diffusant ses idées en matière de droit de la concurrence<sup>184</sup>.

113. Une société civile impliquée se distingue aussi de façon remarquable par la présence en son sein d'un important secteur universitaire consacré à l'enseignement et à l'étude du droit, de l'économie et de la politique de la concurrence. Aux États-Unis, le répertoire de l'Association of American Law Schools compte environ 200 écoles de droit agréées avec plus de 260 professeurs qui enseignent le droit de la concurrence ou l'ont fait en tant que membres à plein temps du corps professoral<sup>185</sup>. Ils s'ajoutent aux nombreux adjoints à temps partiel qui enseignent le droit de la concurrence en sus de leur emploi d'avocat, de juge, d'économiste ou de fonctionnaire chargé de l'application. Les écoles de droit américaines proposent aussi des programmes de maîtrise, aussi bien en classe qu'en ligne, sur la réglementation de la concurrence et du commerce aux étudiants travaillant sur le terrain, qui souhaitent travailler sur le terrain ou qui visent une carrière universitaire dans ce domaine. Ces matières sont aussi abordées à divers degrés dans les écoles de commerce, les départements d'économie et les écoles de politique publique, aussi bien en premier cycle qu'aux niveaux supérieurs. Tout cela donne lieu à un vigoureux débat autour des valeurs, des techniques et des résultats de la politique et du droit de la concurrence qui se poursuit quel que soit le parti au pouvoir ou à la tête des organismes d'application.

114. Au-delà de la transparence de leurs actions évoquée plus haut, les organismes publics jouent eux aussi un rôle dans l'implication de la société civile. Ils publient un nombre phénoménal de textes sur leurs sites internet respectifs, s'adressent régulièrement à des groupes de juristes ou d'entreprises, émettent des lignes directrices à l'attention des professionnels et du grand public, donnent des conférences de presse sur les affaires éminentes et d'autres mesures d'application, témoignent devant le Congrès, organisent des ateliers, postent sur les médias sociaux, répondent aux demandes reçues dans le cadre de la loi sur la liberté de l'information et tiennent à jour des bases de données et des bibliothèques que le public peut consulter à des fins d'évaluation et de critique de leurs activités.

115. De manière tout aussi importante, ces organismes reçoivent du public autant d'informations qu'ils lui en adressent. Ils reçoivent les plaintes et les livres blancs des parties intéressées et du public. Ils recueillent son témoignage et ses commentaires lors d'ateliers, examinent les réponses aux ébauches de lignes directrices et communiquent au quotidien de façon informelle avec les membres de la communauté de la concurrence. Tous les moyens sont bons pour faire participer le public. La Commission de la concurrence de Singapour a reçu des éloges mérités pour le concours qu'elle organise chaque année de la meilleure brève présentation animée des méfaits des ententes

<sup>184</sup> <https://www.uschamber.com/antitrust-council-0>.

<sup>185</sup> The AALS Directory of Law Teachers 2016-17 p. 1390-92.

illicites<sup>186</sup>. D'autres organismes ont fait preuve d'autant de créativité pour ne pas se contenter de mettre des documents à disposition du public, mais d'en recueillir aussi les commentaires et les informations.

116. La presse générale et économique ne joue pas un rôle moins important par le traitement qu'elle accorde aux questions de concurrence. Les grands titres tels que le Wall Street Journal, le New York Times, le Washington Post, The Economist et de nombreuses revues spécialisées se font régulièrement l'écho d'enquêtes et d'affaires d'entente illicite, de problèmes de prétendue position dominante de certaines sociétés, de la vague de fusions et d'acquisitions qui déferle sur les États-Unis et ailleurs ou des principaux procès privés en dommages-intérêts ayant lieu. On y trouve aussi des articles plus fouillés sur des questions telles que le rôle des données massives dans la lutte antitrust, les effets des algorithmes sur le jeu de la concurrence ou les avantages et inconvénients des actions intentées par l'UE contre Google et des enquêtes en cours sur d'autres sociétés de haute technicité.

117. De plus en plus, les médias sociaux en viennent à compléter, voire à partiellement se substituer au traitement par la presse traditionnelle des affaires de politique et de droit de la concurrence. Une nuée de forums sont consacrés aux questions relevant du droit de la concurrence et au moins autant d'individus publient des messages sur Twitter ou des liens vers de nouveaux articles ou vers d'autres plateformes sociales. Il existe même un fil récent de commentaires sur les mérites de la lutte antitrust dite « hipster ».

118. Tout cela constitue un débat animé sur la plupart des questions importantes du monde du droit de la concurrence et très rares sont les sujets qui échappent à l'attention et aux commentaires des professionnels du secteur. Les plus importants et les plus visibles de ces sujets s'attirent l'attention et les commentaires d'une partie du public, ce qui laisse entendre que la politique de concurrence doit s'accomplir au grand jour, en tout cas parmi les juristes et les gens d'affaires les plus directement concernés par les décisions et les mesures en question. La politique de concurrence est certes un domaine spécialisé qui se dispute l'attention du public avec d'autres questions plus immédiatement vitales, mais il est extrêmement encourageant de voir le nombre d'acteurs de la société civile qui consacrent du temps et des moyens à la promotion de ce qu'ils estiment être une politique et un droit de la concurrence judicieux.

119. On ne saurait dire avec certitude quelle part de ce bouillonnement chemine jusqu'à la conscience publique. Il est aussi difficile de déterminer le niveau idéal d'engagement de la société civile pour rendre la politique de la concurrence plus véritablement démocratique. La présente section, comme l'essentiel de ce texte, est avant tout un aide-mémoire des questions et des indicateurs à envisager par chaque juridiction pour mieux sensibiliser le public à la valeur de la concurrence et à la façon dont on veille à son application dans le pays et à l'étranger. L'essor dans le monde des débats en ligne autour de ces questions et la disponibilité de la documentation et de la formation en-dehors des frontières nationales laisse entendre à tout le moins qu'au niveau national, régional et international, le dialogue et l'implication ont le vent en poupe.

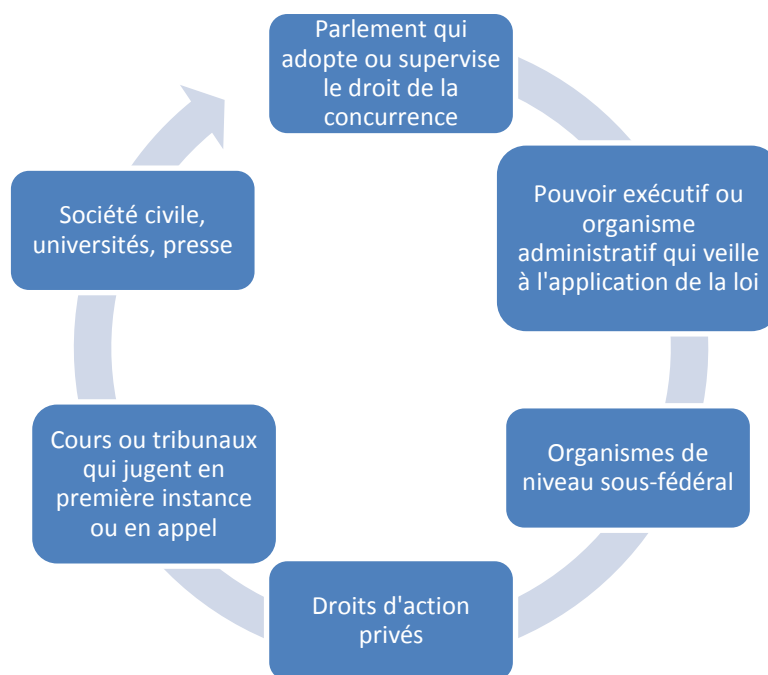
<sup>186</sup> CCS Animation Contest, <https://www.ccs.gov.sg/tools-and-resources/education-resources/digital-animation>.

### 3. Taxinomie pour la démocratie et le droit de la concurrence

120. On peut adopter une perspective holistique de la démocratie et de la concurrence en s'interrogeant par exemple sur la façon dont les valeurs sont créées puis imposées. C'est au pouvoir politique qu'il incombe d'articuler ces valeurs sous la forme de constitutions, de traités et de lois par la voie de processus démocratiques nationaux et internationaux reconnus. C'est aux pouvoirs administratif et judiciaire qu'il échoit de veiller à la mise en œuvre de ces préférences règlementaires selon le degré de latitude que leur a laissé le pouvoir politique dans l'application de leur expertise technique. Le public y participe à la fois dans les rôles de plaignant, de justiciable, de critique et de catalyseur du changement politique. La politique et le droit de la concurrence reviennent alors aux pouvoirs politiques pour supervision périodique afin de veiller à ce que les choix de politique et les valeurs démocratiquement adoptés soient respectés, mis en œuvre et amendés selon nécessité.

121. On peut décrire ce type de boucle itérative de rétroaction comme suit. Ce système de politique et de droit de la concurrence crée un équilibre d'économie politique stable, mais pas rigide, pour peu que chaque institution remplisse la fonction qui lui échoit. Voici un schéma très simplifié de cette interaction.

**Graphique 3.1.**



122. Ce schéma est à la fois trop stylisé et trop simplifié, mais il permet de se concentrer sur le rôle respectif des différents acteurs du système dans la plupart des régimes juridiques. Dans ce système, les intervenants situés près du sommet du schéma sont les plus ouvertement politiques, ils participent le plus directement à la formulation des valeurs du système de droit de la concurrence. On passe de la création des valeurs à leur mise en œuvre. Au fil du processus, la boucle de rétroaction se constitue avec

l'apport par la société civile et les acteurs concernés d'informations et de critiques qui contraignent les pouvoirs ouvertement politiques de l'État à réagir en lançant un nouveau cycle de création et de mise en œuvre de valeurs. Ainsi la démocratie et l'antitrust produisent-ils de la démocratie dans l'antitrust et une boucle de rétroaction vertueuse suffisamment souple pour évoluer dans le temps, mais suffisamment ferme pour apporter justice et stabilité aux acteurs du système à tout moment.

123. Voyons comment fonctionne cette boucle vertueuse de rétroaction dans le pays imaginaire de Westeros<sup>187</sup>, aussi vaste que prospère et dont la production manufacturière, agricole et de minéraux précieux est abondante. Le commerce entre les provinces est actif et celui avec les nations insulaires voisines est en pleine croissance. Westeros était jusqu'à récemment sous la coupe d'une dictature militaire, rongé par les conflits intérieurs et en guerre avec un voisin du nord. Le régime démocratique civil a été rétabli, mais sept familles dominent toujours l'économie.

124. N'ayant jamais possédé de lois en la matière, Westeros envisage aujourd'hui d'adopter un système moderne de droit et d'application de la concurrence. Le gouvernement se lance dans une étude sur plusieurs années des différents systèmes existants. Il a créé une commission d'experts composée de ministres, de représentants du secteur privé, de spécialistes nationaux et de conseillers internationaux qui doit émettre des recommandations pour l'élaboration d'un texte qui sera soumis au Parlement. La commission tient des auditions et reçoit les commentaires et les témoignages de particuliers, d'entreprises, de groupements d'entreprises, de juristes, d'économistes et de professeurs qu'elle publie sur son site internet. L'ébauche de son rapport et de ses recommandations circule parmi les principaux ministres et leur cabinet avant d'être à nouveau publiée pour commentaire du public. De nouvelles révisions sont effectuées en fonction de ces commentaires et l'ensemble du projet de loi est présenté au Parlement pour adoption.

125. Le projet institue une série d'infractions absolues comme les ententes injustifiables classiques ou les prix de vente imposés. La loi prévoit aussi une série de délits relatifs qui comprend d'autres ententes verticales, l'abus de position dominante, la différenciation des prix et les fusions et acquisitions. Ces dernières ne comportent pas d'obligation de notification préalable, mais l'autorité a le pouvoir de contester toute transaction entraînant une « diminution substantielle de la concurrence ». Dans son langage comme dans sa structure, l'Autorité de la concurrence emprunte beaucoup au droit de la concurrence de l'Union européenne et de ses États membres, du fait des liens historiques entre l'UE et Westeros et parce que la commission d'experts a conclu que le style européen de concurrence est celui qui correspond le mieux aux besoins de Westeros.

126. Le projet de loi de concurrence ne contient pas d'objectif ni de valeur unique à appliquer à l'interprétation et à l'application de la nouvelle loi. Le préambule de la nouvelle Loi de concurrence dit toutefois en termes généraux que le texte a pour objectif de « protéger les consommateurs et la possibilité d'exercer leur choix, de promouvoir l'efficacité, de prévenir l'abus de position dominante et de prévenir l'exercice d'une puissance économique abusive. »

127. Le projet prévoit la création d'une Autorité de la concurrence de Westeros (ACW) qui ne s'occupe pas de protection des consommateurs. L'ACW a l'autorité de porter les procédures civiles devant un tribunal de la concurrence nouvellement créé contre les

---

<sup>187</sup> Voir en général <http://awoiaf.westeros.org/index.php/Westeros>.

particuliers et les entreprises coupables d'infraction au nouveau droit de la concurrence. Le président de l'Autorité est conjointement nommé par le président et la banque centrale après confirmation par le Parlement pour un mandat de cinq ans renouvelable une fois. Il ne peut être démis que sur décision motivée ou « acte illicite dans l'exercice de ses fonctions ».

128. L'ACW disposera pour se mettre au travail d'un budget confortable qui lui permettra d'embaucher environ trente-cinq juristes, économistes et enquêteurs ainsi que du personnel auxiliaire. Les pénalités sont des amendes administratives pouvant atteindre pour les entreprises 10 % du chiffre d'affaires annuel et pour les particuliers jusqu'à 100 000 cerfs d'argent de Westeros. L'ACW peut aussi solliciter une mesure injonctive pour faire cesser le comportement illégal.

129. L'ACW porte toutes les procédures devant le nouveau tribunal de la concurrence composé de trois juristes et de deux économistes nommés par le président, le Parlement et la banque centrale. Tout appel d'une décision du tribunal de la concurrence est soumis à la Cour suprême de Westeros. Les parties privées peuvent engager des poursuites pour indemnisation unique (selon le principe du perdant-payeur) devant le tribunal de la concurrence. La possibilité d'action de groupe ou d'action collective n'est pas prévue.

130. Si les travaux initiaux de la commission d'experts n'ont que peu attiré l'attention du public, le projet de loi de concurrence fait davantage parler de lui, au point que la question s'invite dans le débat aux élections législatives locales et nationales. Les groupements d'entreprises, les syndicats de travailleurs, les entreprises, les associations de consommateurs et d'autres coalitions ad hoc prêtent témoignage, mènent des campagnes de pression, élaborent des livres blancs, s'expriment dans les médias et publient des analyses érudites du texte de loi proposé. Après quelques amendements mineurs, la Loi de concurrence est finalement adoptée, plus de quatre ans après que le gouvernement se soit mis à étudier la question.

131. Six mois plus tard, aussitôt sa présidente choisie et confirmée, l'Autorité de la concurrence se met au travail<sup>188</sup>. Elle passe encore six mois à recruter son équipe et à organiser des ateliers dans tout le pays pour expliquer la nouvelle loi à des groupes d'associations du barreau, des syndicats de travailleurs, des départements universitaires de droit, des associations professionnelles et d'autres groupes professionnels et civils. L'Autorité met en ligne un site consacré au vocabulaire et publie toute une gamme de guides en langage ordinaire pour mieux faire comprendre la loi aux citoyens comme aux entreprises. L'Autorité se lance aussi dans l'élaboration de lignes directrices en matière de fusions horizontales. L'ACW ouvre en outre de petits bureaux régionaux à Villevieille et Port-Lannis, les deux grandes villes outre la capitale, pour contribuer à la promotion de la concurrence et à l'instruction des dossiers.

132. Il faut encore près de dix-huit mois pour que l'Autorité engage sa première procédure exécutoire. C'est une affaire claire d'imposition du prix de revente concernant des produits pharmaceutiques de détail. L'affaire est abondamment commentée dans la presse économique et générale à cause de l'ampleur de la gamme des produits et des médicaments impliqués. Le tribunal de la concurrence détermine la responsabilité à partir de contrats écrits passés entre les sociétés pharmaceutiques et les pharmacies à une date antérieure à l'adoption de la Loi de concurrence, mais restés en vigueur jusqu'au dépôt de

<sup>188</sup> L'Autorité de la concurrence de Westeros épouse plus ou moins les lignes du plan tracé par William Kovacic et Marianela Lopez-Galdos dans *Lifecycles of Competition Systems: Explaining Variation in the Implementation of New Regimes*, 79 L. & Contemp. Prob. 85 (2016).

plainte. Malgré les objections de l'Autorité, le tribunal a imposé une amende administrative relativement modeste de 50 000 cerfs d'argent à chaque compagnie pharmaceutique malgré l'importance de leur chiffre d'affaires à Westeros. Aucune partie n'a fait appel devant la Cour suprême de Westeros.

133. La deuxième affaire concernait la contestation d'une fusion entre deux chaînes régionales de supermarchés dans la province méridionale de Dorne qui aurait placé entre les mains d'une seule société 75 % du marché dornien de l'épicerie de détail et une part encore plus importante de celui de certaines épices, certains fruits et certains vins. La transaction a été abandonnée par les parties sans avoir été consommée dès que l'acquisition a été contestée par l'Autorité. Celle-ci a ensuite émis une déclaration présentant les preuves publiques qu'elle aurait brandies pour établir qu'il y aurait bien eu diminution substantielle de la concurrence.

134. La troisième action d'application de la première vague concernait un fournisseur d'énergie dominant qui refusait toute interconnexion avec ses concurrents. L'Autorité et le répondant ont épluché d'innombrables affaires survenues aux États-Unis et dans l'Union européenne en y cherchant un précédent sur lequel le tribunal de la concurrence pourrait fonder son jugement en première instance à Westeros. Le tribunal a fini par se déclarer incompétent et renvoyer l'affaire devant l'organisme de réglementation du secteur énergétique. Le tribunal a donc également débouté les demandes privées en dommages-intérêts que lui avaient présentées les concurrents.

135. L'Autorité a aussi lancé ses activités en matière de promotion de la concurrence. Elle a présenté au Parlement ses commentaires et son témoignage concernant deux projets de loi qui auraient des effets négatifs sur la concurrence dans le secteur manufacturier et celui de la vente au détail. Elle a aussi adressé à l'autorité de réglementation des transports ses commentaires concernant l'entrée sur le marché d'Uber, Lyft et d'autres services de voiturage local et leur potentiel pro-concurrentiel pourvu qu'ils soient correctement encadrés de façon à protéger les consommateurs. L'Autorité a également entrepris de s'engager dans certaines organisations internationales comme le RIC, la CNUCED ou l'OCDE et contacté Bravos, un partenaire commercial déterminant à l'échelon régional, à propos de la négociation d'éventuels accords de coopération en matière d'antitrust.

136. Toute l'année, la présidente et les dirigeants de l'Autorité ont donné des conférences de presse, émis des communiqués, pris la parole dans des rassemblements professionnels et universitaires et publié des articles dans divers magazines économiques et autres titres de diffusion générale. Les premières années, l'action de l'Autorité a suscité de vastes débats dans les journaux et les bulletins d'information juridiques ainsi que lors de conférences organisées par des associations du barreau et les nouveaux centres dédiés au droit de la concurrence à l'université technique du Val et à celle de Hautjardin. Ces deux universités et d'autres ont augmenté le nombre de cours qu'elles consacrent au droit de la concurrence et celle de Winterfell s'est mise à envisager de créer un programme de maîtrise en concurrence et protection des consommateurs.

137. La vie politique à Westeros a fini par mettre au pouvoir un président et une majorité parlementaire de conviction libérale. Les commissions de surveillance et du budget ont examiné les deux premières années d'exercice de l'Autorité et pressé sa présidente de définir ses priorités pour les années à venir. Refusant d'aborder les affaires en cours, celle-ci a toutefois indiqué qu'elle envisageait de se concentrer sur les ententes injustifiables et la surveillance accrue des fusions et acquisitions, notamment entre



sociétés affiliées aux grandes familles de Westeros qui continuaient de consolider leurs avoirs et de multiplier les interconnexions entre leurs empires.

138. Le président prépare avec plusieurs ministères et en consultant l’Autorité une nouvelle série d’amendements de la Loi de la concurrence. L’imposition du prix de revente maximum est retirée de la liste des délits absolus, une nouvelle procédure de clémence est mise en place pour participer à la campagne contre les ententes et une nouvelle disposition est introduite interdisant dans certaines circonstances le cumul de mandats d’administrateur. Certaines dispositions sur l’ajout de sanctions pénales et sur les actions de groupe ont prêté à débat, mais elles n’ont pas été jointes au paquet d’amendements finalement adopté par le Parlement. Ainsi voit-on recommencer le cycle de rétroaction par la mise à l’étude et l’adoption de valeurs extérieures entreprises par les institutions les plus démocratiques et leur mise en œuvre de bonne foi par les institutions plus technocratiques, de façon juste et transparente.

#### 4. Conclusion

139. La démocratie est avant tout un ensemble de règles et d'institutions. La concurrence s'insère dans le tissu de la démocratie à travers la promotion de la pluralité des acteurs et des voix sur le marché et l'application des règles adoptées par les institutions démocratiques de façon experte, équitable et non-discriminatoire. Les pouvoirs politiques créent les règles, les mesures correctives, les procédures et les institutions de la concurrence par le biais d'un débat ouvert, conformément aux valeurs et aux procédures de chaque société. Les organismes publics de la concurrence veillent à l'application de ces lois en se soumettant aux règles du droit administratif et au contrôle judiciaire. Les tribunaux examinent l'action des organismes pour en garantir la fidélité aux textes et aux procédures en vigueur et offrent des voies de participation aux personnes les plus concernées par les décisions prises. Simultanément, les tribunaux s'en remettent à l'expertise des organismes dans la mesure où ceux-ci se sont montrés raisonnables et respectueux de la régularité des procédures. Les droits d'action privée permettent aux personnes les plus affectées par les torts allégués de prendre leurs affaires en main pour obtenir un dédommagement, aussi bien lorsque les pouvoirs publics poursuivent les actes répréhensibles que s'ils ont choisi de ne pas agir. Les actions de groupe ou collectives permettent le dédommagement de droits privés lorsque les dommages sont faibles ou si l'inertie empêche les plaignants particuliers d'intenter un procès individuel. Tout cela fait alors l'objet d'analyse, de débat et de plaidoyer dans la société civile afin d'influencer le choix des priorités de la loi et de sa mise en application pour l'avenir. Ce faisant, le droit se prémunit contre les abus de pouvoir aussi bien privés que publics, en reconnaissant la promesse et les limites du droit de la concurrence et des économies de marché démocratiques.