

La rencontre entre droit et économie trouve son terrain d'élection dans l'appréhension des mécanismes de concurrence. Mais la démarche des deux sciences n'est pas identique, comme en témoigne la difficulté de se référer unanimement au « *bien du consommateur* ». Pourtant la liberté d'entreprendre et de concurrencer ne peut plus constituer le seul terrain d'entente des deux matières et la collaboration nécessaire des juristes, spécialement des juges, et des économistes, s'élabore progressivement.

Le bien et le mal en droit économique



Par **Thierry FOSSIER**

Conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation



et **François LÉVÊQUE**

Professeur d'Économie
Centre d'économie industrielle (Cerna)
Mines ParisTech

Le droit de la concurrence devrait être le lieu de conjonction de deux idéaux jumeaux par rapport auxquels se détermineraient le « *bien* » et le « *mal* » : sur le plan économique, la concurrence parfaite ; sur le terrain juridique, la liberté et la responsabilité des entrepreneurs. Les économistes et les juristes devraient y trouver des moyens de se comprendre, des raisons de collaborer harmonieusement et des valeurs communes. Cette assumption des deux matières serait d'autant plus nécessaire que la discipline économique et le droit ont en commun d'être normatives. Pour le droit, c'est toute sa définition. Quant à l'économie, elle évoque le bien-être social pour désigner le surplus des consommateurs (ou utilité) et des producteurs (profit), elle s'intéresse aux façons de le maximiser, cherche à repérer les conditions qui entravent cette maximisation, et recommande au prince des solutions qui réduisent ou éliminent ces obstacles. Pourtant, cette rencontre autour de valeurs communes est laborieuse. Passons sur le fait que la concurrence parfaite et l'autonomie de la volonté se sont avérées des fictions dix-huitiémistes et que les débats idéologiques qui traversent l'économie et le droit depuis 200 ans ne permettent plus de présenter le libéralisme

comme un impératif catégorique. Nous verrons d'ailleurs que dans la recherche du bien et du mal, la tentation est grande, mais vaine, de revenir à ces concepts. Constatons de manière plus fondamentale, qu'en principe, l'analyse économique ne se soucie pas de la répartition du surplus et ne désigne donc pas des actions malfaisantes ou bienfaitantes qui n'auraient pour effet que d'opérer un transfert de richesse d'une poche à une autre. Si, par exemple, l'économiste en accord avec le législateur soutient que le droit de la concurrence vise le bien-être du consommateur et non l'intérêt général, c'est plus pour tenir compte du déséquilibre des forces sur le marché (nombreux consommateurs inorganisés contre des entreprises puissantes) que l'expression d'un jugement de valeur accordant plus de poids à l'utilité qu'au profit. S'agissant du droit les travaux de Savatier, et plus récemment l'invention du droit de la régulation, servent de point de référence. Partant du paradoxe des études économiques qui n'étudient pas le droit des biens alors que l'essentiel de cette discipline concerne les biens dans leur production, leur circulation, leur consommation, René Savatier montre comment les deux techniques ne peuvent jamais s'ignorer car si la vie économique alimente la vie du droit, parallèlement la technique juridique engendre et discipline les mouvements économiques (Savatier R., *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, Paris, Dalloz, 1967, 425 p.). Pour des auteurs plus modernes, inspirés par la pensée de Mme Frison-Roche, le droit de la régulation économique se met en place, en grande partie sur les cendres de l'organisation économique construite autour de monopoles d'État en charge des services publics et dans la perspective de la mondialisation. Plusieurs définitions de la régulation demeurent recevables entre une conception restrictive (le droit de la régulation) et une conception attrape-tout (incluant, d'un auteur à un autre : la réglementation du commerce, les contrats d'affaires, la protection du consommateur,

celle de l'inventeur, la répression des atteintes à la concurrence, qui peuvent inclure la fraude fiscale, douanière, environnementale ; Lire Brousseau E., *Les marchés peuvent-ils s'autoréguler ?*, in *Concurrence et régulation des marchés*, Cahiers français, mars-avr. 2003, n° 313, pp. 64-70 ; Régulation, in Nicolas M. et Rodrigues S. (dir.), *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, Paris, ISUPE, 1998, pp. 220-223 ; Prager J.-Cl. et Villeroy de Alhau F., *Dix-huit leçons sur la politique économique*. À la recherche de la régulation, Le Seuil, 2003, spéc. pp. 16 et s. et pp. 527 et s. ; La régulation : monisme ou pluralisme ?, LPA 1998, n° spécial, pp. 5 et s. ; Jeammaud A., *Introduction à la sémantique de la régulation juridique*. Des concepts en jeu, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société. Recherches et travaux, 1998, pp. 47-72, spéc. p. 53.)

Nul ne penserait après ces travaux que le « *bien* » du commerce, de l'industrie ou de l'artisanat, sera déterminé sans erreur par les accords entre acteurs de l'économie et consacré par le seul principe de la force obligatoire des contrats ; chacun convient qu'un législateur, une administration et un juge doivent s'en mêler, introduisant le changement, voire l'aléa, qui transforment la ligne morale en route de montage.

La rencontre des deux disciplines aurait pu se produire plus récemment avec l'apparition d'un « *ordre public économique* », traduction juridique du dirigisme que préconisaient les économistes planificateurs qui gravitaient dans les cercles du pouvoir à la Libération ; ou avec la construction européenne autour d'un « *ordre public de protection* ».

Rendez-vous manqué, là encore. On en trouve la preuve accablante dans « *l'invention* » du consommateur. Les économistes proposent une théorie du consommateur, agent économique central au même titre que le producteur, c'est-à-dire l'entreprise. Mais en droit, la catégorie demeure introuvable : cité dans les Conventions de Bruxelles de 1968 et de Rome de 1980, puis par les directives sur les clauses abusives et sur la vente à distance, le consommateur fait une entrée désordonnée en droit interne, lequel se montre d'emblée

imperméable aux explications des économistes et, quarante ans plus tard, est encore indécis. En effet, le Code de la consommation adopte tour à tour une approche catégorielle (le consommateur est la partie non professionnelle, réputée ignorante dans une opération économique), une approche fonctionnelle (le consommateur est celui qui accepte un contrat « protégé » entrant dans une liste légalement déterminée) ou une approche « victimiste » (est nécessairement consommateur la victime d'une fraude). Le ministère de la Justice s'est réjoui de cette dispersion, qu'il considère comme une richesse (Rép.min. à QE n° 54215, JOANQ. 19 avr. 2005, p. 4085). Mais il demeure plutôt aléatoire de définir juridiquement le but proclamé de la lutte proconcurrentielle que serait « la protection du consommateur ».

Voilà qui ne manque pas d'interroger sur le « bien » et le « mal » en droit de la concurrence, européen et national. Intégré à l'ordre public économique, le droit de la concurrence veut protéger le consommateur. Les approximations de la définition de cette catégorie-cible ne troublent pas les tenants de cette vision programmatique. L'éclatement des comportements des consommateurs eux-mêmes ne semble pas davantage introduire le doute : leur plus ou moins grande sensibilité au prix est considérée comme une notion marginale, le plaisir pur des individus n'intéresse pas le droit de la concurrence comme il intéresse le droit des personnes, de la famille ou même le droit des obligations (à travers des concepts comme celui de cause ou d'abus de droit).

Réciproquement, l'intérêt des entrepreneurs écartés des marchés, empêchés d'embaucher ou d'augmenter leur chiffre d'affaires, pillés dans leurs inventions, pourrait constituer un but supérieur parfaitement légitime, cohérent et même quantifiable ; il est pourtant subsidiaire dans les décisions des autorités indépendantes, n'y est pas la première mesure du « bien », moins encore la mesure des sanctions ou injonctions prononcées, et est délaissé aux tribunaux pour leur œuvre d'indemnisation de la concurrence déloyale. Et ce n'est pas l'économiste qui pousse le juriste à cette vision mythique du consommateur et réductrice de l'entreprise : comme nous l'avons avancé au début du propos, l'économiste ne se préoccupe pas, en principe, de répartition des richesses et ne donne pas plus de poids à l'utilité des consommateurs qu'au profit des entreprises. Il se préoccupe aussi d'autre part, des équilibres macroscopiques pour lesquels les consommateurs ne sont qu'une catégorie d'agents parmi d'autres.

Après ce mauvais départ, la législation, celle de 1986 qui fonde notre droit de la concurrence comme celle des lois périphériques (consommation, santé, sécurité, environnement) ne peut être qu'empirique, opportuniste.

L'absence de ligne précise en matière d'erreurs à éviter offre une illustration de ce qui précède. L'application du droit de la concurrence, à l'instar des autres droits, ne peut être parfaite. Des entreprises peuvent être condamnées ou innocentées à tort. Dans le premier cas par exemple, un prix bas est apprécié faussement comme un comportement de prédation. Une telle erreur aboutit alors à sanctionner une entreprise qui est capable de réduire drastiquement ses coûts et pratique une politique de prix agressive favorable aux consommateurs. Le mérite est condamné. Dans le second cas par exemple, un prix élevé n'est pas établi comme le résultat d'une collusion entre concurrents alors que le cartel existe bel et bien. L'abus est

Sommes-nous en train de préconiser le triomphe réactif d'une grande « liberté d'entreprendre », qui mêlerait dans une conception toute révolutionnaire la liberté contractuelle et la liberté de concurrencer ?

innocenté. Or, ces erreurs ne peuvent être réduites simultanément : en minimisant le risque de sanctionner des entreprises innocentes, on accroît celui de laisser filer des coupables et inversement. Le choix d'un standard de preuve exigeant ou faible est dès lors une décision essentielle. Mais la législation est muette et aucune orientation n'est donnée par le pouvoir politique. Le choix de minimiser l'un des deux types d'erreurs dépend ainsi de la personnalité des membres de l'autorité de concurrence et des juges. Notons au passage que l'économiste est en général favorable à un standard de preuve exigeant. Il redoute plus, en effet, les conséquences négatives pour l'économie de sanctions erronées contre des prix bas que l'absence de condamnation contre des prix hauts. Il pense que les forces du marché finissent par éroder les monopoles et détruire les cartels, par conséquent, par rattraper les entreprises coupables innocentées tandis que la menace d'une intervention intempestive en cas de prix bas entretient la frilosité dans toute l'industrie.

Une autre caractéristique de ce premier droit économique lorsqu'il tente de déterminer le bien et le mal, est son caractère bureaucratique. Il s'agit presque exclusivement, hormis quelques lignes directrices elles-mêmes technocratiques, d'un droit réglementaire, qui échappe au vote de la représentation nationale, qui échappe au Conseil constitutionnel (on s'en rend compte aujourd'hui avec la difficulté qu'ont les entreprises pour articuler des questions prioritaires de constitutionnalité en droit de la concurrence), qui ne cherche ni à dégager des principes forts et riches, ni à s'adapter au chatolement des comportements humains, ni à s'ancrer dans le droit civil et des affaires. On a parlé de « droit *barbare* » et la formule est demeurée. Enfin, c'est un droit qui ne fait pas un appel immédiat au juge ; il y a même, s'agissant du juge, une méfiance affichée, dont s'est fait l'écho vingt ans plus tard le rapport parlementaire sur les autorités indépendantes (28 oct. 2010) : le corps social admettrait théoriquement que le juge transgresse la prohibition ancienne de se « mêler de l'économie », mais ne lui en donne pas les moyens juridiques et préfère, en clair, se tourner vers des instances administratives, dans une sorte de retour au colbertisme (Rosanvallon P., La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité, Seuil, 2008. Les éléments de cette réflexion puissante n'ont malheureusement guère inspiré le Rapport du CEPP de l'Assemblée nationale, n° 2925, daté du 28 oct. 2010 : comm. crit., Frison-Roche M.-A., Autorités administratives incompétentes (AAI), JCP G 2010, I, n° 2206).

Une dernière considération s'impose, relativement au droit originel de la concurrence. Aurait-on identifié clairement une catégorie homogène de consommateurs et démontré qu'il constitue une *ratio legis* préférable à toutes les autres, il resterait à examiner le contenu juridique de l'intérêt présumé du consommateur. La construction européenne a imposé la doctrine selon laquelle maximiser la concurrence aboutit à maximiser le bien commun. Mais il n'est pas interdit de penser que le bien commun n'est pas nécessairement le prix le plus bas, auquel on reproche de favoriser les délocalisations, de faire baisser la qualité, de freiner l'investissement, de nécessiter une intervention publique très lourde, aux dépens d'ailleurs du contribuable, d'empêcher l'émergence de champions nationaux et européens capables de lutter contre des concurrents peu regardants... Il n'est même pas interdit de penser que la concurrence renchérit, dans certaines circonstances, les coûts finaux. Il n'est, enfin, pas interdit de regretter que le droit soit monolithique, >

en ce qu'il refuse obstinément de distinguer les produits les uns des autres, de tenir compte des circonstances de temps ou de lieu dans l'application de la règle. Sommes-nous en train de préconiser le triomphe réactif d'une grande « *liberté d'entreprendre* », qui mêlerait dans une conception toute révolutionnaire la liberté contractuelle et la liberté de concurrencer ? La première est, comme énoncé au début du propos, d'origine philosophique, ressortit à la liberté tout court et aux droits de l'Homme. La seconde est le principal volet de la liberté du commerce, proclamée dans la loi *Le Chapelier* de mars 1791 : il est libre à toute personne de faire tel négoce qu'elle trouvera bon. Et la loi *Royer* du 27 décembre 1973 d'ajouter : « *dans le cadre d'une concurrence claire et loyale* ». Chacun voit dans cette liberté du commerce un droit d'entrer sur tout marché, pour user du vocabulaire contemporain du droit de la concurrence. Et il s'agit naturellement d'une conception économique adaptée par le droit, non plus d'une prérogative fondamentale de l'Homme.

La jurisprudence s'est d'ailleurs fixée en ce sens et continue de se développer. En effet, c'est naturellement en contrôlant très strictement les premières clauses de non-concurrence que la Cour de cassation a eu recours aux principes de 1791. Mais ses arrêts qui montrent un attachement prioritaire à la liberté d'entreprendre et de concurrencer ne sont pas tous anciens, et la loi révolutionnaire figure encore au soutien des décisions contemporaines : 34 arrêts ont retenu ce fondement, dans les 45 dernières années (cf., par exemple, Cass. com. 24 oct. 2000 : « *en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, le démarchage de la clientèle d'autrui est libre, dès lors que ce démarchage ne s'accompagne pas d'un acte déloyal* »). Dans son contrôle des aides d'État, des concentrations et de l'extension des services publics au secteur marchand, le Conseil d'État adopte une position en principe identique : la liberté d'entreprendre est un principe général du droit (CE, ass., 22 juin 1951, Daudignac) et une liberté publique (CE, 28 oct. 1960, Sieur Laboulaye). Le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle à la liberté d'entreprendre et de concurrencer (Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, première loi de nationalisation) ; dans cette décision le Conseil constitutionnel affirme que « *la liberté, qui aux termes de l'article 4 de la Déclaration consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* ». Pour autant, cette liberté n'est « *ni générale, ni absolue* », « *il est loisible au*

législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée » (notamment, Cons. const., 4 juill. 1989, n° 254 DC, loi sur le dénoyautage des entreprises privatisées).

Après tout, prôner purement et simplement ces deux libertés, et en faire la mesure du « *bien* » ne heurterait pas l'économiste. Faut-il pour ce dernier que chacun puisse contracter sur ce qu'il veut avec qui il veut ? Oui, sans aucun doute. C'est un moyen-clé de développement des échanges. Sur un plan théorique, il est le garant d'une allocation efficace des ressources. Il permet que celles-ci finissent par être consommées ou exploitées par ceux qui en retirent la plus grande satisfaction ou qui en extraient la plus grande richesse, et non par ceux qui en ont été dotés initialement. La liberté contractuelle est tellement importante pour les économistes qu'ils prônent l'intervention publique pour réduire les coûts de contrats des parties (les fameux coûts de transaction, sorte de frottements dans l'échange). L'État peut, par exemple, proposer des contrats-types d'entreprises et doit bien sûr veiller au respect des contrats. Faut-il, toujours pour l'économiste, que chacun puisse entrer sur un marché lorsque cela lui convient ? Oui, sans aucun doute puisqu'une entrée nouvelle est susceptible de faire baisser les coûts, d'améliorer la qualité des produits ou de diminuer le prix. Dans des circonstances très exceptionnelles (voir, par exemple, l'ouvrage de Telser G. *Economic Theory of the Core*, University of Chicago Press, 1978 ; e.g., coût fixe irréversible, courbe d'offre discontinue), il peut cependant arriver que la concurrence soit destructrice. Aucun prix d'équilibre concurrentiel n'émerge et les producteurs ne peuvent pas récupérer leurs investissements. Pour donner une image, il suffit de penser à des bus de compagnies différentes qui se doubleraient devant les arrêts pour gagner le plus grand nombre possible de passagers ou celui de bateaux de ligne régulière pour le fret qui retarderaient systématiquement leur départ pour mieux remplir leur cale.

Il n'est même pas certain que cette conception romantique de la liberté d'entreprendre serait incompatible avec un « *ordre public* » général, c'est-à-dire une « *police* » du marché, avec ses conditions d'entrée, ses statuts, ses taxations, ses réglementations infiniment détaillées. Cette police ne « *protège* » pas, ou elle le fait subsidiairement, ou protège l'ensemble des citoyens, sans distinction. Elle n'est pas remise en cause fondamentalement par le juriste de tradition

civiliste : elle s'intègre comme par évidence au « *bien économique* » tel qu'il le conçoit. L'économiste est juste un peu plus circonspect ou nuancé (voir Lévêque F., *Économie de la réglementation*, nouvelle édition, Coll. Repères, La Découverte, 2004) : l'intervention publique dans les marchés est légitime en cas de défaillance de ce dernier, c'est-à-dire très précisément en présence d'effets externes, de biens collectifs ou de monopole naturel ; et à condition que le bénéfice de cette intervention soit plus grand que le *laissez-faire*. Il existe d'ailleurs des situations dans lesquelles les acteurs du marché se réglementent eux-mêmes (e.g., règles de bonne conduite en matière de gouvernement d'entreprise ou d'information aux consommateurs sur la qualité des produits) ; l'économiste modélise ces situations d'auto-régulation en les associant le plus souvent à une menace d'intervention publique (voir, par exemple, dans le domaine de la réduction des émissions polluantes, Glachant M. *Non-Bidding Voluntary Agreements*, *Journal of Environmental Economics and Management*, 54(1), 2007, pp. 32-48). Il est plus rare que les marchés veillent d'eux-mêmes à leur harmonie avec les autres marchés et avec la vie sociale : l'auto-régulation est décidée par un groupe d'intérêt privé et les agents qui ne participent pas à la discussion ne peuvent pas espérer voir leur intérêt pris en compte.

Mais revenir au bien et au mal, selon la loi *Le Chapelier* et la théorie d'Adam Smith, ne serait pas une issue plausible, une conjugaison durable des disciplines juridique et économique. Chacun a dû en convenir lorsque s'est organisée la régulation sectorielle qui accompagne nécessairement les dénationalisations. Faut-il une intervention publique (en l'occurrence, celle d'autorités administratives indépendantes spécialisées) pour ouvrir la concurrence dans certains marchés où elle serait entravée pour des raisons historiques, légales et politiques : monopole d'infrastructures s'étant étendu au-delà de son périmètre pour mener des activités d'exploitation pour lesquelles la concurrence serait pourtant plus efficace, manque de remise en concurrence de concessions attribuées pour des durées trop longues, cartels guidés par des motifs d'ordre public devenus obsolètes ? Le juriste et l'économiste répondent affirmativement, parce qu'ils estiment qu'il faut fixer les conditions d'accès aux facilités essentielles et des limites aux monopoles. Voici pour l'entente depuis si longtemps recherchée...

L'économiste est en revanche plus circonspect que le juriste en ce qui concerne la régulation des oligopoles. Pour des

raisons d'ordre structurel, les barrières à l'entrée peuvent être très élevées sur certains marchés et le nombre d'entreprises très faible. La théorie économique n'offre pas de justification solide à l'intervention d'un régulateur dans ce cas. Les économistes redoutent que les imperfections inévitablement liées à l'intervention du régulateur ne soient plus grandes que celles du marché qu'il est censé corriger. De ce point de vue, les situations de concurrence imparfaite ne doivent pas être confondues avec celles résultant de comportements d'éviction ou de collusion de certaines entreprises. De même que la position dominante d'une seule firme n'est pas en soi condamnable, la position dominante collective de plusieurs firmes ne doit pas l'être.

Des divergences sont également réapparues à propos de la place des services publics économiques (industriel ou commercial). Le démantèlement de l'économie dirigée a suscité des oppositions assez schématiques dans la communauté des juristes, singulièrement celle des juges. Ainsi, on a pu croire un moment, et écrire, que l'entreprise privée trouvait son défenseur naturel dans la Cour de cassation et certaines autorités indépendantes et les services publics trouvaient le leur dans le Conseil d'État et, bien plus modestement, la Cour de Paris, avant d'avoir des preuves, arrêts après arrêts, que le débat est plus complexe, mais aussi plus dur que ne le croient les jeunes auteurs... Pour l'économiste, le débat est moins tendu : les services publics économiques sont avant tout des services dont la consommation est collective et non forcée. Le service est accessible à tous et sa consommation par un individu ne conduit pas à une moindre disponibilité pour les autres et est non obligatoire. Pour l'économiste, cette dimension n'entraîne pas pour autant que ces services doivent être forcement produits par l'administration ou une entreprise publique. Il admet même, depuis un fameux article de Ronald Coase sur l'économie des phares et balises (Coase R., *The lighthouse in Economics*, *Journal of Law and Economics*, vol. 17, n° 2, oct. 1974, pp. 357-376), que l'initiative privée puisse les fournir. Il avance que la concurrence *pour* que le marché soit

un moyen de remédier à l'absence de concurrence *dans* le marché pour les offrir. Il reconnaît aussi que les services publics économiques contribuent à réduire certaines inégalités entre territoires ou entre ménages (Henry C., *Concurrence et services publics dans l'Union européenne*, PUF, Coll. Économie, Paris, 1997). Il s'oppose en revanche à l'idée que la péréquation tarifaire justifie à elle seule le maintien de monopole.

Le droit économique, en tant que recherche pluridisciplinaire du bien et du mal économique, s'est peut-être réconcilié autour de la sanction. Rien ne sert d'édicter des règles si leur violation ne coûte rien, sur un plan pécuniaire (amende, investissements forcés), sur un plan moral (honte, discrédit, par le biais de publications), sur un plan prospectif (freins au développement, exclusion de certains marchés, fermetures d'établissements, engagements, contraintes diverses) et au besoin sur le plan humain (emprisonnement, déchéances, interdictions professionnelles). Juriste et économiste s'accordent sur ce point. Bien sûr, la manière dont la loi et les règlements, et à leur suite la pratique des autorités indépendantes et de leur juge de contrôle, conçoivent ce « coût » de la violation de la loi peut interroger l'économiste, mais celui-ci a des réponses qui ne contrarient pas nécessairement le juriste. Le sujet est bien trop vaste pour cette chronique, mais il n'est plus permis, à l'heure de l'élaboration de Lignes directrices, de le négliger (Combe E., *Économie de la concurrence*, Précis Dalloz, § 33 et s. ; Perrot A., *L'efficacité des sanctions pécuniaires*, *Gaz.Pal.*, 26-28 janv. 2003, p. 123).

Si la rencontre est de nouveau possible, il reste à l'organiser au cours des instances de régulation et de jugement, et concrètement, ce n'est pas aisé. Nous ne référons pas ici la thèse d'Anne-Lise Sibony (Sibony A.-L., *Le juge et le raisonnement économique*, Avant-propos Bo Vesterdorf, préface G. Canivet, LGDJ, 2008)... Mais enfin, l'économiste est hypothético-déductif là où le juge s'attache à la déduction par les faits, l'économiste s'efforce de clarifier, voire de vulgariser, là où le juge est obsédé par la rareté et la précision du verbe, l'économiste ne dédaigne pas l'abstraction lorsque le juge doit offrir des certitudes à son lecteur, l'économiste

pense à l'échelle planétaire alors que le juge est restreint à un continent, voire à son pays. Pourtant, de source de difficultés intellectuelles et méthodologiques pour le juge, la science économique est devenue récemment un outil, conformément à ce que chacun peut attendre. N'oublions pas que la rencontre entre le droit et le calcul est ancienne. De grands mathématiciens comme Antoine Augustin Cournot ou Siméon Denis Poisson ont appliqué la jeune théorie des probabilités aux jugements judiciaires (A. Cournot est l'auteur d'un *Mémoire sur les applications du calcul des chances à la statistique judiciaire*, paru en 1838. Un an auparavant S. Poisson avait publié ses *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et civil*). La science économique offre aussi un complément de légitimité, apport plus caché, du juge. Le juge est un généraliste : sa légitimité est dans la connaissance du droit, dans l'art de la preuve, dans la transparence procédurale et dans l'égalité de traitement de tous les usagers, elle n'est pas dans une hyperspécialisation qui sentirait le corporatisme. L'économiste apporte au juge une aide cruciale à la qualification des données factuelles (« marché », « entente », « position dominante », « abus », etc.) et à la prévision des effets du jugement. Les modalités de cette collaboration peuvent varier : de l'intégration d'un économiste dans la formation de jugement (ce que fait la Cour de cassation) à l'audition d'économistes dans l'instruction des affaires, en passant par l'adjonction d'un assistant en économie à l'équipe documentaire des magistrats (Fossier T., *L'économiste au prétoire*, *Revue Tracés - Revue de sciences humaines*, ENS Lyon, à paraître, oct. 2011).

En conclusion, il faut naturellement se féliciter de ce que le dialogue entre le juriste, spécialement le juge, et l'économiste s'ouvre enfin, de manière directe et concrète. Mais pour faire coïncider au mieux l'action publique et l'intérêt général, il faut substituer aux mannes du « consommateur » et à l'action technocratique, des catégories de consommateurs organisés, agissant par le biais d'actions de groupe. C'est à ce prix que le droit de la concurrence aura acquis le brevet de modernité et de précision qui lui manque encore (...)