

Droits européen et américain de la concurrence : hipsters contre bobos ?

David W. Hull¹

1. INTRODUCTION

Il s'agit tout d'abord de s'accorder sur les notions de hipster et de bobo. Les avis sont partagés sur l'éventuelle différence entre un hipster et un bobo. Après de longues recherches et conversations – j'ai même trouvé un article dans Le Monde sur la question² – je crois pouvoir affirmer qu'un hipster est une personne qui met l'accent sur la mode et affectionne tout particulièrement la mode vintage. Le bobo – quant à lui – s'approche fortement tout en étant une version plus engagée du hipster. Mettons à présent cette question sociologique de côté et tournons-nous vers la question juridique.

2. L'ÉVOLUTION DU DÉBAT AUX ÉTATS-UNIS

À quoi sert une politique de concurrence et quel doit en être le but ?

Au début du 20^{ème} siècle, juste après l'adoption de la première loi antitrust – la loi Sherman aux États-Unis – la réponse à cette question était claire : le droit antitrust devait permettre de juguler le pouvoir des monopoles que les barons de l'industrie tels que Rockefeller avaient construits. Theodore Roosevelt et ses *trustbusters* utilisèrent notamment cette législation pour briser le monopole pétrolier de la Standard Oil, la compagnie pétrolière de Rockefeller.

Cette approche perdura jusqu'au milieu du 20^{ème} siècle. Ses principaux objectifs étaient de conserver une structure de marché concurrentielle et de protéger les concurrents les plus faibles contre les monopoles.

Toutefois, au cours des années 1970, ce modèle laissa progressivement place à une approche plus ciblée sur l'analyse économique. En 1978, la publication par Robert Bork, professeur de droit à l'Université Yale, de son livre « *The Antitrust Paradox* » marqua à cet égard un tournant décisif. Il s'agit sans aucun doute du livre le plus lu sur l'antitrust. Son postulat de départ est qu'une politique qui s'en prend à une entreprise uniquement en raison de sa taille ou qui fait obstacle à une fusion parce

¹ Associé, Van Bael & Bellis, Brussels.

² A. PFEIFFER, « Êtes-vous bobos ou hipsters ? », Le Monde, 27 août 2015, https://www.lemonde.fr/m-styles/article/2015/08/28/etes-vous-bobo-ou-hipster_4739208_4497319.html.

que celle-ci mènerait à davantage de concentration sur le marché n'a aucun sens, car elle protège des concurrents inefficaces au détriment des consommateurs.

En conséquence directe de ce livre, les autorités et les tribunaux américains abandonnèrent l'ancienne approche en faveur d'une analyse économique centrée sur le bien-être du consommateur – à savoir essentiellement veiller à ce que les prix soient les plus bas possible. Ainsi, depuis le début des années 1980, la promotion du bien-être du consommateur est la boussole qui guide la politique antitrust américaine.

Aujourd'hui, le critère du bien-être du consommateur est remis en cause par un mouvement appelé « l'antitrust hipster ». Selon les hipsters de l'antitrust, la politique antitrust devrait revenir à ses origines « vintages ». Ainsi, elle devrait servir de rempart contre la concentration excessive du pouvoir économique afin de protéger les petites et moyennes entreprises, et assurer une répartition plus équitable des richesses.

Le mouvement hipster débute en janvier 2017. Lina Khan, une étudiante en droit à Yale, publie alors un article de 93 pages intitulé « *Amazon's Antitrust Paradox* », en pied-de-nez au titre de l'ouvrage de Bork. L'article de Khan aurait été vu près de 150.000 fois, ce qui – vous vous en doutez – est énorme pour un article académique.

La thèse des hipsters est qu'un cadre analytique purement économique qui a pour critère le bien-être du consommateur, comme le prônait Bork, ne permet pas de faire face aux défis posés par les entreprises de l'économie actuelle, en particulier les plateformes en ligne telles qu'Amazon, Facebook, Google ou Apple. Or, si l'on applique dans les affaires antitrust le critère du bien-être du consommateur, qui met l'accent sur le niveau des prix, le modèle commercial d'Amazon ne suscite aucune inquiétude car il engendre une baisse drastique des prix.

Toutefois, pour les hipsters, un problème se pose. Si le modèle commercial d'Amazon lui permet de commercialiser des livres à prix cassés, ce sont ces mêmes prix qui lui permettent d'éliminer la concurrence et d'augmenter ensuite ses prix, non pas sur les best-sellers qu'il vend pour une bouchée de pain, mais plutôt sur des ouvrages plus obscurs, tels que ceux publiés par des professeurs de droit. Résultat : les prix bas d'Amazon chassent la concurrence, donc les consommateurs ont beaucoup moins de choix, les éditeurs hésitent à investir dans des livres traitant de sujets moins légers, les auteurs dégagent moins de revenus, et les librairies disparaissent.

Au cours de l'année écoulée, un vif débat sur la finalité du droit de la concurrence a eu lieu aux États-Unis. Des dizaines d'articles, colloques et conférences ont été publiés et organisés sur le thème des objectifs que la législation antitrust doit poursuivre.

Ce débat s'est étendu hors du cercle des spécialistes du droit de la concurrence pour atteindre le grand public et pénétrer le débat politique général. Certains politiciens américains ont appelé à un politique antitrust plus vigoureuse et le parti démocrate a fait de la politique antitrust l'un des piliers centraux de son programme économique en vue des élections de 2020. Pour ces politiciens, l'augmentation du pouvoir des entreprises est source d'inquiétude. Ils disent vouloir protéger les concurrents plus faibles et combler l'écart de revenus entre riches et pauvres, qui fait rétrécir la classe moyenne américaine. Ils s'inquiètent aussi beaucoup de voir s'exacerber la concentration industrielle – certains prétendent que l'économie américaine n'a pas connu un tel degré de concentration depuis l'époque de Rockefeller.

Les critiques de « l'antitrust hipster » soutiennent que les hipsters ne font que raviver un débat déjà perdu dans les années 1960. En effet, si l'on commence à viser des objectifs qui vont au-delà de l'intérêt du consommateur, on en arrive à protéger des concurrents inefficaces, ce qui nuira en fin de compte au consommateur. Cela aboutirait en outre à une norme juridique floue, voire amorphe, impossible à gérer, et donc à une grande insécurité juridique.

3. LA SITUATION EN EUROPE

Voilà donc pour la situation aux États-Unis. Que se passe-t-il en Europe ?

Ce débat a certainement traversé l'Atlantique, mais l'on a tendance à formuler les choses autrement. Au lieu de parler d'antitrust hipster, le débat porte plutôt sur le point de savoir si l'on doit intégrer la notion « d'équité » dans le droit de la concurrence.

À mon avis, le débat sur l'antitrust hipster ne pourra pas prendre autant d'ampleur en Europe, et ce pour deux raisons.

Premièrement, certains des problèmes que le mouvement hipster cherche à résoudre en s'éloignant de la norme de protection du bien-être du consommateur ne sont pas aussi aigus en Europe qu'aux États-Unis. Par exemple, l'écart de revenus entre riches et pauvres n'est pas aussi important en Europe et la classe moyenne est toujours en bonne santé, peut-être grâce à la politique fiscale. Bien sûr, les gilets jaunes en France ne seraient pas d'accord avec cette affirmation, mais je crois néanmoins qu'elle est – grosso modo – vraie. Les travailleurs sont mieux protégés en Europe, et la concentration industrielle n'est pas aussi importante, peut-être parce que le marché est naturellement plus segmenté par les différences nationales ou linguistiques. Pour revenir à l'exemple d'Amazon, son impact sur les librairies indépendantes semble moindre en Europe qu'aux États-Unis – on trouve à Bruxelles ou à Liège bien plus de librairies indépendantes qu'aux États-Unis où, selon mon expérience, c'était la terre brûlée, du moins jusqu'à récemment.

Deuxièmement, même si l'approche actuelle de la politique de concurrence en Europe se rapproche de celle des États-Unis, elle est loin d'être basée uniquement sur des critères économiques. D'autres objectifs entrent également en ligne de compte. Il est vrai qu'au début des années 2000, la Direction-générale de la Concurrence a opté pour une approche plus économique sous la direction de son Commissaire de l'époque, Mario Monti, un économiste italien. On a alors parlé de « modernisation » du droit de la concurrence. La Commission a créé un poste d'économiste en chef à la Direction-générale de la Concurrence. Elle a revisité la législation pertinente et publié des lignes directrices reflétant une approche plus économique. Je crois que l'on peut affirmer aujourd'hui que le modèle du bien-être du consommateur est le cadre de référence en Europe, du moins au niveau de la Commission européenne et beaucoup d'autorités nationales de la concurrence.

Néanmoins, l'approche européenne est beaucoup plus contrastée qu'aux États-Unis. Il y a plusieurs raisons à cela :

- D'abord, le texte même du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne reflète une préoccupation sous-jacente d'équité, qui dépasse sans doute le bien-être du consommateur. L'article 102 sur l'abus de position dominante interdit explicitement les prix « déloyaux » et les conditions commerciales « déloyales ». Cet article interdit expressément la discrimination, qui peut être considérée comme contraire à l'équité.
- Ensuite, la jurisprudence ne va pas systématiquement dans le sens du bien-être du consommateur. Dans le traitement des affaires de concurrence, d'autres objectifs sont souvent poursuivis, tels que la protection des concurrents et le maintien d'une concurrence effective.
- Enfin, au niveau national, on retrouve parmi les autorités de la concurrence et les tribunaux des conceptions différentes des objectifs du droit de la concurrence qui reflètent les valeurs et les préoccupations locales.

Dans les discours prononcés par la Commissaire Margrethe Vestager de ces dernières années, le thème de « l'équité » revient comme un leitmotiv. L'on pourrait en déduire que la Commissaire poursuit une politique antitrust de type hipster. Néanmoins, si on les lit attentivement, ses discours soulignent aussi que, même si l'application du droit de la concurrence peut contribuer à rendre la société plus juste, ceci doit être fondée sur des principes économiques bien établis. Dans le cas contraire, les tribunaux n'hésiteraient pas à casser les décisions des autorités de concurrence.

L'accent qu'elle met sur l'équité se retrouve sans doute davantage dans le choix des priorités de mise en œuvre de la politique de concurrence, plutôt que dans les tests appliqués au stade de l'analyse.

Les hipsters américains citent souvent la politique de concurrence plus engagée de la Commission européenne et des autorités des États membres comme exemple à suivre pour les États-Unis.

Quelques exemples parmi d'autres :

- L'imposition d'une amende de 4,3 milliards d'euros à Google.
- L'autorité de la concurrence allemande – le Bundeskartellamt – enquête actuellement sur l'utilisation des données par Facebook.
- La Direction-générale de la Concurrence a récemment ouvert une enquête contre Amazon et le Bundeskartellamt a annoncé l'ouverture de sa propre enquête contre Amazon. Lors d'une conférence à Bruxelles en décembre 2018, plusieurs intervenants – y compris le président du Bundeskartellamt et l'économiste en chef de la Direction-générale de la Concurrence – ont indiqué que les géants de l'internet pourraient être la cible de nouvelles enquêtes en raison de leur taille et leur dominance sur le marché.
- Plusieurs affaires récentes se sont concentrées sur les prix excessifs des médicaments, ce qui semble indiquer que les autorités se préoccupent de leur caractère équitable.
- Dans plusieurs affaires récentes de fusions, l'accent a été mis non pas sur le niveau des prix mais sur la préservation de l'innovation.
- Enfin, même si les aides d'État ne font pas partie de la politique de concurrence au sens strict, il est difficile de passer sous silence le cas d'Apple, où la Commission a considéré que cette dernière avait bénéficié de 13 milliards d'euros d'aide d'État, ou encore celui d'Amazon où il s'agissait de 250 millions d'euros. La politique des aides d'État visent le mêmes objectif que celui les hipsters proposent, c'est-à-dire un terrain de jeu plus équilibré.

4. CONCLUSION

Alors, qu'en est-il du bobo de mon titre ? Je dirais que le droit européen de la concurrence a un côté bobo. Il ressemble beaucoup à l'antitrust hipster, mais est plus politisé. La question qui se pose en Europe n'est pas tant de savoir si le droit de la concurrence doit ou non aller au-delà du bien-être du consommateur et tendre vers un principe d'équité, mais plutôt de savoir quelles en sont les limites. Je ne crois pas qu'il suffise de faire un saut dans le temps et de revenir à l'approche qui prévalait à l'époque de Rockefeller, comme cherchent à le faire les hipsters. Il s'agirait plutôt trouver de nouveaux cadres analytiques adaptés aux défis posés par les géants de l'internet. C'est d'ailleurs une question qui occupe actuellement certains spécialistes, tels que notre collègue Nicolas Petit.

Je voudrais terminer par une citation issue de ce qui est probablement le livre de droit américain le plus le plus célèbre, « *The Common Law* », un livre publié en 1881 par Oliver Wendell Holmes, un ancien juge à la Cour suprême considéré comme l'un des plus grands juristes américains. Cette citation illustre bien pourquoi les tentatives de se conformer à une conception économique du bien-être du consommateur *sensu stricto* se heurteront toujours à une certaine résistance:

La vie du droit, ce n'est pas la logique mais l'expérience. Ce qui est ressenti comme nécessité d'une époque, les théories morales et politiques dominantes, les intuitions de politique publique, avouées ou inconscientes et même les préjugés que les juges partagent avec leurs concitoyens jouent un plus grand rôle que le syllogisme, dans la détermination des règles qui doivent servir au gouvernement des hommes.