

COLLECTION  
DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

dirigée par Fabrice Picod  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

COLLOQUES

---

9

# DANS LA FABRIQUE DU DROIT EUROPÉEN

Scènes, acteurs et publics  
de la Cour de justice  
des Communautés européennes

Sous la direction de

PASCAL MBONGO  
et

ANTOINE VAUCHEZ

EXTRAIT

**BRUYLANT**  
BRUXELLES

# LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AU PRISME DE LA SCIENCE ÉCONOMIQUE

PAR

ANNE-LISE SIBONY

CHARGÉE DE COURS EN DROIT EUROPÉEN  
À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE

Chasser des lunettes d'économiste pour porter son regard vers la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes n'est pas un exercice nouveau. Ainsi, à l'occasion du dixième anniversaire de la Cour, alors que sa jurisprudence était encore très jeune, Jacques Rueff livrait ses réflexions sur ce sujet dans une communication intitulée « La Cour et l'économie politique » (387). Il y soulignait combien la Cour avait d'emblée dû puiser dans les ressources de la science économique afin de donner un contenu à nombre de termes techniques que les traités employaient sans les définir (388). Il est vrai que Jacques Rueff était particulièrement bien placé pour être sensible à cet aspect du travail de la Cour, étant l'un des premiers juges à y siéger et l'un des rares dans l'histoire de l'institution à avoir reçu une formation économique et, qui plus est, à avoir dispensé lui-même un enseignement en économie (389). Pour autant, il n'a pas été le seul juge à se livrer à un exercice de lecture de la jurisprudence de la Cour au regard des catégories de la science économique. Ainsi, Josse Mertens de Wilmars (390) consacrait en

(387) RUEFF (J.), « La Cour et l'économie politique » in *Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Cologne, Carl Heymans Verlag, coll. « Köhner Schriften zum Europarecht », vol. 1, 1965, pp. 13-45.

(388) Se référant plus particulièrement au traité CECA, que la Cour avait principalement appliqué pendant ses dix premières années d'existence, J. Rueff cite les notions de « charges spéciales », « discriminations », « subventions » (RUEFF (J.), *op. cit.*, p. 15 et s.).

(389) Jacques Rueff a siégé comme juge français à la Cour (Cour CECA, puis Cour de justice des communautés européennes) de décembre 1952 à mai 1962. Il raconte cette expérience dans RUEFF (J.), « Dix années chez Themis », in *Œuvres complètes T.1 De l'aube au crépuscule. Autobiographie*, Paris, Plon, 1977, pp. 216-225.

(390) Josse Mertens de Wilmars a siégé comme juge à la Cour d'octobre 1967 à octobre 1980, date à laquelle il est devenu président de la Cour, jusqu'en avril 1984.

1972 un article aux conceptions économiques dans la jurisprudence de la Cour de justice (391). Comme l'indique son titre, cet article s'attachait moins aux apports ponctuels de la science économique à l'interprétation de certaines notions juridiques visées dans les textes européens qu'aux grandes conceptions économiques qui sous-tendent ces textes eux-mêmes et, partant, leur interprétation par la Cour. En particulier, le juge Mertens de Wilmars s'attachait dans ce texte à identifier, au sein de la jurisprudence de la Cour, une doctrine économique et à mettre celle-ci en relation avec différentes conceptions économiques contemporaines, allant de l'ordo-libéralisme à différentes formes d'interventionnisme (392). Il faut encore citer, parmi les précédents ayant une autorité particulière sur le thème de la jurisprudence de la Cour envisagée dans ses rapports avec la science économique, un important article d'un ancien avocat général à la Cour, Pieter VerLoren Van Themaat, auquel le titre de la présente contribution fait directement écho (393). C'est en effet sous le titre «L'économie à travers le prisme du juriste» que cet auteur s'attachait notamment au problème essentiel de la réception par les juristes – y compris les membres de la Cour – du point de vue économique sur les règles de droit. Il soulignait que, pour être pris en considération par le droit, l'apport économique doit être intégré à la dialectique du droit et du fait, c'est-à-dire trouver sa place dans le mouvement de va-et-vient entre la norme interprétée et les faits auxquels elle est appliquée (394).

(391) MERTENS DE WILMARS (J.), «De economische opvattingen in de rechtspraak van het Hof van justitie van de Europese gemeenschappen» in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. 2, Bruxelles et Paris, Bruylant/LGDJ, 1972, pp. 285-308 (avec résumé en français).

(392) L'ordo-libéralisme est un courant de pensée issu de l'école dite de Fribourg (Fribourg-en-Brisgau, Allemagne). Il est né en opposition au nazisme dans les années 1930, puis a constitué le fondement de la doctrine de l'économie sociale de marché, très influente en République Fédérale d'Allemagne après guerre. L'ordo-libéralisme a eu une influence considérable sur le droit de la concurrence allemand puis sur le droit européen de la concurrence. Sur l'ordo-libéralisme en général, voy. BILGER (Fr.), *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Paris, LGDJ, coll. «Bibliothèque d'économie politique», 1964, Préf. D. VILLEY; VANBERG (V. J.), «L'école de Fribourg: Walter Eucken et l'ordolibéralisme» in NEMO (Ph.) et PETRIOT (J.), *Histoire du libéralisme en Europe*, Paris, P.U.F., 2006, pp. 911-936. Sur l'héritage ordo-libéral dans le droit européen de la concurrence, GERBER (D.), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998, spéc. le chapitre VIII («Ordo-liberalism: A New Intellectual Framework for Competition Law»), pp. 232-265.

(393) VERLOREN VAN THEMAAT (P.), «L'économie à travers le prisme du juriste», *R.I.D.E.* n° 2/1989, pp. 133-162. Cet article constituait une réponse à MACKAY (E.), «La règle juridique observée à travers le prisme de l'économiste: une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit», *R.I.D.E.* n° 0/1986, pp. 43-88.

(394) VERLOREN VAN THEMAAT (P.), *op. cit.*, spéc. pp. 139-142.

De ces quelques références, on peut retenir que plusieurs membres de la Cour ont été attentifs à la perception de la jurisprudence de la Cour par des observateurs économistes. Réciproquement, certains économistes ont observé la Cour, soit de l'intérieur, comme Jacques Rueff, mais cela reste assez exceptionnel, soit de l'extérieur, ce qui est plus fréquent. À cet égard, force est de constater que c'est plus spécialement dans le domaine du droit de la concurrence que s'est développée une véritable doctrine économique relative aux arrêts de la Cour (395). Dans cette matière en effet, le commentaire de jurisprudence par des auteurs économistes est un genre doctrinal en plein développement (396). Comme il est assez naturel de s'intéresser à ceux qui s'intéressent à vous, on peut penser que cet intérêt des économistes pour certains arrêts de la Cour entretient en retour l'intérêt de la Cour pour le regard que portent ces économistes sur son œuvre. Ainsi, au moins pour ce qui est du droit de la concurrence, ces économistes spécialisés constituent-ils l'un des auditeurs des décisions de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, ce dont les juridictions communautaires sont parfaitement conscientes (397). On peut dire que ces économistes forment l'une des «communautés d'interprétation», auxquelles la Cour, qu'elle le veuille ou non, s'adresse à travers ses arrêts (398).

(395) Les références seraient ici très nombreuses. Pour se limiter à un article exemplaire, voy. EVANS (D. S.), «How Economists Can Help Court Design Competition Rules: An EU and US Perspective», *World Competition*, n° 1/2005, pp. 93-99. Sur la manière dont la doctrine économique influence la jurisprudence en droit de la concurrence, voy. notamment SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. «Droit et économies», 2008, spéc. n° 644 et s., p. 431 et s.

(396) Au cours des dernières années, la plupart des revues spécialisées en droit de la concurrence ont ouvert leurs colonnes à des articles et à des commentaires de jurisprudence par des économistes.

(397) Sur la notion d'auditoire, voy. PERELMAN (Ch.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, coll. «Bibliothèque Dalloz», 1999 (réimpr.), spéc. n° 52 et s., p. 107 et s.

(398) Sur la notion de communauté d'interprétation, voy. BLACK (J.), *Rules and Regulators*, Oxford, Oxford University Press, 1997, spéc. pp. 17 et s. et les références citées. Cet auteur s'appuie sur la théorie fonctionnaliste, développée notamment par Fish (S.), *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, Duke University Press, 1990, pour souligner l'incidence de la communauté amenée à interpréter une règle sur ce qui est parfois considéré comme des propriétés intrinsèques de la règle elle-même, notamment la sécurité juridique qui lui est associée. Dans la perspective fonctionnaliste, la sécurité juridique signifie que tous ceux qui sont amenés à appliquer une règle (entreprises, juridictions, administrations) l'interprètent de la même manière. Dans cette perspective, la présence d'économistes au côté des juristes au sein de la communauté d'interprétation des règles jurisprudentielles en droit européen de la concurrence introduit une hétérogénéité susceptible de donner lieu à des interprétations différentes et, partant, à une insécurité juridique associée à la jurisprudence de la Cour.

Est-il pour autant exact de dire que c'est la *jurisprudence* de la Cour qui est soumise au prisme de la science économique? Cela semble douteux. Pour le montrer, on s'attachera tout d'abord à circonscrire avec quelque précision l'objet vers lequel les économistes qui s'intéressent à ce que dit la Cour tournent leurs regards. Mais savoir ce que les économistes regardent ne renseigne que très partiellement sur ce qu'ils sont susceptibles de voir dans les arrêts de la Cour. En effet, entre *regarder* et *voir*, il y a plus qu'une nuance. Ainsi, un géographe et un peintre qui regardent le même paysage ne voient pas la même chose, car ils l'appréhendent à travers des grilles d'analyse différentes. De même, un juriste et un économiste ne voient pas la même chose lorsqu'ils portent leur attention sur un même objet juridique, par exemple un arrêt de la Cour. C'est pourquoi il conviendra de se demander dans un second temps ce que voient les économistes lorsqu'ils portent leur regard vers la Cour. Restera alors à tenter de faire le lien entre ce que les économistes aperçoivent et les techniques de construction de la jurisprudence. C'est ce qui permettra de revenir par un autre chemin à la question soulevée par l'avocat général VerLoren Van Themaat, celle de la réception par la Cour du point de vue économique sur sa jurisprudence.

#### I. - QUE REGARDENT LES ÉCONOMISTES?

Pour tenter de cerner de quelle manière le regard des économistes croise l'objet que constitue la jurisprudence, il convient de s'interroger sur ce que regardent et ne regardent pas les économistes. À cet égard, trois observations peuvent être faites. Tout d'abord, les économistes ne regardent pas la jurisprudence en tant que telle. Cela ne signifie pas pour autant que le regard économique est sans intérêt du point de vue de la construction jurisprudentielle. En effet, tout comme le juge, mais à travers sa propre grille d'analyse, l'économiste regarde à la fois la règle de droit et les faits auxquels elle s'applique.

#### A. - Les économistes ne regardent pas la jurisprudence

Les économistes - même ceux qui s'intéressent au droit - ne regardent pas la jurisprudence. La raison en est que, si la jurispru-

dence n'est pas une notion juridique, c'est une notion de juristes (399). Pratiquement sans s'en cacher une sociologie du droit sans rigueur (400), les juristes désignent par le terme de *jurisprudence* un phénomène social complexe qui les conduit à mettre en exergue certaines décisions de justice, à en tirer des enseignements, à prendre parti pour ou contre une tendance qu'ils ont eux-mêmes mise à jour (401). Autrement dit, la jurisprudence est un phénomène construit par les juristes et pour les juristes. Dès lors, il n'est pas surprenant que ce phénomène n'entre pas, en tant que tel, dans l'objet d'étude des économistes.

S'il fallait expliquer à un économiste ce qu'un juriste entend par jurisprudence, sans doute faudrait-il recourir à un langage dans lequel le juriste ne se reconnaîtrait plus, et exposer que la jurisprudence désigne un mode de production «incrémental» de règles de droit, c'est-à-dire une construction par petits ajouts à un important acquis (402). Mais, même si ces termes étranges suffisaient à familiariser l'économiste avec l'idée de jurisprudence, cela ne suffirait certainement pas à lui donner accès à la jurisprudence. En effet, un tel accès suppose toute une formation juridique, des codés de lecture et sans doute, d'un point de vue strictement quantitatif, plus de lectures que ce qu'un économiste est prêt à faire pour accéder au privilège de donner son avis sur le droit. Pour ces différentes raisons, on tiendra pour acquis que l'attention des économistes ne se porte pas sur la jurisprudence en tant que telle. Pour autant, le regard des économistes est directement pertinent pour la construc-

(399) En France, on distingue habituellement le questionnement juridique à propos de la jurisprudence - centré sur la question «la jurisprudence est-elle une source de droit légitime?» - de l'étude du phénomène jurisprudentiel, qui serait l'apanage de la sociologie du droit. Voy. par exemple en ce sens DECVERGUE (M.), «Jurisprudences», in ELIAS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003. Cette distinction est cependant issue d'une vision elle-même juridique (et favorisant) de la sociologie du droit, car les travaux de sociologie proprement dite s'intéressent davantage aux acteurs du droit (magistrats, avocats) qu'à la jurisprudence. Sur la distinction entre l'approche juridique et l'approche sociologique de la sociologie du droit, SERVERIN (E.), *Sociologie du droit*, Paris, La Découverte, Coll. «Repères», 2000, spéc. p. 8.

(400) Selon le titre du célèbre ouvrage du Doyen CARBONNIER (J.), *Flexibile droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2001.

(401) Sur l'invention de la jurisprudence pour constituer l'objet de la doctrine dans la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle en France, voy. JESRAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.), *La doctrine*, Paris, Dalloz, Coll. «Méthodes du droit», 2004, spéc. p. 95 et s. Ces auteurs relèvent (p. 106) combien la démarcation des arrêtiéristes était alors opposée à une approche sociologique.

(402) En mathématiques, un incrément désigne «l'augmentation minimale d'une variable prenant des valeurs discrètes» (*Le petit Robert*, «Incrément»). Ainsi, les économistes parlent d'une augmentation incrémentale de la production lorsque la production s'accroît d'une unité (alors qu'elle porte sur un grand nombre d'unités).

tion de l'œuvre jurisprudentielle. Cette pertinence découle de l'intérêt que portent les économistes à la fois à la règle de droit et aux faits, de telle sorte que les regards de l'économiste et du juge se croisent sur un objet commun.

#### B. — Les économistes s'intéressent aux règles de droit

La règle de droit constitue l'objet privilégié de l'analyse économique du droit (403). Bien entendu, il faut entendre la notion de «règle de droit» dans un sens qui englobe les règles d'origine jurisprudentielle. En ce sens, l'économiste peut être amené à s'intéresser, par exemple, à l'interprétation que donne la Cour d'un article du traité. À cet égard, et comme cela a été indiqué plus haut, force est de constater que, jusqu'à présent, les économistes se sont surtout intéressés à l'interprétation jurisprudentielle des règles de concurrence. Dans ce domaine, les exemples de commentaires économiques des décisions de la Cour et du Tribunal sont de plus en plus nombreux et raffinés (404). Pour s'en tenir à un seul exemple, à la fois ancien

(403) Ce point nous paraît important, mais force est de reconnaître qu'il est rarement mis en avant dans les introductions à l'analyse économique du droit. Ainsi, MERCURO (N.) et MENEKA (S.) *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997, 235 p., spéc. p. 3, définissent l'analyse économique du droit dans les termes suivants : «the application of economic theory (...) to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions» (c'est nous qui soulignons). Les règles (*rules*) ne sont pas mentionnées en tant que telles. De même, MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.) (*Analyse économique du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris et Montréal, Dalloz et Thémis, 2008, spéc. n° 59 p. 17) mettent davantage en avant les «institutions juridiques» que les règles comme objet de l'analyse économique du droit. Cette présentation s'explique par des raisons historiques, plus précisément par le rôle joué dans le développement de l'analyse économique du droit par la problématique institutionnaliste issue des travaux de R. Coase sur les coûts de transaction. Voy. sur ce point, FERRY (S.), *Histoire et fondements de l'analyse économique du droit*, thèse, Paris I, 2004, spéc. p. 9. Malgré cette insistance traditionnelle sur ce que les analystes économiques du droit appellent des «institutions» — dont la propriété, le contrat, l'entreprise — ce sont bien certaines règles particulières relatives au fonctionnement de ces institutions qui intéressent l'analyse économique du droit. Voy. par exemple en ce sens (implicitement) MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), *op. cit.*, n° 14, p. 3 : «la règle de droit ne contrôle pas directement le comportement des citoyens, mais seulement les conséquences de leurs actions» (c'est nous qui soulignons). Pour une présentation explicite de l'objet de l'analyse économique du droit comme analyse des règles, Voy. DEFFAINS (B.), DOBLET-DUBAN (M.), LANGAIS (E.), *Économie des actions collectives*, Paris, P.U.F., 2008, p. 12. Voy. aussi, plus anciennement, JACQUEMIN (A.), «Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique», in VAN DE KERCHOVE (M.), *L'interprétation en droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1978, pp. 485-404.

(404) Avec quelque arbitraire, et à titre de simple illustration, on peut citer deux commentaires de décisions : SPECTOR (D.), «Position dominante collective : du bon usage des «critères Airtours»», *Concurrences*, 2007, n° 1, pp. 26-30; LÉVÉQUE (Fr.), «Faut-il bâillonner tous les oligopoles? La jurisprudence *John Deere* vue par un économiste», *Concurrences*, 2006, n° 3, pp. 33-37; et trois plus amples études de jurisprudence : MASTROMANOLIS (E. P.), «Predatory Pri-

et toujours d'actualité, on peut se référer à l'interprétation que donne la Cour du champ d'application de l'article 81 TCE. Lorsqu'elle fut saisie à l'occasion de l'affaire *Consten et Grundig* (405) de la question de savoir si la prohibition des accords anticoncurrentiels s'appliquait seulement aux accords «horizontaux» (406) ou bien si elle s'appliquait également aux accords «verticaux» (407), la Cour opta pour la seconde interprétation. Ce choix de donner le champ d'application le plus large possible à l'article 81 TCE pouvait, du point de vue de la technique d'interprétation, se réclamer du principe *Ubi lex*. On en trouve du reste la trace — sinon une mention explicite — dans l'arrêt, où la Cour explique en substance que là où le traité ne distingue pas, il ne faut pas distinguer : «[n]i le libellé de l'article [81], ni celui de l'article [82] ne permet de baser une spécialisation de l'un et l'autre de ces articles en fonction de la place des entreprises dans les stades économiques». La solution retenue se justifie aussi, et cela a du reste été reproché à la Cour, par des considérations téléologiques liées à la réalisation du marché unique (408). En effet, ce qu'on peut appeler la jurisprudence *Consten et Grundig* devait permettre de soumettre au droit communautaire des barrières d'origine contractuelle à la libre circulation des marchandises.

La solution de l'arrêt *Consten et Grundig* est donc parfaitement compréhensible du point de vue des techniques d'interprétation pratiquées par la Cour. En revanche, et c'est ce qu'il importe ici de

cing *Stratégies in the European Union: A Case for Legal Reform*, *ECLR*, 1998, pp. 191-221; RIDYARD, D., «Article 82 Price Abuses — Towards a More Economic Approach», in EHLERMANN (C.-D.) et ATANASIU (I.) (éds), *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of Dominant Position?*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 441-460; FERROR (A.), «Les pratiques de prix bas sont-elles anticoncurrentielles?», *RLC*, 2006, n° 8, n° 613.

(405) Arrêt de la Cour du 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission*, 56 et 58-64, *Rec. p.* 429. (406) Sont dits «horizontaux» les accords entre entreprises situées au même stade de la chaîne de production-distribution, par exemple deux producteurs ou bien deux distributeurs de produits similaires. Par leur position, ces entreprises sont potentiellement concurrentes, il n'a donc jamais été douteux que l'article 81 CE s'appliquait à ce type d'accords. C'est précisément son sens premier que d'interdire ces accords lorsqu'ils restreignent la concurrence qui existe en principe entre entreprises ayant le même type d'activité.

(407) Sont dits «verticaux» des accords entre entreprises situées à des stades différents de la chaîne de production-distribution, par exemple un producteur et un distributeur. Dans la mesure où, dans ce type de situations, il n'existe pas en principe de relation de concurrence entre les entreprises, la question se posait de savoir si l'article 81 TCE devait être interprété en ce sens qu'il s'appliquait également à ce type d'accords.

(408) Le reproche ne portait pas sur l'usage d'un raisonnement téléologique en tant que tel, mais sur l'instrumentalisation des dispositions relatives à la concurrence pour servir la réalisation du marché. Voy. par exemple dans ce sens HAWK (B.), «System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law», *CML Rev.*, 1995, pp. 873-989.

souligner, d'un point de vue économique, cette solution est beaucoup moins évidente. En effet, une partie de la doctrine économiste considère que les arrangements contractuels entre entreprises situées à des niveaux différents du processus économique, typiquement des accords de distribution, ne sont pas en principe restrictifs de concurrence (409). À tout le moins, les économistes soulignent généralement que la concurrence à laquelle les juges auraient dû s'intéresser en priorité dans cette affaire était la concurrence entre producteurs concurrents (concurrence dite «inter-marques», en l'espèce la concurrence entre Grundig et d'autres fabricants de matériel hi-fi) et non la concurrence entre distributeurs d'une même marque (concurrence dite «intra-marque», en l'espèce la concurrence entre distributeurs de produits Grundig (410)). En substance, l'argument économique consiste à dire que la Commission a eu tort de condamner une pratique de distribution exclusive en principe *efficiente* et que la Cour a eu tort de valider une telle condamnation. Il ne s'agit pas ici de retracer dans ses ramifications subtiles la longue discussion sur le traitement adéquat des restrictions verticales en droit de la concurrence (411), mais bien de s'arrêter au point de vue très particulier qui caractérise l'argument économique qui vient d'être évoqué, ainsi que de nombreux autres.

En effet, au-delà de l'exemple des restrictions verticales, c'est une caractéristique distinctive de l'analyse économique des décisions de justice que de se placer du point de vue de «l'efficacité» (412). Ce terme mérite que l'on s'y arrête, car il est souvent source d'incompréhensions et de malentendus. Ainsi, on tient souvent l'efficacité pour une valeur, qui plus est une valeur qui serait la raison d'être

(409) Il s'agit de l'École dite de Chicago. Voy. sur ce point et pour une étude fine des différents courants de pensée économique à propos des relations verticales, LIANOS (L.), *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préf. R. KOVAR, Bruxelles et Athènes, Bruylant et Sakkoulas, 2007, spéc. n° 79 et s., p. 109 et s.

(410) Les faits de l'affaire *Consten et Grundig* concernaient la distribution des appareils Grundig en France. Grundig et son distributeur exclusif pour la France, Consten, avaient saisi la Cour d'un recours contre une décision de la Commission, dans laquelle celle-ci considérait que l'accord de distribution exclusive liant les deux entreprises, ainsi que le mécanisme mis en place pour faire respecter cette exclusivité, était contraire à l'article 81 CE.

(411) Outre LIANOS (L.), *op. cit.*, on se reportera utilement, pour une brève et intelligible synthèse par un économiste, à VEROURAN (V.), «Vertical Agreements and Article 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis», *Antitrust L. J.*, 2003, pp. 525-575.

(412) Nul n'a exprimé ce point de vue avec autant de netteté que le juge Posner dans les éditions successives de *Economic Analysis of Law* (en dernier lieu 7<sup>ème</sup> éd., Aspen Law & Business, 2007). Selon la formule du juge Posner, le droit – dont le juge est l'agent – ne fait que mimer le marché: POSNER (R.), *Economic Analysis of Law*, 3<sup>ème</sup> éd. 1986, p. 230.

des règles de concurrence, autrement dit l'objectif ultime que ces règles ont vocation à réaliser. Il y a là une double confusion qu'il convient de dissiper. La première de ces confusions a la vie dure malgré un article ancien et particulièrement éclairant à ce sujet (413). Elle consiste à assimiler à tort *valeur* et *objectif*. Si l'efficacité peut être une valeur, elle ne saurait en revanche constituer un objectif poursuivi par les règles de concurrence. Cela tient au fait que l'efficacité, au sens strict, est une notion qui se rapporte au choix entre différents moyens pour parvenir à une fin donnée. Aussi, dire que l'efficacité est une fin n'a tout simplement pas de sens. Au contraire, l'efficacité ne prend sens que par rapport à une fin déterminée. À l'instar de la proportionnalité, notion bien connue des juristes et largement pratiquée par la Cour, l'efficacité est une propriété qui caractérise l'adéquation entre un moyen et la fin en vue de laquelle ce moyen est mis en œuvre. De même qu'un moyen peut être proportionné à un objectif s'il permet de l'atteindre et n'occasionne pas, ce faisant, des dommages collatéraux trop importants (414), de même un moyen peut être efficient s'il permet d'atteindre un objectif au moindre coût. Autrement dit, la solution la plus efficiente est la moins coûteuse à efficacité égale (415). L'efficacité peut donc bien être considérée comme une valeur; c'est même une valeur assez consensuelle, qui s'identifie à l'anti-gaspillage (416). Mais ce sens du mot n'est pas celui qui vient ordinairement à l'esprit lorsqu'on parle d'efficacité en droit de la concurrence (417).

(413) JACQUEMIN (A.), «Le droit économique, serviteur de l'économie?», *RTD com.*, 1972, pp. 283-295.

(414) Il est de jurisprudence constante que le principe de proportionnalité, consacré par l'article 5, troisième alinéa CE, exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché (Voy. notamment arrêt de la Cour du 17 mai 1984, *Deckerit Nederland*, 15/83, Rec. p. 2171, point 25). En outre, afin d'établir si une disposition de droit communautaire est conforme au principe de proportionnalité, il importe de vérifier si les moyens qu'une institution communautaire met en œuvre sont aptes à réaliser l'objectif visé et s'ils ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (voy. notamment, arrêt de la Cour du 13 mai 1997, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C-233/94, Rec. p. I-2405, point 54).

(415) On notera au passage qu'il convient de distinguer en français *efficacité* et *efficacités*, car l'efficacité désigne un rapport coût/efficacité. Pour une explication plus détaillée sur ce point, ainsi que des références, voy. SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique*, préc., note 396, p. 88.

(416) DIDIER (P. et Ph.), *Droit commercial*, Paris, Economica, 2005, spéc. n° 585, p. 501.

(417) Déjà en ce sens, JACQUEMIN (A.), *op. cit.*, spéc. p. 290.

Cela vient de la seconde confusion qui s'ajoute à la première et qui consiste à assimiler *efficience* et *maximisation des richesses*. La richesse est maximisée, au sens que les économistes donnent à ces termes, lorsque chaque ressource disponible dans l'économie est affectée à son usage le plus valorisé (418). Pour prendre un exemple schématique, on peut considérer que le pétrole sert à fabriquer (notamment) du carburant pour les automobiles et des produits cosmétiques. Si, compte tenu des prix respectifs de ces différents produits à un moment donné, un litre de pétrole permet de produire soit une quantité de carburant valant 1 € soit une quantité de produits cosmétiques valant 10 €, l'usage le plus valorisé du pétrole sera la fabrication de cosmétiques. L'efficience et la maximisation des richesses ne sont pas sans lien, car un usage efficient des ressources contribue à maximiser la richesse produite à partir d'elles, cependant les deux notions ne se recouvrent pas (419). En effet, elles sont de nature différente. Tandis que l'efficience est une propriété d'un rapport instrumental, entre une fin — quelle qu'elle soit — et des moyens alternatifs pour y parvenir, la maximisation des richesses, elle, constitue une fin particulière (420). Lorsque cette fin est admise comme légitime, mais alors seulement, l'assimilation est correcte, car l'efficience (allocative) est une condition nécessaire et suffisante de la maximisation des richesses (421).

(418) Il s'agit ici plus précisément d'efficience allocative. Voy. sur ce point et les malentendus auxquels il donne lieu dans le dialogue entre économistes et juristes, JENNY (F.), « Competition and Efficiency » in *Arbitrator in a Global Economy*, Fordham Corp. L. Inst., 1993 (Barry Hawk, Ed.), pp. 185-220, spéc. pp. 186-187.

(419) Contrairement à ce qu'un usage répandu chez les économistes suggère, Voy. sur ce point, JENNY (F.), *op. cit.*, loc. cit. et référence citée.

(420) Voy. aussi, sur la maximisation des richesses dans l'analyse économique du droit, STROWEL (A.), « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit : autour de Beatham et Posner », *REJ*, 1987, n° 18, pp. 1-45, spéc. p. 13 et s.

(421) Comme le note le professeur Stigler, « le concept d'efficience contient deux valeurs : un but souhaitable et des moyens souhaitables à l'aide desquels réaliser ce but (...). Le concept d'efficience tel qu'il est couramment utilisé par les économistes s'articule avec la maximisation de la production d'un processus économique ou d'une économie. Il n'y a aucune raison de contester cette définition, qui a donné naissance à tout le courant, largement utilisé, de l'économie du bien-être. Cette définition accepte cependant les jugements privés, exprimés à travers l'échange marchand, sur la valeur des biens et des services. En termes de politique, il est légitime d'adopter une autre définition de l'efficience, qui repose sur les buts adoptés par la société à travers son gouvernement. Lorsqu'une société souhaite par exemple donner davantage de revenus à un groupe que le marché ne le lui en attribue [on songe, par exemple, à la politique agricole commune], il est possible d'analyser l'efficience avec laquelle cela est fait ». G. STIGLER, « Law or Economics », *J. of L. and Econ.*, 1992, vol. 35, p. 455, aux pages 458-459, cité par F. JENNY, *op. cit.* (c'est nous qui traduisons).

L'incompréhension que suscite parfois la jurisprudence de la Cour de la part des économistes et, réciproquement, l'incompréhension légitime que suscitent souvent les raisonnements économiques chez les juristes, viennent du fait que, pour les économistes, sauf précision contraire, toute règle de droit, et notamment les règles de concurrence contenues dans le traité, a pour but ultime la maximisation des richesses. Cette notion capture la conception dominante en économie de ce qu'un juriste appellerait l'*intérêt général* et un philosophe le *bien commun*. Cette représentation du souverain bien peut légitimement être critiquée et l'a été, essentiellement en raison des aberrations auxquelles conduit l'idée de maximisation des richesses en termes de justice distributive (422). Mais c'est une autre critique du statut conféré à l'efficience par une partie des économistes qui importe davantage pour le présent propos, car elle est spécifique au point de vue du juge. L'idée que toutes les règles de droit auraient ou devraient avoir pour but l'efficience est tout simplement inacceptable pour un juge en général et pour la Cour en particulier, et ce indépendamment des critiques portant sur l'assimilation de l'efficience à un but politiquement souhaitable. En effet, si le but des règles de droit était toujours identique et toujours connu, toute une partie du travail d'interprétation du juge n'aurait pas lieu d'être. Or, qui oserait sérieusement prétendre que l'interprétation par la Cour des règles du traité au regard de leurs buts spécifiques est inutile ? Il y a là au contraire une partie intégrante de la méthode téléologique, laquelle a permis à la Cour de réaliser des avancées parmi les plus importantes qu'ait connues le droit communautaire (423). La recherche des buts de chaque règle est une partie importante, légitime et nécessaire du travail de la Cour. Il existe donc, au regard de la méthode par laquelle les buts des règles de droit sont découverts, un très fort décalage entre, d'une part, le point de vue des économistes qui postulent que la maximisation des richesses est le but des règles de droit en général et des règles de

(422) Voy. la citation reproduite à la note précédente et, de manière plus développée, DWORIN (R.), *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1986, Chap. 12 : « Is Wealth a Value ? », p. 237 et s.

(423) PESCARORE (P.), « Les objectifs de la Communauté comme principe d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour », *Miscellanea Ganshof Van Der Meersch*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 1972, T. II, p. 346 ; Voy. également PRUSSOCHET (J.-P.), « Des traités et des juges : la fonction de la jurisprudence dans l'élaboration du droit communautaire », in *Problèmes d'interprétation à la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Athènes et Bruxelles, Sakoulas et Bruylant, 2002, pp. 303-320.

droit de la concurrence en particulier et, d'autre part, le point de vue du juge, qui induit les buts spécifiques de chaque règle à partir des textes (424). À cet égard, on connaît l'attachement de la Cour aux textes eux-mêmes plutôt qu'aux travaux préparatoires lorsqu'il s'agit de préciser le but d'une règle (425).

Cette discordance entre le point de vue économique et le point de vue de la Cour sur les buts des règles qu'elle applique et la manière de découvrir ces buts prive-t-elle le prisme de la science économique de toute pertinence pour analyser la jurisprudence de la Cour ? Tel ne paraît pas être le cas. En effet, quoique le point de vue économique soit ouvertement normatif — en ce sens que l'économie standard postule que le but des règles de droit *devrait* être la maximisation des richesses — les économistes savent néanmoins que les auteurs des règles de droit, y compris les rédacteurs du traité, peuvent avoir en vue des buts très divers, par exemple l'établissement de certaines solidarités ou encore la protection de certains intérêts particuliers, comme ceux des consommateurs ou du petit commerce. La plupart des économistes admettent la légitimité de ces buts divers (426), mais qu'ils l'admettent ou non, ce qu'il importe de souligner ici est qu'il est toujours possible de soumettre une règle de droit à la question économique par excellence, à savoir « cette règle est-elle efficiente » ? Autrement dit, et pour les raisons déjà évoquées, le prisme économique n'est pas dépourvu de sens du seul fait que la règle de droit que la Cour doit appliquer ne vise pas la maximisation des richesses. C'est pourquoi, le regard de la science économique peut être tourné vers la jurisprudence de la Cour dans son ensemble et non seulement en matière de concurrence, où l'objectif de maximisation des richesses trouve un point d'appui dans le traité (427).

On retiendra de ce qui précède que le regard porté par les économistes sur les règles de droit qu'applique la Cour a deux caractéristiques distinctives. En premier lieu, il a comme point de mire une

(424) JENNY (F.), *op. cit.*, p. 219.

(425) Voy. par exemple les conclusions de l'avocat général Trstenjak sous l'arrêt de la Cour du 17 avril 2008, *Quelle*, C-404/06, point 59 et les références citées; conclusions de l'avocat général Kokott, sous l'arrêt de la Cour du 8 novembre 2006, *Leffler/Berlin Chemie*, C-443/03, *Rec.*, p. I-9611, point 48.

(426) Voy. *supra* note 422 la citation du professeur Stigler.

(427) Pour de plus amples développements sur l'objectif d'efficacité parmi les autres buts assignés aux règles de concurrence dans le traité, Voy. SIBONY, A.-L., *Le juge et le raisonnement économique*, *cit. supra* note 386, spéc. n° 85 à 101, p. 65 à 81.

propriété particulière des règles, à savoir leur efficacité, entendue comme un rapport particulier d'une règle au but qu'elle poursuit, au même titre que la proportionnalité. En second lieu, le regard économique n'est pas neutre. Il est au contraire ouvertement normatif, en ce sens qu'il accorde une priorité à la maximisation des richesses, qui n'est qu'un but particulier parmi les buts possibles des règles de droit. Il en résulte qu'il convient de distinguer entre deux prismes issus de la science économique, le prisme de l'efficacité et le prisme de la maximisation des richesses. Le premier est un outil analytique qui peut être appliqué à l'étude de la jurisprudence de la Cour quel que soit le domaine considéré et sans que cela heurte les présupposés, les valeurs ni les habitudes de raisonnement communes aux juristes. En effet, si ce premier prisme n'est pas axiologiquement neutre, en ce qu'il suppose une aversion pour le gaspillage, ce jugement de valeur passe inaperçu, car il est consensuel. En outre, l'approche de la jurisprudence en termes d'efficacité ne représenterait pas, si elle était plus largement pratiquée, une rupture épistémologique pour les juristes en général et pour la Cour de justice en particulier, tant le contrôle de l'efficacité d'une solution ressemble au contrôle de proportionnalité, si largement pratiqué par la Cour. En revanche, le second prisme économique, celui de la maximisation des richesses a une légitimité bien plus partielle et il ne paraît opérant que pour une minorité de règles, dont les règles de concurrence, dont il est possible de démontrer qu'elles poursuivent, entre autres, ce but.

Si une face du prisme de la science économique est ainsi tournée vers les règles de droit, une autre est tournée vers les faits et ce second aspect intéresse également la Cour.

### C. — *Les économistes s'intéressent aux faits*

Les économistes ne regardent pas seulement les règles de droit, mais aussi les faits. Si cette évidence mérite d'être rappelée, c'est que les économistes appréhendent les faits en général et ceux qui ont donné lieu à un arrêt en particulier à travers les catégories de la science économique. Ici encore, le terme « prisme » convient bien pour désigner une grille de lecture des faits, forgée à partir des notions propres à la science économique, lesquelles sont souvent différentes des notions juridiques. Ainsi, là où un juge verra deux entreprises en relation d'affaires, une position dominante et un refus



de contracter, l'économiste verra peut-être une entreprise disposant d'un fort pouvoir de marché et mettant en œuvre une stratégie d'éviction envers l'autre.

Le fait d'aborder une même réalité factuelle à partir de notions différentes conduit à se poser des questions différentes. Ainsi, pour reprendre l'exemple précédent, le juge se demandera, pour vérifier que la position dominante pressentie est bien établie en l'espèce, quel est le marché pertinent et si l'entreprise en cause y détient une position dominante. De son côté, l'économiste, pour vérifier son hypothèse de stratégie d'éviction, se concentrera sur la rationalité d'une telle stratégie, compte tenu des caractéristiques des entreprises et des produits en cause.

La confrontation de questionnements différents à propos des mêmes faits offre des points de contact fructueux entre le droit et la science économique. En effet, comme tout un chacun, un juge ne sera jamais plus attentif à un regard autre que le sien que lorsque ce regard se porte sur les faits dont il est actuellement saisi. Autrement dit, c'est lorsqu'ils sont braqués au même moment sur les mêmes faits que le prisme du juge et celui de la science économique entrent en résonance. Ce type de rencontre est facilement repérable et largement repéré en droit de la concurrence. Toutefois, il n'est pas exclu que d'autres branches de la science économique que l'économie industrielle s'intéressent un jour aux situations régies par les autres branches du droit européen que le droit de la concurrence (428). Ainsi, les relations entre les travailleurs et leurs employeurs, les décisions d'achat prises par les consommateurs ou encore les mesures prises pour protéger l'environnement sont autant de thèmes pour une science économique européenne, qui serait directement en prise avec le droit communautaire. Certes, ces thèmes ne sont pas délaissés par les économistes, qui s'intéressent parfois de très près aux règles de droit, notamment en droit de l'environnement (429). Mais précisément, l'intérêt des économistes pour ces règles ne suffit pas à ce que leur point de vue soit pris en con-

(428) Pour un appel à la création d'une « école européenne » d'économie - dans le domaine de la concurrence - voy. HILDEBRAND (D.), *The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules*, La Haye, Kluwer Law International, coll. « European Monographs », vol. 17, 2<sup>e</sup> éd., 2002 et, du même auteur : « The European School in EC Competition Law », *World Competition*, vol. 25, n° 1 (mars 2002), pp. 3-23.

(429) Voy. par exemple, FAURE (M.), *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

sideration par la Cour. Sans l'intimité qui se crée entre des points de vue différents à l'occasion de leur confrontation à propos de faits particuliers, la doctrine économique, quoique tournée vers le droit, se situe trop loin de la Cour pour influencer sa jurisprudence.

Pour aller plus loin et tenter de comprendre comment par quelles voies une telle influence peut passer, il convient de se demander ce que voient les économistes lorsqu'ils portent leur regard simultanément sur une règle de droit appliquée par la Cour et sur la situation factuelle qui était l'objet du litige tranché par elle. Ce n'est qu'ensuite qu'il sera possible de se demander comment la Cour peut intégrer dans sa jurisprudence l'image que lui renvoient les économistes.

## II. - QUE VOIENT LES ÉCONOMISTES ?

L'expérience acquise en droit de la concurrence tend à montrer que, lorsqu'un économiste se penche sur une affaire, il est parfois frappé par ce que les juges n'ont pas vu. Ainsi, le type de critique le plus fréquent venant d'un économiste consiste à relever un fait qui lui semble pertinent et qui, soit a été ignoré, soit n'a pas reçu dans le jugement la signification que l'économiste lui aurait donnée. Ainsi, pendant de longues années, les commentateurs économistes ont reproché à la Cour sa définition du marché pertinent, mettant l'accent sur l'interchangeabilité des biens regroupés en un même marché (430). Pour être tout à fait précis, il convient cependant de mentionner que c'est moins la définition jurisprudentielle de la notion de marché en elle-même qui était accablée de reproches que la manière dont cette définition était mise en œuvre (431). En effet, sans contester le critère central de cette définition, à savoir la substituable des différents biens considérés du point de vue du consommateur, les économistes faisaient régulièrement valoir que, ce qui rend des biens substituables, ce ne sont pas seulement leurs caractéristiques objectives, mais l'importance subjective que revê-

(430) Dans son arrêt du 21 février 1973, *Continental Can/Commission*, 6/72, *Rec.*, p. 215, point 32, la Cour définit un marché comme l'ensemble constitué par les « produits (...) particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et (...) peu interchangeables avec d'autres produits ».

(431) Des l'arrêt *Continental Can*, précité, la Cour avait précisé que l'interchangeabilité doit s'apprécier au regard non seulement de l'utilisation des produits considérés, « mais encore par des caractéristiques particulières de production qui les rendent spécifiquement aptes à cette destination » (*ibid.*).

tent ces caractéristiques pour les consommateurs amenés à choisir entre ces biens et d'autres (432). Ainsi, le fait par exemple que les bananes présentent des caractéristiques distinctives des autres fruits frais, car, selon les termes de la Cour dans l'arrêt *United Brands*, « la banane a une apparence, un goût, une consistance moelleuse, une absence de pépins, un maniement facile » (433) n'est pas, pour un économiste, une bonne raison de considérer qu'il existe un marché des bananes distinct d'un ou plusieurs autres marchés de fruits frais. En effet, si, comme le relève la Cour, ces caractéristiques objectives revêtent, pour « une catégorie importante de la population composée d'enfants, de personnes âgées et de malades » (434) une importance toute particulière, cette considération ne devrait avoir d'incidence sur la délimitation du marché que si cette fraction des consommateurs est responsable d'une forte proportion de la consommation de bananes. À cet égard, le fait que la Cour se borne à relever qu'il s'agit d'une « catégorie importante » de la population n'est pas satisfaisant pour un économiste. Celui-ci, sans mettre en doute « l'importance » au sein d'une société de ses membres les plus jeunes et les plus âgés ou malades, n'est pas convaincu. En effet, d'un point de vue économique, l'élément pertinent à ce stade du raisonnement est la proportion des consommateurs édentés (ou assimilés) parmi les consommateurs de bananes (435). Sauf à prouver que cette proportion est suffisamment importante pour avoir un impact significatif sur la demande globale de ce fruit, les caractéristiques objectives des bananes, dont la Cour fait si grand cas pour délimiter le marché, sont anecdotiques (436). Ainsi le reproche de l'économiste à la Cour ne porte pas sur sa définition du marché, mais sur le fait de ne pas exiger certains éléments de preuve lorsqu'elle examine la condition de substituabilité. Ce reproche vient bien du fait que

(432) Pour une reprise de ces critiques économiques par un commentateur juriste, voy. par exemple KORAH (V.), « Concept of Dominant Position within the meaning of Article 86 », *CMLR*, 1980, pp. 395-414, spéc. p. 398 et p. 404.

(433) Arrêt de la Cour du 14 février 1978, *United Brands/Commission*, 27/76, *Rec.*, p. 207, point 31.

(434) *Ibid.*

(435) Sur l'évolution du raisonnement de la Cour sur ce point, V. SIBONY (A.-L.), *op. cit.*, n° 545 et s., p. 363 et s.

(436) Ce qui est anecdotique pour un économiste peut néanmoins être l'objet d'un questionnement sociologique. Ainsi, un *legal realist* se demanderait pourquoi les caractéristiques intrinsèques de la banane ont reçu tant d'importance dans le jugement de la Cour. Le type d'explication qui serait pertinent de ce point de vue tiendrait, par exemple, au fait - s'il était avéré - que le juge rapporteur dans cette affaire portait un dentier.

l'économiste et la Cour ne regardent pas des faits donnés à travers le même prisme. Là où la Cour regarde différents fruits, l'économiste regarde les caractéristiques de la demande pour ces différents fruits.

Cet exemple illustre un trait plus général de la critique économique adressée à la jurisprudence de la Cour (437). Un économiste qui se penche sur un arrêt susceptible de faire jurisprudence voit dans les faits de la cause des éléments qui lui semblent pertinents en l'espèce et par rapport à la question que traite le juge (l'importance de la marge de consommateur sensible à certaines qualités du produit dans l'exemple de l'arrêt *United Brands*). Il déplore alors que l'arrêt ne relève pas cette pertinence et il a, d'un point de vue juridique, d'autant plus lieu de le déplorer que les décisions du juge sur la pertinence ou l'indifférence de certains faits par rapport à une question susceptible de se poser dans d'autres espèces, comme la délimitation du marché, sont précisément ce qui dans un arrêt « fait jurisprudence ».

On remarquera, une fois encore, que c'est le droit de la concurrence qui permet de repérer et de décrire une critique économique et c'est l'expérience dans ce seul domaine qui permet de la qualifier de typique. Cela ne saurait surprendre, car c'est le domaine dans lequel les économistes ont à la fois les idées les plus précises sur l'interprétation des faits et la plus grande familiarité avec les questions de droit que doit trancher le juge. Toutefois, il importe de se demander dans quelle mesure des critiques de mêmes types pourraient être formulées dans d'autres domaines. Si l'on avoue manquer d'exemples, faute de doctrine économique constituée dans d'autres matières du droit communautaire, on peut néanmoins observer que ce type de critique serait concevable en dehors du droit de la concurrence. Cela vient de ce que la grille de lecture que les économistes appliquent aux faits comporte des invariants caractéristiques de la science économique et non propres au domaine concerné. Ainsi, les économistes envisagent tous types de faits à travers les catégories de coûts, d'incitations et sous l'hypothèse de rationalité. Sans épuiser les subtilités du prisme de la science économique, ces catégories en constituent l'armature. Or, par leur généralité, elles forment une matrice de découverte de faits potentiellement

(437) Le lecteur intéressé trouvera d'autres exemples dans SIBONY (A.-L.), *op. cit.*, *supra* note 396, spéc. n° 761 à 804, p. 481 à 503 à propos de la possibilité de récupération dans l'appréciation de la prédation au titre de la prohibition des abus de position dominante (article 82 CE).

pertinents, qui semble *a priori* applicable à tous les domaines. C'est pourquoi il n'y a pas de raison de penser que c'est uniquement en droit de la concurrence qu'un dialogue fructueux peut se nouer entre la Cour et des économistes. Il en est d'autant plus ainsi que la discussion d'une solution jurisprudentielle menée d'un point de vue économique se ramène toujours à des arguments qui peuvent être pris en considération par la Cour dans le cadre d'un raisonnement consquentialiste (438). Or on sait que la Cour pratique ce type de raisonnement dans tous les domaines de sa jurisprudence, ne serait-ce qu'à travers une technique d'interprétation qui a ses faveurs, l'interprétation en termes d'effet utile (439).

Il convient toutefois de préciser que l'universalité de la grille de lecture économique n'a pas pour effet de rendre pertinente toute critique économique adressée aux arrêts de la Cour. En effet, même lorsqu'un juge se prononce sur des faits — ce qui n'est pas toujours le cas de la Cour, puisque celle-ci statue dans de nombreuses matières comme juge de cassation — un juge ne se prononce jamais seulement sur des faits. Le juge tranche un litige (440). L'enseignement que recèle, pour les économistes qui s'intéresseraient aux arrêts de la Cour, cette formule classique est une invitation à tenir compte dans leurs critiques de certaines réalités procédurales, au risque que leurs observations manquent de pertinence juridique. La première de ces réalités tient précisément au fait qu'un litige se caractérise par l'existence de prétentions opposées à propos du traitement juridique que doit recevoir une situation factuelle donnée. Le juge est

(438) Un raisonnement est dit consquentialiste lorsqu'il part des conséquences qu'empourait le choix d'une option parmi plusieurs envisageables (par exemple une interprétation possible d'une règle donnée) pour opérer un choix entre ces différentes options. Pour reprendre les termes du professeur Muir-Watt, il s'agit du raisonnement « qui veut qu'une solution sera jugée bonne ou mauvaise non pas en raison de sa conformité à une norme préalable ou à un critère transcendant du juste, mais au vu de ses conséquences » (MUR-WATT (H.), « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in DEFFAINS (R.) (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, pp. 37-45, spéc. p. 42).

(439) Cette interprétation consiste à écarter un sens possible d'un texte au motif que, si ce sens lui était attribué, un texte (le même ou un autre) se trouverait, par voie de conséquence, dépourvu d'effet utile (sa présence ou son absence dans le corpus de règles juridiques en vigueur seraient équivalentes). Cette conséquence est jugée inacceptable par la Cour, car contraire au postulat implicite selon lequel le législateur ne parle pas pour ne rien dire. Pour un exemple récent, parmi une multitude, voy. l'arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, *Leval*, C-41/05, p. I-11767, point 80.

(440) NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ-Pichon et Durand-Auzias, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 65, 1965; D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : être le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 410, 1994, préf. G. WIEDERKKEH.

saisi de ces prétentions et n'est saisi que de ces prétentions. Telle est la restriction imposée par un principe général de procédure, également applicable devant la Cour, le principe dispositif, qui interdit au juge de statuer *ultra petita* (441). Contrairement à ce qui a été soutenu autrefois, le principe dispositif n'interdit en revanche pas au juge de se référer, pour trancher le litige, à des faits qui n'ont pas été mis dans le débat par des parties (442). Le juge est lié par leurs prétentions, mais pour admettre ou rejeter leurs arguments, rien ne l'empêche de se référer à des faits que les parties n'ont pas spécialement allégués ou dont elles n'ont pas souligné la pertinence, à condition toutefois de provoquer un débat contradictoire sur les points de fait qui n'auraient pas été soulevés par les parties (443).

L'économiste qui se livrerait à un exercice d'arrêtiste doit aussi avoir égard au rôle particulier qui incombait au juge dans le type de procès dont l'arrêt qu'il commente est issu. En effet, s'il s'agit, par exemple, de la Cour statuant en tant que juge de cassation sur un recours contre un arrêt du Tribunal, elle se prononce à un stade de la procédure où les faits sont cristallisés et ne peuvent être remis en cause. À ce stade, il lui est seulement possible de statuer sur les conséquences juridiques qu'aurait dû tirer le Tribunal d'un fait établi. Il convient d'observer que ces restrictions n'ont pas pour effet de neutraliser toute critique économique des arrêts rendus par la Cour en tant que juge du droit. Encore une fois, la critique typique d'un économiste porte sur la pertinence qui aurait dû être accordée à certains faits. Or la pertinence d'un fait est en principe une question de droit, qui reste du ressort de la Cour, même lorsqu'elle statue sur pourvoi (444) ou à titre préjudiciel.

(441) Pour un exemple d'application de l'interdiction de statuer *ultra petita*, voy. l'arrêt de la Cour du 15 juin 2006, *Commission/France*, C-255/04, *Rec.*, p. I-5251, point 24. *Adde* : conclusions de l'avocat général Poiares Maduro sous l'arrêt de la Cour du 8 février 2007, *Danone/Commission*, C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, points 46 à 49 et référence citées.

(442) Le caractère erroné de la conception extensive du principe dispositif a été démontré par le professeur Jacques Normand, dans sa thèse : NORMAND (J.), *op. cit.*, passim.

(443) NORMAND (J.), *op. cit.*, *supra* note 441, notamment n° 223, p. 217. *Adde* : FRISON-ROCHE (M.-A.), *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse, Paris II, 1988; MINTATO (L.), *Le principe du contradictoire en droit processuel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. 483, Paris, 2008, préf. B. BRICENIN.

(444) Ce point appellerait des discussions qui dépassent le cadre de cet article et pour lesquelles le lecteur intéressé pourra se reporter à SIBONY, A.-L., *op. cit.*, *supra* note 396, n° 985 et s., p. 587 et s. En substance, la difficulté tient au fait que, dans le contrôle de légalité exercé par la Cour sur les décisions du Tribunal, il faut distinguer entre le contrôle de qualification et le contrôle de motivation. Mais quelles que soient les subtilités de cette distinction, il n'est pas contesté que la Cour opère ces deux types de contrôle. Or, la pertinence d'un fait s'entend soit de sa pertinence pour justifier une qualification, soit de sa pertinence pour étayer une appréciation. Le contrôle de pertinence tombe donc nécessairement sous l'un ou l'autre contrôle. En ce sens, et

Les économistes ont donc intérêt, s'ils veulent être entendus de la Cour, à tenir compte des principes fondamentaux de procédure, en ce que ceux-ci gouvernent le caractère admissible d'arguments d'un certain type à un stade donné de la procédure. Cette exigence représente certes ce qu'un économiste appellerait un coût d'entrée dans le débat jurisprudentiel, mais ce coût apparaît modéré au regard de l'influence que peut avoir un argument économique sur la jurisprudence de la Cour s'il est convenablement formulé. En effet, le type de reproche que le prisme de la science économique permet de générer se traduit généralement en termes juridiques comme la critique d'un défaut de motivation. Or c'est là typiquement une catégorie de critiques que la Cour peut entendre et auxquelles elle peut répondre.

### III. — LA RÉCEPTION PAR LA COUR DU POINT DE VUE ÉCONOMIQUE

Du point de vue de la Cour, les critiques éventuelles adressées à certains de ses arrêts par des commentateurs économistes sont des critiques doctrinales, ni plus, ni moins. Elles se distinguent des critiques juridiques non par leur nature, mais par leur cible privilégiée. À la différence des auteurs juristes, les économistes critiquent rarement la cohérence d'une solution avec celles des arrêts qui l'ont précédée, car, comme on l'a vu, ils ne s'attachent pas à la jurisprudence en tant que telle. Plutôt que la cohérence, leurs flèches visent de manière privilégiée la pertinence des raisonnements retenus pour admettre ou au contraire écarter une qualification juridique. En termes juridiques, ce que dénoncent les économistes s'appelle donc une insuffisance de motifs (445). Or l'insuffisance de motifs est un

c'est le seul point qui importe pour le présent développement, le contrôle de pertinence d'un fait incombe à la Cour statuant sur pourvoi. Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général Tizzano sous l'arrêt de la Cour du 15 février 2005, *Commission/Tetra Laval*, C-12/03, *Rec.*, p. I-987, point 88, où l'avocat général décrit le contrôle exercé par la Cour comme un contrôle «de logique, de cohérence et de pertinence» (c'est nous qui soulignons).

(445) Dans le vocabulaire français spécifique au contrôle de cassation, cela s'appellerait un «manque de base légale». Voy. MOTULSKY (H.), «Le «manque de base légale», pierre de touche de la technique juridique», *JCP*, 1949 I.775, reproduit dans *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 31-37; MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, coll. «Bibliothèque Dalloz», 2002 (réimpr.), spéc. n° 142 et s., p. 162 et s. Mais ce terme n'ayant pas cours dans la doctrine communautaire ni dans les arrêts de la Cour, on s'en tiendra ici à l'expression générale de «défaut de motifs». Cela permet en outre d'éviter une ambiguïté, car le terme «manque

défaut que la Cour elle-même censure et parfois corrige. Aussi dispose-t-elle déjà de techniques juridiques éprouvées pour tenir compte, si elle le souhaite, des critiques que les économistes sont susceptibles d'adresser à certains de ses arrêts.

On distingue habituellement deux types de défauts de motifs, le défaut de motifs de droit et le défaut de motifs de fait (446). Or, le prisme de la science économique est susceptible de faire apparaître ces deux types de défaut, selon qu'il est orienté vers la règle de droit ou vers les faits. C'est pourquoi deux moyens privilégiés par lesquels la Cour peut tenir compte de l'image que renvoie de ses propres raisonnements le prisme économique sont ceux-là mêmes qu'elle emploie habituellement pour remédier à l'un et à l'autre type de défaut de motivation. Il s'agit, d'une part, de l'approfondissement de l'interprétation d'une règle par une précision nouvelle ou un ajout, qui répond à la critique d'explication insuffisante de la règle elle-même, et, d'autre part, de l'approfondissement du contrôle de motivation, qui répond à la critique d'explications insuffisantes sur l'applicabilité d'une règle à des faits (447). Ces deux approfondissements — du contrôle de qualification et du contrôle de motivation — n'épuisent cependant pas l'arsenal des techniques juridiques à la disposition de la Cour pour refléter dans sa jurisprudence un apport économique. Il faut aussi évoquer l'admission d'une présomption, qui est une autre manière de faire passer dans la jurisprudence un regard économique sur certains faits généraux. Il convient donc d'envisager ces trois techniques successivement.

En premier lieu, lorsqu'elle approfondit son contrôle de qualification, la Cour peut consacrer une interprétation d'une notion juridique qui accorde pertinence à certaines considérations de fait jugées décisives par des économistes. Ce type d'évolution de la jurisprudence répond au type de critique illustré plus haut par l'exemple de l'arrêt *United Brands* à propos de la délimitation du marché perti-

de base légale n'a pas le même sens dans la doctrine civiliste et en droit administratif. Sur les différents sens de l'expression «manque de base légale», Voy. LE BARS (Th.), *Le manque de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, coll. «Bibliothèque de droit privé», T. 270, Paris, 1997, n° 2, p. 1. Pour une proposition d'application détaillée de la théorie du manque de base légale à la réception du raisonnement économique, voy. SIBONY (A.-L.), *op. cit. supra* note 396, n° 1138, p. 668.

(446) Voy. LE BARS (Th.), *Le manque de base légale en droit judiciaire privé*, préc. spéc. n° 142, p. 109.

(447) Nous empruntons ici au vocabulaire de Motulsky, qui affirme que «le manque de base légale (...) consiste dans une insuffisance des explications fournies», *Principes*, préc. n° 142, p. 162.

ment. Comme on l'a vu, il était reproché à la Cour d'avoir négligé la pertinence décisive des préférences des consommateurs pour l'appréciation de la substituabilité de différents biens. Cette critique a été entendue par les juridictions communautaires, qui n'appréhendent plus depuis longtemps la substituabilité au regard des seules caractéristiques objectives des biens (448). Sur ce point, la critique économique a été intégrée dans la jurisprudence communautaire à travers une modification du contrôle de qualification.

Il convient de noter que la Cour n'accepte pas toujours de modifier dans le sens suggéré par les commentateurs économistes la manière dont elle contrôle une qualification. Il est possible de renvoyer sur ce point à la jurisprudence de la Cour concernant les prix dits de prédation, examinés au titre de l'abus de position dominante (art. 82 CE) (449). De nombreux auteurs économistes ont fait valoir que ce type de stratégie, qui implique des pertes dans un premier temps, n'est pas rationnelle, et donc pas vraisemblable, pour une entreprise si, en raison des circonstances du marché, elle n'a pas un espoir raisonnable de récupérer, dans un second temps, les pertes subies initialement (450). Cet argument conduit à suggérer à la Cour de reconnaître la possibilité de récupération des pertes comme un élément nécessaire à la qualification de prix de prédation (451). Malgré des invitations doctrinales pressantes, la Cour n'a pas d'emblée admis cette proposition (452). Récemment encore, elle a réitéré ce refus dans une affaire où l'avocat général s'était pourtant fait le

(448) À cet égard, l'arrêt du Tribunal du 6 juin 2002, *Airtours/Commission*, T-342/99, *Rec.*, p. II-2585 est un témoignage exemplaire de la prise en considération des arguments économiques sur la méthode de délimitation du marché. Voy. en particulier les points 32 à 42. Pour une discussion, SIBONY (A.-L.), *op. cit.* *supra* note 396, n° 552, p. 377.

(449) On appelle « prédation » une stratégie qui consiste, pour une entreprise dominante, à abaisser temporairement ses prix au point que ses concurrents, obligés d'aligner leurs propres prix, subiront des pertes insoutenables pour eux et quitteront le marché. Une fois les concurrents évincés – ou encore les concurrents potentiels dissuadés d'entrer sur le marché – l'entreprise prédatrice peut, dans un second temps, remonter ses prix à un niveau supérieur à ce qui aurait été possible en présence de concurrents. La prédation n'est pas une qualification légale (l'article 82 CE ne vise pas explicitement cette forme d'abus), mais ce n'en est pas moins une qualification juridique, consacrée par la jurisprudence (Voy. les arrêts cités aux notes *infra*).

(450) Voy. par exemple, FERROR (A.), « Abus de position dominante : prédation ventes liées », in ENCAONA (D.), et GUESNÈRE (R.), *Politiques de la concurrence*, Paris, La documentation française, 2006, pp. 257-269.

(451) Pour une discussion plus détaillée sur les différentes interprétations juridiques possibles de cet argument économique, Voy. SIBONY (A.-L.), *op. cit.*, n° 772, p. 487 et n° 785 et s., p. 494 et s.

(452) Arrêt de la Cour, du 14 novembre 1996, *Tetra Pak/Commission*, C-333/94 P, *Rec.*, p. I-5351, point 44. En dernier lieu, arrêt de la Cour du 2 avril 2009, *France Télécom/Commission*, C-202/07P, non encore publié au *recueil*, points 110 et s.

relais des arguments économiques (453). Cette affaire illustre donc que la perméabilité à l'analyse économique du contrôle de qualification qu'exerce la Cour est parfois réduite.

En second lieu, la Cour, lorsqu'elle approfondit son contrôle de motivation, peut répondre au reproche d'admettre comme satisfaisantes des motivations de fait jugées insuffisantes d'un point de vue économique. Le prisme de la science économique est, au moins en droit de la concurrence, un redoutable détecteur des insuffisances de motifs de fait. Aussi, ce type d'approfondissement n'est-il pas rare. Il n'est sans doute pas de meilleure illustration de ce phénomène que l'arrêt *Tetra Laval* (454). Dans cet arrêt, rendu en matière de contrôle des concentrations, il était question du rachat par un fabricant d'emballages en carton pour liquides (Tetra, fabriquant historique de « briques ») d'un fabriquant d'emballages en plastique pour liquides (Sidel). Cette opération de concentration avait été interdite par la Commission essentiellement au motif qu'il était probable que, une fois la fusion consommée, la nouvelle entreprise prendrait appui sur son pouvoir de marché historique dans le secteur des emballages en carton pour évincer des concurrents sur le marché des emballages en plastique, marché qu'elle ne dominait pas encore. Pour le présent propos, ce qui mérite plus particulièrement d'être relevé à propos du contrôle de motivation minutieux auquel se livre la Cour dans cet arrêt est la manière dont les exigences de motivation y sont définies. La Cour indique que, s'agissant d'une analyse prospective (ce qu'est nécessairement l'analyse de la Commission en matière de contrôle des concentrations, puisque ce contrôle s'effectue *a priori*), « une telle analyse requiert d'imaginer les *divers enchaînements de cause à effet*, afin de retenir ceux dont la probabilité est la plus forte » (455). Or, il est clair que, en la matière, de tels enchaînements ne peuvent être suggérés que par une analyse économique. Les économistes ont pris l'habitude d'appeler « scénarios » ces enchaînements causaux (456). La Cour, en exigeant

(453) Conclusions de l'avocat général J. Mazák sous l'arrêt *France Télécom/Commission*, cité *supra* note 453, points 65 à 77. On peut remarquer que l'avocat général prend argument d'un rapport d'économistes remis à la Commission, ainsi que sur un rapport de l'OCDE (point 75). Sur les débats que suscite cette proposition doctrinale, SIBONY (A.-L.), « Retour sur la qualification des prix prédateurs », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2007/12, n° 817.

(454) Arrêt de la Cour du 15 février 2005, *Commission/Tetra Laval*, C-12/03 P, *Rec.*, p. I-987.

(455) *Tetra Laval*, cité *supra* note 456, point 43.

(456) Voy. notamment FERROR (A.), précité et, pour une discussion de cette notion dans la perspective du contrôle juridictionnel, SIBONY (A.-L.) *op. cit.* *supra* note 396, n° 1117 et s., p. 689 et s.

de la Commission qu'elle définit des scénarios possibles, puis qu'elle en contrôle méthodiquement la probabilité au regard des éléments de preuve dont elle dispose, rejoint très exactement l'exigence de rigueur démonstrative formulée en économie industrielle (457). Ce faisant, la Cour ne se borne pas à faire siennes, dans son interprétation du droit, des déclarations de pertinence qui trouveraient leurs fondements dans des analyses économiques abstraites. Elle fait au contraire entrer dans le champ du contrôle des motifs le raisonnement économique par lequel la pertinence en l'espèce de chaque fait retenu est démontrée. Autrement dit, la Cour ne se contente pas d'adopter l'image d'une règle de droit qui résulte de son appréhension à travers le prisme de la science économique, elle s'intéresse à la manière dont ce prisme diffracte les faits. Outre la distinction du droit et du fait, la dichotomie qu'il convient de souligner ici oppose un résultat – l'interprétation d'une règle de droit issue d'une analyse économique mais qui en est détachable – et un processus – celui du contrôle sur le raisonnement économique particulier à propos des faits. Dans le premier cas, le raisonnement économique sous-tend les motifs de droit qui conduisent à favoriser une interprétation particulière, il peut être cristallisé dans un attendu de principe, devenir un élément d'une jurisprudence constante et ne plus être interrogé par la Cour. Dans le second cas, c'est dans chaque espèce que le juge va devoir suivre et refaire le raisonnement économique à propos des faits. En ce sens, l'approfondissement du contrôle de motivation est beaucoup plus engageant pour la Cour que la simple adoption d'un argument économique en faveur d'une nouvelle interprétation d'une notion. Lorsque la Cour accepte de faire porter son contrôle sur les motifs de faits, leur pertinence, leur cohérence et leur complétude, elle ouvre un véritable dialogue avec la science économique, car elle permet ainsi au juge communautaire de corriger l'image économique des faits s'il s'avérait que le prisme économique lui-même comporte des propriétés incompatibles avec la géométrie du droit.

(457) Sur cette convergence du contrôle de motivation avec la théorie contemporaine, voy. SIBONY (A.-L.) *op. cit.*, n° 1105 et s., p. 654 et s.

En troisième lieu enfin, la Cour peut donner effet à des conceptions économiques en admettant des présomptions. Si l'on voulait formuler cette troisième modalité d'intégration en termes d'optique, il faudrait sans doute recourir à une image en termes de luminosité plutôt qu'en termes de diffraction par un prisme. En effet, lorsqu'une présomption est admise, elle rejette dans l'ombre la démonstration de ce qui est présumé. À l'inverse, le degré d'exigence requis pour accepter une prétention qui va à l'encontre d'une présomption admise est plus élevé qu'il ne serait en l'absence de cette présomption. Tout se passe en quelque sorte comme si le juge braquait un projecteur surpuissant sur toute allégation contraire à une présomption admise afin d'un débusquer plus sûrement la moindre faiblesse. Cela s'explique aisément et se justifie par le fait qu'une présomption porte sur ce qui est considéré comme normal et dont, partant, chacun est aisément convaincu (458). Un exemple de présomption admise par la Cour et tirée du savoir économique concerne l'appréciation selon laquelle une concentration dite de «conglomérat» – c'est-à-dire entre entreprises qui ne sont ni concurrentes ni, directement ou indirectement, dans une relation de producteur à distributeur – n'est pas, sauf circonstances particulières appelant des explications circonstanciées, susceptible de restreindre la concurrence (459). En admettant une telle présomption, la jurisprudence communautaire définit une exigence de motivation particulière qui s'applique spécifiquement lorsqu'une partie allègue une situation qui n'est pas considérée comme économiquement normale. En d'autres termes, il arrive à la Cour de faire sien l'éclairage économique des faits, ombres et lumières comprises. Cette troisième technique se situe pour ainsi dire à mi-chemin des deux premières, dans la mesure où la Cour admet et cristallise dans une présomption une proposition issue de la science économique, sur laquelle elle ne reviendra pas à chaque fois, mais sur laquelle elle admet que l'on

(458) Pour de plus amples développements sur cette question, voy. A.-L. SIBONY, *op. cit.* supra note 396, n° 1270 et s. et les auteurs cités, spécialement S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de la normalité)*, Paris, LGDJ, coll. «Bibliothèque de droit public», T. 135, 1980, p. 135 et J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 379, p. 400.

(459) *Tetra Laval*, cité supra note 456, point 40 (en réponse à l'Arrêt du Tribunal du 25 octobre 2002, *Tetra Laval/Commission*, T-5/02, *Rec.*, p. II-4381, point 155).

puisse revenir si les allégations des parties sont suffisamment précises et convaincantes pour renverser la *doxa* économique.

\*

\* \*

Ceux qui sont formés à la science économique portent un regard particulier sur la jurisprudence de la Cour. En toute rigueur, on ne peut dire que la jurisprudence en tant que telle entre dans leur champ de vision. Les économistes portent plutôt leur regard, d'une part, vers la règle de droit (y compris jurisprudentielle) et, d'autre part, vers les faits qui ont conduit à la découvrir ou auxquels elle a été appliquée. C'est précisément parce que ce double regard renvoie contre celui du juge sur un même objet que ce que voient les économistes est intéressant pour la Cour du point de vue de la construction de la jurisprudence. En effet, retraduites dans les catégories du droit, les arguments économiques critiques à propos des arrêts sont très précisément de nature à faire évoluer la jurisprudence, car ils font souvent apparaître des insuffisances de motifs de fait ou de droit. Dès lors, la Cour, qui a elle-même pour mission de censurer et parfois de corriger ce type de défaut dans les jugements qui lui sont déférés, dispose déjà des techniques nécessaires pour tenir compte, si elle le souhaite, de l'image que lui renvoient les commentateurs économistes de ses propres jugements. La science économique est une source d'arguments juridiques pour les parties, mais aussi pour les avocats généraux et pour les juges qui y sont attentifs. Du point de vue pratique, trois techniques principales apparaissent particulièrement appropriées pour permettre à la Cour de refléter dans la jurisprudence les observations issues du prisme de la science économique. Il s'agit, premièrement, de l'approfondissement du contrôle de qualification, qui va de pair avec l'évolution de l'interprétation donnée par la Cour à une notion juridique, plus particulièrement en reconnaissant la pertinence d'un fait mis en avant par le raisonnement économique. La Cour peut, deuxièmement, s'appuyer sur les suggestions de la doctrine économique pour approfondir le contrôle de motivation qu'elle exerce. Enfin, troisièmement, lorsque les économistes parviennent à s'accorder sur le constat d'une régularité des phénomènes économiques suffisamment générale pour être considérée comme une expression de la normalité

économique, la Cour peut faire entrer dans sa jurisprudence, sous forme d'une présomption, la règle d'expérience économique ainsi mise à jour.