

Avant-propos

Lorsque j'ai appris le titre de la thèse de Madame Sibony, j'ai pensé que l'entreprise était un peu téméraire. En effet, ayant siégé pendant 18 ans comme juge au Tribunal de première instance des Communautés européennes et ayant eu l'honneur de le présider pendant neuf ans, je crois être bien placé pour savoir que le juge – en tous cas le juge communautaire – a une expérience mitigée du raisonnement économique. L'avocat général Darmon l'a exprimé dans ses conclusions sous l'arrêt *Pâte de bois*, lorsqu'il a remarqué que « la circonstance que deux explications opposées aient pu être avancées à propos d'un fait inexact conduit à une prudence légitime quant aux certitudes à retirer en l'espèce des enseignements de l'argumentation économique »¹. De fait, pour un juge communautaire, l'analyse économique apparaît, spécialement en droit de la concurrence, comme une source quasi-inépuisable de controverses sur les faits et parfois aussi sur le droit.

Devant un tribunal, la contradiction est bien sûr la règle, mais elle peut également se révéler technique et difficile. C'est la raison pour laquelle, il y a quelques années, nous avions essayé au Tribunal de nous adjoindre les services d'un économiste. Mais l'expérience n'a pas été totalement concluante sur tous les points : les juges l'ont peu consulté et, lorsqu'ils l'ont fait, ils ont parfois été assez peu éclairés par ses réponses, généralement sujettes à la réserve « toutes choses égales par ailleurs ». À tout le moins cette tentative a-t-elle démontré que la rencontre entre les raisonnements de l'économiste et ceux des juges n'allait pas de soi.

En ce sens, il fallait un certain optimisme et une bonne dose d'opiniâtreté pour entreprendre de démontrer comment le juge peut tirer profit des arguments

1. Conclusions de l'avocat général Darmon sous l'arrêt de la Cour du 31 mars 1993, *Albström e.a./Commission*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à 129/85, Rec. p. I-1307, point 384.

économiques sans renoncer aux exigences propres du raisonnement judiciaire. À cet égard, le point de vue adopté par Madame Sibony est très original. En effet, à la différence d'une doctrine abondante, elle ne plaide pas en faveur d'une jurisprudence toujours plus conforme à l'analyse économique, qui détiendrait une sorte de vérité du droit de la concurrence et de la réalité économique. Madame Sibony démontre que les objectifs du droit de la concurrence ne sont pas dictés par la théorie économique mais relèvent de choix politiques plus fondamentaux – tels que l'objectif de protection du consommateur – et qu'il faut s'abstenir de céder à tout enthousiasme pour l'économie mal digérée ou mal présentée. De même que les juristes doivent écouter les économistes pour mieux appliquer les règles de concurrence, les économistes doivent écouter les juristes pour affiner leur raisonnement et le rendre utilisable dans le procès. Ce qui est en jeu n'est pas la nécessité pour le juge de recourir à l'économie, mais les conditions de son bon usage.

Madame Sibony propose sur ce point une analyse théorique par laquelle elle montre comment les arguments économiques peuvent être intégrés à la formation d'un jugement et, ensuite, sur un plan plus pratique, s'inscrire dans les contraintes processuelles pesant sur le juge. Ce détour initial par la théorie est très utile, car il fait apparaître clairement ce que la pratique suggère à sa manière : le raisonnement économique a sa place dans le procès en droit de la concurrence et cette place ne bouleverse pas l'activité juridictionnelle. Elle la complique, sans doute, et requiert une certaine adaptation de la part des juges. Mais, et c'est ce qu'il convient de souligner, les litiges en droit de la concurrence requièrent avant tout, comme tous les autres, un juge. Comme le dit l'auteur, l'économie se présente comme une source d'arguments, pour les parties comme pour le juge lui-même. Ces arguments ne sont pas d'une nature différente des autres, il ne sont *a priori* ni plus ni moins forts que d'autres. Lorsqu'ils viennent des parties, ils doivent dans chaque espèce être soumis aux mêmes épreuves que tous les autres arguments de fait ou de droit afin d'en apprécier la force de conviction, à commencer par l'épreuve de la contradiction. Lorsqu'ils viennent de l'autorité de concurrence ou du juge du fait qu'est le Tribunal, ils doivent être soumis au même contrôle de pertinence, de complétude de cohérence que tous les motifs d'une décision administrative ou judiciaire².

Les développements consacrés par Madame Sibony au contrôle des motifs et à l'intensité de ce contrôle seront très probablement lus avec beaucoup d'intérêt par les spécialistes de droit de la concurrence, pour qui cette question est d'une brûlante actualité, mais aussi, plus généralement, par ceux qui étudient la jurisprudence communautaire. En effet, la thèse de Madame Sibony présente, là encore, une grande originalité, car elle s'appuie pour décrire le contrôle du juge

2. Comme l'a indiqué la Cour dans son arrêt du 15 février 2005, *Commission/Tetra Laval*, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 39, le juge communautaire vérifie que la décision qui lui est déférée s'appuie sur des motifs qui « constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées ». V. également l'arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, *General Electric/Commission*, T-210/01, Rec. p. II-5575, point 63.

communautaire sur des éléments de théorie du droit peut-être bien connus dans les pays francophones, mais qui ne me semblent pas avoir encore véritablement pénétré la réflexion sur le droit communautaire. En ce sens, le présent ouvrage illustre le fait que la réflexion académique sur le droit communautaire ne peut que gagner à intégrer les apports issus de différentes traditions théoriques.

Bo VESTERDORF

*Ancien président du Tribunal de première instance
des Communautés européennes*

Luxembourg, le 15 juillet 2007