

Lab.RII

**UNIVERSITÉ DU LITTORAL CÔTE D'OPALE
Laboratoire de Recherche sur l'Industrie et l'Innovation**

CAHIERS DU LAB.RII

- DOCUMENTS DE TRAVAIL -

N°167

Novembre 2007



**L'AUTONOMIE DE LA
VOLONTE ET LES
EXIGENCES DU DROIT
DE LA CONCURRENCE
EN EUROPE**

Valerius M. CIUCĂ

L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE ET LES EXIGENCES DU DROIT DE LA CONCURRENCE EN EUROPE

THE AUTONOMY OF WILLPOWER AND THE REQUIREMENTS OF THE COMPETITION LAW IN EUROPE

Valerius M. CIUCĂ¹

Motto: Inde latae leges ne fortior omnia posset²

Résumé – On a créé les Lois, en esprit ovidien donc, pour limiter le pouvoir des plus forts. L'idée de l'institution de règles précises destinées à un bon arbitrage dans les jeux de la compétition ou même de la lutte entre les divers acteurs économiques est une idée très ancienne. La raison même de l'existence des Lois est de tempérer le Pouvoir. C'est en ce sens qu'Ovidius Publius Naso s'était exprimé poétiquement il y deux mille ans. Et, bien avant lui, les Hittites et bien encore auparavant, les Assyriens (selon les petites tables cappadociennes). C'est, entre autres, le motif pour lequel nous avons choisi ce thème pour notre conférence. Par ailleurs, le concept de liberté économique illimitée des cocontractants est aussi très ancien. En pleine Époque classique romaine, période au cours de laquelle Ovidius Publius Naso a d'ailleurs vécu, le droit privé a été enrichi par le principe de l'autonomie de la volonté dans le cadre des rapports contractuels. C'est un principe qui jouait le rôle libérateur des énergies de la vie du contrat, trop limitées par les rigueurs excessives du formalisme ancien. En contrepoint au principe de l'autonomie de la volonté, **l'intérêt social** (et, par conséquence, la cause sociale du contrat) a connu une naissance tardive au Moyen Age. C'était grâce aux préoccupations sociales que la Chrétienté s'était rapprochée, par son Église (au niveau des confusions mêmes) des besoins de tous les gens, de tous les pauvres. Autrement dit, elle s'était confondue avec les nécessités générales, pas seulement avec celles des "majoritaires". De cette manière est né le "droit de la concurrence", comme un "droit du consommateur" *avant la lettre*, une branche de droit qui relativise la force de la ainsi nommée : "main invisible du marché" (Adam Smith). Aussi, le droit de la concurrence a la vertu suprême de pacifier la société et les rapports entre les États qui le reconnaissent (comme, *exempli gratia*, dans l'Union européenne), du moins dans le périmètre du domaine essentiel du commerce.

Abstract – The Law has been created, in Ovidien spirit, for limitation the power of the most powerful. The idea of having certain laws in order to achieve a good arbitrage in the frame of competition or even in the frame of the fight between different economic actors is a very old one. The power is the main reason for the laws. Ovidius Publius Naso has been expressed this in a poetically manner thousand years ago. A very long time ago, before him, the Hittites, the Assyrians (conforming to the Cappadociennes tins) expressed the same conceptions. This is one of the reasons we have been chosen this topic for our article. The concept of limitless economical power of the co-contractors is also very old. When Ovidius Publius Naso has been living, at the height of Roman classical period, the Private Law has been enriched by the autonomy of will principle. This principle has had the role of releasing the energies of the contracts' life that was too limited by the excessive rigors of the ancient formalism. Unlike the autonomy of will principle, the **social interest** (and consequently, the social cause of the contract) has been a tardy birth in the Middle Age. This was thanks to the social concern of Christianity and the Churches (even at the level of confusion) for all the people, for all the poor people. In other words, it was confused with the general needs, not only with those of the "majority". In this way, the Competition Law is born like a "Law of the consumer" *avant la lettre*, as law branch that shows the relativity of the force of so-called "invisible hand of the market" (Adam Smith). At the same time, the Competition Law has the supreme virtue of pacifying the society and the relationships between the States who are recognizing it (like e.g. the European Union) at least in the frame of the essential area of commerce.

© Laboratoire de Recherche sur l'Industrie et l'Innovation
Université du Littoral Côte d'Opale, novembre 2007

¹ Les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que leur auteur à titre personnel.

²Publius Ovidius Naso, *Fasti*: "On a créé des Lois pour que les plus forts ne puissent pas tout".

Comme inscrit sur les petites tables cappadociennes dans l'antique société assyrienne, la raison suprême de l'existence de la loi se trouve dans la vertu de la tempérance du pouvoir. Ou l'existence de la loi a trouvé sa raison suprême dans la vertu de la tempérance du pouvoir. La loi des XII tables romaines (*Lex duodecim tabularum*) a été adoptée suite aux grandes pressions plébéiennes. Les injonctions de la plèbe contre les patriciens ont visé, précisément, à obtenir la garantie contre toute forme d'abus de pouvoir et d'injustice dont le système "déréglementé", sans loi, permettait la manifestation.

Presque un demi-millénaire plus tard, le poète romain Publius Ovidius Naso est apparu comme le porte-drapeau de la conception légaliste et justicialiste. Il a immortalisé cette conception "concurrentielle et équitable", avant la lettre, dans ses inoubliables mots qui forment un vers de son œuvre *Fasti: Inde latae leges ne fortior omnia posset* ("On a créé des Lois pour que les plus forts ne puissent pas tout"). C'est, donc, la raison suprême de la création des lois et des instances. Ce qui est étrange dans l'histoire universelle du droit, c'est l'alternance entre les périodes volontaristes et les périodes formalistes (légalistes). La "légalisation" (l'édition de loi) est une action corruptrice qui peut donner naissance à des inflations législatives. Le peuple craint l'excès de formalisme car il redoute le manque de la liberté. Un fort volontarisme et libertinage des mœurs engendrent la crainte du manque d'ordre et de sécurité juridique. La peur d'être englouti par le chaos apparent des situations déréglementées provoque le retour aux autoritarismes. Et le cycle continue sans cesse.

Durant l'époque romaine classique, l'autonomie de la volonté était déjà consacrée comme un grand principe souverain applicable dans les rapports contractuels d'une manière pure et simple, comme presque quelque chose d'indiscutable. C'est une forme de fétichisme contractuel qui a corrompu les esprits rousseauistes de plus tard par les ci dites "contractualismes". Au sommet du "contractualisme", le proluxe philosophe Français Alfred Fouillé (1838-1912) déclarait: "Qui dit contractuel dit juste". L'esprit contractualiste pur s'arroge la qualité de trésorier de la liberté individuelle, bien que sur les plans anthropologique et juridique, la liberté individuelle est, plutôt, une aspiration constante et sanctionnée, depuis le moment de la conception (*Infans conceptus ...*) jusqu'au moment du décès (*supremum exitus*), est toujours pluri sémantique, pluri acceptionnelle, pluri forme. D'un autre côté, la sécurité juridique assurée en premier lieu par l'institution de la propriété, en second lieu, par la possession et, en troisième lieu, par les servitudes réelles, a représenté, de même, une aspiration humaine perpétuelle. Marcus Tullius Cicero disait, dans son discours *Oratio pro Ligario*, à Julius Caesar: "L'homme n'est jamais plus proche de la divinité que lorsqu'il assure la sécurité de l'homme".

La place de la volonté au sein des valeurs juridiques ne doit pas être fétichisée. En dépit du fait que, les consensualismes sont mieux préservés par l'élimination du principe ancien romain *Ex nudo pacto actio non nascitur*, la présence d'un moindre formalisme juridique est rassurante. Les motifs économiques et politiques qui sont de nature à préserver la paix sociale et la paix internationale doivent être, dans une mesure rationnelle, respectés à côté de ces trois exceptions classiques à la règle du volontarisme pure: la première, la clause *rebus sic standibus*; la seconde, la disparition de la cause du contrat, c'est-à-dire "lorsque près de la conclusion du contrat l'équilibre des prestations est rompu, l'une des prestations n'aurait plus de cause puisque la contre-prestation ne lui est plus équivalente";³ enfin, la force majeure "qui libère le débiteur, même si la jurisprudence n'a jamais admis que les difficultés économiques

³ Louis Josserand, *L'essor du concept contractuel*, en Mélanges Gény, t. II, apud Philippe Malaurie, Laurent Aynes, *Droit civil. Les obligations*, Éditions Cujas, Paris, 1985, page 333.

fussent constitutives de force majeure sauf stipulation particulière⁴. Cette dernière exception détermine le fait que le débiteur doit exécuter ses obligations, même en se ruinant. Autrement dit, il exécute son obligation au contraire de la règle selon laquelle "à l'imprévisible nul ne serait tenu"⁵. Le "contractualisme" pur affirmé par Jean-Jacques Rousseau et soutenu par Immanuel Kant doit être concilié avec le solidarisme contractuel prêché plus d'un siècle plus tard par Léon Duguit. Ce solidarisme contractuel de fond, caché sous les apparences d'un individualisme sans limites, a donné quand même naissance à cette fabuleuse économie sociale du marché assez rassurante aux États-unis qui, tout en gardant l'esprit libre, avait réussi à partir du XIX^{ème} siècle, à écarter l'individualisme et le volontarisme pur et sauvage (installé à l'époque dans toute l'Europe). Cette économie du marché libre, et paradoxalement sociale, américaine, a pu s'installer grâce à la création d'un droit très rassurant pour tous les acteurs essentiels d'un espace économique : à la fois pour les compétiteurs sur le marché, et également pour les consommateurs.

Cette branche du droit porte la dénomination *Antitrust Law*. Par la création de cette branche normative on a évité en Amérique la naissance des oligopoles, la malheureuse influence de monopole et, le plus important, les troublantes aides d'État illégitimes. On a évité ainsi l'apparition des "dangers mortels" comme par exemple « les fiançailles » entre un État fort et un groupe industriel très fort de nature à engendrer le déclenchement d'une guerre. Rappelons-nous ici l'ancienne Allemagne et l'ancienne firme Krupp (William Manchester). Ce type de liaison entre les plus forts politiquement et les plus forts économiquement a donné naissance à "deux enfants terribles" : la première et la deuxième guerres mondiales.

Inspiré par la sagesse reconnue à un jeune et brillant professeur de Harvard, nommé Robert Bowie, les pères fondateurs de l'Europe, Jean Monnet (selon ses *Mémoires*) et Robert Schumann, ont invité cette personnalité académique à Paris pour crayonner les premières esquisses du droit de la concurrence en Europe pour le premier traité paneuropéen après la guerre. C'était le Traité CECA de 1951. Dans ce traité, comme le disait Jean Monnet dans ses *Mémoires*, sont insérées les "palissades" contre les quatre "vices" de la liberté économique absolue. Ainsi, ces "vices" sont condamnés. Pour la première fois dans son histoire, l'Europe s'est dotée d'un droit de la concurrence. C'est un système de droit qui au fond relativise beaucoup le principe de l'autonomie de la volonté, principe considéré presque comme sacré par les défenseurs du volontarisme pur. C'est un système de droit qui par son ensemble désavoue la théorie centrale du volontarisme pur et sauvage ou du libertinage économique total, théorie cachée dans l'exhortation séculaire "laissez faire, laissez passer". C'est un système de droit qui illustre profondément le caractère mythique et mystifiant de la formule d'Adam Smith qui est le plus célèbre parmi les ultra-volontaires, celle de la "main invisible". La main invisible est seulement la main du Dieu, toutes les autres sont des mains fausses et fallacieuses. "La main invisible" n'existe plus, parce que seulement par voix d'infraction on règle de manière mystique le marché.

⁴ Emmanuel Gounot, auteur qui a formulé le principe de l'autonomie de la volonté dans l'œuvre homonyme, *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé. Étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912, apud Ph. Malaurie, op. cit, page 333".

⁵ Valerius M. Ciuca "Essai sur l'autonomie de la volonté et la liberté individuelle dans la vie juridique d'une personne", en *Anuarul Fundatiei Academice "Petre Andrei", Iasi*, Tomul V, 1995 p. 12.

C'est seulement Dieu qui est capable de transformer l'ordre en chaos, tout en restant invisible pour la plupart des observateurs. Le marché, même dans le cadre de système *fuzzy*, ne fonctionne pas sur les fondements instables du hasard. Le marché n'est pas une somme d'occurrences ou de formes du hasard pur. Il n'est plus une forme "conspirationniste" économique et juridique comme le suggère la ci dite "main invisible". Le marché est plutôt une forme de culture matérielle dominante à un moment donné, un échange symbolique de valeurs, une forme de reflets, de besoins, mais aussi une forme de créations de nouvelles nécessités artificielles. Finalement, à notre regard, **le marché est un jeu social culturellement dominé et anthropologiquement déterminé**, pas de tout un simple terrain d'inexorabilités mécaniques de type cartésien, selon la vision mécaniciste qui, en fait, téléologiquement avait inspiré Adam Smith.⁶ De cette manière, nous avons le marché que nous pouvons inventer, et non pas le marché déterminé par des éléments abstraits, invisibles, indépendants de notre culture juridique. Parallèlement, le marché est une forme de reflet, un miroir de la culture mercantile dominante à un moment donné. Le marché est un résultat transitoire de la culture matérielle humaine dans une société donnée. C'est pour ces raisons, me semble-t-il, que Max Weber, dominé par une sorte de réductionnisme, a exalté la force du protestantisme par rapport aux placements financiers et à la vie du capital. C'est également pour ces raisons, je crois, que Marx, contaminé par le même esprit réductionnisme, a eu un premier regard sociologiste sur le marché, en fétichisant le rôle des rapports de production. Ainsi, de nos jours, l'immense majorité des penseurs juridiques et économiques, dominée aussi par l'esprit réductionniste, proclame la force du pragmatisme économique. Le pragmatisme économique remplace, de cette manière, le réductionnisme idéologique qui est mort pendant la crise énergétique de 1973. Les idéologies totalisantes se sont éteintes dans ces années à la même époque.

Le droit européen de la concurrence représente *aurea mediocritas* entre les théories de la déréglementation non concurrentielle et chaotique, d'une part, et les théories du dirigisme juridique anti-concurrentiel, artificiel, faux, d'autre part. Ces deux hypostases extrêmes (qui paradoxalement s'unissent dans des conduites de type monopoliste oligarchique formant une véritable *conjunctio oppositorum*) sont en égale mesure dangereuses.

Le droit de la concurrence met en évidence l'utopie d'Adam Smith et démontre très clairement que le marché n'est pas un terrain de l'inconscient économique, un terrain sur lequel on peut effectuer "psychanalyse économique". Nous ne pouvons pas ignorer le fait que, ainsi que tout organisme vivant, le monde, et bien sûr le marché, sont souvent sous minés par des crises. Les crises doivent être acceptées comme telles. Adam Smith par sa "main invisible" n'acceptait pratiquement les crises. Mais, il n'avait pas le droit de les ignorer à partir du moment où, pendant l'année durant laquelle il a publié *Richesses des nations*, l'Angleterre n'a pas surmonté les grandes crises économiques, et plus encore, elle est entrée dans une longue période de profonde crise politique qui a débuté par la *Déclaration d'indépendance* des treize États américains. Séparément, nous ne pouvons pas accepter un organicisme de l'espèce (avec des fonctions autorégulatrices, "invisibles") à la place d'un organicisme individuel, naturel, scientifiquement déterminable.

La cartésienne, mécaniciste, "main invisible" d'Adam Smith nous suggère plutôt un genre de fatalisme schopenhauerien en économie, une terrible dissociation de la morale et du droit. La

⁶ Jeremy Rifkin, *Visul european*, Traducere de Dan Golopentia, Ed. Polirom, Iasi, Romania, 2006, p. 91.

théorie du Max Weber est bien différente. Nous considérons, de même, que sans morale le marché s'écroule.

Le droit européen de la concurrence part d'une prémisse morale et juridique : il reconnaît le principe de l'autonomie de la volonté, mais pas du tout comme un principe absolu, mais bien au contraire, il le reconnaît comme une forme de mise en œuvre, dépourvue d'obstacles, des libertés interne et externe reconnues aux individus pour leur propre bien et pour le bien social. C'est plutôt une forme libertaire prescrite par l'intérêt suprême de la société qui est la préservation de la paix sociale et internationale. Pour ces raisons, les règles et les instances européennes sont assez différentes par rapport aux règles et aux instances anciennes romaines. Même la division du travail est influencée par les règles morales et juridiques. Les forces économiques s'expriment en premier lieu, et ensuite, les règles juridiques imposent des limites praxéologiques. En conséquence, la ci dite "main invisible" d'Adam Smith, sous l'influence du Descartes et qui, ultérieurement, avait influencé la pensée d'autres parents de l'individualisme et du volontarisme extrême dans la vie du capital (comme par exemple David Ricardo et Wilfredo Pareto) ne peut pas, dans son apparence métaphysique, éloigner "l'État gendarme" de son rôle d'arbitre impartial dans une concurrence qui, de toujours, pour être acceptable, réclame tant de règles équitables et justes.

L'avant-garde des idées solidaristes sociales et weberniennes en ce qui concerne l'unité culturelle du marché et du capital on a représenté, paradoxalement pour quelques penseurs, l'Église. L'Église du Moyen Age avait inventé la notion juridique de cause du contrat. C'était une notion assez vague dans le droit romain. L'Église avait inventé le concept d'"intérêt social" et à partir de là, a été créé plus tard le droit social, le droit des assurances sociales des risques du contrat découlant du contrat de travail etc. La cause sociale du contrat, de même, dans les efforts de l'Église médiévale on a pétri la pâte. C'était grâce aux préoccupations sociales que la Chrétienté s'est rapprochée, par son Église, des besoins de tous les gens, de tous les pauvres. Autrement dit, elles se sont confondues avec la nécessité générale, et non pas seulement avec celles des "majoritaires".

De cette manière est né le Droit de la concurrence comme un droit pacificateur, et bien sûr comme un Droit du consommateur (avant la lettre), une branche du droit qui relativise la ainsi nommée "main invisible du marché"⁷. Ainsi, le droit de la concurrence a la vertu suprême de pacifier la société et les rapports entre les États qui le reconnaissent (comme, *exempli gratia*, dans l'Union européenne), du moins, dans le périmètre du domaine essentiel du commerce.

*

*

*

⁷ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Ed. princeps, 1776.