

Université catholique de Louvain - Faculté de Droit

Chaire de droit européen - Master en droit international et européen

Cours du Pr S. Francq : Les politiques européennes

Intervention de Jean-Sylvestre Bergé, Séance du 10 déc. 2008

---

## QUEL(S) MODÈLE(S) DE CONCURRENCE NORMATIVE EN EUROPE ? APPROCHES ÉCONOMIQUES ET JURIDIQUES

*Nota bene : ce court texte de présentation est tiré d'une étude rédigée par Sophie Harnay<sup>1</sup>, économiste (Economix UMR CNRS 7166) & Jean-Sylvestre Bergé<sup>2</sup>, juriste (Cejec EA 2320) - Université Paris Ouest Nanterre La Défense, à paraître dans un ouvrage collectif, Editions Lexis Nexis.*

Le concept de concurrence normative<sup>3</sup> est largement mobilisé par l'analyse économique du droit, ainsi qu'en témoigne le nombre important de travaux et recherches qui lui sont consacrés dans différents domaines de l'activité juridique (droit de la concurrence, droit environnemental, droit des sociétés...) et cadres géographiques. Pour autant, il souffre d'une certaine imprécision sémantique. Il fait ainsi référence tantôt à une simple modalité de relation « pratique » entre des règles – éventuellement des acteurs, voire des systèmes – juridiques, tantôt à des hypothèses et modèles économiques bien précis. Dans ce dernier cas, les analyses d'économie du droit exploitent directement l'analogie avec le concept de concurrence économique. Elles considèrent ainsi des offres et demandes concurrentielles se rencontrant sur un marché juridique défini plus ou moins largement et induisant certaines conséquences sur le produit juridique offert. Le résultat attendu sur la règle de droit dépend alors largement de la conception de la concurrence adoptée. S'inspirant en cela des principales conceptions de la concurrence élaborées par l'analyse économique, l'économie du droit développe deux approches alternatives. La première privilégie une approche de la concurrence inspirée des modèles de l'économie publique locale et de l'offre de biens publics locaux par des juridictions géographiquement définies – dans la lignée de l'analyse de Charles Tiebout (1956). Les règles de droit sont alors analysées comme des biens collectifs indivisibles pour lesquels des citoyens – consommateurs émettent une demande que les

---

<sup>1</sup> Université Paris Ouest Nanterre La Défense et EconomiX – CNRS UMR 7166. Adresse postale : Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Maison Max Weber, Bâtiment K, 200, avenue de la République, 92001 Nanterre Cedex, France. Courriel : [sophie.harnay@u-paris10.fr](mailto:sophie.harnay@u-paris10.fr) ;

<sup>2</sup> Université Paris Ouest Nanterre La Défense et CEJEC EA 2320 ; adresse postale : Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Bâtiment F, Bureau 516, 200, avenue de la République, 92001 Nanterre Cedex, France. Courriel : [jberge@u-paris10.fr](mailto:jberge@u-paris10.fr)

<sup>3</sup> Nous utilisons ici le terme de concurrence normative. La littérature économique du droit tend à utiliser de façon substituable les termes de concurrence juridique, concurrence juridictionnelle, concurrence entre règles de droit et *regulatory competition*. Cette imprécision terminologique n'est pas sans rapport avec une certaine imprécision sémantique autour du concept.

juridictions satisfont par leur production juridique. En « votant avec leurs pieds », les citoyens – consommateurs révèlent leurs préférences pour une règle plutôt qu’une autre. La pression concurrentielle conduit de ce fait les gouvernements à offrir leurs produits juridiques à des prix « concurrentiels », sous la forme notamment de taux d’imposition favorables. La seconde conception de la concurrence juridique utilisée par l’analyse économique du droit diffère de la précédente en ce qu’elle se concentre sur le résultat du processus concurrentiel plutôt que sur son effet final sur la règle de droit (Vanberg et Kerber, 1994). Elle privilégie ainsi la dimension dynamique et évolutionniste du processus concurrentiel, considéré à travers son rôle dans la création et la diffusion de la connaissance sur ce que souhaitent les consommateurs et sur la façon dont leurs préférences peuvent être satisfaites d’une façon « meilleure » ou « moins coûteuse ». Au final, ces deux conceptions de la concurrence normative impliquent des résultats contrastés tant dans l’appréciation du phénomène de « course vers le haut » (*race to the top*) et de « course vers le bas » (*race to the bottom*) que sur la diversité de l’offre de règles découlant du processus concurrentiel.

L’analyse économique du droit a déjà progressé largement dans l’examen des résultats et conséquences de ces deux types de concurrence normative (voir par exemple Carney, 1997 ; Easterbrook, 1983 ; Esty et Geradin, 2001). Dans ce contexte analytique, le propos de notre contribution n’est donc pas de revenir sur la présentation des différentes modalités de la concurrence normative mais d’en examiner la portée dans une perspective européenne. A ce titre, notre objectif est double.

Premièrement, nous proposons de discuter la pertinence relative des conceptions alternatives de la concurrence normative en Europe. En effet, alors que l’analyse économique du droit s’est développée historiquement dans le contexte du droit et des institutions des Etats-Unis puis des systèmes fédéraux avant de trouver un champ d’application en Europe, on peut remarquer que sa transposition dans le contexte européen ne s’est pas toujours opérée avec la rigueur et la précaution adéquates. En particulier, plusieurs spécificités européennes – juridiques, économiques et culturelles – y limitent la portée du phénomène concurrentiel. Plutôt que de tenter de départager les deux conceptions de la concurrence en présence, on s’attachera à montrer que l’une ou l’autre peut éventuellement dominer dans un champ juridique et à une période donnée. En outre, nous suggérons l’hypothèse d’une substitution d’un type de concurrence à l’autre dans certains domaines de droit, au regard des évolutions jurisprudentielles récentes de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Deuxièmement, et plus fondamentalement, nous montrons que l’accent quasi-exclusif porté par l’analyse économique du droit sur le concept de concurrence conduit à méconnaître la spécificité du processus de construction européenne et l’importance des facteurs politiques pour celui-ci – quelle que soit la conception de la concurrence retenue. Ainsi, la construction européenne ne repose pas au premier chef sur une mise en concurrence horizontale des ordres juridiques nationaux. Nous proposons de ce fait d’interpréter la concurrence normative comme une méthode « par défaut » venant se substituer à la « méthode communautaire » lorsque cette dernière est mise en échec, plutôt que comme un instrument de construction européenne privilégié.

## **Bibliographie indicative**

- Carney W.J., “Explaining the Shape of Corporate Law: The Role of Competition”, *Managerial and Decision Economics*, 1997, vol. 18, 7-8, pp. 611-626.

- Easterbrook F.H. « Antitrust and the Economics of Federalism », *Journal of Law and Economics*, 1983, vol. 26, pp. 23-50.
- Esty D., D. Geradin, 2001. *Regulatory Competition and Economic Integration*, Oxford University Press.
- Tiebout C., “A Pure Theory of Local Expenditure”, *Journal of Political Economy*, 1956, n° 64, pp. 416-424.
- Vanberg V., W. Kerber,. “Institutional Competition among Jurisdictions : an Evolutionary Approach”, *Constitutional Political Economy*, 1994, vol. 5, 2, pp. 193-219.