

Actualités



CONCURRENCE

1308

« La concurrence requiert une constitution, juridique, élaborée et sophistiquée... elle vise à laisser le « possible » émerger et aux barrières la possibilité d'être renversées, pour constituer des sociétés ouvertes »

3 questions à Olivier Fréget, avocat à la Cour

Avocat spécialiste du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle, Olivier Fréget est l'auteur du livre « La Concurrence : une idée toujours neuve en Europe et en France » (éd. Odile Jacob). Son ouvrage est un appel à la défense de la concurrence qu'il présente comme le gage d'une société ouverte permettant de consacrer le mérite.

Au regard du titre de votre ouvrage, pouvez-vous nous expliquer en quoi la concurrence, fruit d'une construction millénaire, est une idée neuve ?

La naissance des marchés est inséparable de l'apparition d'un État minimal. Pensons par exemple, au Moyen Âge, aux grandes foires de champagnes ou aux phénomènes des villes-franches. L'idée que la mise en concurrence qui peut s'y manifester doit en tant que telle être favorisée et protégée est bien plus récente. La vision de la concurrence comme processus continu de réallocation dynamique des moyens de production au plus près des besoins à satisfaire, avec des entrées et des sorties constantes, requiert en effet de comprendre l'interaction entre réglementation et le respect des libertés fondamentales. Cette découverte a été très progressive, même si l'on trouve des références à l'interdiction des ententes pour manipuler le prix du grain dès le droit romain.

S'il n'existe pas de possibilité de concurrence sans respect de la propriété, système de poids et de mesure, protection des routes, tribunaux indépendants, puis réduction des corporatismes, la lutte contre les pratiques anti-concurrentielles n'apparaît qu'à la fin du XI^e siècle en Europe et aux États-Unis.

Et finalement, la dimension politique du respect de la concurrence n'a même été pleinement mise en lumière que plus récemment encore par les ordo-libéraux, essentiellement allemands. Ces derniers vont faire du respect de la concurrence le cœur de leur philosophie politique. À la différence précisément des libéraux

classiques ou des ultra-libéraux, les ordo-libéraux ont un apport spécifique qui tient à l'affirmation de la place de l'État dans la politique de concurrence. Ils pointent la naïveté naturaliste inhérente au « laisser-faire » du marché. Ils affirment bien haut que la concurrence requiert une constitution, juridique, élaborée et sophistiquée... dans la mesure où elle vise non pas à décider à la place de chaque acteur, ni à permettre à l'État de choisir le « gagnant » mais à laisser le « possible » émerger et aux barrières la possibilité d'être renversées, pour constituer des « sociétés ouvertes ».

Pour l'ordo-libéral, la concurrence n'est ainsi pas première. Michel Foucault (*Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979 : Gallimard-Seuil, Paris, 2004, Leçon du 7 février 1979, p. 124*) le résume parfaitement : « Ses effets bénéfiques, la concurrence les doit non pas à une antériorité de nature, à une donnée naturelle qu'elle porterait avec elle. Elle les doit à un privilège formel. La concurrence, c'est une essence. La concurrence, c'est un *eidos* ». La concurrence est ainsi une idée, un horizon, dont la mise en œuvre exige un travail continu : « Ça ne peut être que le résultat d'un long effort et, à vrai dire, la concurrence pure, elle, ne sera jamais atteinte. La concurrence pure ça doit être, et ça ne peut être qu'un objectif, un objectif qui suppose, par conséquent, une politique indéfiniment active. La concurrence, c'est donc un objectif de l'art gouvernemental, ce n'est pas une donnée de nature à respecter ».

Que représente pour vous « la concurrence pour les

mérites » ? Quels sont les leviers susceptibles de la favoriser ?

La notion de « concurrence par les mérites » renvoie à l'idée d'une « mise en précarité » de toutes les positions acquises. C'est la seule assurance qu'une société ouverte peut offrir à chacun d'entre nous, en termes de possibilité de trouver sa voie, par ses mérites, par sa différence, le cas échéant avec l'aide des autres. Cela exige que celui qui ne correspond plus aux besoins des consommateurs accepte de voir sa position remise en cause au profit de celui qui saisit mieux les besoins du moment. Cette notion conduit à admettre nécessairement que les formes d'organisation économique - les entreprises, en l'occurrence - sont « mortelles », comme Paul Valéry a pu le dire des civilisations. La « concurrence par les mérites » exige ainsi un droit de la faillite qui accepte la disparition rapide des entreprises dont le modèle est épuisé, refuse les aides directes aux entreprises en difficulté, démantèle les ententes pathétiques de ceux qui ne peuvent plus s'adapter aux besoins. La notion exige en outre de la part de toute entreprise qui a réussi, ou a hérité d'une position de marché par un privilège, qu'elle s'interdise de pérenniser son succès autrement que par la supériorité de ses produits, par exemple, en usant des techniques contractuelles pour verrouiller ses rivaux ou en puisant dans ses « poches profondes » pour vendre à un prix non soutenable par un concurrent aussi efficace qu'elle.

Le droit de la concurrence vous semble-t-il adapté aux

défis à relever par l'Union européenne ?

Il l'est dans ses principes et peu dans ses doctrines d'application, lesquelles ont considérablement évolué au tournant du 21^e siècle, sans réflexion juridique suffisante. La Commission a ainsi selon moi une doctrine peu lisible, trop opportuniste, trop focalisée sur la recherche des *hardcore* cartels et les affaires médiatiques d'abus de position dominante. Elle manque de constance dans l'application répétée des règles qu'elle dégage, préférant de plus en plus utiliser des outils de négociation avec les entreprises au détriment de la précision de règles claires et administrables.

Ce risque, M. Guy Canivet l'avait d'ailleurs anticipé dès 2005 en relevant que : « Dès lors que l'on estompe les frontières du licite et de l'illicite, que l'on rapproche l'autorité de sanction de l'auteur de la pratique, que l'on se dote de moyens pour recevoir des dénonciations, négocier des engagements, on instaure nécessairement une relation plus étroite, plus compréhensive avec les entreprises mises en cause. Cette souplesse est à la fois une force, puisque, pour sanctionner ces pratiques et trouver la bonne solution, on doit engager des négociations - on bénéficie en cela de la grande expérience des institutions communautaires -, mais aussi un danger qu'il ne faut pas méconnaître, celui inhérent à ce type de rapprochement : le risque de compromission. Et sur ce point, je crois qu'il faut prendre beaucoup de précautions, de garanties et prévoir des contrôles ».

Propos recueillis par Sarah-Laure Guillon, rédactrice en chef de la revue Contrats, concurrence, consommation