

**Colloque EUROPA – Limoges – 21 novembre 2014**

**La concurrence non faussée au sein de l'Union :**

**Peut-on évoluer vers une concurrence équitable en Europe ?**

## **Le concept de concurrence dans l'Union européenne : origines, contenu, devenir**

**Pierre Bauby**

Président de RAP (Reconstruire l'action publique)

Membre du Conseil scientifique d'EUROPA

Je voudrais dans cette introduction générale à notre colloque sur le concept de concurrence dans l'Union européenne, essayer d'aborder 3 questions :

- La concurrence, pourquoi ?
- La concurrence, c'est quoi ?
- La concurrence, vers quoi ?

sans rien cacher des grandes controverses qui les traversent.

Dès le traité de Rome de 1957 définissant l'objectif de réaliser un « marché commun » entre les 6 Etats fondateurs, la concurrence est érigée en compétence exclusive de la Communauté.

### **La concurrence, pourquoi ?**

On parle souvent à cet égard de la « politique européenne de concurrence », alors que de Rome à Lisbonne les traités ne parlent que de « règles communes de concurrence », applicables aux entreprises<sup>1</sup> et en matière d'aides d'Etat. Le traité de Rome initial comporte même une section (article 91) consacrée aux « pratiques de dumping », afin de les éliminer au cours de la « période de transition ».

L'objectif du traité de Rome est clairement d'« établir un marché commun », ce qui implique en particulier « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée

---

<sup>1</sup> Qui comporte l'article 90 (aujourd'hui 106 TFUE) concernant les « services d'intérêt économique général » : « 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres ».

dans le marché commun » (f), ainsi que « le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun » (h)<sup>2</sup>.

Soulignons ici que le traité de Rome de 1957 édicte deux règles à la fois complémentaires et contradictoires : l'article 222 (aujourd'hui 345 TFUE) précise que « le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres » (principe de neutralité), en même temps que l'article 90.1 (106.1) tend à aligner les entreprises publiques sur le droit commun.

Pourquoi ces dispositions ? L'élimination des obstacles à la libre circulation des marchandises entre les États membres, ainsi que l'objectif similaire en matière de libre circulation des personnes, des services et des capitaux sont le fondement du traité de Rome. La libre circulation implique l'élaboration d'un « régime », c'est-à-dire de règles communes, d'un droit commun supranational pour régir les échanges entre les États et pouvoir arbitrer les contentieux entre acteurs économiques ou institutionnels.

Dans un « marché commun », il fallait des règles, des normes communes, un « régime » commun, pour réguler les échanges et arbitrer les contentieux. On ne pouvait pas laisser chaque État continuer à le faire séparément, car cela faisait partie des obstacles aux échanges que l'on voulait éliminer. D'autant que les objectifs de la CEE n'étaient pas d'établir une simple « zone de libre échange », mais de conduire un processus d'intégration progressive avec des politiques et des institutions communes.

En 1957, nous sommes à l'époque des « 30 glorieuses », marquées par un cercle vertueux entre progrès économique et progrès social, le progrès économique rapide amenant un progrès social, lui-même source de développement économique – les économistes parlant ici de mode « fordiste » de régulation, dans lequel les autorités publiques nationales ou internationales jouent un rôle clé. Les économies sont des « économies de marché », mais on n'est pas à l'époque en situation de domination d'une « idéologie libérale » comme on le verra à partir des années 1980...

Le traité de Maastricht de 1992 marque une étape en faisant référence au « respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre ». D'une part, il ne s'agit que d'un « principe » et non d'un objectif. Surtout, il faut resituer l'expression dans la situation de l'époque : le traité de Maastricht manifeste une volonté de compléter l'aboutissement de la stratégie économique d'intégration (l'Union économique et monétaire, la monnaie unique, la Banque centrale européenne) par un retour à des ambitions politiques (de nouvelles politiques communes, les second et troisième piliers, la citoyenneté, le protocole social, l'affirmation du principe de subsidiarité). Il a pour objectif d'apporter des perspectives au lendemain de la chute du mur de Berlin et de l'éclatement de l'URSS. Quelle autre formule aurait-il été possible d'employer à l'époque ? Le principe d'une « économie administrée » ? Poser la question, c'est y répondre...

Progressivement, cependant, la référence au paradigme de « concurrence » va devenir dominante, au point de d'être un objectif sinon une finalité : il faudrait « libérer les forces du marché », limiter l'État à ses fonctions régaliennes traditionnelles, tant son intervention dans l'économie est considérée comme fondamentalement perverse, ...

---

<sup>2</sup> Article 85 du traité de Rome : « Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun ».

Le projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe de 2004 franchit une étape décisive en rangeant la « concurrence libre et non faussée » parmi les objectifs de l'Union<sup>3</sup>. L'expression de « libre concurrence » est reprise à plusieurs reprises dans le texte (article III-177, 178 et 185 sur la politique économique et monétaire). Fruit d'un long processus d'élaboration au sein de la Convention pour l'avenir de l'Europe, ce texte est en même temps, comme tous les traités européens, le résultat de compromis ou de consensus entre tous les acteurs qui composent cette Convention.

Venant après le projet de directive sur le marché intérieur des services du Commissaire Bolkestein (alors en cours de discussion au sein du Parlement et du Conseil), cette mention a fait l'objet d'importantes polémiques en France et est l'une des raisons du refus de ratification de ce traité lors du référendum du 29 mai 2005.

Le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, reprend l'essentiel des dispositions du « traité constitutionnel », tout en renforçant les limites mises au processus d'intégration européenne (principes de subsidiarité et de proportionnalité) et les compétences des Etats membres.

En matière de concurrence, trois changements essentiels interviennent : la concurrence n'est plus mentionnée parmi les objectifs de l'Union (l'objectif est le « marché intérieur »<sup>4</sup>) ; la concurrence n'est plus qualifiée de « libre »<sup>5</sup>, mais de « non faussée » ou de « loyale » (Préambule) ; le Protocole 27<sup>6</sup> renvoie en la matière une procédure législative particulière (le

---

<sup>3</sup> ARTICLE I-3 : Les objectifs de l'Union

1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples.

2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, et un marché intérieur où la concurrence est libre et non faussée. ...

<sup>4</sup> L'article 3 TUE définit parmi les compétences exclusive de l'UE l'« l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur »

<sup>5</sup> L'expression de « libre concurrence » figure cependant encore aux articles 119, 120 et 127 TFUE (Politiques économie et monétaire), ainsi que dans le Protocole n°4 sur les statuts du système monétaire européen des Banques centrales et de la Banque centrale européenne.

<sup>6</sup> PROTOCOLE (N° 27) SUR LE MARCHÉ INTÉRIEUR ET LA CONCURRENCE

LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES,

COMPTE TENU du fait que le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 3 du traité sur l'Union européenne comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée, SONT CONVENUES que

à cet effet, l'Union prend, si nécessaire, des mesures dans le cadre des dispositions des traités, y compris l'article 352 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le présent protocole est annexé au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Pour sa part, l'article 352 précise :

« 1. Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen.

2. La Commission, dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité visée à l'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, attire l'attention des parlements nationaux sur les propositions fondées sur le présent article.

3. Les mesures fondées sur le présent article ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les cas où les traités excluent une telle harmonisation.

4. Le présent article ne peut servir de fondement pour atteindre un objectif relevant de la politique étrangère et de sécurité commune et tout acte adopté conformément au présent article respecte les limites fixées par l'article 40, second alinéa, du traité sur l'Union européenne.

Conseil décide à l'unanimité – ce qui suppose le droit de veto de chaque Etat membre – après approbation par le Parlement européen).

## **La concurrence, c'est quoi ?**

Ainsi, dans les traités, la concurrence est redevenue un moyen et non une fin, ce qu'elle n'aurait jamais du cesser d'être...

Pour autant, il faut aller plus loin : d'abord distinguer l'établissement de « règles communes », d'un « régime » juridique, par rapport à l'expression « politique de concurrence » ; ensuite, il convient de revenir sur la distinction fondamentale entre concurrence « libre » et « non faussée » ; puis distinguer concurrence et marché intérieur ; enfin, il faut appréhender que le concept de « concurrence » recouvre une grande diversité de réalités et de contenus. Car, il y a concurrence et ... concurrence.

On a pris l'habitude d'employer indistinctement « règles de concurrence » et « politique de concurrence ». Ce n'est pas la même chose : les règles vont régir les échanges entre tous les acteurs et permettre d'arbitrer les contentieux ; certes, elles sont évolutives et les autorités publiques sont appelées à les adapter. Une « politique » est toute autre chose, en particulier si c'est une « politique publique » : c'est impulser, sinon imposer, par tous les moyens de l'action publique, la mise en œuvre de la concurrence, éliminer toute forme de monopole ou de droits exclusifs ou spéciaux, qui serait susceptible de l'entraver. Certes, la Commission européenne, qui est en charge de mettre en œuvre les dispositions des traités, est souvent animée d'une volonté politique de concurrence ; c'est ainsi que la DG concurrence et le Commissaire en charge de la concurrence ne se limitent souvent pas à appliquer les règles ou à proposer leur évolution, mais conduisent souvent une politique volontariste, les exemples sont nombreux. En la matière, elle outrepassa alors les compétences et pouvoirs que lui donnent les traités. Ne pourrait-on parler d'abus de position dominante de la Commission ?

La distinction entre règles et politique s'accompagne de la distinction entre les qualificatifs de « libre » et de « non faussée ». La concurrence libre est une référence largement idéologique, qui met en cause toute légitimité à l'action publique autre que celle d'assurer la sécurité et d'organiser la concurrence : le marché – et sa « main invisible - est alors le meilleur régulateur de toute activité économique ou sociale et la concurrence « libre et parfaite » l'optimum.

D'une part, la concurrence « libre » n'existe presque jamais : pour exister, la concurrence doit être organisée, réglementée, contrôlée, régulée. La concurrence « libre » relèverait d'un « totalitarisme » revenant à considérer que la société doit prendre comme référence celle du renard libre dans le poulailler. Surtout, ce serait refuser de regarder la réalité économique et sociale telle qu'elle est : si les acteurs économiques n'ont de cesse que de réclamer la concurrence, chacun ne cherche qu'à supplanter ses concurrents, à les éliminer ou à les absorber, afin de conquérir des situations de monopole – fussent-elles temporelles - afin de pouvoir accaparer les rentes qui en découlent. Au nom de la concurrence, chaque acteur ne cherche qu'à s'en abstraire... Car la concurrence conduit aux monopoles ou oligopoles, à des concentrations et polarisations économiques (monopoles ou oligopoles), sociales, territoriales, générationnelles, financières : la concurrence fausse la concurrence, la concurrence tue la concurrence !

Il faut également distinguer « marché intérieur » et « concurrence ». L'intégration européenne progressive fondée sur l'économie a visé à édifier un véritable « marché

intérieur », amenant, pour ses promoteurs, un débouché vers une intégration politique. Ce marché « commun », puis « unique », puis « intérieur », implique des règles communes, mais elles peuvent être ou non de « concurrence ». Dans certains cas, elles peuvent reposer sur des coopérations et solidarités, comporter des droits exclusifs ou spéciaux, des situations de monopole temporel ou territorial.

Faudrait-il alors défendre la concurrence ? Ce serait tout aussi absurde, car la vie en société implique non seulement des rapports d'émulation, de compétition, voire de concurrence, entre les personnes et acteurs, mais aussi des rapports de coopération, d'échanges, de solidarités, de cohésion, de dons... La vie en société implique de combattre non seulement tout ce qui fausse la concurrence, mais aussi tout ce qui entrave les coopérations.

Ajoutons que l'inverse de la concurrence est le monopole – qu'il soit construit par le jeu de la concurrence ou institué légalement – qui, peut abuser de sa position dominante – qu'il soit public comme privé, les exemples historiques sont foison.

## **La concurrence, vers quoi ?**

Comment mettre – ou remettre – la concurrence à sa place, en Europe comme dans chaque organisation humaine ? Ce que nous avons abordé jusqu'ici conduit à proposer une démarche de prospective stratégique, afin d'explorer tous les avenir possibles, de construire des scénarios contrastés, qui balisent le champ des possibles et éclaire les enjeux actuels et futurs.

Sans entrer dans les détails, on peut aujourd'hui avancer que le devenir de la concurrence pourrait emprunter un des scénarios suivants :

1) le « tout concurrence », dans lequel celle-ci est à la fois but et moyen, référence de toute organisation collective, ce qui conduit à déifier le marché... ; c'est la concurrence « libre » ... donc faussée.

2) le « tout monopole » - l'inverse du précédent -, dans lequel on laisse se développer ou on encourage fusions et concentrations, la constitution de monopoles et d'oligopoles, ce qui repose sur la démonisation de la concurrence.

3) le « tout public » - variante du précédent scénario, dans lequel les monopoles doivent être publics, c'est-à-dire organisés par les autorités publiques, puisque seuls l'Etat et les autorités publiques peuvent éviter les abus des monopoles (Le point 9 du Préambule Constitution de 1946 précise que « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité »).

4) le « tout autorité de concurrence », consistant à confier à une autorité administrative « indépendante » l'objectif de faire respecter la concurrence, de limiter ou d'interdire les concentrations, de sanctionner tout abus de position dominante. Ce serait un nouveau totalitarisme dépossédant le politique et la démocratie.

Ces différents scénarios contrastés, qui balisent le champ des devenirs possibles, mais dont aucun n'apparaît « souhaitable », ne sont pas exclusifs les uns des autres. Ils permettent de clarifier ce que l'on refuse et ce que l'on préfère, donc d'éclairer les enjeux et choix politiques.

Ils amènent à insister sur la régulation de la concurrence, au double sens du mot anglais « *regulation* » : réglementation et régulation.

Il est temps de sortir des débats de « petite idéologie » pour ou contre la concurrence.

La concurrence n'est ni le Diable, ni le Bon Dieu.

Le problème n'est pas le « principe de concurrence », mais le contenu des règles de concurrence, sa place, sa régulation.

La concurrence doit être mise à sa place, toute sa place, mais rien que sa place.