

RLC 3262

## Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique

### Introduction

L'économie identifie des catégories comme la concurrence parfaite, imparfaite, oligopolistique, etc. Elle qualifie aussi des comportements de maximisation, d'optimisation, voire de « ruse » ou de « tricherie ». Pour autant, les notions de concurrence loyale ou déloyale n'appartiennent pas vraiment à la sémantique économique. Significativement, ces notions n'apparaissent jamais dans les glossaires des manuels de référence en économie industrielle, en économie de la concurrence, en microéconomie. Ce thème de la concurrence loyale ne ressort pas non plus, en tant que tel, comme un axe majeur de recherche théorique ou empirique de la micro-économie.

Si la loyauté de la concurrence n'est pas explicitement mentionnée dans les écrits des économistes, elle constitue en réalité une préoccupation sous-jacente centrale de la théorie micro-économique standard, de son origine à la fin du XIX<sup>e</sup>, jusqu'à ses développements les plus récents. L'objet de cette présentation sera de révéler à travers le prisme de l'évolution de la pensée économique comment cette question de la loyauté de la concurrence a finalement été constamment abordée. La présente contribution propose de survoler plus de 120 ans d'histoire de pensée économique en quelques pages seulement. Des choix ont dû être opérés parmi les innombrables auteurs ayant contribué au développement de la discipline sur cette longue période

riche et fertile en avancées conceptuelles. Des auteurs que d'aucuns considèrent comme majeurs ne seront pas mentionnés, il faudra y voir la conséquence de l'impératif de synthèse qu'impose le présent exercice et non la volonté de négliger ou minimiser leurs apports.

### La concurrence loyale sur des marchés parfaits, ou presque...

Il est usuel de considérer que la première grande synthèse de la théorie microéconomique se trouve dans l'ouvrage d'Alfred Marshall, *Principes d'économie politique*, publiés en 1890. Deux états opposés du marché sont formalisés : la concurrence pure et parfaite et le monopole pur et parfait.

*Concurrence pure et parfaite* : la théorie démontre formellement que, sous des hypothèses très restrictives, offreurs et demandeurs, chacun mû par leur seul intérêt individuel, ne peuvent « manipuler » le prix qui s'impose alors à tous sur le marché. Ce prix est concurrentiel, il correspond à l'état du marché où la « main invisible », chère à Adam Smith (1776), a pleinement œuvré. L'état concurrentiel est optimal dans le sens où le surplus de tous, ou surplus collectif, est maximisé compte tenu des contraintes qui pèsent sur chacun (coût pour les offreurs, budget pour les consommateurs).

*Monopole pur et parfait* : pour maximiser son profit, le monopoleur augmente le prix



Par Laurent  
BENZONI

Professeur  
d'économie à Paris 2

Président TERA  
Consultants

du marché au maximum de ce que les consommateurs peuvent accepter : ceux disposant des moindres propensions à payer pour le produit renoncent à le consommer, les autres supportent la hausse des prix. Le surplus collectif n'est plus maximisé<sup>(1)</sup>.

Si on pose que le monopoleur est déloyal vis-à-vis des consommateurs et déloyal vis-à-vis du « contrat social » qui lui accorde la liberté d'entreprendre et de fixation des prix, alors par opposition à cette double déloyauté, on peut en inférer que le **loyauté de la concurrence en économie consiste, au fond, à désigner les comportements qui assurent le fonctionnement du marché tel que celui-ci s'approche de son état concurrentiel** (soumission de tous à la main invisible).

Par opposition, tout ce qui éloigne le marché de son état concurrentiel doit logiquement être évité en particulier : « *la maximisation de l'intérêt individuel sans prise en compte des conséquences défavorables de la décision sur l'utilité collective* » (A. Smith, 1776). Il note ainsi : « *Les gens d'une même profession se rencontrent rarement pour s'amuser et se divertir, leur conversation finit toujours sur une conspiration contre le public ou sur quelque stratagème pour augmenter les prix* ». Seule la loi, donc le droit, peut alors interdire ces accords secrets. L'économie de marché ne peut donc fonctionner sans un cadre institutionnel qui, paradoxalement, limite la liberté individuelle sur laquelle elle se fonde. Dans cette perspective, le propos de l'économie converge avec celui du droit lorsque ce dernier garantit la liberté du commerce tout en protégeant l'ordre public économique et en combattant les pratiques à l'origine d'un trouble commercial.

---

### L'approche dynamique de la concurrence : le monopole est-il évitable ? Indésirable ?

La théorie microéconomique décrite précédemment est statique. En 1926, Piero Sraffa<sup>(2)</sup> montre ainsi que l'équilibre de concurrence décrit par la théorie ne fonctionne que si les rendements sont décroissants, autrement dit si les coûts moyens de production augmentent. Or, à long terme, les coûts de production des biens et des services sont, au mieux soumis à des gains de productivité, donc les coûts baissent, au pire les coûts ne baissent plus. Sraffa soutient ainsi qu'il n'existe pas d'industries qui fonctionnent avec des coûts croissants à long terme. Dès

lors, l'état concurrentiel est un leurre car si les coûts décroissent, le monopole s'impose comme la structure de marché vers laquelle tendent tous les marchés : on parle alors de monopole naturel.

A. Marshall avait identifié ce phénomène mais, de son point de vue, il ne concernait que peu de branches de l'industrie comme les chemins de fer ou la distribution du gaz (on parlerait aujourd'hui d'infrastructures de réseau). Pour cette raison, une branche particulière de l'économie, l'économie de la régulation<sup>(3)</sup>, s'est créée pour traiter cette forme particulière de marché où la concurrence déboucherait sur un monopole. Mais la réflexion de Sraffa pousse la logique à l'extrême car, pour lui, la concurrence produit toujours la concentration, puis le monopole à long terme et cela dans tous les secteurs.

Mais le monopole peut aussi être la conséquence d'une innovation, en particulier si des brevets, des droits de marque ou de propriété intellectuelle accordent une exclusivité à l'entrepreneur qui les a initiés. Cette protection de l'inventeur est d'ailleurs nécessaire pour inciter à l'innovation en protégeant les efforts et les investissements qui y ont été consacrés de l'imitation par des concurrents qui bénéficieraient ainsi des retombées positives des dépenses et des risques que d'autres auraient pris.

Si l'innovateur ouvre un nouveau marché, il se trouve *de jure* être un monopoleur. J. Schumpeter. Si son entreprise connaît un grand succès, il dispose alors d'une rente légitime liée au monopole que lui confère son innovation. Non soumis à la pression concurrentielle, il peut alors affecter une partie de cette rente à des projets de long terme en la réinvestissant en recherche pour créer de nouveaux produits et de nouveaux procédés qui lui permettent d'étendre son monopole et de se protéger contre les imitateurs lorsque ses brevets tombent dans le domaine public.

Le monopole peut non seulement être durable mais il participe intimement de la dynamique de l'économie capitaliste, donc de l'amélioration du bien-être. Seuls de nouveaux entrepreneurs/innovateurs peuvent remettre en cause les positions de monopole acquises sur les marchés : c'est le fameux processus de « *destruction créatrice* »<sup>(4)</sup>.

Que le monopole soit lié à la nécessité de la grande taille pour minimiser les coûts, ou qu'il soit la conséquence logique de l'innovation, resituer dans une perspective dynamique, le monopole n'est pas *per se* un mal qu'il faut

---

(1) Le terme de surplus collectif qualifie mieux le phénomène en cause que celui de bien-être collectif souvent utilisé dans la littérature économique. En effet, les gains ou pertes dans les modèles sont uniquement mesurées en terme monétaire, or la notion de bien-être se limite pas à des grandeurs purement monétaires.

(2) P. Sraffa, *The Laws of Returns under Competitive Conditions*, *The Economic Journal*, Vol. 36, No. 144 (Dec., 1926), p. 535-550.

(3) Il faut entendre ici l'économie qui s'intéresse aux marchés faisant l'objet d'une régulation particulière en raison de la présence de ce que les juristes qualifient de « *facilité essentielle* », concept proche de la notion de monopole nature en économie.

(4) J. Schumpeter, *La théorie de l'évolution économique : recherches sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjoncture*, 1911, traduction de F. Perroux, 1935.

combattre. On comprend alors que nombre de travaux économiques vont plutôt s'intéresser à la juste limitation des **effets du comportement** du monopoleur plutôt que d'envisager de démanteler l'entreprise en monopole.

---

## La concurrence loyale malgré des marchés imparfaits : la concurrence effective

1933 : deux ouvrages paraissent la même année des deux côtés de l'Atlantique. Côté britannique, Joan Robinson formalise la *concurrence imparfaite*<sup>(5)</sup> ; côté États-Unis, Edward Chamberlin recourt à un oxymore, la *concurrence monopolistique*<sup>(6)</sup>, pour qualifier un marché qui n'est ni pleinement concurrentiel, ni en situation de pur monopole. Ces deux ouvrages présentent en commun la caractéristique d'étudier le comportement des acteurs sur des marchés avec plusieurs offreurs, donc présentant en apparence les attributs d'un état concurrentiel, mais pourtant les entreprises peuvent s'affranchir de la vigueur de la concurrence et ne pas y pratiquer des prix concurrentiels au sens du référentiel de la concurrence pure et parfaite.

Dans son ouvrage *la concurrence imparfaite*, J. Robinson met l'accent sur l'analyse de toutes les sortes de discrimination de prix que pratiquent couramment les entreprises dans la vie des affaires par l'instauration de rabais en fonction des quantités achetées, de rabais en fonction des lieux de vente, de prix dépendant des caractéristiques variables des produits, etc. Dans la concurrence monopolistique, E. Chamberlin montre que, dès lors que les produits sont différenciés selon les entreprises, chaque entreprise se distingue de ses concurrents et elle dispose ainsi d'une sorte de monopole sur ses produits, monopole qu'elle peut faire fructifier par des prix plus élevés que ceux qu'elle pratiquerait en concurrence si les produits étaient indifférenciés.

Dans ces marchés, plusieurs offreurs sont donc présents, mais les comportements des entreprises peuvent éloigner durablement les prix pratiqués et/ou la répartition des parts de marché de ce qui devrait s'observer en cas de pleine concurrence.

De nouvelles questions surgissent alors. Comment qualifier cette faculté d'un ou plusieurs offreurs de pouvoir faire dévier l'état du marché de son fonctionnement concurrentiel sans pour autant disposer du pouvoir absolu

du monopoleur que formalise la théorie ? Apparaît alors la notion de **pouvoir de marché**. A. Lerner va proposer dans un article de 1934 de mesurer ce pouvoir par un indice qui porte désormais son nom : *l'indice de Lerner*<sup>(7)</sup>.

Mais pour mesurer le pouvoir de marché encore faut-il savoir identifier le marché sur lequel on le mesure. Ce problème de la définition du marché est fort bien posé par Joan Robinson. Elle expose que la capacité des consommateurs à substituer aisément dans leurs achats un produit A par un produit B lorsque le prix du produit A augmente, constitue un bon indicateur pour juger que les offreurs des produits A et B sont en concurrence directe entre eux. Sur cette base, il serait alors possible de définir objectivement le périmètre d'un marché sur une base économique objective à savoir : le « lieu » où se rencontrent des offreurs qui se concurrencent en prix pour répondre aux attentes de consommateurs désirant satisfaire un besoin relativement identique et y consacrant un budget comparable. Cette approche de J. Robinson initie déjà la méthode de délimitation des marchés pertinents que le droit de la concurrence européen met en œuvre depuis plus de 50 ans<sup>(8)</sup>. Néanmoins, cette question de la délimitation des marchés ne trouve toujours pas de solution théorique satisfaisante aujourd'hui. En atteste que Jean Tirole, prix Nobel d'économie 2014, conclut l'introduction de son ouvrage de référence en constatant : « *Il n'y a pas de façon simple de définir le marché. Dans cet ouvrage la difficulté empirique de délimitation du marché sera ignorée. Il sera supposé que le marché est bien défini* »<sup>(9)</sup>.

Mais l'imperfection des marchés n'a pas automatiquement pour effet d'engendrer la concurrence déloyale. Il peut être démontré que certains des comportements qui semblent manifester l'exercice d'un pouvoir de marché apparaissent en réalité favorables au fonctionnement des marchés et aux consommateurs. Par exemple, les pratiques de discrimination des prix ou de différenciation des produits peuvent permettre d'accroître le nombre de consommateurs ayant accès au produit et de satisfaire au mieux la diversité des goûts et des préférences des consommateurs. De même, la notoriété d'une marque sur un marché permet certes d'élever le prix des produits, mais la marque constitue aussi un signal potentiel de la qualité de ces produits : la notoriété fonctionne ain-

---

(5) J.-V. Robinson, *The Economics of Imperfect Competition*, McMillan, London, 1933 (trad. française, *L'économie de la concurrence imparfaite*, Dunod, 1975).

(6) E.-H. Chamberlin, *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, 1933 (trad. française, *Théorie de la concurrence monopolistique*, PUF, 1953).

(7) A.-P. Lerner, *The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power*, *The Review of Economic Studies*, Vol. 1, N° 3, 1934, p. 157-175.

(8) Il s'agit en effet de la première proposition d'utiliser un calcul des élasticités croisées comme outil pour la délimitation objective des marchés, calcul qui se situe aujourd'hui encore au cœur des outils utilisés en concurrence ou en régulation pour définir les limites des marchés : v., par exemple, le test du monopoleur hypothétique (test SSNIP).

(9) J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988, p. 13.

si comme un gage de qualité pour les consommateurs, en particulier pour les biens dont la qualité ne peut être réellement éprouvée qu'après achat et consommation.

Tous ces développements impliquent que, désormais en économie, un même comportement peut, selon les circonstances, améliorer ou détériorer le surplus collectif, donc être loyal ou déloyal au sens donné ci-dessus. La prétention initiale de la théorie économique à pouvoir qualifier la concurrence loyale ou non sur un marché indépendamment des faits de la cause semble déjà s'étioler.

Dans ce contexte, où la référence à la concurrence comme état préférable à tout autre commence à disparaître, J.-M. Clark propose alors en 1940, de substituer le concept de concurrence pure et parfaite par celui de « *workable competition* » (concurrence effective)<sup>(10)</sup>. Pour que la concurrence fonctionne écrit-il, il est inutile de rechercher dans le monde réel le référentiel quasi ésotérique de la concurrence pure et parfaite, il faut seulement vérifier que certains marqueurs de la concurrence soient présents et vérifiables sur les marchés.

Citons les trois principaux qu'il mentionne alors : (i) les entreprises doivent être aussi nombreuses que le permettent les économies d'échelle ; (ii) les promotions sur les prix, les rabais doivent être raisonnables ; (iii) la publicité doit être informative et ne pas tromper ou duper les consommateurs.

Le respect de ces critères fournit ainsi une bonne indication d'un marché où la concurrence agit suffisamment dans l'intérêt général. La notion de la loyauté de la concurrence renvoie désormais en économie à un catalogue de comportements à respecter, un catalogue qui s'épaissit au fur et à mesure que la théorie économique progresse et se rapproche de la réalité des marchés, donc quelque part se rapproche du droit qui, pour sa part, est constamment confronté à cette réalité des marchés et aux comportements réels et non pas « normatifs » des acteurs.

### La concurrence loyale ne s'évalue qu'au cas d'espèce et non en soi

L'économie de la concurrence se développera après 1950 autour de ces contributions majeures publiées pendant l'entre-deux guerres. Les travaux vont d'abord se concentrer sur le premier critère énoncé par J.-M. Clark, à savoir vérifier si le nombre d'entreprises est en relation avec les fonctions de coût et la taille des marchés. Et, si le nombre d'entreprises est inférieur à ce qu'il devrait être, l'offre est plus concentrée qu'elle ne devrait l'être. Il im-

porte alors de vérifier si le taux de profit sur les marchés à forte concentration n'est pas supérieur aux taux de profit moyen constaté dans l'économie. Si tel est le cas, la concentration excessive sur le marché est *en soi* un facteur d'altération de la concurrence.

Les travaux de J.-S. Bain seront à l'origine de ce premier axe de recherche qui vise à montrer l'existence d'une relation positive entre le niveau de concentration de l'offre sur un marché, ou structure du marché, et le niveau de rentabilité des entreprises sur ce marché<sup>(11)</sup>. Sous l'hypothèse forte que le taux de profit apparaissant dans les comptes des entreprises constitue un bon indice de la mesure du pouvoir de marché<sup>(12)</sup>, l'analyse implique que la concentration de l'offre sur un marché est le premier facteur de trouble concurrentiel : les comportements anticoncurrentiels ou déloyaux sont très directement contingents de la structure du marché. L'approche structuraliste, dite *École de Harvard*, est ainsi initiée. L'approche fera de nombreux émules. Elle sera aussi très sérieusement contestée en ce qu'elle conduit incidemment à mettre sous vigilance renforcée des autorités les secteurs oligopolistiques et à jauger la loyauté des comportements en raison de la structure du marché indépendamment de leurs effets sur la concurrence. Une approche que les économistes regroupés derrière la bannière de *l'École de Chicago* n'auront de cesse de contester car elle entrave sans raison particulière le développement des grandes firmes. Les tenants de cette École considérant que la meilleure protection des consommateurs ne vient pas des bureaucrates (autorités de régulation, de concurrence et juges) mais de la concurrence. Dans cette approche, la concurrence finit justement par faire disparaître les monopoles et les positions dominantes : un optimisme que ne partage toujours pas les autorités de concurrence.

La publication de l'ouvrage de F.-M. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, constitue alors une sorte de point d'orgue en proposant une méthode d'analyse concurrentielle des marchés en quatre étapes : (i) analyse des conditions de bases (fonctions de coût et de demande) ; (ii) structure (concentration de l'offre et de la demande) ; (iii) comportements des acteurs ; (iv) performances du marché (rentabilité, croissance, innovation).

L'introduction systématique de la théorie des jeux dans l'analyse concurrentielle des marchés va quelque peu modifier ce schéma. C'est un Français, Antoine-Augus-

(10) J.-M. Clark, *Toward a Concept of Workable Competition*, *American Economic Review*, 1940, p. 241-256.

(11) V. not. : J.-S. Bain, *Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American manufacturing, 1936-40, 1951*, *Quarterly Journal of Economics*, 68 (1), 1951, p. 293-324 ; ou J.-S. Bain, *Barriers to New Competition: their character and consequences in manufacturing industries*, Harvard University Press, 1956.

(12) J.-S. Bain, *The Profit Rate as Measure of Monopoly Power*, *Quarterly Journal of Economics*, 55 (2), 1941, p. 271-293.

tin Cournot, qui intégrera le premier la formalisation des interactions des décisions entre les acteurs de l'offre dès la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>(13)</sup>. Le cas concerne un duopole où les deux uniques offreurs ne prennent pas les prix pour forger leurs décisions de production mais s'appuie sur les quantités produites par leur concurrent. Cette conjecture aboutit à un prix de marché supérieur à celui qui prévaut en concurrence pure et parfaite et à un profit supérieur pour les deux offreurs sans qu'une entente explicite soit nécessaire. Il faudra néanmoins attendre la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle pour que les travaux de Von Neumann et surtout ceux de John Nash ouvrent la voie à une généralisation de l'emploi de cet outil mathématique qu'est la théorie des jeux pour affiner l'analyse des interactions stratégiques entre les offreurs. Le terme de « Nouvelle économie industrielle » s'impose alors pour démarquer cette nouvelle approche des travaux précédents<sup>(14)</sup>.

La formalisation mathématique qu'impulse la théorie des jeux pour modéliser le fonctionnement de la concurrence produit une explosion de travaux académiques. Cependant la plupart des résultats des travaux théoriques fonctionnent sur des modèles dont les hypothèses restrictives n'envient en rien celles indispensables à la définition de l'état de la concurrence pure et parfaite. Les résultats perdent ainsi en généralité ce qu'ils gagnent en précision et en rigueur. Cette perte de généralité des résultats théoriques explique le soutien de nombre d'économistes à la **règle de l'effet** (*rule of reason*) : un comportement sur un marché n'est pas bon ou mauvais en soi, il n'est pas loyal ou déloyal en soi, seul son effet sur le fonctionnement du marché permet de le qualifier comme souhaitable ou indésirable.

Dans cette perspective, la notion de loyauté de la concurrence, telle que proposée ci-dessus, devient en économie très contingente, du cas d'espèce.

---

## Les comportements loyaux base de la concurrence loyale : asymétrie d'information et aléa moral

Dans le foisonnement de ces recherches, il faut pointer les avancées d'un important axe de recherche en relation étroite avec notre propos sur la loyauté. Il s'agit des tra-

vaux intégrant dans la compréhension du fonctionnement des marchés et des relations contractuelles, d'une part, l'information, et plus précisément l'asymétrie d'information, et, d'autre part, le risque, et plus particulièrement, le transfert de risque.

Cacher une information n'est guère coûteux, mais cela peut rapporter gros à celui qui adopte ce comportement. Les acteurs économiques mus par leur seul intérêt individuel sont donc incités à créer des relations où l'information n'est pas disponible pour tous. L'économie parle dans ce contexte de situation d'**asymétrie d'information**.

En 1970, G. Akerlof montre comment et combien un marché peut dysfonctionner lorsque certains offreurs masquent la qualité réelle des biens ou des services qu'ils mettent sur le marché<sup>(15)</sup>. Akerlof démontre comment les « mauvais » offreurs, ceux qui masquent la qualité réelle et inférieure de leurs biens ou de leurs services, finissent par chasser les « bons » offreurs qui affichent, eux, la qualité effective de leurs produits. Ce phénomène d'éviction du marché par un comportement déloyal vis-à-vis des consommateurs est qualifié **d'anti-sélection** (*selection adverse*). Conséquence de ce comportement déloyal, la qualité des biens vendus sur le marché se dégradent continuellement et la baisse des prix sera finalement moins importante que la baisse de la qualité moyenne. Sont victimes de ce mécanisme, les consommateurs et les bons offreurs, soit pour notre propos les concurrents loyaux. Bien évidemment, ce qui vaut au niveau du marché vaut aussi pour toutes les formes de relations contractuelles bilatérales qu'elles soient commerciales, salariales, etc.

L'asymétrie d'information trouve, nous semble-t-il, son pendant en droit dans les notions tels le dol, la tromperie, la confusion ou le dénigrement. Quels que soient les cas où elle est mise en œuvre, l'asymétrie d'information constitue un moyen de récupérer un avantage qui n'aurait pas été obtenu si toute l'information avait été partagée et connue par les parties contractantes. L'avantage ainsi obtenu par ce truchement est considéré comme un avantage indu du point de vue de l'économie. « *Pourquoi un individu, une entreprise voudrait masquer un fait si ce n'est pour induire en erreur les autres afin de faire des transactions avec eux ?* » interroge R. Posner<sup>(16)</sup>. Cela explique la position de l'École de Chicago contre toute législation restreignant le droit à la pleine transparence entre les parties contractantes, y compris sur les données personnelles.

---

(13) A.-A. Cournot, Principes mathématiques de la théorie des richesses, Hachette, 1836. On doit aussi à cet économiste la formalisation des fonctions d'offre et de demande, le concept de coût marginal et l'application des calculs d'élasticités aux phénomènes économiques, autant d'outils qu'A. Marshall réutilisera pour proposer son approche complète de la concurrence en équilibre partiel (v. *supra*).

(14) A. Jacquemin, Sélection et pouvoir dans la nouvelle économie industrielle, Economica-Cabay, 1985.

---

(15) G. Akerlof, The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, N° 3, 1970, p. 488-500.

(16) R. Posner, The Economics of Justice, Harvard University Press, 1981, p. 408.

Le second axe important de recherche qui mérite d'être mentionné est celui des situations de transfert indues de risque que l'économie regroupe derrière le terme peu explicite **d'aléa moral** en français traduction de l'anglo-saxon « *Moral hazard* ». Ce concept est formé dans le secteur de l'assurance au XIX<sup>e</sup> siècle afin de définir le phénomène des assurés qui augmentent leurs comportements à risque dès lors que ceux-ci sont assurés. « *Avoir de l'assurance donne de l'assurance* » dit l'adage.

En 1963, K. Arrow en propose une approche théorique qui ouvre la généralisation du concept à toute situation où existe un risque ou une incertitude<sup>(17)</sup>. L'aléa moral désigne tout comportement d'une partie prenante qui vise à transférer sciemment sur un ou plusieurs tiers les effets d'un risque économique ou commercial s'il se produit mais qui s'appropriera l'essentiel des gains si le risque ne se produit pas. Le concept va faire florès en économie financière (P. Krugman<sup>(18)</sup>), en économie de l'entreprise (B. Holström), de la régulation (J. Tirole), etc. Plus techniquement, le bénéficiaire à l'origine du transfert de risque maximise l'espérance mathématique de son gain en minimisant son risque, ce qui n'est pas un comportement individuel nécessairement conforme à la recherche de la maximisation de l'utilité collective chère à Adam Smith, donc guère conforme au principe de la loyauté.

La faculté de transférer le risque sur un tiers à travers l'échange peut être liée à :

- une situation où la partie qui subit le transfert du risque est sous-informée sur ce risque, il s'agit alors d'un cas d'application d'une situation avec asymétrie d'information (v. *supra*) ;
- une situation où la partie subissant le transfert de risque l'accepte car elle se trouve en situation de faiblesse dans la négociation.

Cette dernière conjecture est intéressante car l'économie intègre désormais dans sa typologie des comportements répréhensibles que le droit français identifie, nous semble-t-il, dans les clauses contractuelles porteuses d'un déséquilibre significatif. Par exemple, les relations entre la grande distribution et les producteurs, qui fournissent un contexte favorable à l'émergence des clauses déséquilibrées peuvent souvent s'analyser comme un transfert indu de risque.

L'utilité de l'approche économique dans ce domaine est alors de pouvoir quantifier l'ampleur du transfert de risque entre les parties, donc d'une certaine façon pouvoir objectiver et, le cas échéant, mesurer l'ampleur de ce déséquilibre.

### Conclusion : sanctions, réparations, et dissuasions pour préserver la concurrence loyale

Une fois circonscrit un état de concurrence loyale et les comportements loyaux qu'il sous-tend, la théorie économique propose, selon les cas et les auteurs, de nombreuses pistes pour remédier aux situations indésirables. L'économie peut ainsi devenir prescriptive en proposant des règles de droit permettant de limiter la survenance des situations défavorables relatées ci-dessus.

S'agissant par exemple de l'asymétrie d'information, l'économie considère qu'elle est parfois structurelle et qu'il faut la traiter comme une **défaillance de marché** (*market failure*). Dans ce contexte, seule une intervention hors marché, la loi, peut réellement solutionner le problème de façon efficiente. Par exemple, l'article de G. Akerlof de 1970 appuyait son argumentation sur le marché des automobiles d'occasion. Il est certain que cet article est à l'origine du contrôle obligatoire des véhicules qui s'est progressivement instauré dans tous les marchés développés. Il apparaît en effet plus efficient de faire certifier par un tiers neutre la qualité de la voiture d'occasion proposée sur le marché plutôt que de poursuivre en justice les multiples vendeurs de voitures d'occasion survendant la qualité de leur voiture au regard de leur prix à l'argus.

Cela étant nombre d'économistes soutiennent que les lois restrictives devraient rester exceptionnelles et que les arrangements bilatéraux devraient être privilégiés. Toutes ces réflexions s'inscrivent dans la logique de l'économie du droit à la suite d'auteurs comme R. Coase<sup>(19)</sup> ou G. Becker<sup>(20)</sup>.

Au même titre que le droit, l'économie préconise aussi de réparer intégralement le préjudice subi par toutes les victimes des comportements déloyaux. Mais, l'économie réfléchit aussi sur les moyens de dissuader la déloyauté ; elle se fonde pour ce faire sur les principes de rationalité et d'incitations : il faut que le crime de déloyauté coûte plus qu'il ne rapporte. Ainsi, les amendes, les dommages punitifs, les procédures de clémence, les procédures *Qui Tam* mais aussi les procédures transactionnelles permettant d'économiser les coûts de justice, sont autant de propositions qui apparaissent dans les travaux économiques pour éradiquer les comportements et les situations d'altération de la concurrence loyale.

Des moyens que, pour certaines d'entre eux, le droit a inscrit de longue date dans sa pratique. Il reste que l'écono-

(17) K. Arrow, Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, *The American Economic Review*, 53 (5), p. 941-73.

(18) P. Krugman, The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008, W.W. Norton Company Limited, 2009.

(19) R.-H. Coase, The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Oct., 1960, p. 1-44.

(20) G. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, *The Journal of Political Economy*, 1968, 76, p. 169-217.

mie faisant quelque peu fi du principe de proportionnalité entre la faute et la sanction apparaît sans conteste bien souvent plus répressive dans ses propositions de lutte contre la déloyauté que ne le sont les magistrats français et nombre de leurs collègues européens dans leurs décisions de sanction et surtout de réparation, comme en atteste la nécessité d'émettre une directive sur ce sujet de la réparation suite aux infractions concurrentielles<sup>(21)</sup>.

Comme cela a été montré de longue date aussi bien par l'économie que la sociologie, la confiance est un in-

grédient essentiel de la vie sociale et des affaires et elle contribue puissamment à l'efficacité contractuelle. Mais la confiance comme l'a souligné malicieusement K. Arrow n'est pas un bien qui s'achète sur les marchés : c'est un actif qui se construit dans la durée mais qui se détruit dans l'instant. Cette caractéristique justifie pleinement que la loyauté aussi bien que ses conséquences soient fermement sanctionnées et amplement réparées comme le propose l'économie. « *La fermeté est toujours une présomption de loyauté.* » (E. Girardin). ■

---

(21) Dir. 2014/104/UE, 26 nov. 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, et Ord. n° 2017-303, 9 mars 2017, relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.