**Liberté, équité, fraternité: plaidoyer pour un nouveau paradigme du droit des ententes.**

C’est désormais devenu un lieu commun de dire que le droit de la concurrence est devenu totalement abscons pour ceux à qui il s’adresse en priorité : les producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, bref les entrepreneurs.

Voilà justement deux entrepreneurs qui désirent se lancer dans le business de la livraison de pizzas à domicile. Stimulés par la mode des programmes culinaires à la télévision, ils souhaitent chacun offrir à leurs clients la meilleure qualité et sélectionnent les ingrédients les plus nobles: mozzarella d`Italie, olives de Nyons, jambon de Parme, anchois de Collioure, etc. Ils investissent dans du matériel de cuisson et de livraison et trouvent chacun un emplacement en ville.

Tout s`annonce pour le mieux jusqu’au jour où ils découvrent que seulement deux pâtés de maisons séparent leurs locaux. Ils discutent, s`interrogent, comprennent qu`ils évoluent sur le même marché et que leurs prix de revient seront à peu près identiques.

Le piège semble se refermer sur eux:

S`ils se livrent une concurrence acharnée, ils rogneront sur leurs marges jusqu’à l`asphyxie et la disparition. Leurs investissements seront perdus et la communauté se verra privée du plaisir de déguster des produits de qualité.

S`ils s`entendent sur les tarifs et se répartissent le territoire, ils écoperont d`une amende dont ils ne se relèveront pas. L`envergure de l`entente importe peu puisque toute entente sur les prix fait l`objet d`une interdiction *per se*.

Si la finalité du droit est d`organiser la société afin d`apporter aux hommes bien-être, prospérité et utilité et si le rôle du législateur est d`observer les rapports sociaux pour en extraire des modèles de bonnes solutions juridiques, on doit pouvoir affirmer que le droit des ententes manque sa cible. Aussi bien au regard de l`imprécision des textes que de l`efficacité globale du système.

Le droit des ententes devrait être recomposé autour de valeurs qui sont à portée de main: la liberté, l`équité, la fraternité.

***Liberté***

La liberté c`est le droit de conclure les contrats que l`on souhaite. Ce qu`il y a précisément de fascinant dans les ententes c`est qu`elles relèvent à la fois du bon sens et de l`interdit. Bon sens, car quoi de plus naturel que de ne pas se gêner lorsque l`on est concurrent? Interdit, car une norme condamne ce comportement. Pourtant, dès lors que des rapports sociaux se forment spontanément et avec une certaine constance, qu`ils permettent à des entreprises de prospérer et de créer de la richesse, ils devraient être consacrés ou à tout le moins pris en considération par le pouvoir politique. Si la norme ne correspond pas aux besoins de la société, faut-il changer la nature humaine ou faut-il ajuster la norme?

La liberté c`est aussi le droit pour l`entrepreneur de déterminer son prix et sa marge. Cette dernière est nécessaire. Elle doit permettre à l`entrepreneur d`assurer sa survie, de préserver l`avenir, de transmettre un patrimoine à sa descendance. La marge c`est le moteur de l`entrepreneuriat.

La seule limite à cette liberté ce devrait être la sanction du marché, autrement dit le choix du consommateur d`écarter les produits et services dont il estimerait que la valeur ne correspond pas au prix demandé.

Malheureusement, les choses ne sont pas aussi simples si l`on en croit un récent avis de la Commission d`Examen des Pratiques Commerciales (CEPC). En effet, dans un avis 15-21 du 23 juin 2015 la CPEC estime que le fait pour un apporteur d`affaires de pratiquer un taux de rémunération nettement supérieur à celui en usage dans le secteur contrevient à l`article L442-6, I, 1° du code de commerce (et peut également être à la source du désormais célèbre “déséquilibre significatif” de l`article L442-6, I, 2°). N`est-il pas curieux de constater que là où le code de commerce condamne les ententes sur les prix, la CEPC se verrait bien sanctionner la mésentente, si elle en avait le pouvoir?

Et la CEPC de préciser que la pratique ne serait condamnable que si la rémunération était manifestement disproportionnée à la valeur du service. Autrement dit, si c`est plus cher mais que c`est mieux, il n`y rien à redire. Dans un excès de sévérité, on serait tenté d`affirmer que c`est un avis dont on se serait bien passé!

***Equité***

Le lecteur l`aura compris, l`équité se substitue à l`égalité dans le spectre des valeurs à défendre.

L`égalité des droits entre citoyens est une chose. La créativité des entrepreneurs qui permet à certains d`aller plus vite et plus loin en est une autre. C`est ce génie inventif qui doit être protégé.

C`est là que doit intervenir l`équité, savante égalité qui tient compte de la singularité de chaque individu, de ses compétences, de son travail, de son enthousiasme.

Est-il nécessaire de promouvoir à tout prix le libre accès de tous au marché? Une telle politique n`a-t-elle pas pour conséquence de protéger la vulnérabilité plutôt que de promouvoir l`efficience ?

En effet, l`égalité peut avoir ceci de dommageable que poussée à son paroxysme, elle génère une émulation négative.

Or, dès lors que les meilleurs et les plus motivés se sont emparés d`un marché et rendent un service qui satisfait le public, ne doit-on pas considérer que la collectivité est satisfaite? Dans l`affirmative, le législateur doit se garder de toute intervention.

Pour le reste, la répartition du marché motivée par le souhait de le servir au mieux, l`identité des prix justifiée par un coût des intrants analogue deviennent des questions secondaires. L`entente peut bien subsister si elle ne porte préjudice à personne. Si elle devient trop pesante, le marché la sanctionnera. Ses auteurs disparaitront avec elle. Ils seront bientôt remplacés par de nouveaux acteurs plus vertueux.

***Fraternité***

Parent pauvre du triptyque républicain la fraternité est plus exigeante car elle s`apparente davantage à un devoir à l`égard d`autrui qu`à un droit que l`on revendique. Elle est également plus complexe car elle en appelle à la morale, voire au religieux. Elle renvoie en tout cas à la perception que chacun a de sa relation avec ses semblables.

La fraternité pourrait retrouver une nouvelle jeunesse à l`occasion de cette redéfinition du droit des ententes, et ce a deux égards:

Dans les rapports verticaux tout d`abord, c`est-à-dire dans le lien que chaque entrepreneur entretient avec le maillon inférieur de la chaine de production de valeur jusqu’au consommateur final. Ainsi, nous l`avons dit, chaque entrepreneur doit de réaliser une marge. Mais l`entrepreneur devrait avoir inscrit au fond de lui la notion de marge raisonnable, de marge “fraternelle”, c`est-à-dire celle qui permet de récompenser le travail réalisé et qui donne envie de l`entreprendre à nouveau avec la même ferveur et le même professionnalisme et par conséquent de pérenniser l`activité. Il doit en être ainsi pour le meunier, l`agent immobilier, le trader et tous les autres entrepreneurs.

A l`autre bon de la chaine, il appartient également au consommateur de se faire son propre jugement sur le prix de la chose proposée. Chacun doit ou devrait avoir une idée du prix d`un kilo de farine, d`un litre de lait, d`un kilomètre parcouru en automobile, afin de décomposer le prix, en déduire la marge et par là affirmer si oui ou non elle est éhontée. Ainsi, quand bien même il y aurait entente entre deux acteurs, c`est au consommateur de juger si les prix qui en résultent demeurent ou non compétitifs à ses yeux, en d`autres termes, si le rapport qualité/prix justifie la survie ou la disparition de l`entente.

Dans les rapports horizontaux ensuite, c`est-à-dire au niveau de la collectivité des individus où -disons le tout net- les consommateurs devraient cesser de succomber aux sirènes de la publicité et résister davantage au harcèlement de campagnes marketing en tout genre; où ils devraient préférer s`unir pour échanger sur le qualité et l`intérêt intrinsèque de tel produit ou service avant éventuellement de l`acquérir; où ils devraient être capables de sortir de l`individualisme forgé par la société moderne afin de joindre leurs efforts et éradiquer du marché les acteurs économiques les plus toxiques. La *class action* à la française a ouvert une voie dans cette direction, souhaitons qu`elle prospère.

***Conclusion***

Le propos n`est pas d`abolir le droit des ententes. Il est de promouvoir un corpus de règles qui responsabilisent tous les acteurs de la chaine de production de valeurs: les entrepreneurs qui ne doivent pas être animés par le seul lucre. Les citoyens qui doivent s`interroger sur le sens de leur consumérisme et prendre conscience de leur pouvoir.

C`est au nom de ces valeurs retrouvées que les ententes devraient être réprimées.

Benoît Holvoote.