

Politiques de la concurrence

Rapport

*David Encaoua
et Roger Guesnerie*

Commentaires

*Jean-Hervé Lorenzi
Michel Mougeot*

Compléments

*François Brunet, Philippe Choné, Laurent Flochel,
Rachel Griffith, Anne Perrot et David Spector*

*Réalisé en PAO au Conseil d'Analyse Économique
par Christine Carl*

© La Documentation française. Paris, 2006 - ISBN : 2-11-006150-2

« En application de la loi du 11 mars 1957 (article 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans l'autorisation expresse de l'éditeur.

Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre. »

Sommaire

Introduction	7
<i>Christian de Boissieu</i>	

RAPPORT

Les politiques de la concurrence	9
<i>David Encaoua et Roger Guesnerie</i>	

Introduction générale	9

Première partie. Mise en perspective : histoire et fondements intellectuels	17

<i>Chapitre I. Les politiques de la concurrence comme produits de l'histoire : émergence, évolution et inspirations doctrinales</i>	19

1. De la lutte contre les trusts à la recherche de l'efficacité
économique : la politique de la concurrence aux États-Unis
2. De la politique des cartels à la conception ordo-libérale,
la politique de la concurrence en Allemagne

<i>Chapitre II. Fondements intellectuels des politiques de la concurrence : une évolution complexe et non stabilisée</i>	43

1. Des justifications initiales qui ne sont pas essentiellement
économiques
2. La montée en puissance du raisonnement économique
ne garantit pas une stabilité des formes d'intervention
3. Une analyse économique coûts-avantages des politiques
de la concurrence

Deuxième partie. Les registres de la politique communautaire de concurrence : enjeux et limites	61

<i>Chapitre III. Ententes, stratégies d'exclusion et pratiques restrictives : de la règle per se à la règle de raison dans l'antitrust</i>	65

1. Ententes et accords : quelles frontières entre concurrence
et coopération ?
2. Stratégies d'exclusion et pratiques restrictives : les frontières
ambiguës du processus concurrentiel
3. La communautarisation du droit de l'antitrust

<i>Chapitre IV. Les difficultés du contrôle prospectif des concentrations</i>	93
1. Le contrôle des concentrations, une logique prospective	93
2. Les transformations de fond et de procédure	96
<i>Chapitre V. Politique de la concurrence, innovation et diffusion : complémentarités et enjeux contemporains</i>	109
1. Les politiques de la recherche et de l'innovation et les complémentarités avec la concurrence	110
2. Interfaces entre politique de concurrence et propriété intellectuelle	115
3. Quelle politique de la concurrence au regard des transferts de technologie et de diffusion de l'innovation ?	123
<i>Chapitre VI. Le contrôle des aides publiques : un chantier en reconstruction</i>	127
1. Que sont les aides d'État ?	128
2. Grand marché, concurrence loyale et implications pour le contrôle des aides publiques	130
Troisième partie. Constats généraux, chantiers et propositions	135
1. Premier constat : une montée en puissance des politiques de la concurrence non dénuée d'ambiguïtés	135
2. Deuxième constat : des instruments bien rodés mais des registres d'intervention distincts et des objectifs d'interprétation ouverte	140
3. Troisième constat : un régime apparemment stabilisé en Europe, mais qui laisse ouvertes des interrogations	147
4. Des constats aux recommandations : grands chantiers, propositions et suggestions	150
Conclusion	161

COMMENTAIRES

<i>Jean-Hervé Lorenzi</i>	177
<i>Michel Mougeot</i>	187

COMPLÉMENTS

A. Concurrence et innovation sur les marchés des produits	195
<i>Rachel Griffith</i>	
B. L'articulation des politiques de concurrence et de régulation sectorielle	209
<i>Philippe Choné</i>	
C. Le contrôle français des concentrations à l'heure de la réforme institutionnelle ?	233
<i>François Brunet</i>	

D. De nouvelles pratiques pour les autorités de concurrence : les programmes de clémence	247
<i>Laurent Flochel</i>	
E. Abus de position dominante : prédation, ventes liées, remises	257
<i>Anne Perrot</i>	
F. Analyse économique et sécurité juridique : entre règles <i>per se</i> et règles de raison	271
<i>David Spector</i>	
 RÉSUMÉ	 287
SUMMARY	295

Introduction

Il n'est guère besoin de souligner les enjeux de la politique de la concurrence pour la dynamique et les performances de toute économie.

Le rapport qui suit a d'abord cette vertu de mettre en perspective, au regard de l'histoire et de l'analyse économique, les politiques de la concurrence. Il propose une exploration assez fascinante au cœur de la politique antitrust américaine depuis la fin du XIX^e siècle, et de l'expérience allemande d'après la Seconde Guerre mondiale, nourrie des enseignements de « l'ordo-libéralisme ».

Les leçons, en l'espèce, de l'histoire et de la géographie servent à éclairer les grandes options de toute politique de la concurrence, en particulier celle mise en œuvre dans l'Union européenne. Où placer le curseur entre l'exigence de compétitivité, qui pousse à accepter voire encourager les concentrations, et le souci de la protection des consommateurs, qui conduit à moins de clémence de la part des autorités de concurrence ? La définition du marché « pertinent » est, de ce point de vue, déterminante, et les hésitations de la Commission européenne illustrent, s'il en était besoin, la difficulté du sujet.

Quel équilibre accepter ou favoriser entre la logique de la concurrence et celle de la coopération (différentes formes d'ententes, etc.) ? Là aussi, les enjeux sont essentiels pour la croissance et l'emploi. Comment articuler la politique de la concurrence et la politique de la R&D et de l'innovation, composante centrale des nouvelles stratégies industrielles ? Les déceptions à propos de l'Agenda de Lisbonne mais aussi son caractère incontournable illustrent bien l'actualité de la question.

Les recommandations du rapport sont riches, pragmatiques, rapidement opérationnelles. Elles s'inscrivent dans une perspective volontariste et exigeante, permettant à l'Union européenne et aux pays membres de mieux prendre leur destin en main pour ce qui touche aux règles du jeu de la concurrence, aux structures de marché et à l'impératif schumpétérien d'innovation et de croissance. On retiendra la série de propositions à mettre en vigueur au plan communautaire : la liaison suggérée entre le budget européen de la recherche et les amendes collectées au titre de la politique de la concurrence, l'exigence d'une coordination accrue à Bruxelles entre les

directions générales concernées afin de mieux articuler concurrence, compétitivité et innovation, tout ce qui est dit aussi pour améliorer le dispositif des aides d'État, etc. Sans oublier, bien sûr, les réformes franco-françaises évoquées ici (pour la notification des opérations de concentration, l'application du principe de la vente à perte...) exigées par l'évolution du contexte général et légitimées par le rôle qui reste dévolu, sur tous ces sujets, au principe de subsidiarité.

Ce rapport a été présenté au Premier ministre lors de la séance plénière du Conseil d'analyse économique du 14 septembre 2005. Il a bénéficié du soutien de Laurent Flochel, conseiller scientifique au CAE.

Christian de Boissieu
Président délégué du Conseil d'analyse économique

Les politiques de la concurrence

David Encaoua

Professeur à l'Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne

Roger Guesnerie

Professeur au Collège de France

La concurrence est un alcaloïde : à dose modérée, c'est un excitant ; à dose massive, c'est un poison.

A. Detoef, *Propos d'un confiseur*,
Éditions du Tambourinaire, Paris, 1937.

Introduction générale

Pourquoi demander au Conseil d'analyse économique un rapport sur les politiques de la concurrence ? Tous les pays occidentaux, comme la plupart des pays industrialisés, sont à présent dotés d'un droit spécifique visant à réguler le fonctionnement des marchés. Ce droit fixe des règles du jeu et instaure par là même un contrôle des comportements des agents économiques. Sa mise en œuvre s'appuie à présent sur une assez longue expérience. Mais des questions importantes restent en suspens : elles continuent à susciter une réflexion active des deux côtés de l'Atlantique. C'est une première raison pour ce rapport. Une seconde raison est sans doute la passion de certains débats contemporains autour du thème de la concurrence. Sauvage, impitoyable ou destructrice pour certains, vertueuse quand elle est libre et non faussée pour d'autres, la concurrence est, à tout le moins, diversement appréciée. Et passer de la concurrence à la politique de la concurrence accentue encore la vigueur des questionnements.

À quels besoins répond la politique de la concurrence et quels objectifs poursuit-elle ? L'extension du champ d'action de cette politique ne limite-t-elle pas indûment le champ d'autres politiques économiques, en principe complémentaires ? Quelles sont les variations de la politique de la concurrence, observées dans l'espace et dans le temps ? Existe-t-il des tensions entre la politique communautaire de concurrence et les politiques nationales ?

Voilà un échantillon des interrogations qui parcourent ce rapport. Il faut noter à ce stade que ni notre idée des mérites de la concurrence ni la nature des comportements anticoncurrentiels ne sont immuables dans le temps. Elles dépendent tant des caractéristiques historiquement constatées des économies concernées que de l'état de nos connaissances sur le plan économique et sur le plan juridique.

Il y a une large variété de perceptions et de positions vis-à-vis de la concurrence et des politiques de la concurrence. Une défiance systématique vis-à-vis des résultats de la sélection qu'opère la concurrence, conduit à y voir la marque d'un libéralisme extrême, « ultra ». Pourtant, à l'inverse, certains de ceux qui revendiquent l'appartenance au courant libéral rejettent l'immixtion des pouvoirs publics dans le fonctionnement d'un marché dont les vertus autorégulatrices se suffiraient à elles-mêmes. Ceux-là récusent, non la concurrence que les premiers condamnent, mais, pour des raisons toutes différentes, rejettent les politiques de concurrence qui cherchent à l'encadrer. En matière de concurrence, comme dans l'Orient compliqué, les idées simples sont légion mais, que le lecteur en soit ici averti, elles résistent mal à l'analyse des faits.

Qu'en disent les économistes ? La concurrence n'est-elle pas un des moteurs des économies de marché et donc un point d'application privilégié de leurs études ? Une réponse positive n'implique cependant pas l'unanimité de la profession sur la définition, les vertus et les limites de la concurrence. Et faute de consensus sur la définition précise de la concurrence, nous ne prétendons pas en donner ici ! Qu'elle incite les agents économiques à l'effort est sans doute une des caractéristiques que lui attribuent à la fois la plupart des économistes et le public. Les économistes, quant à eux, y voient généralement une vertu, convaincus que sans un niveau minimal de concurrence dans un sens vague du terme, l'incitation à l'effort et à l'efficacité productive serait plus faible, voire beaucoup plus faible que celle qu'on observe sur des marchés où la rivalité est bien présente.

Si l'on passe maintenant à la politique de la concurrence, il paraît aussi peu douteux que le maintien des conditions de rivalité qui vient d'être évoquée entre producteurs exige une certaine régulation par les pouvoirs publics. La question de l'intensité et de la forme socialement souhaitable de cette concurrence aux contours encore un peu vagues reste posée. Doit-elle être « parfaite », selon le critère de qualité identifié dans le modèle walrasien standard, qui lui attribue des performances théoriques justifiant ce qualificatif ? La politique de la concurrence consisterait alors à corriger la concurrence « imparfaite » qui prévaut dans le monde réel, pour la rapprocher du standard normatif évoqué. La réponse à la question posée n'est pas aussi simple : l'interrogation est légitime et restera toujours en filigrane de nos analyses. Elle n'a pas de réponse par un oui ou par un non. Le débat a un amont, l'idée que l'on se fait du fonctionnement de l'économie et sa distance au modèle concurrentiel canonique, et un aval, les objectifs de la politique de la concurrence. La première dimension, la validité de la

référence walrasienne est technique mais inévitable et revient de façon récurrente dans ce rapport. Quant à la seconde dimension, elle conduit légitimement à s'interroger sur la stabilité et la nature de l'objectif contemporain de la politique de la concurrence, Serait-ce le *bien-être* économique et si oui que recouvre cette notion ? S'agit-il du surplus des consommateurs ou du surplus global ? Si c'est le surplus global, comment pondérer l'intérêt des consommateurs, celui des salariés, celui des actionnaires, etc. ? La politique de la concurrence cherche-t-elle à concilier les différentes aspirations du citoyen économique ou ne vise-t-elle que l'intérêt des consommateurs, l'équilibre des points de vue étant assuré par la mise en œuvre d'autres politiques ? Ce sont là des questions importantes, souvent laissées dans l'ombre alors même que les réponses apportées sont parfois fort contrastées, même dans le cercle des spécialistes de ces politiques. Par ailleurs, l'analyse historique confirme cette difficulté en suggérant fortement des fluctuations de l'objectif des politiques de concurrence au cours du temps, en écho à la variation des conceptions et des doctrines dominantes. Héritier des règles de la concurrence énoncées dans le Traité CECA de Paris (1951), le droit communautaire de la concurrence, tel qu'il apparaît dans le Traité de Rome (1957), a longtemps été présenté en Europe d'abord comme un instrument au service de la construction du Marché unique, avant de se voir fixer des objectifs plus larges.

Si l'on évoque maintenant les grands thèmes récurrents du rapport, les deux premiers – forme et intensité optimales de la concurrence, complémentarités des politiques de la concurrence avec d'autres politiques – sont ceux qui font le plus directement écho à la question intellectuelle surplombante qui vient d'être évoquée. Les deux suivants – hétérogénéité des registres d'intervention et des outils, cohérence interne des systèmes de gouvernance des politiques de concurrence – entrent dans les arcanes techniques de la concrétisation des politiques.

Forme et intensité optimales de la concurrence

Si les progrès de la culture de la concurrence et de sa régulation ont légitimé la politique de la concurrence dans les pays industrialisés, la question des formes et de l'intensité optimales de la concurrence reste posée. Quelques remarques préalables méritent d'être présentées. Premièrement, les politiques de la concurrence ne visent pas à imposer un niveau de rivalité spécifique ou un contrôle des prix. L'objectif n'est pas un niveau de concurrence maximal, et la concurrence « parfaite » est un repère éventuellement utile, non un absolu. Il faut souvent plus modestement et plus simplement veiller à ce que le processus de concurrence ne soit pas entravé par les agents économiques en mesure de le faire. Deuxièmement, la défense du processus de concurrence ne doit pas être confondue avec la défense des concurrents. La plainte d'un concurrent objectivement lésé par le comportement d'une entreprise ne rend pas ce comportement délictueux. Supprimer les incitations à fournir le niveau d'effort approprié pour être meilleur

que ses concurrents et espérer dominer son marché entraverait le processus même qu'il s'agit de protéger et de promouvoir. Pour autant, il ne faut pas permettre aux firmes dominantes d'abuser de leur pouvoir afin d'exclure ou d'empêcher l'entrée de concurrents plus efficaces. La ligne de démarcation entre une concurrence normale et une concurrence abusive est ainsi ténue et le droit de la concurrence cherche à concilier des libertés fondamentales dans la conduite des affaires et des règles pour que la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres.

Complémentarités des politiques de la concurrence avec d'autres politiques comme celle de la recherche et l'innovation

La concurrence n'est pas une panacée et les domaines dans lesquels la coopération conduit à des résultats socialement plus avantageux que la concurrence pure sont nombreux. La tension entre concurrence et coopération, une réalité des marchés, est une des plus délicates à gérer peut-être par la politique de la concurrence. Le danger qu'une conception mécanique biaisée en faveur de la concurrence ne l'emporte, ne peut être écarté *a priori*. La formulation et la mise en application du droit requièrent des solutions parfois subtiles et des compromis inventifs. Il en va ainsi, par exemple, de la question essentielle des liens entre la concurrence et l'innovation. De fait, des questions à l'interface du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle se posent avec une acuité croissante dans un nombre grandissant d'affaires. Elles font écho à une grande question amont : la concurrence sur le marché des produits favorise-t-elle l'innovation ? Cette question conduit à s'interroger sur les substituabilités et complémentarités des politiques de la concurrence et des politiques en faveur de l'innovation. Il est essentiel de prendre en compte les complémentarités de la politique de la concurrence avec les politiques liées à la recherche et l'innovation, à moins d'attendre, espoir sans doute illusoire, du seul renforcement des politiques de la concurrence l'atteinte des objectifs du sommet de Lisbonne.

Hétérogénéité des registres d'intervention et des outils

Les modes d'intervention des politiques de la concurrence sont divers, interdits *per se* assortis de sanctions, pratiques abusives, contrôle des structures, concentrations, accords de coopération, etc. L'économiste en la matière est fondé à s'interroger sur la logique et les mérites des outils et, par exemple, à se prononcer sur la structuration de la procédure d'examen au cas par cas par les autorités de la concurrence ou par un juge. Au-delà, dans de nombreuses circonstances, se pose la question de l'adéquation entre les principes qui gouvernent le droit de la concurrence, d'une part, et, d'autre part, les dispositions réglementaires ou législatives qui régissent des champs d'activité spécifiques, comme le montre l'exemple des relations commerciales entre producteurs et distributeurs en France.

Cohérence interne des systèmes de gouvernance des politiques de concurrence

Malgré une convergence accentuée dans le temps, des différences procédurales subsistent dans la mise en œuvre des politiques de la concurrence entre l'Europe et les États-Unis, d'une part, et entre États membres, d'autre part. Très schématiquement, trois systèmes coexistent. Aux États-Unis, exemple du premier système, les fonctions d'instruction et de décision sont séparées : dans l'Union européenne les fonctions d'instruction et de décision restent aux mains d'une même institution, la Commission européenne, et enfin, en France, les fonctions d'instruction et de décision sont regroupées au sein d'une même institution, mais celle-ci dépend du registre d'intervention. Il est difficile de porter un jugement global sur les valeurs relatives de ces trois systèmes, mais leur cohérence interne en fonction des registres d'intervention mérite examen.

Le rapport recourt à trois angles d'approche : historique, économique et juridique. Il est divisé en trois parties, auxquelles s'ajoutent divers compléments sur des questions spécifiques.

Dans une première partie, nous mettons en perspective la politique de la concurrence en faisant appel aussi bien à l'histoire qu'aux fondements intellectuels de la discipline.

Nous faisons d'abord un retour (chapitre I) sur l'histoire de l'émergence de la politique de la concurrence, en premier lieu à la fin du XIX^e siècle aux États-Unis, puis au milieu du XX^e siècle en Allemagne. Ce détour par l'histoire permet d'une part, d'évaluer les facteurs initiaux qui ont façonné le droit de la concurrence et d'illustrer les transformations dans la mise en œuvre de ce droit au cours du temps et, d'autre part, de faire apparaître la filiation de la politique communautaire de concurrence et sa dette envers les expériences américaine et allemande.

Nous cherchons ensuite (chapitre II) à expliciter les fondements intellectuels de la politique de la concurrence en soulignant la complexité et en les reliant aux développements de l'analyse économique. D'une part, la politique de la concurrence s'alimente à un ensemble de réflexions de plus en plus étoffé mais dont le volume et la rigueur croissants, ne parviennent pas à dissiper le sentiment d'une robustesse insuffisante et de l'absence d'une vision unifiée de l'ensemble des dimensions de la concurrence (prix, contrats, localisation et choix des produits, variété et qualité, capacités, innovation, etc.). D'autre part, si la montée en puissance du raisonnement économique ne garantit pas une stabilisation des formes d'intervention, comme le confirme l'expérience historique, elle a néanmoins favorisé une certaine convergence contemporaine des politiques de la concurrence entre les deux continents.

Dans une deuxième partie, nous analysons les enjeux et les limites de la politique communautaire de la concurrence en passant en revue les quatre principaux registres d'intervention.

Dans le chapitre III, nous examinons le registre de l'antitrust qui regroupe les ententes, les pratiques d'exclusion et les pratiques restrictives, c'est-à-dire tout ce qui concerne ce que nous appelons les règles de la concurrence. C'est le noyau dur de la politique de la concurrence. Voici un échantillon de quelques-unes des questions abordées. Doit-on distinguer la collusion tacite de la collusion explicite, la prédation d'une pratique de concurrence vigoureuse ? Comment détecter la collusion ? Vaut-il mieux notifier un accord de coopération *ex ante* ou en laisser la justification par les parties *ex post* ? Ces questions ne sont hétéroclites qu'en apparence. Toutes relèvent de l'antitrust, sans d'ailleurs en épuiser la matière, et toutes soulèvent la question de l'arbitrage optimal entre la règle *per se* et la règle de raison, un enjeu autour du troisième thème mentionné plus haut.

Dans le chapitre IV, un autre registre de la politique de la concurrence est examiné, celui du contrôle des opérations de concentrations. Il s'agit là d'un contrôle des structures qui fait appel à une logique prospective par opposition à la logique rétrospective ou répressive, qui domine le registre précédent des règles de concurrence. Faute de consensus entre pays membres, dont certains concevaient le contrôle des structures comme un instrument de leur politique industrielle, l'Europe ne s'est dotée d'un contrôle communautaire des concentrations que trente ans après le Traité de Rome et trois ans seulement avant l'achèvement du marché unique. L'exposé n'élude pas les questions techniques récurrentes comme celles des seuils à partir desquels une opération de concentration acquiert une dimension communautaire et des multiples questions de procédure (prénotification, phases I et II, délais, renvois, etc.). Au-delà, voici un échantillon de quatre préoccupations qui parcourent ce chapitre, les critères de fond de la Commission, la vérification par la Cour d'appel du bien fondé de l'analyse économique de la Commission, la place à accorder aux arguments d'efficacité économique, l'*efficiency defense*, dans l'évaluation d'une opération de concentration, la pertinence des engagements de nature structurelle (cession d'actifs) habituellement requis comme mesure corrective à certaines opérations de concentration. Toutes ces questions font écho à plusieurs des thèmes mentionnés plus haut.

Le chapitre V est consacré à l'analyse des problèmes à l'interface de la politique de la concurrence, de l'innovation et de la propriété intellectuelle. Ces problèmes sont d'importance croissante dans nos sociétés contemporaines où les actifs immatériels jouent un rôle de plus en plus déterminant et l'on peut se demander si les spécificités des secteurs où l'innovation est dominante et permanente commandent une application différenciée du droit de la concurrence. En tout cas, il est crucial de clarifier les conditions de l'application du droit des facilités essentielles aux actifs intangibles représentés par la propriété intellectuelle mais aussi par exemple le traitement par le droit de la concurrence des contrats de licence et des transferts de technologie. Une meilleure articulation entre le droit et l'économie est ici nécessaire : d'une part, la propriété intellectuelle convenablement accordée, constitue une incitation efficace à l'investissement en recherche, d'autre

part, ses droits ne sauraient excéder le niveau nécessaire. Témoignent de cette tension les exemples contrastés des États-Unis et de l'Europe. Chez les premiers, une extension abusive des champs du brevetable suggère certaines dérives de la propriété intellectuelle et va de pair avec un renforcement des droits des détenteurs et un plus grand laxisme dans l'attribution de ces droits. La situation est très différente en Europe où même l'unification communautaire d'un droit de la propriété intellectuelle est loin d'être réalisée. Toutes ces questions tournent autour du deuxième thème mentionné plus haut.

Enfin, le chapitre VI traite du contrôle communautaire des aides publiques. C'est un domaine sensible et controversé qui couvre certains aspects de politique industrielle, notamment au travers des aides aux entreprises en difficulté. Dans quelle mesure ces aides créent-elles des distorsions à la concurrence qui affectent significativement le commerce entre États membres ? Le maintien sur le marché, grâce à l'aide publique, d'une entreprise momentanément en difficulté ne serait-il pas paradoxalement proconcurrentiel ? On s'interroge sur les critères retenus pour la qualification d'une aide publique (avantage net au bénéficiaire, sélectivité de l'aide, ressources publiques pour financer l'aide) et sur leur pertinence au regard des objectifs du droit de la concurrence, sur le caractère suffisant de l'obligation de remboursement en cas de succès. La question est élargie à celle des différences entre pays membres en termes de fiscalité, de normes sociales ou d'environnement, sachant que ces différences sont à l'origine d'asymétries de concurrence accentuées après l'élargissement. Ce sont là des questions qui tournent autour des enjeux des thèmes mentionnés plus haut.

C'est en s'appuyant sur toute la discussion et ses éclairages variés, historique, intellectuel, technique, ses volets juridiques, économiques et politiques que la troisième partie prend un point de vue plus synthétique. Elle reprend, en les croisant différemment, les trois grilles distinctes que le rapport a utilisées de manière permanente dans les parties précédentes, celle des institutions et la richesse de l'expérience dont leur construction a bénéficié, celle des registres avec la distinction entre les registres d'intervention de nature répressive (c'est le domaine de l'antitrust en tant que traitement des infractions aux règles qui s'imposent dans une économie de marché) et les registres d'intervention à intention prospective (contrôle des concentrations, par exemple) et enfin la grille des objectifs des politiques de la concurrence, quelque peu tiraillées entre le court terme et le moyen terme.

C'est sur cette vision plus synthétique et recomposée et sur les relations au sein de ce triplet, institutions, registres, objectifs que sont fondées les recommandations. Sans les déflorer à ce stade, elles s'appuient sur des constats généraux portant sur la montée en puissance des politiques de concurrence, la variété de ses registres d'intervention et la spécificité des problèmes européens, pour formuler des propositions, aux niveaux communautaire et français.

PREMIÈRE PARTIE

MISE EN PERSPECTIVE : HISTOIRE ET FONDEMENTS INTELLECTUELS

Revenir aux sources du droit de la concurrence est éclairant à plus d'un titre. En examinant le rôle des forces politiques, des doctrines et de l'environnement socioculturel, à l'origine de la politique de la concurrence, en premier lieu aux États-Unis à la fin du XIX^e siècle et plus tardivement en Allemagne à la fin des années cinquante, l'histoire permet de percevoir sous quelles influences le droit de la concurrence a émergé. Elle permet aussi de mieux comprendre comment les champs d'intervention, les procédures et les critères d'application ont évolué au cours du temps et dans l'espace. La convergence contemporaine entre l'Europe et les États-Unis est ainsi mise en perspective et la politique communautaire se lit sous le double éclairage de l'héritage américain et allemand.

En contrepoint, l'analyse des fondements intellectuels de la politique de la concurrence permet de mettre en lumière les acquis et les limites. On est conduit à évaluer le rôle de l'analyse économique et l'influence des économistes sur l'évolution de la politique de la concurrence. Le temps des réserves que suscite initialement l'introduction de cette politique aux États-Unis, contraste avec une période contemporaine marquée par une articulation forte et originale entre le droit et l'économie.

Chapitre I

Les politiques de la concurrence comme produits de l'histoire : émergence, évolution et inspirations doctrinales

L'émergence et le développement de la politique de la concurrence aux États-Unis et en Allemagne ont joué un rôle considérable dans la construction de la politique communautaire. L'antériorité des États-Unis dans la construction d'un droit de la concurrence mais également la diversité au cours du temps des modalités d'application de la législation, ont constitué un réservoir d'expériences, source d'inspiration pour la Communauté et plus tard l'Union européenne.

La référence à l'Allemagne se justifie surtout par l'influence dans l'après-guerre de l'École de pensée de Fribourg, à l'origine de la doctrine de l'ordolibéralisme. Cette influence s'est exercée non seulement en Allemagne dans la mise en place de la loi de 1957 relative aux restrictions de concurrence (GWB), mais également en Europe au moment de la signature en 1957 du Traité de Rome créant la Communauté économique européenne.

1. De la lutte contre les trusts à la recherche de l'efficacité économique : la politique de la concurrence aux États-Unis

L'histoire du droit de la concurrence commence véritablement aux États-Unis avec la promulgation du *Sherman Act* en 1890. De nombreux travaux ont permis d'éclairer les origines de cette première loi fédérale de l'antitrust américain (voir Thorelli, 1954, Chandler, 1977, Scherer, 1990 et 2000, Stigler, 1982, Toinet et *al.*, 1989 et Kempf, 1992).

1.1. L'émergence du *Sherman Act* et du *Clayton Act*

1.1.1. Le contexte historique

L'industrie manufacturière représente dans la seconde moitié du XIX^e siècle une part importante du potentiel productif américain (de l'ordre de 65 % du PNB). Elle est à la fois fortement concentrée et composée d'entreprises de grande taille bénéficiant de rendements croissants à l'origine d'économies d'échelle substantielles. De nouvelles sources d'énergie (pétrole, gaz, électricité) se développent et donnent naissance à des processus productifs à forte intensité capitaliste. De nouvelles connaissances

émergent dans la sidérurgie et la chimie, alimentant la révolution industrielle aux États-Unis et conduisant à l'apparition de nouveaux produits de masse et de nouveaux marchés. Le développement spectaculaire de l'industrie du transport ferroviaire (la longueur du réseau ferré a augmenté de 268 % entre 1870 et 1900) diminue le coût de transport des marchandises et élargit considérablement la taille du marché intégré américain.

Cependant, en présence de structures productives présentant des coûts fixes élevés, les marchés sont particulièrement vulnérables aux retournements de conjoncture. Dès qu'une dépression surgit, la difficulté d'écoulement des produits conduit assez naturellement à des guerres de prix. C'est précisément pour éviter les conséquences d'une confrontation sur le marché et le spectre des guerres de prix, jugées ruineuses par les entreprises comme par les observateurs économiques de cette seconde moitié du XIX^e siècle, que sont mises en place des formes de cartellisation telles que le *pool* et le *trust* (encadré 1).

1. *Pools* et *trusts* aux États-Unis dans la seconde moitié du XIX^e siècle

Le *pool* est une entente entre plusieurs firmes d'une branche pour fixer le prix de vente et/ou répartir le marché, soit par des quotas de vente, soit par région. Les chemins de fer à partir de 1850, et plus tard à partir de 1870 et 1880, le charbon, le sel, la sidérurgie, les cordages, le whisky et le tabac, ont été régulés par des *pools*.

Le *trust* est un mécanisme d'une légalité moins douteuse que le *pool*, imaginé par Samuel Dodd, principal conseiller du président John Rockefeller. Le *trust* désigne le transfert des titres détenus par les actionnaires de plusieurs entreprises à un petit nombre d'hommes de confiance (*trustees*) moyennant un certificat de dépôt. Il est étroitement associé au développement des sociétés anonymes par actions. Les *trustees*, réunis en un *Board of Trustees* participent à la coordination des politiques des différentes entreprises. C'est John Rockefeller qui constitua le premier *trust* avec la *Standard Oil* de l'État de l'Ohio en 1882, par lequel les actionnaires de 42 sociétés confièrent leurs actions à 9 *trustees* contrôlant l'ensemble de ces sociétés. Des *trusts* furent ensuite créés dans diverses industries comme le raffinage du sucre, la fonderie du plomb, les explosifs, les gâteaux secs, l'huile de coton, etc. (Nouailhat, 1982, pp. 305-306).

Comme le note l'historien américain Alfred Chandler (1977, p. 316-317), les associations de producteurs en *trusts* ont été la norme de fonctionnement dans la plupart des industries aux États-Unis dans les années 1850-1880. Les conséquences aux niveaux social et politique furent diverses. Les États-Unis ne connaissent pas de mouvements sociaux de l'ampleur des épisodes révolutionnaires qui secouent l'Europe en 1848, 1870 et 1917. Mais les crises de cette période, alimentées par de nombreuses faillites de petits entrepreneurs ou de petits exploitants agricoles, ont néanmoins créé des mouvements d'opinion divers contre les *trusts*. Comme le remarquent Heilbroner et Singer (1977) : « Le processus de la croissance économique, bien que se développant essentiellement dans le cadre des entreprises, a progressivement requis l'intervention du gouvernement – en partie pour empêcher le mécanisme de marché de se nuire à lui-même, en partie pour répondre aux exigences d'une grande partie de la société de ne pas laisser fonctionner un tel mécanisme de manière aveugle ».

La question centrale durant la seconde moitié du XIX^e siècle aux États-Unis consistait à savoir si la concentration des moyens de production et la coordination des décisions par les *trustees* étaient les solutions les plus appropriées pour exploiter les économies d'échelle, sachant que la croissance des « gros » au détriment des « petits » présentait un risque, non seulement économique, mais également politique, celui d'un pouvoir excessivement concentré entre un petit nombre d'agents.

L'article de Scherer (1990) rappelle que la question des rendements croissants est au centre des préoccupations des économistes de l'époque. Leur réflexion mettait l'accent sur l'arbitrage à réaliser entre, d'une part, l'efficacité productive qui recommande la concentration des moyens de production entre un petit nombre de grandes unités productives afin de bénéficier des économies d'échelle et, d'autre part, l'efficacité organisationnelle qui recommande plutôt des structures de contrôle moins étendues et moins bureaucratiques impliquant un moindre gaspillage de ressources. Divers économistes américains (Hadley, Adams, Coleman, Jenks, Bullock) pensaient que les nouveaux *trusts* de la fin du XIX^e siècle permettaient de réaliser des économies de coûts substantielles mais que leur contrôle monopolistique conduisait en même temps à de nombreux abus : investissements erronés, prix de vente élevés, partage de la valeur ajoutée défavorable aux salariés, vulnérabilité des entreprises en amont des *trusts*, création de barrières à l'entrée, etc.

Sur le plan juridique, les législations des différents États fédérés répondent à ces préoccupations de façon dispersée. Le droit américain des sociétés dépend des législations de l'État où se situe le siège, chaque entreprise étant soumise à une charte spécifique la concernant (voir Letwin, 1965). Les règles, droits et contraintes énoncés dans ces chartes, notamment en termes d'organisation de la production, sont quasiment individualisés pour chaque entreprise. Ce cadre juridique s'est avéré assez vite inadapté au développement du capitalisme américain et un statut général applicable à l'ensemble des entreprises d'un même État fut élaboré de manière séparée dans chaque État. Mais des différences importantes subsistent entre États, certains, notamment le New Jersey, cherchant à être plus attractifs que d'autres en termes de fiscalité, de droit d'enregistrement, de facilités accordées pour disposer d'établissements dans plusieurs États, de règles d'organisation de la production, etc. La concurrence fiscale joue alors un rôle important.

En matière de concurrence sur les marchés de produits, les règles de droit restent du ressort de chaque État et elles sont fondées sur une base jurisprudentielle, c'est-à-dire selon le principe de la *common law*. Un peu moins de vingt États avaient adopté des lois antitrust. Mais, la jurisprudence restait quelque peu floue même si en général elle interdisait la domination d'un secteur par une seule firme, lorsque cette domination était obtenue au moyen de comportements jugés déloyaux et conduisait à des restrictions à l'échange jugées déraisonnables. L'analyse de ces notions restait cepen-

dant vague et seul le juge de l'État correspondant pouvait apprécier en dernière instance si telle ou telle pratique était déloyale ou non, conformément aux dispositions de la charte de l'État⁽¹⁾. Des accords pour la fixation des prix de vente n'étaient pas toujours considérés comme illicites s'ils ne restreignaient pas l'entrée de nouveaux concurrents et s'ils n'entraînaient pas la sortie des firmes en place.

1.1.2. La mise en place des premières lois fédérales : Sherman Act (1890) et Clayton Act (1914)

Les mouvements populistes et agrariens voyaient dans les trusts, les responsables du déclin des petits artisans et agriculteurs. Ils allaient faire de la question un champ de bataille politique. C'est dans ce contexte polémique que le Congrès américain est amené à examiner la proposition de loi du sénateur républicain de l'Ohio, John Sherman.

Transformer des cadres législatifs et judiciaires dispersés entre plusieurs États en un cadre fédéral unifié n'a pas été une tâche facile. Les seules prérogatives du Congrès américain en matière économique étant la fiscalité, le budget et le commerce interétatique, la question était de savoir si le Congrès avait le pouvoir de réguler la concurrence, c'est-à-dire les relations entre entreprises. L'introduction de la clause des obstacles au commerce entre États dans la section 1 du *Sherman Act* est alors la solution juridique trouvée pour éviter l'objection d'inconstitutionnalité d'une loi antitrust⁽²⁾.

La version du *Sherman Act* votée par le Congrès de manière quasi unanime le 2 juillet 1890 consiste à donner un statut de loi fédérale à l'antitrust. Le très court texte de cette loi (amendée en 1937, 1955 et 1982) comporte huit articles : nous donnons ici un extrait des deux premiers :

« Tout contrat, toute association sous forme de trust ou autre ou toute entente en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents États de l'Union ou avec les pays étrangers sont déclarés illégaux » (art. 1).

« Toute personne qui monopolise, tente de monopoliser ou participe à une association ou à une entente avec une ou plusieurs personnes, en vue de monopoliser une partie des échanges ou du commerce entre les différents États de l'Union, ou avec les pays étrangers, est considérée comme coupable d'un délit » (art. 2).

(1) Kempf (1992, p. 198) cite l'exemple de la décision en 1880 de la Cour suprême du Missouri (*Skainka vs Scharringhausen*) selon laquelle « un accord de cartel constituait une restriction à l'échange raisonnable parce qu'il n'avait pas nui à l'intérêt général, n'avait pas causé de chômage et n'avait pas indûment entraîné de hausse des prix, n'ayant pas porté un coup fatal à la concurrence ». La Cour ajoutait même ne pas connaître dans les cas précédents un seul cas similaire déclaré illégal.

(2) Au Congrès, le parti républicain, considéré comme le parti des industriels, s'oppose à un démantèlement des trusts. Mais confronté à l'agitation populiste contre ces structures, notamment dans les régions du *Middle West* et du Sud, il préfère ne pas marquer une hostilité de principe au projet de loi et le débat porte plutôt sur son inconstitutionnalité. Pour le parti démocrate qui est dans l'opposition à cette époque, le projet constitue une aubaine politique, mais de moindre importance que son combat contre les taxes douanières.

Ce sont donc des règles de prohibition *per se* qu'énonce ce texte de loi. La force de ces textes tient au moins à deux raisons : d'une part, ils rappellent que les mécanismes de marché doivent rester libres des entraves que les acteurs cherchent naturellement à établir pour asseoir leur pouvoir et, d'autre part, ils se gardent bien de définir dans le détail ce que sont ces entraves, laissant *in fine* aux juges le soin d'en décider. L'article 4 de cette loi précise bien que la procédure de mise en œuvre est de type judiciaire et non administrative : ce sont les différents tribunaux des États-Unis qui sont compétents pour juger et sanctionner les violations de la loi et il appartient aux *district attorneys* des États-Unis d'engager des poursuites dans leurs districts respectifs, sous la direction de l'*Attorney General* (Garde des Sceaux de chaque État). Le juge peut en plus ordonner toutes restrictions, mesures conservatoires et injonctions à faire cesser les pratiques incriminées avant de prononcer son jugement définitif. L'affaire est instruite selon une procédure administrative par l'autorité publique en charge de la concurrence, ou par des tribunaux civils habilités à recevoir des plaintes pour violation du *Sherman Act* par des agents ayant subi un préjudice.

La pérennité jusqu'à nos jours de cette loi, plus que centenaire, et qui a aujourd'hui une validité presque constitutionnelle aux États-Unis⁽³⁾, souligne le succès de son double objectif. Elle constitue, d'une part, une tentative réussie pour parvenir à une loi fédérale en matière de concurrence afin de mettre fin à des troubles politiques⁽⁴⁾ : elle exprime, d'autre part, une volonté politique de remettre en question l'emprise des trusts comme instrument de régulation économique.

L'application de cette loi a connu bien des errements pour au moins deux raisons. D'une part, les doctrines et préférences politiques ont fluctué au gré des différentes administrations. Leur influence sur la politique de la concurrence, même si elle est indirecte, reste assez forte, notamment par le biais de la Cour suprême dont on sait que la composition dépend en partie des prérogatives du président et de son administration⁽⁵⁾. D'autre part, les connaissances économiques, qui ont ultérieurement façonné l'évolution de l'antitrust aux États-Unis, ont elles-mêmes beaucoup évolué.

(3) Se reporter à l'avis de la Cour suprême dans son jugement de l'affaire *Sugar Institute, Inc vs US* (1936) (Kovacic et Shapiro, 2000, p. 58).

(4) Comme le note Kempf (1997) : « Lorsque le *Sherman Act* fut adopté, c'était une réponse institutionnelle aux courants populistes. Agrariens et populistes expliquaient les difficultés des petits paysans et des petits artisans ou industriels dans cette période d'industrialisation et de « barons voleurs » par l'émergence des « trusts » et des « gros » qui éliminaient sans pitié leurs concurrents les plus faibles pour pouvoir ensuite s'assurer des superprofits par l'entente et le monopole ».

(5) Après la promulgation du *Sherman Act* en 1890, un écart important a subsisté durant un certain temps entre l'esprit du texte de loi et son interprétation par les « *General Attorneys* » et les juges des tribunaux fédéraux, notamment ceux de la Cour suprême. La portée véritable du *Sherman Act* en tant qu'instrument public du contrôle de l'antitrust ne pouvait se manifester que si le pouvoir judiciaire partageait la même conception de la loi que le pouvoir exécutif.

Des difficultés d'application sont apparues dans un premier temps. La Cour suprême a d'abord retenu une définition restreinte du commerce interétatique en le limitant aux activités de distribution des biens sans l'élargir à la production elle-même, dont le contrôle restait dévolu à chaque État selon sa propre charte. C'est ainsi que dans ses premières décisions en application du *Sherman Act*, la Cour suprême exprimait le souhait de ne pas déposséder les États de leur droit de contrôler la forme juridique des entreprises⁽⁶⁾. Mais cette attitude conservatrice de la Cour suprême ne devait pas se maintenir longtemps et le *Sherman Act* allait devenir au fil du temps un instrument juridique efficace et important à la disposition de l'État fédéral. Les formes d'organisation inspirées des trusts étaient ainsi progressivement prohibées⁽⁷⁾.

Toutefois, les trusts condamnés devant une cour d'appel n'allaient pas tarder à trouver la réponse appropriée au nouveau cadre législatif. Les opérations de fusions horizontales et verticales, se sont multipliées, permettant de poursuivre sous une autre forme les activités de coordination que réalisaient les trusts⁽⁸⁾. Le mouvement des fusions aux États-Unis s'est ainsi particulièrement accéléré après le *Sherman Act*⁽⁹⁾.

La Cour suprême a d'abord été réticente à examiner des fusions horizontales sous l'égide du *Sherman Act*, estimant que cet instrument ne permettait pas de tracer une ligne de démarcation claire entre les opérations de

(6) C'est ainsi par exemple que, dans une de ses décisions, la Cour maintenait en 1895, contre l'avis du gouvernement, le trust sucrier qui contrôlait pourtant 95 % de la capacité nationale du raffinage du sucre (*US vs EC Knight*), en fondant son refus sur le fait que la position de monopole du trust sucrier concernait la production et non le commerce du sucre et que la section 1 du *Sherman Act* ne visait que les entraves au commerce entre États.

(7) Pour ne citer qu'un exemple, une décision de la Cour suprême de 1897 condamnait un accord de fixation des prix pour le transport ferroviaire des marchandises conclu par une association de dix-huit transporteurs (*US vs Trans-Missouri Freight Association*), en se fondant exclusivement sur les prohibitions du *Sherman Act* sans avoir à se prononcer sur les arguments de la défense selon lesquels le prix était fixé à un niveau « raisonnable » ou encore que la fixation des prix était nécessaire pour éviter une « concurrence destructrice ». C'est d'ailleurs là toute la force d'une règle *per se* par opposition au recours à une *règle de raison* qui met en balance les différents arguments.

(8) C'est d'ailleurs un principe général que nous observons presque toujours dans les relations entre les comportements des agents économiques et les politiques de la concurrence : au fur et à mesure que celles-ci s'affirment, des comportements nouveaux apparaissent qui nécessitent à leur tour d'autres mesures de politiques de la concurrence. Il existe donc des interactions réciproques entre les politiques de la concurrence et les comportements des agents économiques. Sur ce point, voir l'ouvrage édité par Norman et Thisse (2000).

(9) Stigler (1982) illustre bien l'importance de ce mouvement en rappelant qu'il est à l'origine d'entreprises de très grande taille comme *Anaconda Copper*, *General Electric*, *International Harvester*, *du Pont de Nemours*, *Eastman Kodak*, *US Steel*. Nouailhat (1982, p. 309) précise qu'à partir de 1898, sur une période de quatre ans, 2 653 firmes ont procédé à des fusions couvrant différentes branches (métaux de base, produits alimentaires, pétrole, produits chimiques, matériel de transport, produits métallurgiques, etc.). Nouailhat se réfère à l'ouvrage de l'expert financier John Moody (1904) intitulé *The Truth about the Trusts* qui montre que ce phénomène de concentration, chacune de ces fusions touchant au moins cinq firmes, ne s'est pas borné au secteur industriel. Il affectait également les transports ferroviaires et les *public utilities* (tramways, gaz et électricité, etc.).

concentration légitimes et celles traduisant une tentative de monopolisation. Mais, sous les présidences démocrates successives de Théodore Roosevelt (1901-1909) et William Taft (1909-1913), la lutte antitrust s'intensifia et les juges de la Cour suprême franchirent le pas⁽¹⁰⁾.

La construction de l'édifice de l'antitrust devait se poursuivre par le vote du Congrès en 1914 du *Clayton Act*. Selon certains auteurs, ce vote exprimait la crainte des membres du Congrès que le renouvellement de la composition de la Cour suprême ne l'amène à revenir vers une interprétation minimaliste des comportements anticoncurrentiels. Afin de limiter le pouvoir discrétionnaire des juges, le *Clayton Act* a donc introduit explicitement une liste de pratiques prohibées telles que la discrimination par les prix, les accords de distribution exclusive, les ventes liées et les conseils d'administration imbriqués où siègent les mêmes personnes. Il a également favorisé les poursuites devant des juridictions civiles en introduisant des mesures pour inciter les victimes d'un comportement anticoncurrentiel à poursuivre en droit civil les responsables de ces comportements, au travers d'un principe d'indemnisation selon la règle du triplement des dommages subis (*treble damages*). Le *Clayton Act* a enfin fourni le premier instrument juridique du contrôle des concentrations réalisées par achat d'actions. Ce sont essentiellement ces deux dernières dispositions, dommages triples et contrôle des concentrations (sans aller jusqu'à la notification obligatoire), que la postérité retiendra du *Clayton Act*.

En même temps, une deuxième loi (*Federal Trade Commission Act*) créait en 1914 une autorité administrative indépendante de l'exécutif, la *Federal Trade Commission* (FTC), en charge de la politique antitrust. Le partage des responsabilités entre une autorité indépendante (FTC) et une autorité publique représentée par la Division antitrust du Département de la Justice (DoJ) mettait ainsi fin au monopole public de la mise en œuvre du droit de la concurrence aux États-Unis. Ces deux institutions servaient la même finalité, à savoir examiner les plaintes (les autorités pouvant s'autosaisir elles-mêmes), délimiter les pratiques anticoncurrentielles, contraindre leurs auteurs à les cesser sous peine de poursuite devant les tribunaux, laissant *in fine* à ceux-ci le soin de prononcer des sanctions par le biais d'amendes ou de peines de prison.

(10) Une décision du gouvernement d'empêcher le rapprochement entre deux opérateurs ferroviaires, Northern Pacific and Great Northern Railroads (*Northwest Securities Co. vs US*) fut confirmée par la Cour suprême en 1897. En 1911, la Cour va encore plus loin en requérant le démantèlement de la Standard Oil Company of New Jersey en 34 unités (*Standard Oil Co vs US*). La même année, l'American Tobacco Trust est également démantelé. Ce sont les premiers grands succès de l'antitrust américain. En 1911 encore, la Cour suprême américaine soutint l'argument selon lequel l'imposition par un fournisseur du prix de vente finale à son distributeur constitue une violation du *Sherman Act* et le jugement correspondant (*Dr Miles Medical Co. vs John D. Park & Sons Co*) sert encore de référence en la matière. En 1912, la Cour suprême interdisait à l'association des transporteurs ferroviaires contrôlant les terminaux de St Louis de pratiquer des prix d'accès discriminatoires (*US vs Terminal Railroad Association of St Louis*).

Au total, le *Sherman Act* (1890), le *Clayton Act* (1914) et la création de la FTC (1914) ont traduit à la fois une volonté centralisatrice en matière de contrôle de la concurrence face à la montée des trusts et aux politiques opportunistes des États fédérés et la volonté politique de laisser aux autorités en charge d'appliquer le droit de la concurrence une autonomie par rapport au pouvoir exécutif.

Après ces deux lois fédérales et durant la période de près d'un siècle qui va suivre jusqu'à nos jours, la politique de la concurrence aux États-Unis connaîtra bien d'autres évolutions dont on peut souligner brièvement quelques-unes des étapes les plus significatives.

1.2. La mise en œuvre du droit : des politiques contrastées dans le temps

Selon Kovacic et Shapiro (2000), l'expérience américaine de l'antitrust après la mise en place du *Sherman Act* et du *Clayton Act* peut se décliner autour de quatre épisodes qui diffèrent par les modalités de mise en œuvre des lois correspondantes.

1.2.1. Une période de mise en sommeil (1915-1936)

La première période qui s'étend de 1915 à 1936 correspond à une relative mise en sommeil de la politique américaine de la concurrence. On peut y voir essentiellement une raison politique. L'organisation de l'économie sous la forme de marchés concurrentiels n'avait plus la faveur des pouvoirs publics. Leur confiance dans les forces impersonnelles du marché s'érodait face à l'attrait qu'exerçait le modèle d'une économie planifiée avec le concours des grandes entreprises. C'est la période du *National Industrial Recovery Act* (NIRA), des débuts du *New Deal* et de ce qu'on a appelé plus tard l'État providence. Ce modèle social, fondé sur une association étroite entre le monde des affaires et l'État fédéral, avait prévalu durant la Première Guerre mondiale. Il semblait à certains, et en premier lieu au président Herbert Hoover, devoir constituer le modèle de référence pour l'organisation sociale de l'économie. Ce modèle paraissait d'autant plus prometteur à ses partisans qu'ils considéraient la concurrence comme l'un des facteurs à l'origine de la grande dépression de 1929. La confiance déclinante envers les vertus de la régulation économique par la concurrence s'est évidemment accompagnée d'une certaine inflexion de la politique de la concurrence. La règle de raison s'est progressivement substituée à la prohibition *per se* dans l'application du *Sherman Act*. Corollairement, la Cour suprême s'est montrée beaucoup plus tolérante vis-à-vis de certains accords et pratiques concertées entre entreprises⁽¹¹⁾.

(11) Par exemple, le principe de l'interdit de la fixation concertée des prix et de la répartition des quantités selon la section 1 du *Sherman Act* fut détourné dans une décision de la Cour suprême en 1933 (*US vs Appalachian Coals*), au motif que cet accord représentait une réponse appropriée face à la crise dans le secteur des mines de charbon.

C'est également durant cette période que fut voté le *Robinson-Patman Act* (1936) qui cherchait, entre autres, à limiter l'expansion des grandes chaînes de distribution afin de protéger le petit commerce. C'est enfin durant cette même période que furent mises en place les réglementations sectorielles dans le transport et les télécommunications avec la création d'agences de régulation indépendantes spécialisées telles que le *Civil Aeronautics Board* (CAB) dans le transport aérien et la *Federal Communications Commission* (FCC) dans les télécommunications.

Sur le plan des idées, il est intéressant de remarquer que les travaux économiques les plus notables de cette période, notamment, ceux de Ramsey, Pigou, Hotelling, Chamberlin et Robinson semblent n'avoir eu aucune influence ni sur les critères de fond ni sur les procédures de mise en œuvre, alors que ces mêmes travaux allaient fournir bien plus tard les prémisses d'un renouveau important des politiques de la réglementation et de la concurrence.

1.2.2. La période activiste et l'influence de l'École structuraliste (1936-1972)

Au sortir de la grande dépression des années trente et après l'abandon du *New Deal*, une deuxième période s'amorçait (1936-1972). Les vertus de l'économie planifiée paraissaient émoussées et une politique de la concurrence à la fois beaucoup plus active et plus systématique se mettait en place, sous la présidence américaine de Franklin Roosevelt. Elle devait se poursuivre pendant près de quarante ans.

L'inspiration venait de l'École structuraliste de Harvard (Mason, 1939 et Bain, 1956)⁽¹²⁾. Sous son influence, les présupposés à l'encontre de la concentration industrielle ont joué un rôle déterminant dans la politique de la concurrence. D'une part, une forte suspicion *a priori* à l'encontre des grandes entreprises et des structures de marché concentrées et, d'autre part, un souci de simplifier à l'extrême la charge de la preuve incombant aux autorités de la concurrence, ont constitué les soubassements d'une politique que certains jugent aujourd'hui avoir été excessive pour ne pas dire malheureuse⁽¹³⁾. Il s'agissait essentiellement de limiter le pouvoir de marché des grandes entreprises supposées à l'origine d'une perte de bien-être importante⁽¹⁴⁾. En d'autres termes, le référentiel que la politique de la concurrence

(12) On a pu ainsi dire que l'École structuraliste cherchait à donner une légitimité économique aux arguments populistes à l'origine du *Sherman Act*.

(13) Selon le président de la FTC, Timothy Muris (2003), la suspicion à l'encontre de la concentration durant cette période était telle qu'il fut un moment envisagé de démanteler les grands constructeurs automobiles afin de restructurer l'industrie correspondante. Hofstadter (1965) parle de *tendances paranoïdes* à propos des suspicions que la politique de la concurrence nourrissait à l'encontre des grandes entreprises et des marchés oligopolistiques durant la période structuraliste.

(14) Bien avant la critique fondamentale de l'École de Chicago, cette conception de la politique de la concurrence avait fait l'objet d'une critique véhémente de certains économistes de l'époque. Voir par exemple Kaysen et Turner (1959).

rence de cette période semblait avoir en tête n'était pas très loin de l'idéal de la concurrence parfaite où chaque entreprise, diluée dans une structure de marché atomisée, a un pouvoir de marché nul. Le nouveau credo *Small is beautiful* contrastait ainsi avec celui de la période antérieure.

Le contrôle des concentrations, ébauché par le *Clayton Act* s'est trouvé renforcé par le vote du *Celler-Kefauver Act* (1950) au nom duquel une opération de fusion horizontale pouvait être interdite, même lorsqu'elle ne comportait aucun risque de domination du marché par la nouvelle entité résultant de la fusion⁽¹⁵⁾. Parfois, la Cour suprême est allée jusqu'à dire que, non seulement les arguments d'efficacité en faveur d'une fusion ne sont pas pertinents pour contrebalancer les effets anticoncurrentiels de la fusion, mais ils peuvent même être retenus comme un facteur aggravant⁽¹⁶⁾.

En matière de pratiques verticales restrictives, cette période est également marquée par des interdictions systématiques tendant à condamner un grand nombre de pratiques commerciales sans un examen minutieux de leur raison d'être ni de leur rôle éventuel pour restaurer l'efficacité économique dans les relations verticales⁽¹⁷⁾.

En matière d'ententes et comportements concertés, la Cour suprême a estimé que les accords horizontaux entre concurrents devaient être condamnés en soi, indépendamment de leurs raisons d'être et de leurs effets⁽²⁶⁾. La mise en évidence d'un faisceau d'indices sans l'existence d'une preuve tangible d'un comportement concerté pouvait suffire à considérer qu'il y avait violation anticoncurrentielle⁽¹⁸⁾.

(15) Ainsi, dans un jugement célèbre sous l'égide de cette loi (*Brown Shoe vs US*, 1962) la Cour suprême s'est opposée à une fusion qui ne conduisait pourtant qu'à une part de marché consolidée de 5 %, en fondant sa décision sur le fait que la protection des petites entreprises constituait l'un des objectifs de la politique de la concurrence ! Un jugement dans le même sens était rendu à propos de la fusion de deux chaînes de distribution totalisant une part de marché de 8 % (*Von's Grocery Co vs US*, 1966).

(16) Cet argument a été utilisé dans *FTC vs Procter & Gamble Co.*, 1967.

(17) Parmi les restrictions interdites, on peut citer l'attribution de territoires exclusifs (*Arnold Schwinn & Co vs US*, 1967), les ventes liées (*International Salt Co vs US*, 1947), le refus de distribuer des produits de fournisseurs ne respectant pas l'exclusivité (*Klor's Inc. vs Broadway-Hale Stores Inc*, 1959).

(18) *Socony-Vacuum Oil Co. vs US*, 1940

(19) Cela est illustré par les cas *Interstate Circuit, Inc. vs US*, 1939 et *Socony Vacuum Oil Co. vs US*, 1940. Toutefois, la Cour devait reconnaître que la simple mise en évidence d'un parallélisme des prix ne suffisait pas à établir la preuve d'une concertation (*Theatre Enterprises, Inc. vs Paramount Film Distribution Corp.*, 1954). Mais, comme le font remarquer Kovacic et Shapiro (2000), les plaignants et les cours de justice ont utilisé après ce dernier cas beaucoup de ressources et d'ingéniosité pour identifier des preuves supplémentaires minimales, au-delà du parallélisme de prix, pour convaincre les juges de l'existence d'un comportement concerté. Quand on sait l'importance de l'interdépendance oligopolistique dans le temps pour comprendre le fonctionnement d'un marché oligopolistique, on imagine les dérives auxquelles cette politique de la concurrence activiste, systématique et mal fondée pouvait conduire.

1.2.3. La recherche de l'efficacité économique : l'influence de l'École de Chicago (1973-1992)

Une transformation assez radicale a marqué la période suivante (1973-1992). Elle s'explique par au moins deux raisons. Premièrement, les dérives de la période structuraliste sont apparues intenable et ont conduit à l'émergence d'une nouvelle ligne de pensée mettant l'accent sur l'efficacité économique. Deuxièmement, les préoccupations en matière de compétitivité de l'industrie américaine devenaient notoires et les craintes qu'une politique de la concurrence trop stricte ne soit pénalisante ont émergé. Examinons successivement ces deux aspects.

C'est à l'influence de l'article de Williamson (1968), qui plaidait pour la prise en compte des gains d'efficacité liés à une fusion horizontale (*efficiency defense*) que l'on peut rattacher les évolutions ratifiées dans la version de 1992 des *Merger Guidelines*, complétés ensuite en 1997, spécifiant que les gains potentiels d'efficacité d'une fusion devaient être pris en compte dans l'évaluation du bilan global. Auparavant, la promulgation en 1976 du *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act* (HSR), rendant obligatoire la notification au DoJ et à la FTC des projets de fusion de taille supérieure à un certain seuil, avait complété la législation en matière de contrôle des concentrations horizontales.

La critique la plus sévère de l'approche structuraliste provenait d'un ensemble de personnalités qu'on désigne sous le label de l'École de Chicago, comprenant aussi bien des juristes (Calvert Simons, Aaron Director, Bork), des économistes (Brozen, Demsetz) et des juges (Posner, Bork, Easterbrook, Gellhorn). Nous revenons plus loin sur l'apport de l'École de Chicago.

Par ailleurs, en même temps qu'était remise en cause la signification de la concentration industrielle⁽¹⁹⁾, le rôle de la concurrence potentielle était largement mis en avant. Cette conception de la limite potentielle au pouvoir de marché des firmes en place culminera plus tard, au moment où elle trouvera son expression académique la plus achevée dans la théorie des marchés dits disputables ou contestables (voir Baumol *et al.*, 1982 et Baumol et Willig, 1986).

Enfin, l'École de Chicago se montrait très circonspecte quant aux effets négatifs sur le bien-être⁽²⁰⁾ des pratiques restrictives de concurrence, comme par exemple l'exclusivité dans les contrats ou encore les pratiques de ven-

(19) Voir la collection de travaux critiques sur l'utilisation structuraliste des indices de concentration dans Goldschmid *et al.* (1974) et notamment la contribution de Demsetz.

(20) Cette circonspection se reflète bien dans cette affirmation du prix Nobel d'Économie, Ronald Coase (1972) : « Lorsqu'un économiste découvre quelque chose – une certaine pratique commerciale par exemple – qu'il ne comprend pas, il cherche toujours une explication en termes de monopole. Et comme dans ce domaine, nous sommes très ignorants, le nombre de pratiques incomprises devient très grand et le recours à des explications en termes de monopole très fréquent ».

2. Compétitivité et concurrence aux États-Unis : les politiques en faveur de l'innovation

Le rapport du MIT, intitulé *Made in America: Regaining the Production Edge* (1989), sous la direction de Dertouzos, Lester et Solow, a eu une influence importante sur l'évolution de la politique de la concurrence aux États-Unis. La crainte que cette politique ne soit décourageante vis-à-vis de la recherche coopérative, en comparaison du traitement plus favorable dont celle-ci bénéficiait en Europe et au Japon, était fortement présente. Des actions en faveur de la coopération en R&D devenaient donc souhaitables. C'est ainsi que deux lois furent votées, la première en 1984, le *National Cooperative Research Act* (NCRA), la seconde en 1993, le *National Cooperative Research and Production Act* (NCRPA). Elles apportaient plus de flexibilité sur au moins deux points. D'une part, les accords de coopération en R&D n'étaient plus considérés comme illégaux en soi, leur traitement devant être réalisé selon la règle de raison. Sous certaines conditions, ces accords de R&D coopérative pouvaient même se poursuivre au niveau de la production commune. D'autre part, l'incitation de parties tierces à contester la légitimité des accords de R&D au regard du droit de la concurrence se trouvait limitée dans la mesure où la clause des dommages triples ne s'appliquait plus à ce type d'accords. Après la législation du NCRA, le mouvement en faveur d'un traitement d'exemption des accords de coopération en R&D ainsi que des clauses restrictives dans les contrats de licence devait se poursuivre. Des mesures d'incitation à la recherche par le renforcement de la propriété intellectuelle étaient également préconisées (voir Crépon et al., 1993). La protection intellectuelle s'est trouvée fortement renforcée aux États-Unis, notamment par la création en 1982 d'une Cour fédérale (*Court of Appeals of the Federal Circuit*, CAFC) spécialisée dans l'examen des litiges en matière de propriété intellectuelle. Le pouvoir de cette juridiction a conduit à une importante extension du champ du brevetable, à une assise juridique renforcée des brevets accordés par l'Office américain (USPTO) et à un élargissement de l'étendue des revendications protégées. Toutes ces mesures devaient conduire à des tensions accrues avec les autorités de la concurrence à propos de situations à l'interface du droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle, comme nous l'illustrons plus loin.

tes liées. Ces pratiques commerciales n'auraient le plus souvent que des motivations innocentes et favorables à l'efficacité économique. De plus, on soulignait qu'elles n'étaient pas l'apanage des firmes dominantes, dans la mesure où elles étaient largement utilisées par des entreprises ne détenant aucun pouvoir de marché. Toutes ces prises de position intellectuelles ne manquaient pas de laisser des traces au niveau des décisions des tribunaux, au cours de cette période⁽²¹⁾.

Une deuxième raison expliquant la remise en question de la politique structuraliste est la crainte des pouvoirs publics, partagée par de nombreux

(21) Quelques cas de jurisprudence s'inspirant explicitement des analyses des membres de l'École de Chicago sont présentés dans Kovacic et Shapiro (2000). Voir aussi Comanor (1990).

industriels ainsi que par certains économistes de la fin des années quatre-vingt⁽²²⁾, que l'industrie américaine ne soit pénalisée par une application trop stricte de la politique de la concurrence. Le diagnostic d'un relatif déclin de la compétitivité de l'industrie américaine par rapport à l'Union européenne et au Japon depuis le début des années soixante-dix jusqu'au début des années quatre-vingt-dix, le recensement des causes présumées de ce déclin et les mesures appropriées pour y remédier devaient faire l'objet d'un rapport remarqué du MIT (cf. Dertouzos, Lester et Solow, 1989). Même si l'origine de ce déclin n'était pas imputée exclusivement à une politique de la concurrence inadéquate, le sentiment prévalait que la manière dont celle-ci était appliquée ne convenait plus dans une situation où l'innovation devenait le facteur essentiel de la croissance économique. La crainte que la législation américaine ne soit décourageante vis-à-vis de la recherche coopérative, en comparaison du traitement plus favorable dont celle-ci bénéficiait en Europe et au Japon⁽²³⁾, était fortement présente. Des actions en faveur de la coopération en R&D devenaient donc souhaitables (encadré 2).

1.2.4. La synthèse post Chicago : l'apport de la théorie des jeux

L'argument de l'efficacité économique mis en avant par l'École de Chicago méritait certes pleine considération et les corrections apportées à certains excès antérieurs de la politique de la concurrence étaient souvent justifiées. Mais la situation n'était pas figée et la relance de la politique de la concurrence à partir du début des années quatre-vingt-dix provient de deux sources différentes : d'une part, les progrès de l'analyse économique et, d'autre part, la recherche d'un meilleur arbitrage entre la sécurité juridique de la règle *per se* et l'incertitude à laquelle pouvait conduire une application discrétionnaire de la règle de raison.

En premier lieu, de nombreux travaux économiques sont revenus sur les arguments conduisant à innocenter certaines pratiques restrictives. En utilisant de nouveaux développements de la théorie des jeux non coopératifs, ces travaux ont pu montrer que, sous certaines conditions, ces pratiques avaient un effet anticoncurrentiel⁽²⁴⁾.

Deux cas, explicités dans l'encadré 3, illustrent l'évolution des conceptions de la politique de la concurrence à propos de deux types de pratiques commerciales, présumées être des stratégies d'exclusion ou du moins des stratégies restrictives de concurrence. Les difficultés dans l'application du droit de la concurrence de la règle *per se* y apparaissent également de manière sensible (encadré 3).

(22) Voir notamment Jorde et Teece (1990) ainsi que l'ouvrage édité par les mêmes auteurs (1992).

(23) Selon Jorde et Teece (1990, 87-88), la *Fair Trade Commission* au Japon a le pouvoir d'étendre les accords de recherche coopérative à la commercialisation jointe des résultats.

(24) Voir par exemple le numéro spécial du *Journal of Economic Theory* (1982, n° 27, 2) consacré à l'analyse de l'effet de réputation et notamment les contributions de Kreps et Wilson et Milgrom et Roberts.

3. Prédation et refus de vente : deux cas illustrant les difficultés de la règle *per se*

Le premier cas se réfère à une baisse de prix pouvant correspondre à un prix de prédation. En 1999, le DoJ initiait une enquête à propos du comportement de la compagnie aérienne *American Airlines* qui avait réagi à l'entrée de concurrents sur différentes liaisons à partir de son aéroport de base (*hub*) de Dallas en abaissant de manière substantielle ses propres prix et en accroissant ses capacités de vol. Était-ce là un comportement prédateur pour faire sortir les nouveaux concurrents ou était-ce plus simplement une réaction normale afin de défendre ses parts de marché face à de nouveaux concurrents ? Le DoJ concluait son enquête en expliquant que ce comportement ne pouvait se concevoir en dehors d'un pur objectif d'exclure des concurrents. Selon le DoJ, étant donné la domination d'*American Airlines* sur son aéroport de base, les pertes qu'une baisse de prix et d'accroissement de capacités induisaient n'étaient rationalisables qu'en regard de gains ultérieurs que la compagnie pouvait espérer si elle parvenait à induire la sortie des concurrents. Mais comment prouver la matérialité de gains futurs, sans que l'on soit assuré que la sortie des concurrents aura bien lieu ? Sans se prononcer sur le fond, une cour de justice locale donnait tort au DoJ dans un jugement préliminaire. Ce verdict fut confirmé en appel au motif que *American Airlines* n'avait pas baissé son prix en dessous d'un niveau approprié de coût que le tribunal explicitait en la circonstance. Mais au-delà du verdict, l'intérêt de ce jugement était double. D'une part, il affirmait que l'intention de la prédation n'avait pas à être prouvée, autrement dit, les tribunaux pouvaient être dispensés de montrer que la baisse de prix et l'expansion de capacité avaient bien pour intention ou pour objectif de réduire le nombre de concurrents. Il suffisait de prouver que la hausse de prix qui devenait possible après l'élimination du concurrent pouvait compenser la perte due à la baisse initiale. C'était là une transformation notoire. D'autre part, le jugement définissait une notion de coût-plancher pour déterminer le seuil en deçà duquel la baisse de prix pouvait être de nature délictueuse. En l'occurrence, le seuil minimal de coût retenu était le coût incrémental moyen, conformément à une recommandation de Areeda et Turner (1974). Certains économistes (Edlin et Farrell, 2003) ont vu là une jurisprudence permettant de clarifier la notion de prix prédateur.

Le deuxième cas est relatif à une pratique de refus de vente. En 1992, la société *Eastman Kodak* a été poursuivie en justice par l'un de ses clients à qui elle refusait de vendre des pièces détachées parce que ce client cherchait à concurrencer Kodak dans l'offre de services de photocopieurs. Fallait-il sanctionner ce refus de vente ? Le problème était d'autant plus délicat que ces pièces détachées étaient protégées par des droits de propriété intellectuelle. La société Kodak était accusée par son concurrent de violer l'article 2 du *Sherman Act* en cherchant à monopoliser le marché des pièces détachées de ses propres photocopieurs. Un premier jugement de droit civil disculpait Kodak de toute charge en estimant qu'il était peu vraisemblable que le refus de vente traduise l'objectif d'exclure un concurrent. Retenant le marché de la vente de photocopieurs neufs où Kodak ne disposait que d'une part de 20 %, le jugement préliminaire estimait en effet qu'il aurait été irrationnel de la part de Kodak de restreindre ses ventes dans un motif de prédation. La neuvième Cour d'appel, puis en dernière instance la Cour suprême en 1997, invalidaient ce jugement préliminaire, en invoquant d'autres arguments pour expliquer que le comportement de

prédation ne pouvait être exclu *a priori* et qu'il fallait réexaminer le cas sur le fond. L'entrée dans l'argumentaire de la Cour suprême de notions telles que les externalités de réseaux, les avantages liés à la base installée, le verrouillage technologique (*lock-in*), les coûts de changement de fournisseurs (*switching costs*), etc. illustre l'influence croissante de l'analyse économique sur le droit de la concurrence. Comme le cas portait sur un refus de vente de composants brevetés, la CAFC, juridiction de dernier ressort en matière de propriété intellectuelle, devait affirmer dans une décision de 1999 qu'un refus de vente d'un produit breveté ne saurait constituer, en aucun cas, une violation du droit de la concurrence. Deux questions étaient ainsi posées et elles sont au cœur de nombreux débats contemporains. La première est de savoir s'il y a prééminence du droit de la propriété intellectuelle sur celui de la concurrence. La deuxième est de savoir dans quels cas un refus de licence d'un droit de propriété intellectuelle peut être de nature délictueuse. Ces questions sont loin d'être tranchées, alors même qu'elles sont au cœur de procès contemporains spectaculaires en antitrust, comme ceux à l'encontre de *Microsoft* aux États-Unis et en Europe. Elles illustrent quelques-unes des tensions présentes qui traversent le droit de la concurrence et celui de la propriété intellectuelle.

En second lieu, confrontées au délicat arbitrage entre la sécurité juridique et la sophistication de l'analyse économique, les autorités américaines de la concurrence ont été amenées à expliciter des lignes directrices de leur action (*Guidelines*) et donc à s'engager sur la manière dont elles appliquent les règles selon les différents domaines d'intervention. Notamment, l'application de la politique de la concurrence dans des contextes où l'innovation a un rôle crucial a fait surgir de nouveaux problèmes que ces lignes directrices tentent de cerner (encadré 4). Ces lignes directrices recherchent un arbitrage subtil entre, d'une part, la sécurité juridique qui passe par l'explicitation des règles appliquées par l'autorité de la concurrence et, d'autre part, le maintien d'un espace discrétionnaire pour faire face efficacement à la complexité et à la spécificité des situations.

À l'issue de ce rapide tour d'horizon de la politique de la concurrence aux États-Unis, trois remarques paraissent utiles notamment au regard de la politique communautaire que nous présentons dans la deuxième partie de ce rapport.

Premièrement, au-delà des contingences historiques, l'émergence de l'antitrust américain à la fin du XIX^e siècle s'explique notamment par la volonté d'instaurer une loi fédérale puissante afin de répondre à l'intégration des marchés des États de l'Union. La même préoccupation apparaît lors de la signature en 1957 du Traité de Rome : il fallait déterminer les règles de la concurrence permettant d'aboutir à un marché intégré, indépendamment des règles en vigueur dans chaque État membre, en veillant à ce que le droit communautaire couvre les droits nationaux des États membres.

Deuxièmement, la mise en œuvre de l'antitrust aux États-Unis a suivi des périodes assez contrastées, en fonction des connaissances économiques, des situations conjoncturelles et des doctrines et préférences politiques des administrations en place. Les similitudes avec l'évolution du droit communautaire ne manquent pas là encore. Ainsi des transformations que

4. Trois lignes directrices de la politique de la concurrence aux États-Unis

En premier lieu, les lignes directrices sur le traitement des opérations de concentration (*Horizontal Merger Guidelines*) ont été réaménagées à plusieurs reprises, depuis leur première édition de 1968 jusqu'à la dernière en date de 1997. Retenons quelques innovations majeures introduites au cours du temps.

Le critère d'appréhension du marché pertinent et les analyses quantitative et qualitative qu'il requiert ont été précisés par le test dit SSNIP (*Small but Significant Nontransitory Increase in Prices*), largement employé à présent.

Les critères de seuils pour les indices de concentration et leur variation à la suite d'une opération de fusion ont été réévalués. Ils restent néanmoins quelque peu arbitraires.

L'appréciation de la concurrence potentielle et des barrières à l'entrée a été enrichie. L'environnement des structures amont (fournisseurs) et aval (clients) a été également pris en compte.

La distinction entre les effets unilatéraux et les effets coordonnés d'une fusion a été introduite, comme le fera plus tard le nouveau règlement communautaire.

Enfin les gains potentiels d'efficience d'une fusion ont été introduits. Le traitement économique et juridique des fusions semble à présent bien cadré à la lumière de la dernière édition des *Merger Guidelines*. Comme nous le verrons plus loin, le nouveau règlement européen du contrôle des concentrations (règlement 139/2004) et les lignes directrices qui l'accompagnent, s'inspirent beaucoup du cadre américain, même s'il subsiste une différence majeure entre les deux systèmes, à savoir que la procédure est judiciaire aux États-Unis et administrative en Europe. Des différences procédurales importantes subsistent encore entre les pays membres de l'Union européenne.

En deuxième lieu, de nouvelles lignes directrices concernant le traitement des licences de propriété intellectuelle (*Antitrust Guidelines for Licensing Intellectual Property*) ont été publiées aux États-Unis. De nouvelles règles ont ainsi succédé aux interdits assez stricts énoncés dans les années soixante-dix, connus sous le nom des « *nine no-nos of licensing* ». L'un de ces interdits concernait la clause exigeant du licencié qu'il cède au licencieur tous les brevets obtenus par le licencié après le contrat (*grant-back*). Ceci accordait au détenteur du brevet un pouvoir de monopole exorbitant (voir Gilbert et Shapiro, 1997 et Scotchmer, 2004, p. 171). L'évolution réglementaire a conduit à des assouplissements. Les aspects proconcurrentiels des licences sont mis en avant (diffusion des innovations). Les règles délimitant l'utilisation non abusive des contraintes restrictives s'expriment en fonction du pouvoir de marché. Sont ainsi distingués trois types de marchés : celui du produit proprement dit, celui de la technologie où s'opèrent les transactions sur les droits de propriété intellectuelle et celui de l'innovation qui regroupe les activités de R&D. De manière générale, les lignes directrices sur les licences traduisent une certaine suspicion sur les restrictions qui s'étendent au-delà du marché des produits. Par exemple, l'attribution d'une licence exclusive ou d'un territoire exclusif, ne pose pas de problème grave. Par contre, les licences croisées sur des technologies substituables peuvent constituer une entorse dans la mesure où elles

affectent le marché de la technologie. De même une fusion entre deux firmes détenant des droits de propriété sur des technologies substituables peut être anticoncurrentielle lorsqu'elle affecte le marché de l'innovation. Le traitement des licences sur des technologies complémentaires est plus permissif.

En troisième lieu enfin, les lignes directrices publiées concernent le traitement des accords de coopération. Il s'agit des *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (2000). Les domaines couverts par la coopération sont assez larges : R&D, production, distribution, commercialisation, partage de l'information, associations de producteurs, etc. Les accords dont l'effet anticoncurrentiel est notoire, comme les cartels ou les ententes portant sur le prix de vente ou/et la répartition des marchés, restent interdits selon la règle *per se* du *Sherman Act*. Les autres accords sont examinés selon la règle de raison, en analysant leur motivation et leurs effets. Les accords ne sont pas notifiés aux autorités de la concurrence, mais celles-ci peuvent être amenées à poursuivre leurs auteurs si les accords s'avèrent restreindre la concurrence sans comporter des bénéfices compensatoires en termes de bien-être. C'est le principe de l'exception légale, principe qui sera à nouveau adopté en Europe (règlement 1/2003) en 2004. Les accords dont la durée est nécessairement limitée ont un effet présumé sur la concurrence moins grave qu'une fusion dont la durée est permanente. Enfin ces *Guidelines* introduisent des zones de sécurité. Un accord entre entreprises dont la part de marché combinée ne dépasse pas 20 % est exempté de droit. De même, un accord de coopération en R&D qui maintient sur le marché de l'innovation au moins trois autres unités indépendantes bénéficie *a priori* de l'exemption. Ces principes ont été adoptés également en Europe dans le règlement 1/2003.

le contrôle communautaire des concentrations a connues depuis l'élargissement de l'Union européenne, font écho à celles observées de l'autre côté de l'Atlantique.

Troisièmement, les convergences entre les deux continents sont à présent assez fortes. Tous les deux adoptent à présent une politique de la concurrence dont l'inspiration est médiane entre deux extrêmes, l'un affirmant une conception minimale (École de Chicago) et l'autre une conception maximale (École structuraliste). Les références aux objectifs du surplus des consommateurs et de l'efficacité économique semblent maintenant bien ancrées et communes aux deux continents. Les difficultés de concrétisation restent cependant fortes. Elles apparaissent les plus marquées dans les situations à l'interface du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire les cas où des préoccupations relatives à l'innovation et à la concurrence interviennent simultanément. La réflexion pour trouver les bons équilibres se poursuit de manière très active. Le rapport récent que la FTC (2003) a consacré à ces questions, après l'audition pendant plus de deux ans d'un grand nombre d'analystes et de praticiens, souligne bien l'existence de ces lignes de tension et la nécessité de parvenir à des solutions.

Nous consacrons la section suivante à quelques développements sur la politique de la concurrence en Allemagne : elle a également influencé d'une tout autre manière la politique communautaire qui émergeait à la même période.

2. De la politique des cartels à la conception ordo-libérale, la politique de la concurrence en Allemagne

Après l'unification allemande de 1871, la législation prussienne a été étendue à tout l'empire germanique⁽²⁵⁾. Cette législation s'inscrivait dans une lignée du libéralisme, celle qui porte la conviction que les relations contractuelles entre les acteurs économiques privés ne doivent souffrir d'aucune intervention publique.

Comme aux États-Unis avant le *Sherman Act* de 1890, les cartels ont été un mode habituel d'organisation et de coordination des activités économiques en Allemagne. Leur longévité, comparée aux États-Unis, s'explique par leur assise légale, confirmée par une décision de la Cour suprême allemande (*Reichsgericht*) de 1897, et par le soutien politique dont ils ont bénéficié, soutien qui sera largement confirmé par le régime national-socialiste jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale.

Une tentative du gouvernement en 1923 de combattre le pouvoir des cartels s'avérait infructueuse faute de parvenir à ébranler la doctrine prussienne dominante fondée sur la liberté contractuelle des parties.

Le nombre de cartels n'a pas cessé de croître et le mouvement s'est poursuivi pendant toute la période avant la Seconde Guerre mondiale. Selon Kuhn (1997), l'Allemagne comptait près de 4 000 cartels à la fin de la République de Weimar en 1933. L'avènement du régime nazi et la guerre n'ont fait que renforcer considérablement la cartellisation jusqu'en 1945.

2.1. Influence de l'ordo-libéralisme : l'économie sociale de marché

Après 1945, deux facteurs ont fortement affecté l'évolution du droit de la concurrence de la RFA : le premier, d'ordre intellectuel, est associé à la doctrine de l'ordo-libéralisme, le second, d'ordre politique, traduit la pression des forces alliées.

L'influence doctrinale de l'École ordo-libérale de Fribourg, animée par Walter Eucken et Franz Böhm (*Ordnungspolitik*), a été considérable. Tournant le dos à la conception prussienne antérieure, strictement libérale, qui tenait en suspicion toute intervention de l'État dans le jeu économique, la doctrine ordo-libérale souligne au contraire que l'État est le garant indispensable du libre fonctionnement des marchés. Il ne suffit pas de libérer les forces du marché, il faut également les contenir et les encadrer grâce à des règles du jeu acceptées et appliquées.

Cette doctrine voit dans l'intervention de l'État une condition nécessaire à l'épanouissement des vertus conjuguées qu'elle attribue à la propriété

(25) L'analyse historique du cas allemand est inspirée de Kuhn (1997), Kantzenbach (1990), Hoppe (1991), Audretsch (1989) et Amato (1997, chapitre 8). Le texte de la 6^e version de la loi relative aux restrictions de concurrence (janvier 1999) est disponible sur le site Internet du Bundeskartellamt.

privée, la liberté d'entreprendre et le fonctionnement libre du marché. La liberté doit avoir valeur constitutionnelle non seulement dans la sphère politique mais aussi dans la sphère économique. Pour l'ordo-libéralisme, fondamentalement, la main invisible du marché n'est pas suffisante : le marché est une construction subtile, une manifestation de l'habileté humaine auquel il faut des règles et un arbitre.

Ce qu'on a appelé l'économie sociale de marché (*Marktwirtschaft*), s'organisera ainsi autour d'une forme d'ordre économique, appuyée sur des règles spécifiques. L'État, garant de la liberté individuelle dans la sphère économique, doit notamment empêcher que la concurrence ne soit entravée par le comportement des agents dominants, que ceux-ci soient privés ou publics. Vickers (2004) donne de la doctrine un raccourci éclairant : « Pour les ordo-libéraux, le droit de la concurrence est crucial dans la constitution économique de la société, en tant que contrainte à l'exercice à la fois du pouvoir privé et du pouvoir public dans la sphère économique. Là où le pouvoir de marché ne peut être éliminé, l'idéal du droit de la concurrence doit être de contraindre les firmes dominantes à agir comme si elles étaient contraintes par la concurrence ». Cette vision ordo-libérale a eu une influence sans doute déterminante dans la gestation et la conception originelle de la politique communautaire de la concurrence.

Le second facteur expliquant la fin du régime des cartels est la pression américaine et alliée après la défaite du national-socialisme. Les États-Unis s'assignaient les objectifs concomitants du rétablissement de la démocratie politique en Allemagne et de la décartellisation et déconcentration des structures de marché. Ils devaient trouver un soutien puissant en la personne de Ludwig Erhard, responsable de l'administration économique des régions unifiées après la fin de l'occupation par les troupes britanniques et américaines. Selon Hoppe (1991), la philosophie économique de Ludwig Erhard était elle-même fortement influencée par l'École ordo-libérale de Fribourg.

2.2. La loi allemande relative aux restrictions de concurrence

En 1958, soit moins d'un an après la signature du Traité constitutif de la Communauté européenne et huit ans après la fondation de la République fédérale allemande (RFA) en 1950, une loi relative aux restrictions de concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), désignée par le sigle GWB, fut votée en RFA.

D'une part, les cartels étaient prohibés (avec toutefois des exceptions) et, d'autre part, les abus potentiels des firmes ayant une position dominante sur leur marché étaient également interdits.

Il convient de noter dès le départ que même si les doctrines inspirant la loi allemande GWB et le *Sherman Act* aux États-Unis présentent des similarités, les principes qui les fondent n'en sont pas moins différents. La défense de la concurrence dans la loi allemande est garante de la liberté éco-

nomique des acteurs qu'elle préserve des abus de pouvoir exercé par les entreprises dominantes : la concurrence est un objet de droit qu'il convient de protéger en soi. L'objectif diffère ainsi de celui qui a fini par prévaloir aux États-Unis en la matière, à savoir la promotion de l'efficacité économique. Selon Posner (2001, p. 29), « l'efficacité est l'objectif ultime de l'antitrust, mais la concurrence est un objectif intermédiaire qui est souvent suffisamment proche de l'objectif ultime pour éviter aux tribunaux de pousser plus loin leurs investigations ».

La suspicion vis-à-vis de la dominance économique, une notion qui se décline dans des dimensions différentes (part de marché, degré d'intégration amont et aval, puissance financière), joue ainsi un rôle beaucoup plus important en Allemagne qu'aux États-Unis.

On retrouve les traces de l'influence de l'approche allemande sur un droit communautaire, qui a longtemps accordé une place prépondérante à la notion de dominance économique. Il n'est pas étonnant, comme le fait remarquer Laurence Idot (2004), que l'Allemagne ait été le pays membre qui ait marqué le plus de réticences au nouveau règlement européen d'application des articles 81 et 82 (règlement 1/2003) ainsi qu'au nouveau règlement du contrôle des concentrations (règlement 139/2004), dans la mesure où ces nouveaux règlements mettent moins l'accent sur cette notion de dominance et reflètent davantage la conception de l'efficacité économique présente dans le droit américain de la concurrence.

Les autorités de la concurrence allemandes sont essentiellement chargées, d'une part, de contrôler les abus de position dominante lorsque celle-ci est acquise par croissance interne (contrôle des comportements) et, d'autre part, de contrôler l'émergence d'une position dominante lorsque celle-ci est obtenue par croissance externe (contrôle des concentrations).

Différents amendements à cette première loi relative aux restrictions de concurrence (GWB) ont été introduits, depuis l'amendement de 1973 faisant entrer le contrôle des concentrations dans la loi jusqu'à l'amendement récent de 1999 (le sixième depuis 1958) adaptant le régime allemand de la politique de la concurrence à celui en vigueur dans l'Union européenne. Quelques spécificités de la sixième version de cette loi GWB (version entrée en vigueur en janvier 1999) sont présentées ci-dessous.

2.2.1. Institutions de gouvernance

Outre le ministre fédéral de l'Économie, trois institutions se partagent la charge de la politique de la concurrence en Allemagne.

L'Office fédéral des cartels (*Bundeskartellamt*) est l'autorité administrative supérieure chargée d'appliquer la loi relative aux restrictions de concurrence (GWB). Cet office est subordonné au ministre fédéral de l'Économie mais il garde son indépendance dans le traitement des affaires. Il est à la fois l'instructeur des dossiers et le décideur final sachant qu'il comporte

une instance juridique en son propre sein. Il peut s'autosaisir ou instruire les dossiers portés devant lui par des plaignants. Il est constitué de onze divisions, chacune d'elles en charge d'un secteur spécifique. De plus, il possède une division juridique, chargée des litiges et des procédures d'appel. La division juridique représente le *Bundeskartellamt* auprès de la Cour suprême fédérale à Karlsruhe.

La deuxième institution est la Commission des monopoles (*Monopolkommission*) qui a pour mission de « publier tous les deux ans un rapport d'expertise concernant l'état actuel et l'évolution probable de la concentration des entreprises et l'application des dispositions en matière de contrôle des concentrations ainsi que d'autres questions d'actualité relevant de la politique de la concurrence » (article 44). Ses réflexions et ses avis sur la mise en œuvre de la politique de la concurrence et sur les décisions prises par le *Bundeskartellamt* sont importants. La *Monopolkommission* est également consultée par le ministre lorsque celui-ci revient sur une décision du *Bundeskartellamt* à propos d'une fusion. La *Monopolkommission* est composée de cinq membres, nommés par le Président de la République pour une durée de quatre ans sur proposition du gouvernement. Elle comprend des experts indépendants du pouvoir exécutif dont des économistes et juristes universitaires. Ses décisions en matière de réforme procédurale ou sur le fond jouent un rôle important. La présidence de la *Monopolkommission* est actuellement assurée par l'économiste Martin Hellwig.

Enfin, la troisième institution est constituée par les autorités suprêmes des Länder, dans la mesure où les offices régionaux de cartels (dans chaque Länder) traitent de cas ayant une dimension régionale marquée.

2.2.2. Contrôle des ententes et abus de position dominante

Les accords et pratiques concertées qui faussent le jeu de la concurrence sont interdits *per se* et assortis de fortes amendes⁽²⁶⁾ (article 1). Cependant jusqu'en 1973, une interprétation restrictive énoncée par la Cour suprême prévalait. Un accord ne pouvait être condamné que si, d'une part, un document explicite ayant valeur d'un contrat de droit privé existait et, d'autre part, la restriction de concurrence était explicitement inscrite dans le document. Ces restrictions ont été levées dans l'amendement de 1973 : une collusion tacite peut elle-même être prohibée, même si son existence reste difficile à établir. Par ailleurs, une série d'exemptions aux ententes sont prévues dans la loi, à condition que les demandes en soient notifiées et acceptées (articles 2-8). Les exemptions portent essentiellement sur deux types d'accords : ceux censés améliorer le processus concurrentiel (ajustement des capacités de production, cartels à l'exportation, restrictions verti-

(26) En 2003, une amende de 660 millions d'euros a été infligée à des cimentiers accusés d'avoir établi des accords de quota et de répartition géographique pendant plusieurs années. Des condamnations pénales ont été également prononcées à l'encontre de hauts responsables des six principaux groupes cimentiers.

cales) et ceux censés améliorer le fonctionnement des entreprises concernées (normes, spécialisation, PME). Les cartels à l'exportation sont justifiés par les différences de régimes des politiques de la concurrence hors de l'Union européenne. Enfin, le ministre fédéral de l'Économie peut autoriser certains accords s'ils apparaissent souhaitables du point de vue de l'économie et de l'intérêt général (article 8). Il faut noter que c'est au ministre et non au *Bundeskartellamt* qu'incombe la prise en compte de l'intérêt général. Les exemptions accordées pour une période temporaire peuvent être retirées avant leur échéance si elles donnent lieu à une exploitation abusive.

En matière de position dominante, un rapport de la *Monopolkommission* a permis d'introduire, à partir du milieu des années quatre-vingt, plus de souplesse dans la définition de la notion. Au-delà de la part de marché et de la puissance financière, le rôle de la concurrence potentielle exercée par l'entrée possible de nouveaux concurrents a été ainsi pris en compte. Cette considération paraît particulièrement pertinente dans une économie fortement intégrée dans le commerce mondial comme l'est l'économie allemande.

La présomption que les entreprises faisant partie d'un oligopole concentré sont fortement incitées à recourir à des mécanismes de collusion tacite reste assez forte. Cependant, il faut noter que le démantèlement de ces entreprises, légalement concevable, est resté une virtualité à ce jour. Seuls les abus de position dominante sont sanctionnés. Deux types d'abus ont été considérés : les abus d'exploitation commerciale et les abus de comportement stratégique. Convaincre les tribunaux de la matérialité d'un abus commercial a toujours été difficile pour ne pas dire impossible⁽²⁷⁾. Concernant les abus stratégiques, l'Allemagne a maintenu une différence de fond entre la politique de la réglementation et la politique de la concurrence. La première concerne le contrôle des prix dans l'industrie réglementée, tandis que la seconde ne concerne que le contrôle des abus de comportement. Les prix de vente imposés par des firmes dominantes à leurs distributeurs ont été interdits selon une règle de 1973. Dans d'autres cas, le caractère anticoncurrentiel de certaines pratiques a été plus controversé (prix discriminants par exemple) (voir Kuhn, 1997, pp. 22-27).

En matière de coopération en R&D, on observe une forte présomption en faveur de la R&D coopérative et des exemptions relatives aux clauses restrictives de concurrence dans les contrats de licence ont été accordées.

Enfin, comme dans d'autres pays membres, la libéralisation d'un certain nombre d'activités telles que la banque, l'assurance, l'électricité, les services publics, activités qui sont restées jusqu'à un passé récent à l'écart du contrôle des positions dominantes, a été amorcée sous la pression des directives communautaires.

(27) Le *Bundeskartellamt* a exigé en 1974 des six majors pétroliers opérant en Allemagne (Texaco, BP, Shell, Esso, Gevelsberg et VEBA-ARAL) qu'ils annulent la décision de hausse des prix de l'essence de 30 % malgré une hausse substantielle de leurs taux de profit. Les tribunaux ont annulé cette exigence du *Bundeskartellamt*. Une question similaire s'est posée à propos de la hausse du prix du Valium par Hoffman-La Roche (Kuhn, 1997, p. 15).

2.2.3. Contrôle des opérations de concentration

Avant la réforme de 1973, il existait une certaine dissymétrie entre le traitement des cartels et celui des entreprises dominantes. Alors que les cartels étaient interdits, les entreprises dominantes n'étaient contrôlées que pour leurs abus éventuels. La réforme de 1973 a procédé à un rééquilibrage en introduisant deux mesures. D'une part, elle a allégé le traitement des cartels en permettant les accords entre PME afin de favoriser cette catégorie d'entreprises dans la concurrence avec les grandes entreprises. D'autre part, elle a explicitement introduit un contrôle des opérations de concentration dès lors que la taille des parties concernées dépassait un certain seuil.

Jusqu'en 1999, les initiateurs d'une opération de concentration avaient le choix entre une prénotification ou une post-notification. Si le régime de prénotification était choisi, le *Bundeskartellamt* devait prendre une décision d'autorisation au bout d'un mois, si l'opération ne soulevait aucune objection ou au bout de trois mois, si l'office décidait d'engager une enquête plus approfondie. Dans le cas d'une post-notification, l'office des cartels disposait d'un an pour interdire éventuellement la concentration.

La loi amendée de 1999 a supprimé la procédure de post-notification pour introduire une notification obligatoire à partir d'un seuil de chiffre d'affaires. Les opérations de concentration susceptibles de créer ou renforcer une position dominante sur le marché sont interdites à moins que les entreprises concernées ne démontrent que l'opération de concentration engendre en même temps une amélioration du jeu de la concurrence et que cette amélioration surpasse les inconvénients de la position dominante sur le marché (article 36). Dans le droit allemand, l'argument de l'entreprise en difficulté peut être invoqué pour autoriser une fusion, même si celle-ci conduit à créer une position dominante. Une position dominante peut être individuelle ou collective. Une position dominante individuelle est présumée dès lors qu'une entreprise détient au moins le tiers du marché. Un groupe de trois entreprises au plus détient une position dominante collective dès lors que la part de marché combinée dépasse 50 % (le seuil pour un groupe de cinq entreprises est de 66 %).

Enfin, conformément aux règles qui s'appliquent dans la plupart des pays, une opération de concentration peut être, soit acceptée en l'état, soit assortie de mesures correctives⁽²⁸⁾, soit enfin interdite. Toutefois, dans ce dernier cas, « le ministre fédéral de l'Économie peut autoriser, sur demande, une opération de concentration qui a été interdite par le *Bundeskartellamt* si, dans le cas d'espèce, les avantages qui en résultent l'emportent sur les inconvénients que représentent les restrictions de concurrence ou si l'opération de concentration est justifiée par des intérêts publics majeurs » (art. 42).

(28) Par exemple, les deux fusions entre les groupes pétroliers *Shell/Dea* et *Veba Oel (Aral)/BP* ont été assorties dans la décision de décembre 2001 de deux obligations, d'une part, céder des stations d'essence de manière que les parts de marché restent inférieures aux seuils permis selon le critère de la dominance collective et, d'autre part, s'engager à vendre du pétrole à des raffineurs indépendants à des prix de marché.

On note là à la fois une similarité et une divergence importante avec la pratique du contrôle des concentrations en France. Dans les deux pays, la décision finale peut revenir au ministre mais, en Allemagne, le *Bundeskartellamt* est responsable de l’instruction de l’opération de concentration qui lui est notifiée alors qu’en France, l’opération est notifiée au ministre et instruite par ses services. Ce n’est qu’à la demande du ministre que l’avis du Conseil de la concurrence est sollicité. L’ordre séquentiel des décisions en Allemagne est ainsi exactement l’inverse de celui pratiqué en France.

Fondements intellectuels des politiques de la concurrence : une évolution complexe et non stabilisée

Les liens entre politique de la concurrence et pensée économique sont plus lâches que ne le laisse paraître le débat contemporain sur le contenu économique des politiques de la concurrence. Autant l'exemple des États-Unis que celui de l'Allemagne, pionnière des politiques de la concurrence en Europe, illustrent cette affirmation. Le rappel historique auquel nous avons procédé a souligné le contexte et le contenu des plaidoyers originels pour les politiques de la concurrence. S'ils traduisaient certes des convictions philosophiques amont favorables au contrôle de la concurrence sur les marchés, leurs argumentaires n'étaient en général pas fondés sur des conceptions sophistiquées du fonctionnement économique du marché. Ils invoquaient des raisons qui ne sont pas nécessairement, ou en tout cas essentiellement, celles que les économistes mettraient en avant aujourd'hui.

1. Des justifications initiales qui ne sont pas essentiellement économiques

La politique de la concurrence prend son essor aux États-Unis avec le *Sherman Act*. Comme on l'a montré, l'initiative a une inspiration que l'on peut qualifier de « populiste ». Elle réunit ceux qui pâtissent de l'efficacité des entreprises industrielles de grande taille et ceux qui craignent l'accroissement concomitant du pouvoir économique et politique des nouveaux géants industriels. La nouvelle politique n'est aucunement suscitée par les économistes américains de la fin du XIX^e siècle. À l'origine, ceux-ci y ont été, semble-t-il, le plus souvent hostiles, craignant qu'elle n'affaiblisse l'industrie américaine⁽¹⁾. L'opinion de Ely (1900), même si elle est formulée de façon particulièrement vigoureuse, est caractéristique des réticences d'une bonne partie de la profession, « Les trusts ne sont pas un mal, sauf à considérer l'exercice d'une activité à grande échelle comme un mal. Au contraire, lorsque les trusts naissent d'un libre développement, alors ils doivent être jugés favorablement et ce serait une erreur que d'essayer de les dissoudre ».

(1) À l'exception de John Bates Clark, aucun économiste ne faisait encore référence à l'*inefficacité allocative*, provenant d'un niveau de prix au dessus du coût marginal, une préoccupation pourtant présente dans la littérature depuis la révolution marginaliste (voir en particulier, Walras, 1883).

Ce sont les interventions des juristes, qui fourniront les premières interprétations de textes législatifs initiaux plutôt vagues. Même si certains analystes donnent une lecture cournotienne du *Clayton Act*, Brennan (2000), les économistes seront étrangement absents des débats jusqu'au début des années trente⁽²⁾ : il faut attendre 1925 pour trouver la première évocation d'un écrit économique dans une décision judiciaire.

De même, on l'a dit, si la mise en place d'une politique de la concurrence en Allemagne procède de la logique imposée après guerre par les Alliés, son développement n'est pas qu'une poursuite pragmatique de l'action initiale, mais aussi l'application d'une pensée, celle de l'*ordnung politik*. L'ordolibéralisme a été, sinon la source unique, mais du moins un constant référent idéologique des politiques économiques d'outre-Rhin depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Il reflète, on l'a dit, une philosophie qui met l'accent plus sur les libertés que sur l'efficacité et qui préconise non seulement la dispersion du pouvoir politique mais aussi celle du pouvoir économique. Son inspiration est plus juridique qu'économique et, par exemple, sa réticence vis-à-vis des concentrations relève plus de la philosophie politique que d'arguments économiques en tout cas d'arguments d'efficacité, au sens que la théorie économique donne à ce terme. Plus généralement, l'adhésion des élites allemandes à une économie sociale de marché, prend appui sur une vision du monde susceptible de créer un nouveau consensus dans la société allemande, et non sur une doctrine économique précise.

Ainsi, que ce soit en Europe ou aux États-Unis, les politiques de la concurrence qui fixent des règles du jeu dans une économie de marché, reflètent initialement une acceptation de ses principes mais aucunement une adhésion à telle ou telle conception précise de son fonctionnement. Elles relèvent d'un argumentaire initial qui fait plus écho à une normativité juridique (par exemple, la liberté d'entreprendre vue comme forme de liberté) qu'au raisonnement économique.

2. La montée en puissance du raisonnement économique ne garantit pas une stabilité des formes d'intervention

La montée en puissance du raisonnement économique dans l'interprétation des dispositions mais aussi dans la conception des politiques de la concurrence n'interviendra aux États-Unis qu'un peu avant le début des années quarante. Et ce n'est qu'après la Seconde Guerre mondiale que les économistes deviendront particulièrement actifs dans le débat sur la concurrence.

On pouvait raisonnablement conjecturer que la prise en compte du raisonnement économique dans l'élaboration et la concrétisation des politiques

(2) Même si le passage progressif de la problématique initiale implicite : *défendre les concurrents*, à une problématique reconsidérée : *défendre la concurrence*, fait droit à une logique plus économiste.

de la concurrence serait facteur de rationalisation et par voie de conséquence de stabilisation. En effet, l'appui sur une discipline qui met l'étude du marché, et donc de la concurrence, au centre de ses préoccupations, et dont le corpus intellectuel, deux siècles après Adam Smith, s'est considérablement enrichi, est *a priori* source de rationalisation.

Pourtant l'hypothèse de stabilisation des interventions juridiques dans le domaine de la concurrence par le raisonnement économique n'est pas franchement étayée. La grande variabilité des décisions et des interprétations américaines avant la Seconde Guerre mondiale qui, par exemple, font alterner laxisme et intransigeance en matière de concentrations, reflétait un cycle qui est à la fois et indissociablement intellectuel et politique : c'est ainsi que l'après 1929 verra une rétraction des exigences de la politique et ce jusqu'à la période du *New Deal*, où le mouvement s'inversera.

Mais ce mouvement de balancier ne va pas disparaître après la Seconde Guerre mondiale, là où l'hypothèse de l'effet de l'influence des économistes va pouvoir être testée. Deux facteurs vont limiter le rôle éventuellement stabilisateur du raisonnement économique : d'une part, les évolutions du savoir économique lui-même, évolutions inhérentes à son développement et, d'autre part, à un moment donné du développement, les modifications des rapports de force intellectuels internes à la profession et surtout dans le segment de la profession qui intervient activement dans le débat sur les politiques de la concurrence. C'est ainsi, qu'au sein des économistes spécialisés, la prééminence de l'École structuraliste de Harvard, très influente en matière de politique de la concurrence dans l'après-guerre, sera contestée par ce que l'on a appelé l'École de Chicago. On interprète souvent la période actuelle comme une synthèse (synthèse post-Chicago) entre les mouvements antérieurs. Nous y reviendrons.

Avant d'aller plus loin, citons une phrase d'Adam Smith (1776)⁽³⁾ prémonitrice des intuitions sur lesquelles s'appuiera la politique de la concurrence : « Si le capital nécessaire pour le commerce des biens de consommation d'une ville est divisé entre deux épiciers différents, leur concurrence les amènera à vendre, chacun moins cher que s'il avait été réuni dans le marché d'un seul, et s'il avait été divisé entre vingt, leur concurrence en serait d'autant plus forte et la probabilité qu'ils s'entendent d'autant plus faible ». Notons que la dernière phrase est d'interprétation ambiguë : le nombre d'épiciers rend-il la concurrence intrinsèquement plus forte ou l'amélioration procède-t-elle seulement de la diminution de la probabilité de l'entente ? Autrement dit, est-ce la rivalité concurrentielle qui s'accroît ou bien la probabilité d'un comportement collusif qui décroît avec le nombre de producteurs ? Voilà une question qui renvoie à une distinction, réminiscence de celle qui sépare ce que l'on appelle maintenant « effet unilatéral » et « effet coordonné ».

(3) La lecture d'un certain nombre d'arrêts récents en illustrerait, si besoin en était, l'étonnante modernité.

Sans prendre le risque de donner ici une définition de la notion de concurrence, notion dont le contenu fait débat au XIX^e siècle comme aujourd'hui encore (Boone, 2001), nous commencerons par décrire brièvement l'histoire de la construction des schémas intellectuels autour desquels les économistes ont organisé une pensée spécifique sur les formes de la concurrence que l'on peut appeler oligopolistique. Ces constructions intellectuelles amont ont influencé et continuent d'influencer les économistes spécialisés dans la politique de la concurrence. Mais elles constituent un fonds commun de la pensée dont la construction n'a été que peu ou parfois seulement indirectement influencée par le débat plus général de politique économique. Il importe donc de distinguer l'examen des constructions économiques propres à fournir des bases « amont » à la politique de la concurrence de celui des interventions « aval » des économistes dans le débat de politique économique. Nous procéderons finalement à une analyse coûts-avantages des politiques de la concurrence, analyse qui reviendra sur leurs justifications traditionnelles.

2.1. L'économie de la concurrence

2.1.1. Concurrence oligopolistique : l'évolution des constructions intellectuelles depuis Cournot

L'histoire intellectuelle de la pensée économique sur la concurrence oligopolistique commence avec Cournot (1838). Cournot a, le premier, mis en exergue un mécanisme par lequel, en l'absence de toute entente sur les prix, la « multiplication des concurrents », dont parlait Adam Smith, diminue le pouvoir de marché de chacun d'entre eux. Le célèbre duopole de Cournot met en scène deux entreprises qui parviennent, après un processus de tâtonnement, à un couple d'offres « en équilibre » : aucune, prenant l'offre de son concurrent comme une donnée, ne souhaite modifier la sienne propre. Le pouvoir de marché de chaque entreprise apparaît comme atténué au sens suivant : l'élasticité du prix de marché à une modification de son offre propre est plus faible que si elle était seule présente sur le marché. Il en résulte, par exemple, qu'à l'équilibre d'un duopole (avec coût marginal constant et demande iso-élastique), le taux de marge, ou indice de Lerner, est deux fois plus faible à l'équilibre du duopole qu'à l'équilibre du monopole. Le modèle de Cournot, devenu modèle de l'oligopole de Cournot, reste aujourd'hui une référence incontournable. Il constitue encore le cœur théorique du paradigme de la concurrence en quantités.

Le travail de la fin des années soixante-dix a permis d'améliorer la compréhension analytique du modèle et, ainsi, de valider les prédictions issues des exercices de statique comparative. En particulier, l'étude de l'oligopole de Cournot avec libre entrée a précisé les connections entre la concurrence à la Walras et la concurrence à la Cournot (voir, par exemple, Guesnerie et Hart, 1982). Cependant, les critiques de Cournot ont depuis longtemps souligné son traitement discutable de ce que l'on appelle en termes modernes la

concurrence en prix, un thème auquel la phrase d'Adam Smith faisait sans doute référence. Les objections de Bertrand (1883) font écho à cette critique : pourquoi les concurrents ne s'entendraient-ils pas pour « fixer le prix de manière à prélever sur l'ensemble des acheteurs la plus grande recette possible » (c'est la première critique de Bertrand) ou bien au contraire pourquoi ne s'engageraient-ils pas dans une guerre des prix dommageables pour chacun d'entre eux⁽⁴⁾ ? Le débat se verra relancé de façon plus constructive après l'intervention d'Edgeworth (1897), puis rebondira plus tard avec la contribution de Chamberlin (1933) qui mettra au cœur de l'analyse la question de la différenciation des produits.

Aujourd'hui, l'on comprend que la concurrence oligopolistique se déploie dans quatre dimensions, qu'elle a quatre étages, la recherche d'innovations, la construction de capacités, la différenciation des produits et la détermination des prix. Il est tentant d'associer à cet énoncé un amont et un aval, l'amont étant lié à l'innovation et aux capacités et l'aval à la différenciation et au prix, mais cette schématisation est contestable. Il est aussi tentant de vouloir intégrer ces quatre dimensions dans une explication synthétique, mais cette tâche est difficile.

En fait, les modèles les plus récents issus de la tradition cournotienne s'efforcent d'expliquer simultanément la concurrence sur les quantités, quantités qu'on interprète souvent comme des choix de capacités et la concurrence en prix avec produits différenciés. Ces explications se heurtent à une difficulté, celle bien connue de comprendre les choix de quantités, compte tenu des difficultés de prédictions, au moins dans certaines zones de choix de quantités, de l'équilibre en prix qu'elles vont induire (voir Kreps et Scheinkman, 1983, Bénassy, 1989 et Vives, 1999, chapitre VI).

Comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, beaucoup de travaux récents qui portent sur la différenciation endogène des produits (opposée à la différenciation exogène dans les études précédemment évoquées), ou sur la compréhension de l'innovation, et enfin sur la dimension stratégique de l'accumulation des capacités et ses effets sur l'entrée, donnent des coups de projecteurs dans des directions différentes. L'achèvement du programme de Cournot – si par programme de Cournot l'on entend la construction d'une théorie synthétique de la concurrence oligopolistique – supposerait une synthèse dont nous sommes loin de disposer.

(4) C'est la fameuse critique de Bertrand (1883) : « Cournot suppose que l'un des concurrents baissera ses prix pour attirer à lui les acheteurs et que l'autre, pour les ramener, les baissant à son tour davantage, ils ne s'arrêteront dans cette voie que lorsque chacun d'eux, lors même que son concurrent renoncerait à la lutte, ne gagnerait plus rien à abaisser ses prix. Une objection péremptoire se présente : dans cette hypothèse aucune solution n'est possible, la baisse n'aurait pas de limite. [...] Quel que soit, en effet, le prix commun adopté, si l'un des concurrents abaisse seul le sien, il attire à lui [...] la totalité de la vente, et il doublera sa recette si son concurrent le laisse faire ».

2.1.2. L'enrichissement moderne de la compréhension de la concurrence oligopolistique par la théorie des jeux

Un état plus général de la réflexion contemporaine sur la concurrence oligopolistique est présenté dans l'ouvrage classique de Jean Tirole (1988). Ce que l'on appelle parfois l'économie industrielle (*Industrial Organization*) a été profondément affectée depuis la fin des années soixante-dix, par le recours aux concepts et méthodes de la théorie des jeux non coopératifs : l'accent est mis sur les aspects stratégiques de l'interaction entre entreprises que les méthodes analytiques antérieures n'appréhendaient que de manière cursive. Elle s'accompagne d'une prise en compte explicite des asymétries d'information qui peuvent exister entre les acteurs. Notons quatre directions dans lesquelles notre compréhension s'est incontestablement améliorée :

- il faut d'abord noter que l'analyse contribue à réhabiliter, au moins au niveau conceptuel, le point de vue de Cournot : l'équilibre de Cournot est bien un équilibre de Nash⁽⁵⁾. Elle va placer ce point de vue dans une perspective plus appropriée qui, tout en lui retirant toute exclusivité, lui confère un statut central dans le paysage de la théorie de la concurrence. Les diverses dimensions de la concurrence oligopolistique peuvent être appréhendées dans un cadre conceptuel unifié (à défaut de l'être dans un modèle unique). Ainsi, l'analyse de la différenciation endogène des produits, dans ses dimensions verticales et horizontales, va se développer considérablement (Gabszewicz et Thisse, 1992 et Shaked et Sutton, 1982, 1983 et 1987) ;
- l'analyse temporelle et stratégique de la concurrence en prix permet de rationaliser les mécanismes de la collusion tacite à partir du *folk theorem* (ou encore théorème de Monsieur tout le monde), même si la robustesse de l'analyse est sujette à caution (Friedman, 2000) ;
- l'analyse séquentielle des stratégies et l'accent mis sur la crédibilité des menaces qu'elles peuvent impliquer ouvrent la porte à une compréhension améliorée des problèmes d'entrée (Gilbert, 1989 et Ponsard, 2000) ;
- en concentrant l'attention sur les aspects informationnels des décisions des participants, donnant un rôle essentiel aux signaux qui sont transmis, la théorie améliore notre compréhension du rôle de certains comportements (prédation, forclusion) dont une partie de la logique échappait à l'analyse (Milgrom et Roberts, 1982 et 1987 et Kreps et Wilson, 1982).

L'économie industrielle « revisitée » avec les outils de théorie des jeux non coopératifs place l'ensemble du sujet dans une perspective améliorée et permet de dépasser les querelles antérieures et de progresser. Dans un certain nombre de cas, ce progrès dans la compréhension est directement utilisable pour la détermination de la politique de la concurrence : par exemple, on va y revenir, l'évaluation post-Chicago des ventes liées ou de certaines dispositions contractuelles entre entreprises et clients témoigne d'un

(5) Ou, dit d'une autre façon, l'équilibre de Nash est un équilibre de Cournot.

véritable saut qualitatif dans la compréhension des phénomènes, saut qualitatif éventuellement immédiatement opérationnel.

Mais les conclusions de la nouvelle économie industrielle dépendent souvent de toute une série de caractéristiques fines des situations analysées (de la « *game-form* » spécifique considérée) qui les rend peu robustes (exemple, l'entrée) et qui suggèrent une variété de déclinaisons possibles, éventuellement sectorielles. Par ailleurs, la nouvelle économie industrielle propose, au travers de la variété de ses modèles, une série d'éclairages croisés sur le sujet qu'il importe de synthétiser. Mais, comme on l'a déjà souligné, nous n'avons aucune théorie qui permette d'appréhender de façon synthétique la dynamique de la concurrence, qui mêle inextricablement les dimensions du prix, de la différenciation de produits⁽⁶⁾, de la construction de capacités et de l'innovation de produits ou de procédés et la logique de l'entrée. Et l'indétermination, à laquelle l'ancienne économie industrielle concluait⁽⁷⁾, réapparaît, soit explicitement, parce qu'un modèle a beaucoup, voire une infinité d'équilibres, soit parce que le résultat qu'il fournit dépend de détails trop fins pour qu'ils soient observés, soit enfin parce que la superposition des points de vue théoriques qui doivent être sollicités conduit à une image floue de la situation.

2.1.3. La pensée sur la concurrence et le débat intellectuel chez les économistes

Les deux paragraphes qui précèdent donnent une vue rapide de l'évolution des conceptions économiques des politiques de la concurrence et des schémas intellectuels qui les sous-tendent. La revue est cependant limitée à l'exposé des conceptions dominantes, celles qui ont souvent *de facto* influencé les politiques mises en œuvre. Elle donne une idée d'une évolution diachronique mais suggère un unanimité synchronique qui gomme l'ampleur du débat intellectuel sur la concurrence au sein de la discipline.

Inutile de rappeler l'opposition entre les classiques, dont les écrits conduisent souvent à identifier concurrence et laisser-faire, et les marxistes pourfendeurs de la concurrence sur le marché du travail, dont ils voient l'ombre portée de la concurrence, en général nocive car source d'inutiles redondances et intrinsèquement déstabilisatrice.

(6) Par exemple, les modèles qui expliquent simultanément les effets simultanés de la concurrence sur les prix et la différenciation de produits reposent sur des hypothèses restrictives sur la structure de l'espace de différenciation.

(7) C'est le cas de Sweezy qui écrivait « Le point de départ lui-même ne peut évidemment pas résulter des anticipations auxquelles il donne lieu. Ceci étant donné, la recherche traditionnelle de la solution d'équilibre d'un oligopole ne semble pas avoir beaucoup de sens. De façon générale, un grand nombre de combinaisons prix-production peuvent constituer un équilibre, c'est-à-dire un point se caractérisant par le fait que l'oligopole n'en bouge plus une fois qu'il l'a atteint (toutes choses restant égales par ailleurs). Mais il est impossible de dire laquelle de ces combinaisons prévaudra en pratique, et ceci dépendra de l'histoire ».

Mieux fonder en raison la notion de concurrence est l'objectif de Walras, dont le positionnement social-démocrate avant l'heure est probablement inconfortable entre marxistes et hérauts du laisser-faire. Ainsi, écrit-il à W. Lexis, « il m'a semblé que vous me considériez comme un partisan de la libre concurrence absolue (en raison du fait que j'étudie très attentivement et très minutieusement les effets de la libre concurrence). Quoi qu'il en soit, je tiens à vous faire savoir que, tout au contraire, c'est plutôt le désir de repousser les applications mal fondées et inintelligibles de la libre concurrence faites par des économistes orthodoxes qui m'a conduit à l'étude de la libre concurrence en matière d'échanges et de production » (Walras, 1883).

On ne peut évoquer la variété des positions prises dans le passé sur les questions de concurrence sans évoquer les célèbres thèses de Schumpeter, qui faisait des monopoles les servants décisifs de l'innovation, à la fois parce qu'ils recherchent les innovations et peuvent en financer la recherche, et voyait dans la concentration un des vecteurs de la croissance économique.

Si aujourd'hui, la balkanisation de l'activité intellectuelle dans la discipline donne aux économistes spécialisés dans le domaine (et il en va de même dans d'autres domaines) un monopole de fait de la présentation des conceptions économistes et accorde une visibilité particulière à celles qui sont dominantes, ou bien qui sont présentées comme telles, elle ne donne probablement pas une idée convenable de la variété des sensibilités intellectuelles qui peuvent subsister dans la profession.

L'exemple de l'École néoautrichienne, très minoritaire aujourd'hui, constitue un cas extrême mais néanmoins instructif : ses adeptes rejettent autant le volontarisme gouvernemental que l'activisme des autorités de la concurrence, sauf pour éventuellement maintenir les conditions de l'entrée. Dans la tradition hayekienne, la concurrence est un processus trop complexe pour que le volontarisme ne conduise pas à en détériorer les mécanismes subtils. Même si la marginalisation de cette École reflète son incapacité à s'insérer dans un débat intellectuel économique contemporain dont elle semble parfois simplement ignorante, sa posture philosophique, qui fait de la liberté contractuelle une liberté fondamentale⁽⁸⁾, s'appuie sur une tradition qui n'est pas négligeable dans la pensée philosophique (Nozick, etc.). Enfin on peut voir dans certaines productions académiques influentes, telle la théorie des marchés disputables (« contestables »), un écho des thèses autrichiennes : si les coûts fixes sont recouvrables, la menace des nouveaux entrants suffit à réduire drastiquement voire annuler le pouvoir de marché du titulaire, qui adoptera alors une tarification au coût moyen ou mieux encore, proche de l'optimum de second rang de Ramsey.

(8) « Les ventes liées et les contrats de distribution exclusive sont des accords volontaires où l'on choisit d'acheter un bien, et de renoncer à en acheter un autre. Comme la liberté (dans les affaires) veut dire le droit naturel d'échanger ce que l'on n'a pas volé aux conditions acceptées par les deux parties, il s'ensuit que les politiques dites de 'concurrence' violent nécessairement cette liberté ».

Par ailleurs, l'idée que les politiques de la concurrence sont un sujet trop important pour être laissées aux seuls économistes de la concurrence, qu'ils soient théoriciens ou praticiens, gagne du terrain. Certaines des objections hétérodoxes, celle de Schumpeter fournissant un cas particulièrement spectaculaire, trouvent droit de cité dans une réflexion contemporaine qui élargit et va continuer à élargir son champ d'investigation. De nouvelles problématiques apparaissent, qui donnent des fonctions nouvelles à la concurrence, pour en signaler soit des avantages soit des inconvénients que ne faisait pas apparaître l'argumentaire traditionnel.

2.2. L'apport des économistes à la configuration des politiques de la concurrence

L'intervention active des économistes dans le débat date donc de la fin des années trente. On admet généralement que l'École structuraliste de Harvard (Mason, 1939 et Bain, 1956) a eu une grande influence sur la politique de la concurrence américaine jusqu'aux années soixante-dix. Elle mettait l'accent sur le contrôle des structures de marché censées influencer les performances économiques via les comportements des agents. De là vient l'association de son paradigme au triplet bien connu : structures-comportements-performances (SCP). Le plus souvent, les comportements constituaient le parent pauvre de l'analyse structuraliste et l'attention était orientée vers une forme réduite censée exprimer le lien entre les structures de marché et les performances, les premières appréhendées essentiellement au travers de la concentration industrielle et les secondes au travers du taux de marge ou indice de Lerner⁽⁹⁾. Les fondements théoriques d'une telle relation étaient cependant mal assurés et ce qui était souvent considéré comme une relation causale n'était en fait que le résultat d'une détermination simultanée. L'article de Williamson (1968) fournit un argumentaire très simple qui constitue une référence classique de la critique des limites de l'analyse structuraliste des fusions horizontales. Il en appelait à un bilan économique, comparant les effets négatifs en termes de pouvoir de marché accru et les effets positifs en termes de synergies potentielles (les gains d'efficacité) pour évaluer l'effet global d'une fusion sur le bien-être total ou/et le surplus des consommateurs.

La critique la plus sévère de l'approche structuraliste a provenu, on l'a dit, d'un ensemble de personnalités qu'on désigne sous le label de l'École de Chicago, dont l'économiste Demsetz et le juge Posner sont des figures de proue. L'ouvrage de Bork (1978), qui lui était juriste, caricaturait à l'extrême l'approche structuraliste de la politique de la concurrence en y voyant, paradoxe, une politique en conflit avec son propre objectif !

Donnons quelques exemples des nouveaux principes élaborés par l'École de Chicago. Concernant les barrières à l'entrée, Demsetz (1982) remettait

(9) On a pu ainsi dire que l'École structuraliste cherchait à donner une légitimité économique aux arguments populistes à l'origine du *Sherman Act*.

en question l'analyse structuraliste menée par Bain (1956). Selon l'École structuraliste, tout avantage d'une firme installée, de quelque nature qu'il soit, pourvu qu'il permette d'élever le prix à un niveau substantiellement supérieur au niveau concurrentiel sans pour autant induire l'entrée de nouvelles firmes, constitue une barrière à l'entrée. Cette approche fait l'impasse sur l'efficacité économique et cette impasse a été critiquée par Demsetz (1982) : les économies d'échelle et les rendements croissants conduisent les firmes ayant une taille efficiente à opérer sous des coûts plus faibles que leurs concurrents de taille plus modeste, ce qui explique que leurs marges soient plus élevées⁽¹⁰⁾. De ce fait, certaines des entreprises installées, celles précisément qui dominent leur marché, peuvent avoir acquis une plus grande efficacité que leurs concurrents de taille relative plus modeste, sans pour autant que cet avantage ne provienne d'un comportement critiquable⁽¹¹⁾. L'exploitation des économies d'échelle peut traduire un différentiel d'efficacité acquis de manière naturelle, notamment par croissance interne. À l'objection que cet avantage peut résulter d'un comportement prédateur pour faire sortir des concurrents, les économistes de l'École de Chicago répondent que c'est à la fois impossible et non rationnel. Aujourd'hui encore, la notion de barrière à l'entrée ne paraît pas totalement stabilisée et certains écarts subsistent entre les conceptions économiques et le traitement juridique (McAfee et *al.*, 2004). Quant aux restrictions verticales, elles ne seraient que des pratiques commerciales aux motivations le plus souvent innocentes et favorables à l'efficacité économique selon l'École de Chicago. De plus, elles ne seraient pas l'apanage des firmes dominantes, dans la mesure où elles sont largement utilisées par des entreprises ne détenant aucun pouvoir de marché.

L'irruption de la théorie des jeux non coopératifs dans le débat sur la concurrence marque un retour de balancier post-Chicago. L'analyse stratégique va ainsi remettre en cause une partie des vues antérieures, notamment dans le domaine des relations verticales.

Les décisions émanant de firmes possédant un pouvoir de marché important sont de deux types.

Un premier type regroupe les actions portant sur les prix, telles que le prix limite, le prix de prédation, les compressions de marge, les remises de prix et les baisses sélectives de prix. Le prix limite, par exemple, peut retrouver une légitimité théorique en tant que barrière à l'entrée dans un modèle à information asymétrique : la firme installée, qui est l'émetteur du prix, signale à un entrant potentiel insuffisamment informé les caractéristiques de fonc-

(10) Les études économétriques, en montrant que les taux de profit de la frange concurrentielle dans les secteurs oligopolistiques sont seulement normaux, accréditent ce point de vue.

(11) Comparant le taux de profit des grandes firmes et celui des firmes de petite taille au sein d'un même secteur, Demsetz montre que seul le taux de profit des grandes est positivement corrélé à la concentration, suggérant que c'est l'efficacité des grandes firmes, et non en soi la concentration, qui explique leurs profits supérieurs.

tionnement du marché, comme par exemple le coût de production ou l'état de la demande. Le prix limite peut dissuader l'entrée, s'il constitue un signal que l'entrant potentiel interprète comme l'indicateur d'un marché non rentable. Des contrats commerciaux peuvent également jouer un rôle dissuasif. Des phénomènes de réputation assurant la crédibilité d'une attitude post-entrée agressive peuvent aussi être soutenus à l'équilibre et servir de dissuasion à l'entrée d'un concurrent⁽¹²⁾.

Les décisions du second type se rapportent à des actions hors prix telles que les ventes liées, les clauses d'exclusivité et les refus de vente. Leur analyse économique, au travers de jeux en information incomplète ou asymétrique, met l'accent, on vient de le dire, sur les effets de signal, de réputation ou de prédation de telles pratiques. Mais de la théorie à l'application, un pas énorme reste à franchir et la jurisprudence reste quelque peu hésitante. Comment par exemple juger qu'un comportement prédateur peut résulter d'un prix dont le niveau s'écarte du prix optimal, s'il est impossible à une quelconque autorité extérieure d'évaluer ce que serait ce niveau optimal ? L'application de la théorie nécessite alors des approximations que la politique de la concurrence tente d'instrumentaliser. Nous explicitons dans la deuxième partie les moyens utilisés.

En matière de contrôle des fusions, les principes, même s'ils ne font pas explicitement allusion à la concurrence à la Bertrand ou à la Cournot, sont inspirés par un souci de faire une synthèse pragmatique qui donne sa place à la concurrence en prix et à la concurrence en capacités. Si l'on suit Vickers (2002 et 2004), l'analyse des effets dits unilatéraux peut être interprétée comme un exercice de statique comparative simplifiée, mettant en regard la situation avant fusion et après fusion, selon une logique cournotienne. L'effet pris en compte de cette manière peut être décomposé en deux effets. D'une part, un effet direct résultant de la diminution du nombre d'opérateurs indépendants sur le marché : les entreprises qui fusionnent ne sont plus concurrentes entre elles. Notons qu'en présence de produits différenciés, cet effet direct n'implique pas nécessairement la réduction du nombre de variétés offertes. D'autre part, un effet indirect résultant de la réaction des concurrents en réponse à un accroissement de prix ou à une réduction de quantité par l'entité résultant de la fusion. La somme de ces deux effets constitue l'effet unilatéral de la fusion. En termes techniques, cet effet est évalué à partir de la comparaison des équilibres non coopératifs, avant et après la fusion, lequel peut se fonder sur les données en principe observables avant la fusion. Nous avons indiqué plus haut, les résultats relativement robustes qu'offre dans ce cadre la théorie économique, sous l'hypothèse que la concurrence est à la Cournot, c'est-à-dire que les variables d'ajustement sont les quantités, et les enseignements plus fragiles qu'elle suggère lorsqu'une concurrence en quantités (ou en capacités) et une concurrence en prix avec produits différenciés coexistent.

(12) Auquel cas, hors conjecture d'irrationalité, la menace est détruite par une analyse de retour vers l'arrière (*backward induction*).

Au total, les modèles économiques existants fournissent des outils d'analyse assez fins de l'effet unilatéral d'une fusion sans synergies. Ils peuvent s'appuyer sur des méthodes quantitatives conduisant à simuler l'effet à l'examen à l'aide de modèles économétriques⁽¹³⁾.

Enfin, notons que l'analyse des effets coordonnés procède d'une évaluation quelque peu informelle des risques de collusion tacite, qui fait référence, ou au moins révérence, aux modèles de concrétisation non coopérative de solutions coopératives de la théorie des jeux.

3. Une analyse économique coûts-avantages des politiques de la concurrence

Les politiques de la concurrence visent-elles le bien-être du consommateur ou le bien-être social défini de façon plus large ? La pratique, tout comme les textes, ne permet pas de trancher nettement entre les deux interprétations. Dans les deux cas, la politique de la concurrence est souvent vue comme l'instrument de réductions de « distorsions » que le pouvoir de marché de certains agents crée. Elle aurait donc comme fonction de rapprocher l'économie d'un idéal, sur la description duquel chacun s'accorde, le « *first best* » où les prix sont égaux aux coûts marginaux (ou ne s'en écartent que peu). Dans cet univers, les questions qui sont adressées aux politiques de la concurrence concernent la mesure du coût des distorsions et l'identification statique mais aussi dynamique desdites distorsions.

3.1. La politique de la concurrence, quête du « *first best* » ?

3.1.1. La discussion traditionnelle du coût des distorsions et les ambiguïtés de l'objectif des politiques de la concurrence

Supposant résolu le problème de l'identification des distorsions, la question des bénéfices sociaux à tirer des politiques de la concurrence semble facile à régler. Quels bénéfices y a-t-il, par exemple, à réduire le pouvoir de marché des entreprises, dans le cas limite du monopole comme dans celui de l'oligopole ? Comment ce pouvoir de marché, qui conduit à la fixation du prix au-dessus du coût marginal affecte-t-il le surplus global de l'économie ?

La réponse traditionnelle est qu'un accroissement du prix d'un produit réduit plus le surplus du consommateur qu'il n'accroît le surplus du producteur. Le surplus total qui agrège les deux quantités est donc diminué, la perte de bien-être étant mesurée par l'aire de ce que l'on désigne comme le triangle d'Harberger (perte sèche pour l'économie). Il est important de noter qu'ainsi mesurée, la perte totale de surplus (dont la logique traditionnelle fait

(13) Un tour d'horizon des méthodes de simulation de l'effet unilatéral d'une fusion est donné dans Ivaldi et al. (2003). Voir également Baker et Bresnahan (1985 et 1988), McAfee et Williams (1992), Church et Ware (2000, pp. 732-738).

une mesure plausible de la perte du bien-être social) est du second ordre par rapport au changement de prix⁽¹⁴⁾, alors que la perte de surplus du consommateur est du premier ordre : ainsi un accroissement de prix de 10 % affectera d'environ 10 % la facture du consommateur sur ce marché mais, si par exemple l'élasticité de la demande est unitaire, seulement de 1 % le surplus global. Dans la logique standard de l'économie normative, le coût social associé à la distorsion fait abstraction des transferts de revenus, pour mettre l'accent sur les seules réductions d'activité économique, les pertes sèches d'efficacité, que suscite la distorsion. Par exemple, si la demande est inélastique, le point de vue de l'économie normative traditionnelle est qu'une hausse de prix n'a pas d'effet sur le bien-être social⁽¹⁵⁾.

Les politiques de la concurrence adoptent clairement un point de vue différent mais difficile à caractériser dans les termes de notre exemple. C'est que les objectifs assignés aux politiques de la concurrence souffrent d'une certaine ambiguïté que ni les textes ni la pratique ne dissipent entièrement et sur laquelle nous reviendrons. Dans le cas à l'examen, deux logiques sont potentiellement en conflit.

Première logique : la politique de la concurrence est une politique spécialisée dans la défense des intérêts du consommateur. Selon cette logique, le contrôle des comportements qui restreignent le processus de concurrence est parfaitement cohérent avec l'objectif que poursuit cette politique. Elle est elle-même part d'une politique économique générale qui poursuit d'autres objectifs avec d'autres instruments⁽⁵³⁾.

Seconde logique : le poids mis aux deux éléments du surplus doit procéder d'un choix politique explicite que la politique de la concurrence doit reprendre à son compte. Dans le modèle simple statique à l'examen, le choix a l'allure d'un choix distributionnel, entre les consommateurs et les actionnaires. Exprimé en ces termes, l'arbitrage des sociétés « sociales-démocrates » dans lesquelles nous vivons semble aller de soi et ramener au cas de figure précédent. La simplicité du raisonnement est cependant largement illusoire. Même si l'on s'en tient à un jugement distributif défavorable aux « riches », la conclusion est moins évidente qu'il n'y paraît. On a pu se demander, par exemple, dans un pays comme les États-Unis où les entreprises sont détenues par des fonds de pension qui sont garants des retraites de nombre d'Américains moyens, pourquoi leurs bénéfices comme retraités devraient être négligés vis-à-vis de leurs gains comme consommateurs. Dans le même ordre d'idées, on sait qu'une part de la rente oligopolistique va aux salariés, au travers de salaires supérieurs à la moyenne (voir Spector, 2004).

(14) Le fait que les gains de modification d'une situation proche de l'optimum soient du second ordre est une propriété générale.

(52) La question n'est pas alors de savoir si le prix des vitamines, par exemple, a augmenté de 30 %, mais de connaître les effets sur la demande de ce changement.

(15) Cette réponse ne lève pas toutes les difficultés, en particulier dès lors que l'on quitte le domaine de l'évaluation statique d'une hausse de prix pour passer à l'évaluation dynamique des effets d'une fusion par exemple. Les effets statiques sur le bien-être du consommateur, vraisemblablement négatifs puisque la fusion accroît le pouvoir de marché de l'opérateur, doivent être mis en regard des effets positifs, si le consommateur bénéficie ultérieurement d'un éventuel gain d'efficacité induit par cette fusion.

3.1.2. L'identification des distorsions

Dans la conception évoquée, ententes, positions dominantes, affaiblissement substantiel de la concurrence sont des sources de distorsions qui doivent être combattues. À court terme, l'identification des distorsions, et en tout cas leur évaluation, peut être plus difficile qu'il n'y paraît (comme les problèmes de détermination des prix prédateurs le montrent) même si l'on n'essaie pas de reconnaître les biais éventuels entre « valeurs sociales » et prix⁽¹⁶⁾. Mais c'est la reconnaissance de leur réalité dynamique qui est parfois fort problématique. Donnons deux sources spécifiques d'insatisfaction, qui font écho à la difficulté de fonder des convictions solides universelles sur certaines questions à partir de la connaissance que nous avons de la dynamique de l'oligopole. La compréhension que nous avons de la logique de la différenciation de produits, dès lors que celle-ci est endogène et non exogène, est à tout le moins lacunaire. L'analyse peut jeter des doutes sérieux sur le bénéfice total pour le consommateur d'un accroissement de la concurrence en prix⁽¹⁷⁾. Plus fondamentalement, l'interaction entre concurrence *ex post* et concurrence *ex ante*, c'est-à-dire le fait que la pression concurrentielle dans un secteur peut conduire à réduire les possibilités d'entrée⁽¹⁸⁾, semble mal reconnue, pour employer un euphémisme, dans les doctrines annoncées.

La question de la robustesse des enseignements de l'économie de la concurrence est légitime, ne serait-ce qu'à cause des variations historiques des préconisations des modèles dominants des économistes. En fait, la portée opérationnelle des enseignements de la théorie, fait l'objet d'évaluations contrastées. Si l'engagement d'un certain nombre des meilleurs spécialistes constitue une « conviction révélée » dans la valeur opératoire des concepts, d'autres expriment des points de vue quelque peu plus sceptiques⁽¹⁹⁾. Ainsi, les deux ouvrages majeurs de Sutton qui cherche à expliciter ce qu'il appelle les conclusions robustes de la théorie et à les mettre en regard de l'histoire comparée, aux États-Unis et en Europe, d'un certain nombre de secteurs industriels, suggèrent une évaluation modeste à la fois du champ d'application et de la valeur prédictive sur période longue ou moyenne des modèles théoriques de l'ancienne et de la nouvelle économie industrielle.

(16) Un point longuement discuté dans le rapport du groupe Malinvaud-Guesnerie (voir Guesnerie, Goudard et Walliser, 1984).

(17) Ainsi, un accroissement de concurrence en prix peut réduire la gamme des produits offerts et être défavorable au consommateur, voir d'Aspremont et Motta (2000).

(18) Voir l'article provocateur de Selten (1973).

(19) Ainsi, dans leur introduction à l'ouvrage « *Microeconomic Theories of Imperfect Information* », Gabzewicz et Thisse (1999) voient dans les réponses fournies « un patchwork très bigarré de travaux sans rapport les uns avec les autres » qu'ils qualifient de « théories fragmentées en une myriade de modèles ».

3.2. Ou en quête du « *second best* » ?

Oubliant pour un moment la mesure des bénéfices des politiques traditionnelles de la concurrence, nous allons revenir d'abord sur l'identification de ces bénéfices mais en y introduisant des points de vue que la plupart des théories de l'économie industrielle conduisent à négliger ou, en tout cas, à ne pas traiter explicitement. Nous allons rechercher l'existence éventuelle de ce que l'on appellera métaphoriquement des « externalités » aux politiques de la concurrence. Le raisonnement en termes d'externalités a trois conséquences liées :

- il met en cause l'exclusivité de l'instrument intellectuel qui permet d'évaluer l'action à prendre. Par définition, il met en question l'exclusivité des modèles de l'économie industrielle traditionnelle dans l'évaluation des politiques de la concurrence ;

- plus fondamentalement, il met en cause la cible à viser, celle que suggère la référence au modèle normatif standard (disons, pour faire bref, le monde du second théorème de l'économie normative et la concurrence walrasienne qu'il met en exergue). C'est donc le sens même des actions à mettre en œuvre qui est discutable : les préconisations de la politique de la concurrence ne sont-elles pas des recommandations de « *first best* » dans un monde de « *second best* » ? En d'autres termes, n'éloignent-elles pas d'un idéal atteignable, (le « *second best* ») en rapprochant d'un idéal (le « *first best* »), vis-à-vis duquel le premier est un pis-aller, mais qui est inatteignable ;

- il conduit à abandonner l'idée que la politique de la concurrence ne joue que sur le second ordre : paradoxalement, ce point de vue est aussi bien susceptible de magnifier que de dénigrer les effets de la concurrence. Il peut ainsi remettre en cause de façon éventuellement radicale l'évaluation des avantages de la concurrence, soit en montrant qu'ils sont dominés par des inconvénients plus grands du premier ordre, soit en montrant qu'ils sont eux-mêmes du premier ordre.

3.2.1. Les externalités de la concurrence : le point de vue du « *second best* »

La question ainsi formulée en termes d'externalités nous permet de rebondir sur plusieurs dimensions importantes du débat intellectuel, aussi bien que de retrouver des argumentaires plus politiques ou plus proches du terrain. Pour le montrer, on déclinera la notion quelque peu abstraite d'externalités dans plusieurs directions. On en choisira six, qui illustrent à la fois l'importance potentielle des « externalités », et aussi l'ambiguïté de leur ampleur. Évoquons d'abord des externalités positives de la concurrence, avant de passer à d'autres externalités susceptibles d'être de plus en plus ambiguës ou négatives :

- la concurrence sur le marché des biens exerce une pression sur l'efficacité productive et la réduction des coûts des entreprises. Cet effet est vraisemblablement le moins douteux et le plus important (relevant de la « *X-inefficiency* »). Cependant son déploiement temporel (dans quelle mesure

s'atténue-t-il à terme⁽²⁰⁾ ?) et sa force, particulièrement en relation avec l'intensité de la concurrence et la structure du marché font l'objet d'évaluations qui ne semblent pas parfaitement stabilisées (voir Encaoua et Moreaux, 1987). Par exemple, si un monopole naturel peut avoir des incitations limitées à réduire ses coûts, la situation est moins claire pour un monopole soumis à la menace d'entrée et la variation éventuelle de la force de l'incitation en fonction de la structure de marché est loin, semble-t-il, d'être établie. Si l'on attribue l'inefficacité interne à l'aléa moral qui détermine un effort insuffisant – comme le fait une partie de la finance d'entreprise moderne – la corrélation entre l'accroissement de concurrence et l'incitation à baisser les coûts est plus incertaine : elle n'apparaît établie que pour certaines dimensions de la concurrence – à la Bertrand, par exemple. Aussi, l'amélioration des schémas incitatifs avec le degré de concurrence que permettrait l'utilisation systématique de la concurrence par comparaison, une propriété établie théoriquement, reste, compte tenu de la forme effective des contrats réels, une virtualité (voir Hart, 1983) ;

- la concurrence sur le marché des biens a certains effets d'entraînement sur le marché du travail qui ne sont pas retenus dans les argumentaires spécialisés de la politique de la concurrence, même s'ils font partie de l'agenda caché des politiques de la concurrence. Un des mérites peu contestés de l'introduction de la concurrence sur les marchés des biens dans les pays en transition a été de développer le marché du travail (voir Grosfeld Tresselt, 2002). Beaucoup en Europe voient dans ses effets sur des marchés du travail supposés peu flexibles une des vertus des politiques de la concurrence. Sans discuter à fond ce point de vue, notons que la concurrence aura des effets, positifs ou négatifs selon le cas, mais non négligeables sur la sélection des dirigeants, ou encore, comme le suggèrent les remarques sur l'aléa moral faites ci-dessus, sur la gouvernance d'entreprise ;

- la nocivité de la collusion ou de certains accords évoquant la cartellisation procède de l'évidence dans le monde idéal du premier rang. Mais l'évidence peut se retourner si le monde est plus complexe. C'est une troisième externalité que nous pouvons souligner. Pour forcer le trait, la collusion en prix en cas de chocs macroéconomiques défavorables n'a aucune justification si les marchés d'assurance auxquels les entreprises sont parties sont parfaits au sens de la théorie, mais elle pourrait constituer un substitut à des marchés imparfaits. Il y a là un argument, peu populaire mais pas économiquement absurde, pour les « cartels de récession » pratiqués par les Japonais par exemple ! À vrai dire, sous une forme moins savante, cet argument a souvent été invoqué dans le passé et parfois accepté⁽²¹⁾ ;

- naturellement, l'interdiction de la collusion comme règle générale s'explique simplement par l'absurdité de l'alternative, à savoir toujours permettre la collusion ! Quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur les condi-

(20) Il peut s'inverser si l'abaissement des coûts provient de la R&D, voir plus loin.

(21) À vrai dire, pendant des décennies, les cartels ont eu la faveur de certains économistes, sur une base différente, celle de la régulation macroéconomique évitant les guerres de prix. Rappelons qu'il y avait toujours des cartels autorisés en Europe, aux Pays-Bas par exemple, jusqu'il y a quinze ans.

tions concrètes de la recevabilité de l'argument d'assurance, le refus d'exceptions collusives ne procède de l'évidence que sous des hypothèses de fonctionnement des marchés qui désignent un monde idéal. De la même façon, la récusation *a priori* d'un motif de coordination sur un avenir commun pour justifier la concertation des entreprises, semble refléter plus un des axiomes de modélisation de la théorie moderne (les anticipations sont rationnelles, un ingrédient nécessaire à l'efficacité des marchés) qu'une « règle de raison » bien établie. Cette objection est particulièrement recevable pour tout ce qui concerne l'éclairage d'un long terme, où les signaux du marché sont inexistants et la coordination spontanée des anticipations peu plausible. Les politiques de la concurrence ne se trompent d'ailleurs pas dans la mesure où elles prévoient une série d'exemptions à l'interdiction de la coopération ;

- la quatrième « externalité » nous renvoie à la question de la valorisation « sociale » du profit déjà évoquée plus haut : le profit⁽²²⁾ des entreprises n'a-t-il pas des « externalités positives », (et donc la concurrence des externalités négatives) sur leur croissance ? La réponse dépend beaucoup de l'idée que l'on peut avoir sur les performances des marchés financiers et leur capacité à fournir à la fois le financement et l'assurance dont les entreprises ont besoin. Dans un modèle dynamique, où « les profits d'aujourd'hui seraient les investissements de demain et les emplois d'après demain » le surplus, à court terme, du producteur a une valeur sociale, et une valeur à terme pour le consommateur. Le profit a une valeur sociale qui n'est pas nulle et qui peut même être supérieure à celle du surplus, à court terme, du consommateur. En sens inverse, si la compétition pour la rente de monopole conduit à la dissiper entièrement, il faudrait évidemment la négliger comme élément du surplus social : le profit n'a alors aucune valeur sociale ;

- cinquième « externalité », celle sur les revenus. L'indifférence aux aspects redistributifs des politiques qui accroissent la pression concurrentielle et donc réduisent les salaires « réels » des salariés des secteurs en concurrence (voir Spector, 2004) est pleinement justifiable dans le monde du deuxième théorème de l'économie normative, où les problèmes redistributifs sont résolus par des transferts forfaitaires. Hors ce cas de figure⁽²³⁾, les effets redistributifs de l'accroissement de la pression concurrentielle sur le marché des biens doivent donc aussi être examinés. Si la pression concurrentielle s'exerce simultanément et identiquement sur tous les secteurs elle est pareto-améliorante, mais l'effet est plus problématique dans un monde, le monde réel, où la pression concurrentielle est inégalement diffusée et où la rigidité des contrats implicites, chez les « *insiders* » de certains secteurs, plus généralement chez les titulaires de contrats d'emploi stables, affecte la répartition des bénéfices éventuels ainsi que la capacité des marchés du travail à restaurer l'équité horizontale ;

(22) On pourrait transposer la question aux problèmes de taille des entreprises.

(23) Qui justifie par ailleurs, on l'a dit plus haut, un traitement du profit symétrique à celui du surplus du consommateur.

- toutes ces questions prennent une acuité particulière dans le domaine de l'évaluation des interactions entre politique de la concurrence et politique de l'innovation, un thème que nous traiterons comme une sixième « externalité ». En effet, dans ce domaine, l'analyse du rôle social du profit peut difficilement être éludée et l'argument schumpétérien⁽²⁴⁾ – en l'absence de rente, l'incitation à innover est problématique – mérite une attention particulière. C'est un des cas les plus clairs, mais ce n'est pas le seul (voir Sutton, 1998 et Grosfeld et Tresselt, 2002), où la concurrence *ex post*, (celle qu'engendrerait l'inappropriabilité individuelle des bénéfices de l'innovation), peut « tuer » la concurrence *ex ante*. La question a suscité toute une série de travaux récents qui sont rapportés dans le complément rédigé par Rachel Griffith. Il y a de bonnes raisons de penser que dans une large zone d'intensité de la concurrence, l'accroissement de concurrence favorise l'adoption accrue d'innovations existantes. La question est beaucoup plus délicate en ce qui concerne la création d'innovations. Certes, la force de l'argument schumpétérien, à savoir que la rente de monopole est la « carotte » de l'effort de recherche, peut être affaibli, sous certaines hypothèses concernant la diffusion, c'est-à-dire la vitesse de passage de l'innovation dans le domaine public (voir Aghion et *al.*, 2001 et Encaoua et Ulph, 2000), ou par l'intensité des externalités positives de l'innovation qui favorise sa divulgation (voir Saint Paul, 2003). Il existe aussi un effet pro-innovation de la concurrence qui incite les entreprises à innover pour échapper à ses contraintes. L'analyse conduit à distinguer entre les rentes qui préexistent à l'innovation et celles qui en résultent : un accroissement de l'intensité de la concurrence peut conduire à un effort d'innovation accru si la diminution des profits avant l'innovation l'emporte sur l'accroissement des profits après l'innovation. En définitive l'effet positif de la concurrence peut être plus élevé ou plus faible que l'effet schumpétérien traditionnel (dissipation de la rente due à la concurrence) que la logique de la modélisation traditionnelle fait réapparaître de façon récurrente. Le bilan dépend des caractéristiques technologiques du secteur, et en particulier de « l'écart technologique entre les entreprises du secteur ». L'analyse suggère que plus cet écart est faible, au niveau des entreprises d'un secteur, plus l'effet incitatif de la concurrence l'emporte sur l'effet négatif lié à la dissipation de la rente. Sur le plan agrégé, tout dépendrait donc de la distribution globale des écarts technologiques sectoriels.

Les études empiriques présentées dans le complément de Griffith suggèrent que la coexistence d'effets théoriques variables selon que l'on parle d'adoption ou de création, et dans ce dernier cas selon la logique spécifique à l'œuvre dans chaque cas d'espèce, a bien une contrepartie empirique. Tout compte fait, l'accroissement de la concurrence, lorsque celle-ci est faible ou modérée, favoriserait l'innovation mais la compromettrait à des niveaux plus élevés de concurrence. C'est aussi dans ce domaine que la question de l'entente préalable, ici pour coordonner les efforts de recherche, est particulièrement délicate.

(24) C'est clairement chez Schumpeter, admirateur de Walras, un argument de *second best*, même s'il n'emploie pas un vocabulaire non encore inventé.

DEUXIÈME PARTIE

LES REGISTRES DE LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DE CONCURRENCE : ENJEUX ET LIMITES

Les réflexions de la partie précédente suggèrent quelques-unes des difficultés dans la mise en œuvre de la politique de la concurrence. C'est *in fine* des choix opérationnels autant que des grands principes que découlent les grandes orientations. Quatre difficultés se présentent :

- la politique de la concurrence doit-elle s'attacher aux résultats et aux performances des entreprises en les considérant comme des indicateurs de l'intensité concurrentielle sur un marché ou doit-elle se restreindre à contrôler les comportements et le processus ayant conduit à ces résultats ? Comme le faisait remarquer Bork (1978), si la première conception contribuait à suspecter une performance supérieure, elle serait en contradiction avec son propre objectif : à quoi servirait la concurrence si elle ne permettait pas aux plus talentueux de sortir du lot ? La performance n'est-elle pas le résultat recherché de l'efficacité économique ? Inversement, s'en tenir strictement à la deuxième conception peut conduire à se lier les mains : comment distinguer si le talent a pour origine un comportement vertueux ou délictueux lorsque les données permettant d'analyser ce comportement ne sont pas directement observables ?

- la politique de la concurrence doit-elle contrôler les structures de marché en accordant une attention particulière aux marchés dominés par une ou un petit nombre d'entreprises ou doit-elle être plus neutre ? Autrement dit, doit-elle se cantonner au contrôle des règles de la concurrence ou doit-elle englober le contrôle des structures de la concurrence ? Là encore, la réponse n'est pas simple. D'une part, la recherche de l'efficacité économique ne signifie pas que les entreprises dominantes doivent être mises à l'index, même si cette conception erronée a parfois prévalu, lors d'épisodes rappelés plus haut et prévaut encore parfois. Mais, d'autre part, comment prévenir les entraves à la concurrence sans empêcher l'émergence de situations accroissant les risques que ces entraves n'apparaissent ?

- on sait qu'au nom de l'efficacité économique, des arbitrages subtils entre concurrence et coopération doivent être réalisés. Mais convient-il de

réaliser ces arbitrages *ex ante*, au nom de règles prédéterminées et avant d'avoir collecté l'information pertinente ou *ex post* après que l'information ait été recueillie ? En d'autres termes, faut-il solliciter l'autorisation des autorités de la concurrence pour chaque type de coopération envisagée ou convient-il de responsabiliser les acteurs en explicitant des principes généraux et des sanctions si ces principes venaient à être violés ?

- comment délimiter les rôles respectifs des instances compétentes au niveau européen, à savoir les instances communautaires et des instances nationales, dans l'application du droit de la concurrence ? Est-il préférable de fonder des lignes de démarcation à partir d'un principe de subsidiarité, ne renvoyant aux autorités communautaires que les opérations dépassant un certain seuil ou celles affectant les échanges entre pays membres ou bien vaut-il mieux décentraliser l'application de règles communes par les autorités de concurrence et les tribunaux des différents pays membres ?

Sur le plan communautaire, les réponses apportées au traitement de ces difficultés ont traduit un véritable apprentissage, comportant inévitablement des essais et erreurs que l'expérience a contribué à corriger. De plus, de délicats arbitrages ont dû être opérés entre la sécurité juridique que procurent les règles d'interdiction *per se* et l'analyse économique qui préconise plutôt le recours à la règle de raison avec l'inévitable incertitude qu'elle comporte. C'est au travers de l'histoire de ces arbitrages et des biais qu'ils ont suscités que sont examinés dans les chapitres qui suivent les principaux registres du droit communautaire de la concurrence.

En contrepoint de ces difficultés, il faut évoquer maintenant la question des objectifs.

La période de près d'un demi-siècle qui s'étend du Traité de Rome (1957) jusqu'aux réformes récentes du droit communautaire de la concurrence (2004) est marquée par la coexistence et la juxtaposition de trois objectifs, non nécessairement incompatibles entre eux, mais non identiques pour autant. L'ordre dans lequel ils sont exposés ne prétend pas refléter une différence dans leurs poids respectifs.

Le premier objectif est celui de la défense de la concurrence conçue comme un objet de droit à protéger en soi. Cet objectif est profondément ancré dans le texte du Traité. C'est ce qu'exprime la référence appuyée à une concurrence libre et non faussée. Il s'agit de protéger la liberté économique dans le processus de concurrence. En caricaturant quelque peu, on peut dire qu'à défaut de condamner une entreprise dominante, la politique de la concurrence exige de cette dernière qu'elle se comporte comme si elle ne l'était pas. C'est là l'héritage de la conception *ordo-libérale* allemande sur le Traité CEE. Cette influence a été clairement reconnue, comme l'atteste par exemple l'ancien commissaire à la concurrence Karel Van Miert, dans son discours à l'occasion de la réception du prix Ludwig Erhard en 1998 : « Si l'on a fait dès le départ des règles de la concurrence l'un des piliers de base du Traité CEE, c'est en grande partie à l'influence de l'Allemagne où ce thème occupait à l'époque le devant de la scène. C'est donc avant tout à l'Allemagne que l'on doit le fait que la concurrence se soit vue

accorder dès le début une importance si grande et qu'elle ait presque joué le rôle de fondement du Traité CEE. Depuis lors, les politiciens allemands et les juristes allemands spécialisés dans le droit des ententes ont toujours joué un rôle phare lors de l'élaboration et du développement des règles de concurrence européennes. C'est ainsi que sans le premier commissaire allemand responsable de la concurrence, Hans von der Groeben, il n'y aurait pas eu de règlement 17 et donc pas d'instrument permettant d'appliquer efficacement les règles de concurrence » (Van Miert, 1998).

Le deuxième objectif, prédominant durant la période initiale mais qui n'a jamais disparu pour autant, est celui de l'intégration du marché commun. Longtemps, la Commission a considéré qu'il ne fallait pas laisser les entreprises ou les États recréer des obstacles de nature privée entre les États membres, là où les obstacles tarifaires ont été éliminés. Mais, même si l'objectif d'un marché parfaitement intégré n'est jamais achevé, ne convient-il pas de prendre en compte le fait que de nouvelles préoccupations apparaissent, que l'espace de la concurrence se mondialise et que les règles du jeu n'y sont pas uniformes ?

Enfin, le troisième objectif est celui de l'efficacité. Ne sont répréhensibles que les pratiques qui réduisent le bien-être des consommateurs ou dans certains cas le bien-être global, sous la condition cumulative que ces pratiques affectent les échanges entre États membres. Cet objectif, plus explicitement économique, rejoint la conception américaine de la politique de la concurrence.

Au total, il apparaît que l'objectif initial de l'intégration économique du marché intérieur, déjà présent dans le Traité de Paris de 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), s'est progressivement juxtaposé à deux autres objectifs, hérités eux respectivement des conceptions allemande et américaine : la liberté économique et l'efficacité économique.

Nous examinons dans ce qui suit les principes et les modalités d'intervention dans trois registres de la politique de la concurrence : en premier lieu, l'antitrust (chapitre III) qui porte sur les règles de concurrence ; en deuxième lieu, le contrôle des opérations de concentration (chapitre IV) qui porte sur les structures de la concurrence ; en troisième lieu, le contrôle des aides publiques (chapitre VI) qui est une spécificité communautaire. Dans les deux premiers registres, de nouveaux instruments d'intervention, de nouvelles procédures et de nouveaux critères de fond ont été introduits, reflétant des arbitrages subtils entre les trois objectifs explicités plus haut. Le registre du contrôle des aides publiques nous paraît toutefois poser plus de questions qu'il n'en résout, en attendant les réformes en préparation à la Commission.

Le problème crucial des liens entre concurrence et innovation et les questions sur les complémentarités des deux politiques qui leur sont attachées sont explorés au chapitre V. L'analyse se fait au travers de divers prismes, d'abord celui des moyens qui révèle un écart considérable entre les États-Unis et l'Union européenne, puis celui de la propriété intellectuelle et de la diffusion des innovations, (contrats de licence et des transferts de technologie, etc.).

Ententes, stratégies d'exclusion et pratiques restrictives : de la règle *per se* à la règle de raison dans l'antitrust

Deux dimensions essentielles du processus de concurrence sont au cœur de l'analyse de ce chapitre. Elles renvoient aux règles de la concurrence, c'est-à-dire au domaine de l'antitrust qui est la composante majeure du droit de la concurrence.

La première dimension de la concurrence concerne les décisions des producteurs en matière de prix et de quantités. La concurrence implique avant tout que chaque producteur détermine de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché. Ce n'est que si le comportement ou la marge d'action des différents producteurs sont réellement indépendants que l'effet de la concurrence se matérialise⁽¹⁾. À l'inverse, les cartels, ententes et pratiques concertées pour se répartir le marché traduisent une volonté d'éliminer la concurrence.

La seconde dimension se réfère aux pratiques restrictives de concurrence, dont les comportements d'exclusion constituent un cas limite. Les pratiques restrictives concernent l'ensemble des clauses contractuelles dont l'effet supposé est de distordre le processus concurrentiel et de réduire le bien-être social. Les comportements d'exclusion regroupent les actions d'une entreprise, en position dominante sur son marché, ayant pour objet ou pour effet présumé de provoquer la sortie d'un concurrent ou d'empêcher l'entrée de nouveaux concurrents.

Le traitement de ces deux dimensions ne saurait méconnaître l'existence d'externalités négatives de la concurrence, répertoriées dans la première partie du rapport. Prendre acte de ces externalités implique que le recours à des règles *per se* ne peut constituer la solution la plus appropriée. Des aménagements sont donc nécessaires. Dans le cadre des accords en-

(1) Sur le plan économique sont ainsi associées à cette dimension de la concurrence les notions de comportement non coopératif et d'équilibre de Nash du jeu de concurrence correspondant. Cet équilibre conduit à un surplus des consommateurs plus élevé que celui atteint en régime de collusion, que la concurrence ait lieu en prix (Bertrand) ou en quantités (Cournot), que les biens soient homogènes ou différenciés. Il convient de noter que le référentiel auquel cette première dimension de la concurrence est associée peut être assez différent de celui définissant un marché de concurrence parfaite. Dans cette dimension, ce ne sont ni la structure de marché, ni le résultat de la concurrence, c'est-à-dire l'écart entre le niveau de prix observé et le coût marginal, qui sont directement visés, mais plus simplement le processus qui conduit au résultat.

tre entreprises, ces aménagements prennent la forme d'exemptions. La première caractéristique du droit communautaire est de combiner l'exigence générale de comportements indépendants à la nécessité de prévoir des exemptions à cette exigence. Qu'elles soient accordées à titre individuel ou qu'elles soient accordées en bloc à des catégories d'accords, le principe des exemptions est le compromis trouvé entre les deux objectifs que constituent la défense en soi du processus de concurrence et la recherche de l'efficacité économique. Mais jusqu'à une réforme récente les modalités pour bénéficier des exemptions ont été quelque peu différentes des deux côtés de l'Atlantique.

Le paragraphe 1 de l'article 81 du Traité CE, que l'on rappelle ci-dessous, est assez proche de l'article 1 du *Sherman Act* : « 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 ».

Ce même paragraphe explicite au sein des accords et pratiques concertées interdits ceux « qui consistent notamment à :

- fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

Cependant, à la différence du *Sherman Act*, l'article 81 introduit la possibilité d'exemptions. Le paragraphe 3 du même article 81 énonce que les interdictions du paragraphe 1 « peuvent être déclarées inapplicables lorsque les accords, les associations ou les pratiques concertées entre entreprises contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ni donner aux entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence ».

Les procédures d'application du 81.3 ont varié au cours du temps et la situation actuelle est le résultat d'un processus d'apprentissage qui a duré plus de cinquante ans.

En matière de pratiques restrictives et de comportements d'exclusion, le Traité CE s'inspire plutôt de la conception allemande. Les actions prohibées doivent être le fait d'entreprises dominantes sur leur marché. Les comportements interdits sont qualifiés comme des abus de position dominante et ils sont prohibés en tant que tels par l'article 82 du Traité. Jusqu'à présent, les exemptions dont pourraient bénéficier les entreprises dans l'application de cet article ne sont pas prévues et cette question est l'une des plus importantes dans les propositions de réforme de la politique communautaire de concurrence. Selon l'article 82 : « Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ».

Nous examinons dans la suite les questions que soulèvent les articles 81 et 82 avant de présenter l'évolution récente du droit communautaire en ces matières.

1. Ententes et accords : quelles frontières entre concurrence et coopération ?

La lutte contre les ententes horizontales constitue le noyau dur de toute politique de la concurrence. L'objectif est d'empêcher que les niveaux de prix et la répartition du marché ne résultent de décisions concertées et non des forces impersonnelles du marché. À moins qu'elle n'ait été autorisée, une entente est donc une prohibition *per se*.

Notons d'abord la clause portant sur l'affectation du commerce entre États membres qui figure au 81.1. Elle traduit en premier lieu la délimitation des accords prohibés qui tombent dans l'escarcelle du droit communautaire. Jusqu'à la réforme récente sur laquelle nous revenons plus loin, la Commission avait ainsi, selon le règlement 17/62, une compétence exclusive pour l'application de cet article. Sur le plan juridique, cette clause traduit la doctrine dite de *minimis*, selon laquelle le 81.1 ne s'applique pas dès lors que l'impact d'un accord sur les échanges intracommunautaires est suffisamment faible. C'est donc un instrument pour la réalisation d'un marché intégré, obéissant à des règles de fonctionnement communes, conduisant à la constitution d'un espace économique, qui ne soit pas simplement une zone de libre-échange mais un espace organisé selon des principes juridiques et économiques communs. On peut y voir donc la transposition du *Sherman Act* qui interdit également les accords entravant la concurrence et restreignant les échanges entre les États.

L'interdiction des ententes ne signifie pas pour autant leur disparition. Les exemples d'ententes et de cartels démasqués ne manquent pas. Une récente enquête de l'OCDE (2002) révèle qu'entre 1996 et 2000, près de cent vingt ententes ont été découvertes. Le volume des transactions commerciales affectées par seize de ces ententes dépasse 55 milliards de dollars. L'excédent de marge bénéficiaire que permet une entente sur les prix

par rapport au niveau concurrentiel (parfois de l'ordre de 50 % ou plus selon l'OCDE) suggère l'importance du préjudice social causé par ces ententes.

La sanction d'une entente par une amende élevée s'impose d'autant plus que la probabilité de découvrir l'entente est loin d'être égale à 1. Notons cependant deux différences importantes entre le droit communautaire et le droit américain en matière de sanctions. Premièrement, au-delà des amendes, les auteurs d'une entente sont passibles d'une sanction pénale aux États-Unis (peines de prison) mais pas en Europe. Deuxièmement, les plaintes en droit civil conduisent aux États-Unis à des amendes égales au triple des dommages subis (*treble damages*) alors qu'une telle disposition n'existe pas en Europe.

Une des questions importantes porte sur la qualification du grief d'entente. La charge de la preuve de l'entente revient au plaignant, celui-ci pouvant être l'autorité de concurrence elle-même. La première question est donc de savoir quel degré de matérialité des preuves de l'entente doit être réuni. Suffit-il d'un faisceau d'indices laissant penser que les comportements observés s'expliquent vraisemblablement par un comportement concerté ou faut-il réunir des preuves tangibles ?

1.1. Collusion tacite ou explicite ? Doit-on les distinguer ?

La distinction entre les accords occultes se traduisant par une collusion explicite et les pratiques implicites conduisant à une collusion tacite est ici importante. La collusion explicite désigne des accords et pratiques concertées dont on a découvert des traces matérielles lors de l'investigation. Par opposition, la collusion tacite ne requiert pas la découverte de traces matérielles du délit : elle repose plutôt sur l'existence d'un faisceau d'indices qui laissent penser qu'une concordance de volontés préside la formation des prix ou/et le partage du marché. Cette distinction est-elle pertinente ?

L'analyse économique suggère une réponse plutôt négative. Dans les deux cas, il en résulte un niveau de prix élevé et/ou un partage coordonné des marchés comme lors des appels d'offres. Un processus de concurrence répétée au cours du temps avec un horizon plus ou moins lointain ou encore dont la fin est plus ou moins incertaine, faisant intervenir les mêmes agents, peut en théorie conduire à un équilibre non coopératif soutenant n'importe quel niveau de prix, notamment celui qu'une collusion explicite permet d'obtenir⁽²⁾. Mais, faut-il s'attacher au résultat du jeu de concu-

(2) Il s'agit là du résultat classique de théorie des jeux (*folk theorem*) selon lequel un équilibre non coopératif d'un jeu répété sur un nombre infini ou sur un nombre fini mais aléatoire de périodes peut résulter de stratégies assurant à chaque joueur des gains au moins égaux à ceux qu'il pourrait obtenir à l'équilibre du jeu non répété. Il existe ainsi une infinité d'équilibres non coopératifs d'un jeu répété. Les stratégies d'équilibre du jeu répété reposent sur deux éléments constitutifs : d'une part, un gain moyen par période jugé souhaitable par chaque partie et, d'autre part, des stratégies de représailles vis-à-vis d'un agent qui aurait dévié de la stratégie lui assurant ce gain. L'incitation à respecter la collusion tacite est claire : le gain de court terme qu'un producteur pourrait s'assurer en déviant au cours d'une période (en baissant son prix par exemple) peut être plus que compensé par les pertes de long terme qu'il subirait au cours des périodes suivantes du fait de l'emploi des stratégies de représailles. Dans quelle mesure le droit de la concurrence doit-il prendre en compte ces stratégies de collusion tacite ? Sur cette question, voir Philips (1995) et Motta (2004, chapitre 4).

rence pour déceler un indice de collusion, ou convient-il de rester strictement attaché au processus, et en l'absence d'une preuve tangible de l'entente, ne pas considérer qu'il y a eu violation, quelque soit le niveau de prix observé ?

On retrouve là une des questions évoquées précédemment : la mise en œuvre de la politique de la concurrence doit-elle s'appuyer sur des variables de résultats (prix, marge, profits) ou doit-elle se limiter à l'examen des comportements et contrôler seulement leur indépendance ? En d'autres termes, une collusion tacite peut-elle être réprimée ou seule une collusion explicite, c'est-à-dire une entente dont l'autorité a été en mesure d'en prouver la matérialité, doit-elle être condamnée ?

Cette difficulté (voir Neven, 2000) a été parfois à l'origine de divergences entre les décisions de la Commission et les jugements en appel de la Cour de Justice, comme cela est illustré dans l'encadré 5.

Sur ce point, il convient de rappeler deux principes. D'une part, l'objet du droit de la concurrence n'est pas de sanctionner un résultat, mais plutôt d'empêcher que le processus de la concurrence ne soit entravé par des comportements concertés. Juger une pratique par le résultat auquel elle conduit serait dangereux. D'autre part, il est injustifié de sanctionner ce qui peut n'être finalement que le résultat d'une concordance implicite des volontés des producteurs sur un marché, concordance qui dérive des anticipations des différents acteurs et non d'une volonté délibérée de faire obstacle aux forces du marché.

En caricaturant quelque peu, on peut dire que la Commission a parfois cherché à condamner des comportements dont les résultats lui paraissaient aller à l'encontre de l'efficacité économique, sans que les preuves formelles des comportements délictueux n'aient été apportées tandis que la Cour de Justice a cherché à préserver davantage l'objectif de liberté économique des acteurs en leur accordant le bénéfice du doute en l'absence de preuves formelles. Ainsi, la Commission a parfois considéré qu'une répartition des marchés qui reste invariante au cours du temps, ou bien qu'un parallélisme de prix faisant suite à des annonces publiques, sont des indices traduisant des pratiques concertées qui ont pour effet de fausser la concurrence et, en tant que telles, doivent être interdites selon le 81.1. La Cour de Justice a été plus réticente à admettre ce raisonnement (encadré 5).

Le jugement de la Cour de Justice dans l'affaire de la pâte à papier (1993) illustre combien il est difficile d'inférer à partir uniquement d'un faisceau d'indices et en l'absence de preuves formelles, une violation du 81.1. Ce n'est toutefois pas une tâche impossible, car dans certains cas, le juge admet que des comportements spécifiques ne peuvent être rationalisés en l'absence d'une concertation préalable. Par exemple, la découverte que des entreprises aient envoyé par fax, exactement au même moment, des instructions de prix identiques à leurs agents, a été considéré par la Cour de Justice comme une preuve irréfutable d'une concertation préalable (*Dyestuffs*).

Notons enfin que dans l'affaire de la pâte à papier, la Cour de Justice n'a pas gracié les entreprises américaines en dépit du fait que le cartel à l'exportation était lui-même exempté aux États-Unis en vertu du *Webb-Pomerene Act*.

Si la découverte de preuves matérielles d'une entente reste le moyen le plus sûr pour justifier une condamnation en appel, le problème de la détection de ces preuves reste évidemment posé. La réflexion sur les moyens de détection d'une entente a débouché récemment sur des modalités concrètes d'intervention désignées sous le label de programme de clémence.

5. Deux cas de collusion tacite : diffusion d'informations et parallélisme des prix

Deux cas célèbres, *ICI/Solvay* et *Ahlström and others vs Commission*, illustrent le type d'indices d'une collusion tacite, décelés par la Commission.

L'affaire *ICI/Solvay* met en présence deux firmes productrices d'une variété de soude qui se trouve être une matière de base pour la production de verre. Après la Seconde Guerre mondiale, ICI et Solvay se sont réparti le marché international selon un accord explicite (connu sous le nom de « *Page 1000* ») attribuant l'Europe continentale à Solvay et le Royaume-Uni à ICI. Cet accord fut rompu à la demande express de la Commission en 1972, après l'entrée du Royaume-Uni dans la Communauté. Néanmoins, la répartition des marchés entre ces deux entreprises resta inchangée. En dépit du fait que ICI se fournissait en partie auprès de Solvay, la société belge a toujours refusé de devenir un opérateur direct sur le marché anglais, et ce malgré les hausses de prix qui auraient pu l'y inciter. La Commission a vu dans le maintien de la répartition des marchés une preuve de la persistance du fonctionnement implicite de l'accord précédent, alors que chaque partie justifiait son comportement par la crainte des représailles du concurrent si elle venait à entrer sur son marché. Philips (1995, pp. 136-148) a montré que le maintien de marchés segmentés pouvait être le résultat d'un équilibre non coopératif. Cet exemple illustre combien il peut être difficile, à défaut de preuves tangibles, de prouver qu'un comportement donné ne s'explique que par une pratique concertée.

Dans l'affaire (*Ahlström and Others vs Commission*), dite de la pâte à papier, les divergences d'appréciation entre la Commission et la Cour de Justice ont été manifestes. Près de quarante entreprises américaines, canadiennes et scandinaves ainsi que leurs associations professionnelles ont été accusées par la Commission de violer le 81.1 au motif qu'elles procédaient à des échanges d'informations annonçant le prix qu'elles comptaient adopter individuellement, conduisant *in fine* à un parallélisme des prix assez manifeste de 1975 à 1981. La Cour de Justice, dans son jugement du 31 mars 1993, a donné tort à la Commission au motif que « le comportement parallèle ne peut être regardé comme une preuve de concertation à moins que la concertation constitue la seule explication plausible d'un tel comportement. Il est nécessaire de garder à l'esprit que si l'article 85 du Traité interdit toute forme de collusion qui entrave la concurrence, il n'enlève pas aux agents économiques le droit de s'adapter intelligemment aux comportements existants et anticipés de leurs rivaux ».

1.2. Un nouvel instrument : les programmes de clémence, détection ou dissuasion des ententes ?

Deux questions se posent à propos des ententes occultes : leur détection et leur dissuasion. Ces questions mettent toutes les deux l'accent sur un problème normatif particulier de la politique de la concurrence, celui de la mise en œuvre optimale du droit. Ce sont néanmoins des questions distinctes : la dissuasion des cartels et leur détection ne mettent pas en jeu les mêmes moyens⁽³⁾.

Commençons par la dissuasion. Partant du fait que l'autorité de la concurrence ne dispose que d'informations incomplètes, certains travaux conduisent à proposer un mécanisme d'intervention prenant la forme d'une politique d'audit. Cette politique consiste à initier une enquête à partir de l'observation d'une variable de résultat (un niveau de prix par exemple). Ces travaux abordent la politique de lutte contre les ententes sous l'angle des relations stratégiques entre l'autorité de la concurrence et les entreprises. Le choix par l'autorité de ses modalités d'intervention affecte la décision des entreprises de former ou non une entente. Une première question porte sur la comparaison d'une politique d'engagement *versus* une politique discrétionnaire. Vaut-il mieux que l'autorité de la concurrence s'engage *ex ante* sur une politique explicitant les moyens alloués à la conduite d'une enquête et les critères de déclenchement de cette dernière, ou bien est-il préférable de laisser à l'autorité de concurrence une certaine discrétion quant à l'opportunité d'enquêter ou non sur un marché ?

En information complète, un engagement explicitant les conditions d'intervention et le montant prévu de l'amende est en général préférable à une règle discrétionnaire. Si les coûts sont connus de l'autorité, le recours à une amende suffisamment élevée conduit à un optimum de premier rang : le niveau de l'amende suffit à dissuader le recours à la collusion.

Par contre, si les coûts ne sont pas observés par l'autorité de la concurrence, le problème devient plus complexe. Comment savoir *a priori* si un prix élevé est le résultat d'une concurrence entre entreprises dont le coût est élevé ou au contraire le résultat d'une collusion entre entreprises dont le coût est faible ?

Dans un modèle intégrant à la fois une dimension de sélection adverse (l'autorité de la concurrence n'observe pas les coûts de la branche) et une dimension d'aléa moral (l'autorité de la concurrence ignore si les entreprises de la branche adoptent un comportement concurrentiel ou collusif),

(3) Les autorités de la concurrence initient parfois une procédure d'enquête relative à une entente à partir de la plainte d'un concurrent lésé. Ce fut le cas par exemple dans l'affaire des *cimentiers européens* où la Commission, alertée semble-t-il par la plainte d'un concurrent grec qui ne parvenait pas à exporter par voie maritime ses excédents de capacité, entamait une série d'enquêtes conduisant à une enquête approfondie à l'issue de laquelle la découverte des preuves de l'entente a conduit à une amende globale de 139 millions d'euros infligée à l'ensemble des cimentiers européens incriminés.

Besanko et Spulber (1989) montrent qu'une politique d'engagement ne peut parvenir à dissuader totalement la formation des ententes. La politique optimale consiste alors à s'engager sur un audit aléatoire, c'est-à-dire selon une probabilité qui dépend du prix observé. Cette politique implique de tolérer une certaine collusion. Les deux types d'erreurs auxquelles toute politique de la concurrence est exposée sont alors inévitables : d'une part, l'erreur de type 1 qui consiste à ne pas enquêter alors que les entreprises se comportent de manière collusive et, d'autre part, l'erreur de type 2 qui consiste à enquêter inutilement auprès d'une industrie dont les entreprises se comportent de manière concurrentielle.

Les travaux de Souam (2001) et Pénard et Souam (2002a et b) apportent des prolongements utiles à ce type d'analyse, en explorant deux autres dimensions : d'une part, l'arbitrage entre une certaine tolérance envers la collusion dans les industries ayant des coûts faibles et une intransigeance totale envers la collusion dans les industries ayant des coûts élevés, notamment lorsque le coût varie sur un intervalle et ne prend pas seulement des valeurs discrétionnaires ; d'autre part, l'efficacité relative de différents systèmes d'amendes, dommages triples pour les infractions en droit civil dans le système américain et amendes proportionnelles au chiffre d'affaires (10 % au maximum) dans le système français⁽⁴⁾.

Dans ces travaux, l'autorité de la concurrence ne cherche pas à pallier son incertitude en obtenant de l'information des entreprises elles-mêmes. Or il est clair que de l'information peut être obtenue en mettant en œuvre un mécanisme de révélation approprié. En l'occurrence, ce mécanisme consiste à inciter un ou plusieurs membres d'un cartel à dénoncer le cartel auprès de l'autorité de concurrence. En compensation, celle-ci offre aux repentis une réduction d'amende, totale ou partielle⁽⁵⁾.

C'est ce principe qui est mis en œuvre dans les programmes de clémence. Appliqués dans plusieurs pays après des amendements successifs, ces programmes semblent conduire à présent à des résultats spectaculaires. L'encadré 6 donne une illustration récente d'une série d'ententes qui ont pu être détectées à la suite de la mise en place du programme de clémence.

(4) Pour un tour d'horizon récent des travaux autour de cette piste initiée par Besanko et Spulber (1989), voir Pénard et Souam (2002b).

(5) Une référence importante en la matière est Rey (2003) qui présente un tour d'horizon des différents travaux consacrés à la mise en œuvre de la politique de la concurrence lorsque l'autorité ne dispose pas de l'ensemble des informations pertinentes. La dimension de l'information asymétrique est essentielle dans la résolution des problèmes liés à la mise en œuvre du droit de la concurrence.

6. Les ententes sur les vitamines

Une série d'ententes ont été récemment dévoilées dans le secteur des vitamines, faisant intervenir deux producteurs mondiaux au titre de chefs de file, Hoffmann-La Roche et BASF. Après l'ouverture d'une enquête en mai 1999 initiée par la dénonciation d'un membre du cartel, l'instruction révélait l'existence de huit ententes ayant pour objet le partage des marchés et la fixation des prix dans le secteur des produits vitaminiques. Ces ententes ont duré dix ans (1989-1998). La Commission a traité au sein d'une même procédure ces accords distincts couvrant les marchés de différentes vitamines (A, E, B1, B2, B5, B6, C, D3, H, M, bêta carotène et caroténoïdes) ayant toutes en commun de servir à la nutrition humaine et animale ainsi que dans la cosmétique.

Elle a estimé que le marché couvert par ces produits représentait 800 millions d'euros par an au niveau européen. La Commission a infligé un montant total d'amendes de 855 millions d'euros à huit entreprises, dont 462 millions pour Hoffmann-La Roche et 296 millions pour BASF. Au total, cinq entreprises européennes et trois japonaises ont été sanctionnées. La découverte des ententes dans le secteur des vitamines a résulté de la mise en place par la Commission du programme de clémence qui a incité la société Aventis à porter certains faits à la connaissance de la Commission, en échange de l'immunité d'amende prévue par ce programme. L'aurait-elle fait en l'absence de cette promesse ? Vraisemblablement pas, dans la mesure où, étant la première à coopérer avec la Commission en apportant des preuves décisives, cette société a bénéficié d'une immunité totale du montant d'amendes qu'elle aurait dû acquitter pour sa participation aux ententes sur les vitamines A et E. C'était d'ailleurs la première fois que la Commission exemptait totalement une entreprise en application de la communication sur l'immunité d'amendes (Journal officiel, 19/02/2002, C 45/3). Par contre une amende a été infligée à Aventis pour sa participation à l'infraction sur la vitamine D3. Les sociétés têtes de file des cartels sur les vitamines, à savoir Hoffmann-La Roche et BASF ont ensuite coopéré avec la Commission dès les premiers stades de l'enquête en fournissant des informations cruciales sur toutes les ententes. Elles ont bénéficié de ce fait d'une réduction d'amende de 50 %. Toutes les autres sociétés ayant participé à ces ententes (Solvay Pharmaceuticals BV, Merck KGaA, Daiichi Pharmaceutical Co Ltd, Eisai Co Ltd et Takeda Chemical Industries Ltd) ont également bénéficié d'une réduction d'amende proportionnelle à leur coopération avec la Commission.

On peut penser que le programme de clémence a été déterminant pour la découverte de ces ententes dans le secteur des vitamines. Mais par ailleurs, il faut rappeler qu'en 1999, les mêmes acteurs avaient déjà été condamnés pour leur participation à des cartels similaires aux États-Unis, écopant d'un montant d'amendes de 500 millions de dollars pour Hoffmann-La Roche, 225 millions pour BASF et 72 millions pour Takeda. Les cartels furent découverts après la mise en place du programme de clémence américain.

L'exemple du cartel des vitamines n'est bien sûr pas isolé. On peut citer parmi les cas de violations explicites du 81.1 ayant entraîné des amendes importantes les cas récents dans les électrodes graphites en 2001 (219 millions d'euros d'amendes), le placoplâtre en 2001 (249 millions), les acides aminés en 2000 (110 millions), les tubes d'acier profilés en 1999 (99 millions), les conférences maritimes transatlantiques (TACA) en 1998 (273 millions), etc. sans compter les innombrables ententes lors des procédures d'appel d'offres.

C'est aux États-Unis que le programme de clémence a pris son essor⁽⁶⁾. Le premier programme de clémence a vu le jour en 1978. Mais il n'a commencé à donner des résultats vraiment probants (i.e. un accroissement significatif du nombre de dénonciations) qu'à partir de 1993, après l'importante extension du principe de l'amnistie. Dans le programme initial de 1978, le DoJ n'accordait une amnistie à une entreprise repentie que si une enquête publique n'était pas déjà entamée. Le programme de clémence amendé en 1993 accorde une immunité totale au premier repent, même lorsque le DoJ se trouve avoir déjà initié sa propre enquête, sans pour autant avoir découvert une preuve tangible⁽⁷⁾. De plus, tout salarié de l'entreprise (dirigeant, cadre, employé) peut également bénéficier d'un avantage s'il apporte une preuve tangible de l'existence de l'entente.

À l'instar des États-Unis, l'Union européenne s'est dotée à partir de 1996 de ce nouvel instrument juridique pour accroître ses moyens de détection. Après cinq ans d'expérience, la Commission a jugé qu'il était opportun d'élargir à son tour le cadre d'application de cet instrument (communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, Journal officiel, 19/02/2002, C 45/3).

Une immunité totale est à présent accordée à une entreprise qui coopère avec la Commission, si les trois conditions suivantes sont vérifiées.

- l'entreprise est la première à fournir des informations permettant à la Commission d'entamer une enquête sur l'entente, à condition que la Commission n'ait pas initié d'enquête par elle-même, préalablement à l'information livrée ;
- l'entreprise met fin à sa participation à l'entente à partir du moment où elle coopère avec la Commission ;
- l'entreprise n'a pas pris de mesures spécifiques pour contraindre d'autres entreprises à participer à l'infraction.

Une immunité partielle, c'est-à-dire une réduction du montant de l'amende, peut être accordée à une entreprise ne satisfaisant pas aux conditions précédentes, si elle fournit à la Commission des éléments de preuve de l'infraction apportant une valeur ajoutée significative par rapport aux preuves existantes. L'immunité partielle se traduit par une réduction d'amende comprise entre 30 et 50 % pour la première entreprise, entre 20 et 30 % pour la deuxième entreprise, et une réduction maximale de 20 % pour les entreprises suivantes.

(6) L'idée de base d'un programme de clémence consiste à introduire dans la loi une clause telle que les membres du cartel soient confrontés à une situation de dilemme du prisonnier. La clause incite chaque agent à dévier de la solution coopérative correspondant au maintien du cartel (Spagnolo, 2000a).

(7) Selon une étude du DoJ (Spratling, 1999), les résultats ne se sont pas fait attendre : le nombre de dénonciations a été multiplié par vingt après l'introduction du nouveau programme !

Le programme de clémence instauré par la Commission est à la fois proche du système américain par certains aspects tout en restant quelque peu distinct par d'autres aspects⁽⁸⁾. Il a également été introduit au Royaume-Uni et en France.

Que peut-on penser d'un tel mécanisme ? Concrètement d'abord, il semble que le programme de clémence ait bien rempli son rôle : le nombre d'ententes effectives découvertes après la mise en place du programme s'est sensiblement accru, conduisant à une multiplication spectaculaire du montant total des amendes perçues.

En 1999, le montant des amendes collectées par la Division antitrust du DoJ grâce au programme de clémence a été supérieur au montant cumulé des amendes collectées jusque-là pour violation de l'article 1 du *Sherman Act* ! De même, en Europe, entre 2002 et 2004, dix-neuf condamnations d'ententes concernant plus de cent entreprises ont été prononcées par la Commission. Elles ont conduit à un montant d'amendes collectées de près de 3 milliards d'euros. Le mécanisme semble adapté pour déstabiliser de grosses ententes, comme cela a été illustré par l'exemple du cartel des vitamines en Europe.

Dépeint comme un mécanisme incitatif de révélation, le programme de clémence semble maintenant un instrument juridique qui a une place bien établie dans la mise en œuvre de la politique de lutte contre les ententes et autres accords prohibés, particulièrement nombreux dans les appels d'offres. Certains travaux préconisent des amendements consistant à renforcer l'incitation à la délation en attribuant une compensation monétaire au premier délateur (Aubert et *al.*, 2003). Cependant, l'efficacité de cet instrument en termes économiques n'est pas le seul critère de l'évaluation de sa pertinence. La logique qui le sous-tend et les procédures judiciaires qu'il appelle sont, d'un point de vue sociétal, parfois diversement appréciées. Ces réticences renvoient sans doute à des réflexes traditionnels de nos sociétés, notamment la méfiance vis-à-vis de la délation, que l'on ne peut rejeter sans réflexion. Cet instrument présente toutefois un avantage sur des moyens plus traditionnels, comme par exemple un audit de contrôle à partir de l'observation de variables de résultats : il maintient une séparation stricte entre une politique se focalisant uniquement sur les comportements et une politique axée sur les résultats.

Notons enfin que le montant des amendes collectées par la Commission est versé au budget général de l'Union européenne et qu'il est de ce fait déduit des contributions des États membres, ce qui justifie que non seulement les consommateurs de ces produits mais également les contribuables gagnent à la détection des ententes et à leurs sanctions. Une de nos propo-

(8) Dans les deux systèmes, communautaire et américain, la confidentialité est garantie. La différence essentielle entre les programmes de clémence sur les deux continents est que l'immunité n'est pas assurée à des personnes physiques en Europe alors qu'elle l'est aux États-Unis.

sitions dans la suite est d'alimenter le budget communautaire consacré à la politique de la R&D et de l'innovation par le montant des amendes perçues à la faveur du programme de clémence. Ce serait là transformer des ressources générées par les violations de la concurrence en un instrument de financement de l'innovation, qui s'avère être une politique complémentaire de la politique de concurrence sur laquelle nous revenons plus loin.

Sur le plan économique, la question de la configuration optimale d'un programme de clémence fait encore l'objet de nombreuses recherches. D'abord, cet instrument est, semble-t-il, plus approprié comme mécanisme de détection que comme mécanisme de dissuasion des cartels. Une entreprise peut être incitée à participer à des cartels successifs si elle a la possibilité de dénoncer à chaque fois et de ne payer aucune amende (Spagnolo, 2000b).

Par ailleurs, d'autres questions se posent. Doit-on étendre aux personnes physiques appartenant aux entreprises d'un cartel une immunité à la suite de la dénonciation, comme c'est le cas aux États-Unis ? Autrement dit, est-il opportun d'introduire dans nos sociétés des mesures de type « *class actions* » qui sont populaires aux États-Unis mais qui ne sont pas nécessairement adaptées à nos sociétés ? Dans quelle mesure un programme de clémence réduit-il la durée de vie d'une entente ? Faut-il prévoir l'attribution de compensations monétaires au premier repentir ? Une abondante littérature théorique s'est développée sur ces questions, à laquelle nous renvoyons le lecteur intéressé⁽⁹⁾.

1.3. Les accords exemptés et les modalités d'exemption

Dès sa mise en place, le droit communautaire a reconnu dans l'article 81.3 la nécessité d'exempter certains accords de l'interdiction énoncée dans l'article 81.1. Est-on là en présence d'ambivalence ou s'agit-il au contraire d'une forme de reconnaissance des externalités de la concurrence, examinées au chapitre précédent ?

Selon Giorgio Monti (2002), l'existence même du 81.3 reflète une manière de résoudre le conflit entre l'objectif d'une concurrence libre et non faussée et l'objectif de l'efficacité économique. Ainsi, un accord qui restreint la liberté d'action des participants ou des tiers sur le marché est prohibé sauf s'il accroît l'efficacité économique et que deux conditions sont satisfaites : d'une part, les consommateurs bénéficient en partie de l'efficacité accrue résultant de l'accord, d'autre part, l'accord n'élimine pas entièrement la concurrence. Autrement dit, le 81.3 introduit l'idée que l'accord peut bénéficier d'une exemption si les gains auxquels il conduit ne sont pas totalement appropriés par les parties prenantes et si le pouvoir économique de ces dernières reste contraint par des tiers.

(9) Voir Kaplow et Shavell (1994), Spagnolo (2000), Rey (2003), Motta et Polo (2003), Aubert, Rey et Kovacic (2003), Feess et Walzl (2003) et Motchenkova (2004). La contribution de Laurent Flochel, en annexe de ce rapport, fait le point en la matière.

Certains juristes font remarquer que le 81.3 permettrait même d'exempter certains accords qui seraient nuisibles selon un pur bilan concurrentiel tout en encadrant l'exercice de l'exemption selon des principes qui visent à préserver l'intérêt des consommateurs. Dans un ouvrage récent, Laurence Idot (2004) fait remarquer que deux conceptions du 81.3 s'affrontent en droit communautaire. Selon une conception étroite, l'article 81.3 n'exempterait que les accords et ententes censés promouvoir le progrès économique, les conditions de production ou de distribution, et ceci à l'exclusion de tout autre critère. Dans cette logique, l'intégralité de l'article 81 servirait au bilan concurrentiel, les effets négatifs étant examinés selon le 81.1 et les effets positifs éventuels selon le 81.3. Selon une conception plus large, l'article 81.3 permettrait au contraire de prendre en compte d'autres critères, comme par exemple la défense de l'emploi, le maintien d'une entreprise en difficulté ou le développement régional. L'appréciation d'un accord selon l'article 81 se ferait alors en deux temps : le bilan de l'accord serait examiné au regard du 81.1, et s'il était négatif, au sens où les effets anticoncurrentiels ne sont pas compensés par les effets positifs de la coopération, l'accord pourrait néanmoins être sauvé au regard du 81.3 en appliquant des critères plus larges que ceux pris en compte dans le bilan concurrentiel⁽¹⁰⁾.

Enfin, notons que le droit communautaire a introduit intensivement le mécanisme dit de l'exemption en bloc, qui se décline par catégories d'activités. On distingue ainsi des exemptions en bloc concernant les accords verticaux⁽¹¹⁾, les accords de spécialisation⁽¹²⁾, les accords de R&D⁽¹³⁾ et les accords de transfert de technologie⁽¹⁴⁾. Le principe général en est le suivant. Un accord entre entreprises ne détenant pas un pouvoir de marché excessif (en général une part de marché inférieure à 20 ou 30 %) et n'incluant pas des restrictions caractérisées de concurrence (spécifiques à chaque catégorie d'activités sur lesquelles porte le règlement d'exemption en bloc) bénéficie de l'application du 81.3 de manière automatique. Lorsque l'une de ces conditions n'est pas satisfaite, le régime de la notification obligatoire, en vigueur jusqu'en mai 2004, s'applique et la Commission décide alors au cas par cas, en accordant des lettres de confort lorsqu'elle ne s'oppose pas à l'accord. Depuis mai 2004, le régime en vigueur est celui de l'exception légale, sur lequel nous revenons plus loin.

(10) La jurisprudence de la Cour et la pratique décisionnelle semblent plutôt aller en faveur de la conception étroite. C'est d'ailleurs ce qui ressort, comme nous le verrons plus loin, des lignes directrices accompagnant le nouveau règlement 1/2003.

(11) Règlement CE 2790/1999 de la Commission sur l'application du 81.3 à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 336, 29/12/1999) et lignes directrices sur les restrictions verticales (JO C 291, 13/10/2000).

(12) Règlement CE 2658/2000 de la Commission sur l'application du 81.3 à des catégories d'accords de spécialisation (JO L 304, 05/12/2000).

(13) Règlement CE 2659/2000 de la Commission sur l'application du 81.3 à des catégories d'accords de R&D (JO L 304, 05/12/2000).

(14) Règlement CE 773/2004 sur l'application du 81.3 à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO L 123, 27/04/2004) et lignes directrices (JO C 101, 27/04/2004).

Certaines catégories d'accords entre entreprises ont ainsi reçu un traitement privilégié. Pour ne citer qu'un exemple, les accords de coopération en R&D ont été favorisés dans la mesure où ils sont bénéfiques à la fois aux parties et aux consommateurs. L'encadré 7 rappelle brièvement les justifications économiques des accords de R&D et leur traitement dans le règlement d'exemption en bloc correspondant.

7. Les accords de coopération en R&D : justifications économiques et traitement dans le règlement d'exemption en bloc

L'intuition économique, alimentée par plusieurs travaux théoriques et empiriques, suggère que les accords de R&D peuvent être favorables à la fois aux parties contractantes et aux consommateurs.

La coopération en R&D peut être bénéfique aux parties pour au moins trois motifs. Premièrement, la création d'une filiale commune de recherche (*Research Joint Venture*, RJV) permet d'éviter à la fois les défauts inhérents aux transactions de marché et le coût élevé d'une fusion. Une RJV permet en effet de maintenir une certaine continuité dans les relations de long terme que nécessitent les échanges de technologie et de savoir-faire, continuité qui ne peut toujours être assurée par des transactions de marché. Deuxièmement, la coopération en R&D implique un partage des risques et évite la duplication des coûts fixes de la recherche par la mise en commun d'actifs complémentaires. Enfin, la coopération en R&D facilite l'accès au financement en offrant de meilleures garanties de remboursement. Elle contribue ainsi à alléger le problème du financement évoqué par Schumpeter, selon qui, seule la grande entreprise génératrice d'excédents financiers suffisants serait à même d'autofinancer la recherche.

La coopération en R&D peut être également bénéfique aux consommateurs. En effet, le résultat d'un investissement de recherche ne peut toujours être totalement approprié par son auteur : l'activité de recherche est marquée par des externalités de diffusion (*spillovers*). La plupart des études économiques ont ainsi établi l'existence d'un écart important entre la rentabilité sociale et privée d'un investissement en recherche. Par exemple, la dépense de R&D d'une entreprise peut profiter indûment à ses concurrents. L'externalité implique que chaque entreprise choisit une dépense de recherche inférieure au niveau socialement optimal. Une coopération internalise alors une partie de cette externalité et conduit chaque agent à consacrer plus de ressources à la R&D que si celle-ci était réalisée de manière indépendante. La R&D coopérative serait ainsi bénéfique aux consommateurs dès lors que les externalités de diffusion sont suffisamment fortes.

Au total, la coopération en R&D serait profitable à la fois aux parties qui coopèrent et aux consommateurs. Ce résultat paraît assez robuste et résulte d'une abondante littérature sur le sujet, depuis l'article pionnier de d'Aspremont et Jacquemin (1988) jusqu'à la synthèse récente présentée dans Amir (2000). Deux interrogations subsistent cependant. Est-il possible de limiter la coopération au niveau précompétitif de la R&D sans la voir s'étendre au niveau de la concurrence sur le marché ? La recherche coopérative sur la base du volontariat

est-elle suffisante ou faut-il des mesures d'encouragement spécifiques favorisant les partenariats public/privé ou privé/privé ?

Le règlement CE 2659/2000 de la Commission (JO L 304, 5 décembre 2000) concerne l'application du 81.3 aux accords de R&D. Sont ainsi exemptés en bloc les accords entre entreprises portant sur la R&D en commun de produits ou de procédés ainsi que sur l'exploitation en commun des résultats de la recherche, sous certaines réserves :

- l'accord de R&D peut durer pendant toute la durée de la recherche et l'accord d'exploitation en commun des résultats peut durer sept ans à compter de la date d'introduction sur le marché si les parties de l'accord ne sont pas concurrentes ;
- lorsque les parties de l'accord sont des entreprises concurrentes, l'accord bénéficie de l'exemption en bloc si la part cumulée des parties ne dépasse pas 25 à 30 % du marché constitué par les produits susceptibles d'être améliorés ou remplacés par les produits sur lesquels porte l'accord ;
- l'accord de R&D n'est exempté que s'il ne restreint pas la possibilité pour des tiers de mener des activités de R&D dans le même domaine ;
- de même, l'accord de R&D n'est exempté que s'il n'entrave pas sensiblement l'accès des tiers au marché des produits sur lesquels porte l'accord ;
- enfin, un accord de R&D exempté n'autorise pas les parties à laisser inexploités les résultats de la R&D, sans raison objective.

Comme on le voit, le règlement d'exemption en bloc des accords de R&D tend à mettre l'accent davantage sur les bénéfices potentiels de la R&D commune et de l'exploitation des résultats que sur l'établissement d'une liste de clauses, selon qu'elles soient interdites (liste noire), tolérées (liste blanche) ou à examiner au cas par cas (liste grise).

Le nombre d'exemptions individuelles et d'exemptions en bloc pour des catégories spécifiques d'accords n'a pas cessé de croître dans la mise en œuvre du droit communautaire. D'une part, le nombre de notifications individuelles pour bénéficier du 81.3 s'est accru au point de créer une véritable congestion des services de la DG Concurrence, rendant difficile un filtrage efficace des cas. Les lettres de confort adressées par la Commission ne pouvaient plus être le résultat d'un examen individuel suffisamment attentif des cas notifiés. D'autre part, le nombre de règlements d'exemptions en bloc a également crû de manière notable en couvrant un plus large spectre d'activités économiques.

C'est en partie pour remédier à ces problèmes qui ne pouvaient que s'amplifier après l'élargissement à dix nouveaux pays membres, que la réforme récente du droit communautaire a introduit le principe de l'exception légale pour l'application du 81.3, ainsi qu'elle a transformé la compétence exclusive de la Commission dans l'application du 81.3 en une compétence partagée avec les autorités de la concurrence des États membres.

2. Stratégies d'exclusion et pratiques restrictives : les frontières ambiguës du processus concurrentiel

2.1. Stratégies d'exclusion : doit-on établir une liste d'interdits *per se* ?

La mise en œuvre de l'article 82 a toujours été difficile. Commençons par noter que la notion de position dominante à laquelle se réfère cet article n'a pas un caractère proprement économique, mais plutôt jurisprudentiel. Elle a été définie par la Cour de Justice à propos du cas Hoffman-La Roche (1979) : « La position dominante concerne la puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs ».

Vue sous cet angle, toute position dominante devrait être interdite en soi, puisqu'elle affranchit son détenteur de la pression venant des concurrents éventuels. Mais, comme par ailleurs une position dominante peut avoir été conquise par le mérite, en respectant le principe d'une concurrence libre, interdire en soi son existence reviendrait à diminuer considérablement l'incitation légitime à l'effort pour conquérir une position dominante. De ce fait, seuls les comportements dits abusifs sont réprimés. On retrouve là une conception très proche du droit allemand : la position dominante est tolérée, mais non ses abus.

L'article 82 du Traité cite une série d'exemples d'abus.

« Les pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables (a) ;
- limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs (b) ;
- appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence (c) ;
- subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats » (d).

Notons ici l'ambiguïté de l'adverbe notamment. Il peut signifier soit que la liste des abus cités est non exhaustive, soit que les exemples donnés ne sont que des abus potentiels, autrement dit qu'on ne doit pas les considérer comme des abus en soi, mais plutôt comme des situations où une présomption d'abus existe, la règle de raison s'imposant en dernière instance. Le même adverbe est dans la liste des pratiques concertées prohibées par l'article 81, mais dans ce dernier cas, il est précédé de la préposition et (et notamment), atténuant ainsi l'ambiguïté.

La catégorie (a) inclut la vente à des prix anormalement bas comme par exemple le recours à des prix prédateurs, la catégorie (b) concerne des clauses commerciales limitatives telles que l'exclusivité ou le refus de concéder l'accès, la catégorie (c) se réfère aux prix discriminants et enfin la catégorie (d) fait référence aux ventes liées. L'analyse économique est très réticente à attribuer systématiquement à ces différentes pratiques le qualificatif d'anticoncurrentiel dans la mesure où elles ne s'accompagnent pas nécessairement d'une réduction du surplus des consommateurs⁽¹⁵⁾. L'essentiel en la matière est de s'en tenir à l'effet de la pratique présumée abusive au cas par cas, plutôt que de raisonner en termes de catégories génériquement qualifiées d'abusives *per se*.

Encore faut-il structurer la démarche dans l'analyse des pratiques présumées abusives. Un certain nombre de travaux récents (Evans et Padilla, 2004, Tirole, 2005b et Ahlborn et *al.*, 2004) proposent quelques principes dans la mise en œuvre d'une règle de raison structurée. En premier lieu, aucune règle ne saurait éviter les deux types d'erreurs de jugement que nous avons mentionnés. Les modèles d'économie industrielle sur lesquels on se fonde ne fournissent pas des conditions qui soient à la fois nécessaires et suffisantes pour qu'une pratique donnée conduise à une réduction significative du surplus des consommateurs. Par conséquent, le mieux que l'on puisse exiger d'une règle de raison structurée est qu'elle minimise le coût des erreurs, qu'elle ne soit pas trop difficile à mettre en œuvre et qu'elle soit suffisamment explicite pour offrir aux agents une certaine sécurité juridique. En second lieu, il est utile de décomposer l'analyse, en distinguant différentes étapes, chacune limitée à l'examen d'une seule question, la charge de la preuve en incombant à l'une des parties.

Prenons l'exemple d'un prix bas, présumé prédateur, émanant d'une entreprise dominante. Une première étape est de définir le référentiel par rapport auquel le prix est jugé bas. Selon le test Areeda et Turner (1975), un prix de vente courant en dessous du coût variable moyen accrédite une certaine présomption d'une volonté d'exclusion de la part d'une firme dominante. Ce n'est cependant qu'une condition nécessaire. C'est alors à l'autorité de la concurrence de transformer cette présomption en une preuve, en montrant que l'entreprise dominante ne pratique ce prix que dans l'intention d'exclure un concurrent ou d'empêcher l'entrée d'un autre. Par exemple, si une telle pratique est courante dans des industries concurrentielles, la présomption de prédation devient très faible. Par contre, si le prix se situe entre le coût variable moyen et le coût total moyen, c'est à l'entreprise dominante que la charge de la preuve incombe en expliquant pourquoi ce prix ne couvre pas l'intégralité de ses coûts⁽¹⁶⁾.

(15) Dans deux compléments distincts, en annexe de ce rapport, Anne Perrot et David Spector expliquent pourquoi le recours à la règle de raison s'impose dans l'application du 82, même si cette règle conduit à une plus faible sécurité juridique.

(16) L'utilisation par *Wanadoo* entre mars 2001 et juillet 2001 d'un prix d'accès ADSL inférieur à la moyenne des coûts variables, puis entre août 2001 et octobre 2002 d'un prix plus élevé tout en restant inférieur à la moyenne des coûts complets, a été considérée par la Commission comme une violation du 82, dans la mesure où elle a estimé que cela correspondait à une stratégie d'éviction du marché français de l'Internet haut débit (décision de la Commission du 16 juillet 2003). Le recours en annulation de cette décision devant le TPI n'a pas encore été jugé.

8. Refus d'accès et ventes liées : les griefs contre *Microsoft* en Europe

L'exemple récent du procès de *Microsoft* en Europe illustre deux types de stratégies qui violeraient, selon la Commission européenne, l'article 82.

Le premier grief, initié par la plainte d'un concurrent de *Microsoft* (*Sun Microsystems*) sur le marché des serveurs de groupe, est relatif à l'accès aux interfaces permettant aux concurrents de connecter les utilisateurs. Ces interfaces constituent des plateformes dont l'accès est conditionné par les codes sources des logiciels utilisés. En réponse à ce grief, *Microsoft* soutient que ses plateformes de connexion sont protégées par des droits de propriété intellectuelle et ne constituent pas des facilités essentielles. De ce fait, l'accès des concurrents à ces plateformes ne peut être imposé aux détenteurs de ces droits. Ce point est contesté par la Commission qui voit dans l'accès à ces plateformes la condition nécessaire au fonctionnement du marché des serveurs de groupe.

Le second grief à l'encontre de *Microsoft*, initié par la Commission elle-même, est de lier les ventes du système d'exploitation *Windows* à celles du lecteur multimédia *Mediaplayer*. Ce grief serait similaire à celui qui a valu à *Microsoft* un procès en infraction du *Sherman Act* aux États-Unis pour avoir incorporé le navigateur *Internet Explorer* dans le package *Windows*. La réponse invoquée par *Microsoft* dans les deux cas est qu'il s'agit de biens complémentaires dont la vente liée serait bénéfique au consommateur. Aux États-Unis comme en Europe, la question est donc de savoir si les ventes liées doivent être interdites *per se* ou examinées selon la règle de l'efficacité économique. Selon la Commission, *Microsoft* utiliserait sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation individuels comme un effet de levier pour exclure, ou porter préjudice à ses concurrents sur deux autres marchés, celui des serveurs de groupe et celui des lecteurs multimédia.

Dans une décision du 24 mars 2004, la Commission a condamné *Microsoft* à une amende de 497 millions d'euros et lui a enjoint d'établir les conditions de l'interconnexion et d'offrir une version de *Windows* ne comportant pas *Mediaplayer* dans un délai de quatre mois. Le recours intenté par *Microsoft* pour bénéficier d'une suspension provisoire, avant le jugement sur le fond, a été récemment rejeté par le TPI. Le jugement attendu devra trancher sur ce cas particulièrement difficile pour savoir si ces deux pratiques constituent bien des stratégies d'exclusion ou si au contraire elles ne sont que des effets de comportements particulièrement vigoureux de *Microsoft* à l'encontre de ses concurrents. Remarquons que si *Microsoft* consent à proposer deux versions de son package, l'une avec et l'autre sans *Mediaplayer*, il restera à estimer si le différentiel de prix entre ces deux versions est jugé suffisant pour ne pas porter préjudice à la concurrence sur le marché des lecteurs multimédia. La question est donc délicate dans la mesure où elle comporte une dimension – le niveau du différentiel de prix – qui ressort davantage des prérogatives de la politique de la réglementation sectorielle que de la politique de la concurrence.

Cette procédure prend acte du fait qu'un prix temporairement plus bas que le coût variable moyen de production peut correspondre à une stratégie de développement commercial du produit en phase initiale. Un écart transitoire ne traduit pas nécessairement une volonté d'éviction. De plus, le coût

variable peut décroître au cours du temps, du fait de l'existence d'effets d'apprentissage technologique⁽¹⁷⁾.

De manière générale, les difficultés d'application de l'article 82 apparaissent dans les industries où les externalités de réseaux et l'innovation jouent un rôle important⁽¹⁸⁾.

L'encadré 8 présente une illustration de ces difficultés dans la décision récente de la Commission à l'encontre de *Microsoft*.

2.2. Pratiques restrictives de concurrence ou internalisation des externalités dans les relations verticales ?

Sans nécessairement conduire à l'exclusion des concurrents, certaines pratiques commerciales contractuelles incluent des clauses qui peuvent apparaître comme des restrictions de concurrence. Elles concernent souvent les relations verticales amont/aval entre fournisseurs et distributeurs. Ces clauses peuvent porter aussi bien sur les prix (prix de vente imposé, remises, redevances de franchise et prix non linéaires, etc.) que sur d'autres caractéristiques telles que l'attribution d'un territoire exclusif à un distributeur, l'exclusivité des ventes à un seul distributeur ou d'approvisionnement auprès d'un seul fournisseur, la distribution sélective, les pénalités de rupture de contrat d'approvisionnement, etc. La difficulté à nouveau est que ces clauses n'ont pas nécessairement un caractère anticoncurrentiel. Elles peuvent simplement traduire une forme de résolution des deux types de contraintes spécifiques aux relations verticales, à savoir le phénomène de la double marge, d'une part, et l'externalité dans l'offre de services commerciaux par le distributeur (services de vente, publicité, référencement, etc.), d'autre part.

Là encore, les distinctions ne sont donc pas faciles à faire. Certaines restrictions verticales sont interdites *per se* (prix de vente imposé par exemple) et d'autres sont traitées selon la règle de raison. Par ailleurs, la Commission a souvent privilégié le critère de l'intégration économique ce qui l'a amené par exemple à traiter avec beaucoup de suspicion la clause interdisant à un distributeur de vendre en dehors d'un territoire spécifique ou les clauses tendant à limiter les importations parallèles.

Les travaux économiques sur les clauses contractuelles limitatives de concurrence dans les relations verticales sont très nombreux et on ne saurait en rendre compte ici même de manière partielle⁽¹⁹⁾. Le seul résultat

(17) Dans son complément, David Spector a analysé les avantages et les inconvénients de la règle de raison structurée. Voir également Evans et Padilla (2004), Vickers (2004) et pour une comparaison Europe États-Unis, voir Evans (2005). En matière de ventes liées, voir Nalebuff (2003) et Tirole (2005).

(18) Anne Perrot, Jérôme Philippe et Yaël Ginzburg ont présenté lors des auditions du CAE des exposés sur le traitement des abus de position dominante, tel qu'il ressort de nombreuses affaires en droit communautaire et en droit français (AKZO, Wanadoo, UGC Ciné Cité, Deutsche Post, Française des jeux et Caliance, Deutsche Telekom, Michelin, GE/Honeywell).

(19) On peut se reporter entre autres au chapitre 4 de l'ouvrage de Tirole (1988), au rapport du CAE, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs* (2000), et aux articles de Rey et Tirole (1986 et 2000), Caballero-Sanz et Rey (1996) et Rey (1997). Lors des auditions pour la préparation de ce rapport, Patrick Rey a présenté un tour d'horizon très complet des problèmes que soulèvent les relations verticales.

général auquel les travaux économiques parviennent est qu'une interdiction *per se* serait une erreur et que là plus qu'ailleurs, la règle de raison s'impose.

Illustrons cela par quelques exemples simples. Le droit de la concurrence doit-il interdire la clause du prix de revente imposé ? L'effet de cette pratique est négatif lorsqu'elle implique une réduction de la concurrence intermarques. Par la transparence qu'elle crée sur le marché aval, cette clause accroît le risque de collusion en amont. Doit-on pour autant la faire figurer sur une liste noire, c'est-à-dire l'interdire *per se* ? Ce n'est pas sûr, car elle peut également servir à coordonner simplement la relation verticale entre l'amont et l'aval. Un prix plafond, un quota imposant un minimum de ventes ou un droit de franchise, sont quelques-unes des formes contractuelles permettant de reproduire la solution de l'intégration verticale, tout en évitant le coût prohibitif qu'une telle intégration imposerait. L'économiste aurait tendance à préconiser la règle à deux niveaux suivante : ne pas condamner la clause du prix de revente imposé lorsqu'elle émane d'une entreprise disposant d'un faible pouvoir de marché ; examiner au cas par cas l'effet de la clause lorsqu'elle est le fait d'une entreprise ayant un pouvoir de marché important en analysant l'état de la concurrence en amont.

De même, le droit de la concurrence ne devrait pas interdire en soi la vente à perte, ni la discrimination par les prix.

Les pratiques restrictives de concurrence concernent également les relations contractuelles qui régissent les transferts de technologie (licences, cessions de savoir-faire, etc.). Là encore, les enjeux économiques des questions à traiter sont importants. Un exemple de question qui revient fréquemment concerne le refus par une entreprise dominante de licencier une technologie protégée par un droit de propriété intellectuelle. Ce refus constitue-t-il ou non une violation de la concurrence ? Parfois, cette technologie correspond à une facilité essentielle, en ce sens que son accès est indispensable pour la mise au point d'innovations ultérieures. On entre là dans une zone délicate, non stabilisée, où les conflits potentiels entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence sont importants (Crampe et al., 2006). On y reviendra plus loin.

Sur le plan du droit communautaire, un règlement de 1999 (règlement CE 2790/1999 de la Commission) a introduit le principe d'une exemption en bloc pour des catégories d'accords verticaux entre fournisseurs et distributeurs sous certaines conditions. Premièrement, le fournisseur doit avoir une part de marché inférieure à 30 %. Deuxièmement, l'obligation de fourniture exclusive (le fournisseur ne peut vendre qu'à un seul distributeur à l'intérieur de la communauté) n'est exemptée que si la part de marché du distributeur est inférieure à 30 %. Troisièmement, une liste noire écarte un certain nombre de clauses du bénéfice de l'exemption. Sont ainsi non exemptées les clauses correspondant au prix de vente imposé et au territoire exclusif. On retrouve là le souci de l'intégration du marché. L'interdiction *per se* de la clause du territoire exclusif a souvent été critiquée par les économistes :

en l'absence de la protection d'un territoire exclusif, un distributeur pourrait ne pas accepter d'investir dans un nouveau marché, puisqu'il s'exposerait au risque qu'un second vendeur exploite les opportunités commerciales créées par le distributeur initial, sans en avoir supporté le coût (agissant ainsi comme un passager clandestin). Comme le fait remarquer Giorgio Monti (2002), la Commission a longtemps préféré dans ce cas favoriser le comportement du passager clandestin pour promouvoir l'intégration du marché unique plutôt que de se ranger à l'argument de l'efficacité économique. Cette attitude a cependant changé et c'est ainsi que dans le règlement 2790/1999, l'interdiction du territoire exclusif a été doublement nuancée. D'une part, l'introduction entre ventes actives et ventes passives a été introduite. Ainsi, la clause empêchant un distributeur de réaliser des ventes directes (actives) dans un territoire exclusif réservé au fournisseur ou concédé par celui-ci à un autre distributeur est à présent permise, à condition que les clients du premier distributeur ne soient pas eux-mêmes empêchés de revendre indirectement ailleurs (ventes passives). D'autre part, l'attribution à un distributeur d'un territoire exclusif pour une durée d'au moins un an est à présent permise lorsqu'il s'agit d'un nouveau marché. Enfin, les autres clauses contractuelles qui conduisent à une segmentation du marché (restrictions territoriales auxiliaires) ne sont permises que si elles sont nécessaires à la sauvegarde et à l'intégrité du système de distribution (distribution sélective)⁽²⁰⁾. On perçoit ainsi la complexité de l'architecture des règlements communautaires d'exemption en bloc. Elle s'explique essentiellement par le compromis entre les deux objectifs non incompatibles, mais non identiques pour autant, que sont l'efficacité économique, d'une part, et l'intégration économique, d'autre part⁽²¹⁾.

(20) Ce qui précède concerne une question particulière, celle des *importations parallèles*. Celles-ci concernent les situations dans lesquelles des produits, vendus par un producteur à un grossiste agréé situé sur un territoire donné, sont réexportés vers un autre territoire via un circuit de distribution non agréé par le producteur. À titre d'exemple, lorsqu'un distributeur indépendant français décide d'importer des voitures auprès d'un concessionnaire situé en Belgique pour les revendre en France sans le consentement du constructeur national, ces importations peuvent être profitables à la fois pour le distributeur indépendant et les consommateurs français. Cependant, le constructeur national a les moyens de retirer au concessionnaire belge sa concession (ou du moins de ne plus lui consentir les mêmes conditions de vente). Toute la question est de savoir comment combiner le régime d'exemption du 81.3 pour un accord de distribution avec territoires exclusifs tout en veillant à ce que des importations parallèles favorables aux clients ne soient pas mises en échec. Le règlement (CE) 1400/2002 concernant l'application du 81.3 à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (JOCE, L. 203/30, 01/08/2002) apporte des réponses à ces questions. Pour l'analyse générale des *importations parallèles*, voir Crampes, Encaoua et Hollander (2006).

(21) Des restrictions verticales multiples ont été ainsi admises, parfois même encouragées – notamment celles qui affectent les PME – tant que les conditions assurant l'intégration du marché et le maintien d'une concurrence effective sur le marché intérieur sont réunies.

3. La communautarisation du droit de l'antitrust

Dans une déclaration à la presse, l'ancien commissaire à la concurrence, Mario Monti, affirmait que la date du 1^{er} mai 2004 ne serait pas retenue dans l'histoire comme étant seulement la date officielle de l'entrée dans l'Union européenne de dix nouveaux pays mais également comme la « journée de la concurrence ». L'histoire se chargera de lui donner tort ou raison. Mais le sentiment que la réforme communautaire récente de l'antitrust constitue le point d'aboutissement d'une expérience de près de cinquante ans, explique l'enthousiasme du commissaire.

Les articles 81 et 82 du Traité restent inchangés, mais les moyens de leur mise en œuvre ont été profondément remaniés. Jusqu'à cette date, le règlement 17/62 du 6 février 1962 régissait l'application des articles 81 et 82. Le règlement 17/62 accordait à la Commission des pouvoirs d'autorité exclusive pour l'application de ces deux articles du droit communautaire. Ces pouvoirs exclusifs s'exprimaient aussi bien en termes de déclenchement d'une procédure d'enquête, qu'en termes de mesures conservatoires ou d'injonctions à cesser les activités délictueuses et de sanctions à l'encontre de leurs auteurs. De plus, hormis les exemptions en bloc accordées par la Commission, les accords entre entreprises ne pouvaient bénéficier de l'exemption individuelle prévue dans le 81.3 que s'ils étaient préalablement notifiés à la Commission et autorisés par elle.

À compter du 1^{er} mai 2004, ces deux principes sont devenus caducs selon le nouveau règlement d'application, désigné dans la suite comme le nouveau règlement antitrust (règlement CE 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82).

Le premier changement notable est que la Commission perd sa compétence exclusive dans l'application des articles 81 et 82. Plus précisément, les normes de l'antitrust sont généralisées à tous les États membres et l'application de ces normes est décentralisée entre les différentes autorités nationales. Laurence Idot (2004, p. 15) exprime bien la portée de cette transformation en notant que le nouveau règlement antitrust « opère à la fois une généralisation et une décentralisation dans l'application des articles 81 et 82. La généralisation intervient sur le terrain des normes susceptibles d'être appliquées par les diverses instances nationales, tandis qu'au stade de la mise en œuvre, c'est à une décentralisation qu'on assiste ».

De ce point de vue, on peut dire que le nouveau règlement est l'équivalent d'une loi « fédérale » de l'Union européenne, que chaque pays membre doit appliquer, comme le *Sherman Act* l'a été un siècle plus tôt aux États-Unis. La réforme introduit indubitablement une communautarisation des droits nationaux de la concurrence.

Le deuxième changement qu'apporte la réforme, tout aussi notable que le précédent, est le principe de l'exception légale, selon lequel la notification

individuelle pour bénéficier de l'exemption du 81.3 n'est plus nécessaire, à charge pour le bénéficiaire d'apporter la preuve, si on venait à la lui demander *ex post*, qu'il satisfait bien les conditions requises.

Ce principe, qui n'est pas en contradiction avec le droit français mais qui l'est avec le droit allemand, est mis en avant dans un double souci : d'une part, simplifier le fonctionnement de la Commission et des autres autorités nationales de la concurrence en leur permettant de sélectionner et répartir les dossiers en fonction de leur compétence ; d'autre part, responsabiliser les acteurs de l'économie que sont les entreprises en les laissant procéder à une auto-évaluation des risques de non-conformité de leurs pratiques aux règles de la concurrence. Comme on l'a signalé plus haut, le principe de l'exception légale est également en vigueur aux États-Unis.

Le troisième changement important de la réforme est qu'elle renforce les pouvoirs d'enquête, améliorant les conditions de la détection des pratiques délictueuses (programme de clémence) et de leur prévention (amendes). Le rôle des plaignants est également accru par l'introduction d'incitations appropriées pour que les victimes des pratiques anticoncurrentielles poursuivent leurs auteurs en droit civil au titre de la réparation des préjudices que leur ont causés ces pratiques. Là encore, c'est une évolution comparable à celle qu'on a observée aux États-Unis.

Enfin, le quatrième changement consiste en un renforcement des solutions négociées entre la Commission et les parties. La Commission dispose à présent du pouvoir de rendre obligatoires les engagements pris par les entreprises et de clore ainsi certaines procédures. Cette disposition, qui fait l'objet de l'article 9 du règlement 1.2003, rapproche à nouveau le droit communautaire du droit américain de la concurrence.

3.1. Généralisation des normes et décentralisation dans l'application

Le nouveau règlement antitrust précise en son article 5 que « les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du Traité dans des cas individuels » et l'article 6 ajoute que les juridictions nationales sont également compétentes pour appliquer ces articles. Autrement dit, l'ancien principe en vigueur dans le règlement 17/62, selon lequel le noyau dur du droit communautaire était de la compétence exclusive de la Commission disparaît dans le nouveau règlement. Désormais, cette compétence est partagée entre trois types d'institutions : la Commission, les autorités nationales de la concurrence (ANC) et les juridictions nationales, y compris les juridictions de droit civil. Ce sont ces trois institutions qui forment à présent les autorités de concurrence, selon les termes du nouveau règlement. Toute juridiction nationale possède désormais la compétence pour décider si un accord entre entreprises, susceptible d'affecter le commerce entre États membres, possède ou non les caractéristiques requises pour être exempté de l'interdiction du 81.1

Le bénéfice attendu de la réforme est double. D'une part, la décentralisation doit éviter l'engorgement des services de la Direction générale de la concurrence à Bruxelles en attribuant des priorités aux différents cas. Cet avantage est d'autant plus appréciable que l'élargissement de l'Union européenne a accru les risques de congestion. D'autre part, une norme commune, celle qui est issue de la tradition juridique et économique du droit communautaire de la concurrence, se trouve généralisée à tous les pays membres. De ce point de vue, le nouveau règlement fait bien plus qu'étendre la primauté du droit communautaire sur les dispositions du droit national. Il incombe désormais aux juridictions en charge du droit national d'appliquer les normes communautaires.

Les rôles spécifiques de la Commission, des ANC et des juridictions nationales sont délimités dans le nouveau règlement antitrust. Le principe général est que les juridictions nationales sont les instances d'exécution au plan national ou individuel, les ANC et la Commission étant les instances d'instruction et de décision.

Quelques différences entre les ANC et la Commission subsistent. Par exemple, l'article 11 du nouveau règlement énonce dans son point 6 que l'ouverture par la Commission d'une procédure dessaisit les ANC des États membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du Traité. La Commission dispose donc, en un certain sens, d'un droit de préemption. Par ailleurs, lorsqu'une ANC d'un pays membre n'est pas une autorité de juridiction mais simplement une autorité administrative, elle n'a pas le pouvoir d'annuler un accord contraire aux règles de concurrence lorsque cet accord couvre plusieurs pays membres. Seule une juridiction nationale ou communautaire a ce pouvoir : elle peut prononcer la nullité d'une pratique concertée entre entreprises, comme le faisait auparavant la Commission conformément à l'article 81.2 du Traité. De même, une ANC n'a pas le pouvoir d'accorder des dommages et intérêts aux victimes de pratiques anticoncurrentielles, tout comme la Commission ne disposait pas non plus de ce pouvoir dans l'ancien règlement d'application. Ce sont exclusivement les juridictions nationales qui disposent de ce pouvoir. Enfin, les juridictions nationales doivent appliquer le droit communautaire de la concurrence de façon uniforme. En particulier, le juge national est le juge de l'exécution, au plan national ou individuel des décisions rendues par la Commission.

Ainsi le nouveau règlement antitrust instaure un régime de judiciarisation du droit de la concurrence dans lequel « le juge national est le juge naturel du droit de la concurrence dans le droit communautaire » (Canivet, 2004). Cela risque de soulever quelques problèmes juridiques. En effet, même si le nouveau règlement renforce indubitablement les compétences parallèles entre les trois institutions que sont la Commission, les ANC et les juridictions nationales, notamment par la création du Réseau européen de la concurrence (REC), les missions imparties à ces trois types d'institutions restent quelque peu différentes. Les missions de la Commission et des ANC sont exercées au nom de l'intérêt public, alors que la mission traditionnelle des juridictions

nationales est exercée au nom de l'intérêt des contractants, en statuant dans les litiges entre agents afin de protéger leurs droits subjectifs, notamment ceux découlant des articles 81 et 82. Des conflits latents, ou du moins des litiges de compétences peuvent apparaître. Comme le fait remarquer le président Canivet « la nouvelle compétence des juridictions, leur permettant d'accorder des 'exemptions' au titre de l'article 81§3 du Traité CE, point majeur de la réforme, engendrera sans nul doute, des prétentions sur ce fondement, sur lesquelles le juge judiciaire devra statuer ». De plus, l'absence de notification préalable pour bénéficier du régime du 81.3 sera vraisemblablement à l'origine de multiples contestations et de litiges dans les relations contractuelles entre agents.

Parmi les difficultés juridiques anticipées, on peut également invoquer les questions suivantes. Faudra-t-il dans chaque pays membre des juridictions compétentes pour l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles ? La loi NRE en France avait prévu cela, mais faute de décret d'application, les tribunaux de commerce sont restés des juridictions de première instance. On imagine qu'il puisse y avoir quelques problèmes en la matière, étant donné la sophistication de l'analyse économique requise dans l'examen des pratiques anticoncurrentielles et le manque de formation en droit communautaire de certains tribunaux de commerce. De plus, que seront les juridictions d'appel en la matière ? Pour ne prendre que l'exemple de la France, faudra-t-il se restreindre à la Cour d'appel de Paris et à la désignation de quelques grands tribunaux de commerce ? Quel sera le statut du juge des référés dans l'application du droit communautaire de la concurrence ? Autant de questions auxquelles il appartient à la sphère juridique d'apporter des réponses appropriées⁽²²⁾.

3.2. Le régime de l'exception légale

3.2.1. Les régimes possibles d'exemption

La mise en œuvre des règles de l'antitrust peut se faire *a priori* selon deux régimes : soit celui du contrôle *ex ante*, soit celui du contrôle *ex post*. Dans le contrôle *ex ante*, un accord entre entreprises est réputé nul et non avenué tant qu'il n'a pas reçu une autorisation formelle de l'autorité de concurrence. C'est le régime dit de l'autorisation préalable. Dans le contrôle *ex post*, un accord entre entreprises est licite tant qu'il n'est pas cassé par une autorité de concurrence ou un juge. C'est le régime dit de l'exception légale.

En 1962, lors de l'introduction du régime d'application communautaire de l'antitrust, le règlement 17/62 avait opté pour le régime de l'autorisation préalable. Près de cinquante ans plus tard, le nouveau règlement antitrust opte pour le régime de l'exception légale. Cette nouvelle disposition fait l'objet de l'article 1 du nouveau règlement. L'article 2 de ce règlement pré-

(22) On pourra consulter sur ces questions Canivet (2004) et Lasserre (2004).

cise que la charge de la preuve d'une violation des articles 81 et 82 incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue. Cette distinction est importante dans la mesure où, simultanément, elle élargit le rôle des plaignants en tant qu'agents alléguant une violation de ces articles et elle renforce le rôle des autorités de concurrence qui peuvent s'auto-saisir. Par ailleurs, le même article 2 précise qu'il incombe aux entreprises invoquant le bénéfice du 81.3 d'apporter la preuve que ses conditions d'application sont bien remplies. La charge de la preuve est ainsi inversée. Il est plus difficile en général de prouver qu'il n'y a pas eu violation que d'alléguer une violation potentielle. En plus, l'instruction des dossiers devrait s'enrichir en ce sens que les présomptions pesant sur les pratiques jugées *a priori* délictueuses devront être solidement combattues par la défense pour retrouver leur licéité. On peut penser que l'application du droit de la concurrence y gagnera à la fois en cohérence et en rigueur d'analyse.

Sur le plan théorique, on peut également trouver une justification économique à la transition du régime de l'autorisation préalable au régime de l'exception légale.

Remarquons d'abord que nous retrouvons en partie le débat mentionné plus haut sur la politique de détection et de dissuasion des cartels. En offrant aux membres d'un cartel une incitation à coopérer avec l'autorité de concurrence, le programme de clémence accroît la probabilité de déstabilisation du cartel. En quelque sorte, l'autorité de concurrence pallie l'imperfection de son information en proposant un mécanisme qui incite les membres du cartel à révéler de l'information à l'autorité. L'analogie avec le principe de l'exception légale doit être soulignée. En laissant les entreprises libres de passer des accords entre elles, tout en les menaçant de devoir prouver *ex post* que ces accords ne font pas obstacle à la concurrence (ou que, s'ils le font, il incombe aux parties de prouver que les avantages éventuels pour la collectivité compensent les pertes éventuelles que la collectivité subit du fait de ces accords), l'autorité de concurrence est à même de recueillir davantage d'informations pour juger de l'intérêt de l'accord, évalué selon ses critères. Sous le régime de l'exception légale comme dans le cas du programme de clémence, le problème essentiel provient du manque d'information dont dispose l'autorité. Dans les deux cas, il y a une tentative pour faire révéler cette information par les intéressés. C'est en ce sens qu'un régime de contrôle *ex post* (exception légale) peut être estimé comme étant « meilleur » qu'un régime de contrôle *ex ante* (autorisation préalable). Un travail récent (Bergès et *al.*, 2001) illustre et exploite cette idée.

3.2.2. Les conditions requises dans le régime d'exception légale

Toute la troisième partie des lignes directrices concernant l'application de l'article 81.3 du Traité (2004/C, 101/08) est consacrée à détailler la procédure et les conditions requises pour qu'un accord puisse bénéficier *ex post* de ses conditions.

Les lignes directrices affirment d'abord que c'est la conception étroite de l'article 81, au sens où nous avons employé ce terme plus haut, qu'il convient de retenir. Autrement dit, c'est l'intégralité de l'article 81 qui sert de support au bilan concurrentiel, les effets négatifs étant examinés selon le 81.1 et les effets positifs éventuels selon le 81.3. On peut regretter que ce soit cette conception qui ait été retenue, dans la mesure où les règles de concurrence s'inscrivent normalement dans le cadre des objectifs globaux de l'Union explicités dans l'article 2 du Traité et rappelés dans l'article I-3 du projet de Traité constitutionnel (économie sociale de marché hautement compétitive qui tend au plein emploi et au progrès social, etc.). On peut également penser qu'il est préférable de maintenir des objectifs propres à la politique communautaire de la concurrence à condition de compléter celle-ci par des politiques plus appropriées poursuivant d'autres objectifs, dans un cadre institutionnel assurant la cohérence et la continuité de l'ensemble des objectifs de l'Union. Nous reviendrons sur ce point important dans la suite.

Sous le régime de l'exception légale, quatre conditions cumulatives pour bénéficier de l'exemption du 81.3 sont requises :

- la première consiste à prouver les gains d'efficacité liés à l'accord. Ils ne doivent pas être appréciés simplement du point de vue subjectif des parties. Les lignes directrices imposent des conditions assez strictes. Doivent ainsi être explicités la nature des gains d'efficacité, leur lien de causalité avec l'accord, leur probabilité d'occurrence et leur importance, la date et les modalités de leur apparition. De plus, le lien de causalité doit être direct et non indirect. Par exemple, l'argument avancé par les parties selon lequel un accord restrictif permettrait d'investir plus dans la recherche, doit être considéré comme un effet indirect et, en tant que tel, ne devrait pas être retenu en faveur de l'accord. Selon les lignes directrices, un tel traitement restrictif trouverait sa justification dans le fait que le lien entre rentabilité et R&D n'est pas suffisamment affirmé pour être pris en considération. Par contre, si les parties parviennent à prouver que l'accord permet de combiner deux actifs complémentaires indispensables pour une recherche commune, l'argument doit être retenu en sa faveur⁽²³⁾ ;

- la deuxième condition consiste à prouver le caractère indispensable de l'accord pour parvenir aux gains d'efficacité. Cette propriété doit s'appliquer aussi bien à l'accord proprement dit qu'à chacune des restrictions de concurrence qu'il comporte. Par exemple, la création d'une entreprise commune à partir d'un transfert d'actifs des sociétés mères vers la filiale commune ne revêtirait un caractère indispensable que si les sociétés mères parviennent à prouver qu'une simple cession de licence ne serait pas suffisante pour réaliser les gains d'efficacité présumés ;

(23) Les lignes directrices détaillent ainsi différents exemples de gains potentiels d'efficacité selon qu'ils portent sur les *coûts* (accord de R&D permettant des synergies par combinaison d'actifs complémentaires, économies d'échelle, économies de gamme) ou sur les produits (accord de R&D pour développer un nouveau produit, pour améliorer sa qualité ou pour accroître la variété des produits disponibles, accord de distribution spécialisée, etc.).

- la troisième condition impose qu'une part équitable du profit résultant de l'accord soit réservée aux consommateurs. La notion d'équité est précisée comme suit : « la répercussion des avantages doit au moins assurer aux consommateurs la compensation d'un inconvénient réel ou probable que la restriction de concurrence constatée au regard de l'article 81, paragraphe 1, leur occasionne ». En un certain sens, on retrouve là une approche plus explicite de l'efficacité économique. Par exemple, une hausse de prix éventuellement occasionnée par l'accord doit être compensée par un relèvement de la qualité ;

- enfin, la quatrième condition requiert que l'accord n'élimine pas pour autant la concurrence⁽²⁴⁾.

Les contraintes imposées aux gains d'efficacité peuvent paraître exorbitantes, mais leur inclusion dans les lignes directrices traduit vraisemblablement la prudence de la Commission lors de l'introduction de cette notion.

Enfin, il convient de noter qu'au-delà du renforcement des pouvoirs d'enquête traditionnels, le nouveau règlement développe plusieurs autres moyens consistant à accentuer le caractère répressif du droit des pratiques anticoncurrentielles (amendes, astreintes, injonctions, etc.). Mais surtout, il accorde un rôle plus actif aux plaignants. Là encore le processus de judiciarisation de la concurrence en Europe se rapproche de la pratique américaine, sans aller toutefois jusqu'au triplement des dommages en droit civil.

(24) Comme le fait remarquer Laurence Idot (2004, p. 32), l'accent mis sur les gains d'efficacité traduit l'influence croissante de l'analyse économique. On ne peut manquer de noter également l'analogie entre ces nouvelles lignes directrices communautaires et les lignes directrices américaines pour la coopération mentionnées plus haut.

Chapitre IV

Les difficultés du contrôle prospectif des concentrations

Quel poids le contrôle des structures de marché doit-il accorder aux effets présumés des concentrations sur la concurrence ? Le droit de la concurrence répond de manière nuancée à cette question. Il reconnaît que le contrôle des structures de marché est en principe en dehors des prérogatives du droit de la concurrence sauf lorsque la structure de marché est affectée de manière sensible par une opération de croissance externe. On reconnaît là la préoccupation initiale, à l'origine du *Clayton Act* aux États-Unis.

Partant donc du principe qu'il vaut mieux prévenir que guérir et que certaines opérations de croissance externe sont susceptibles de créer ou de renforcer une position dominante sur le marché et donc d'affecter sensiblement le jeu des forces du marché, le droit de la concurrence de la plupart des pays industrialisés a progressivement intégré dans ses domaines d'interventions le contrôle des opérations de concentration, c'est-à-dire toutes les opérations qui ont en commun d'affecter les structures de marché : fusions, acquisitions, transferts d'actifs, prises de contrôle et créations de filiales communes.

1. Le contrôle des concentrations, une logique prospective

Le contrôle des opérations de concentration possède une spécificité par rapport à l'antitrust. Alors que ce dernier sanctionne *ex post* des comportements délictueux dans le contrôle des concentrations, il s'agit plutôt de se prononcer *ex ante* sur ce que serait l'état de la concurrence si l'opération projetée venait à être réalisée. En d'autres termes, le contrôle des concentrations est prospectif et préventif, alors que le contrôle des comportements est rétrospectif et répressif.

Dès la constitution de la CEE, le contrôle communautaire des opérations de concentration est apparu comme un objectif d'autant plus important que les perspectives du marché commun puis du marché intérieur devaient permettre aux entreprises d'exploiter les économies d'échelle associées à la taille croissante du marché et donc s'accompagner d'un vaste mouvement de restructuration. Il s'agissait donc bien à l'origine de favoriser les opérations de restructuration industrielle à l'échelle du marché commun.

Avant le règlement européen du contrôle des concentrations de décembre 1989, les seuls instruments juridiques communautaires permettant d'intervenir sur les opérations de concentration consistaient en l'application des articles 81 et 82 (ex 85 et 86 du Traité CEE). La Commission était amenée à considérer parfois, soit que l'achat par une firme en position dominante d'un concurrent constituait en soi un abus, au sens de l'article 82, soit que des accords de cession de titres relevaient de l'article 81⁽¹⁾. Cela revenait à admettre que la structure de marché elle-même devait être protégée, une idée *a priori* étrangère aux principes originaux du droit communautaire. C'était là une première difficulté.

Par ailleurs, la Commission se montrait parfois bien plus vigilante que les pays membres à l'encontre d'opérations de concentration affectant la structure de marché⁽²⁾. Le caractère inadapté au contrôle des concentrations d'instruments juridiques conçus initialement pour sanctionner des comportements prohibés devenait d'autant plus patent que le marché unique se mettait en place, accélérant le rythme des opérations de croissance externe.

Mais le transfert à la Commission de la prérogative du contrôle des opérations de concentration d'envergure a longtemps été une source de tension entre les instances communautaires et les gouvernements des pays membres. L'objectif communautaire de maintenir un certain niveau de concurrence sur le marché unique, a été en conflit avec l'objectif de chaque pays membre de faire émerger des champions industriels nationaux pour faire face à la concurrence internationale.

Illustre cette difficulté le fait qu'il a fallu attendre plus de trente ans après la signature du Traité pour qu'émerge en 1989 un consensus entre pays membres conduisant au règlement communautaire du contrôle des concentrations (règlement CE 4064/89). Une présentation sommaire de ce règlement est faite dans l'encadré 9.

(1) À titre d'illustration, la Cour de Justice (1977) devait valider la décision de la Commission d'interdire, en vertu de l'article 82, le rachat par *Continental Can* d'un producteur d'emballages métalliques dominant le marché des pays du Benelux, au motif que le concept d'abus de position dominante pouvait être étendu à la position dominante elle-même. Dans une autre affaire (*Philip Morris vs Rothmans*), une acquisition a pu être considérée comme relevant de l'article 81. À la suite de l'achat par *Philip Morris* d'une part du capital (25 %) de *Rothmans International*, la Commission avait donné son accord, moyennant quelques réaménagements. Les concurrents mécontents déposèrent une plainte contre la Commission auprès de la Cour de Justice. Celle-ci devait confirmer en 1981 la justesse du raisonnement juridique de la Commission, au motif qu'un accord de cession de titres pouvait relever de l'article 81 du Traité.

(2) Alors que la *Monopolies and Mergers Commission* (MMC) avait autorisé le rachat de *British Caledonian* par *British Airways* au nom de l'intérêt public (selon un ensemble d'arguments combinant les synergies et la défense de l'entreprise en péril), la Commission européenne, sur plainte de *Air Europe*, se montrait bien plus réticente, en exigeant la cession de plus de 10 000 créneaux horaires à Gatwick et l'abandon de certaines liaisons exploitées par *British Airways*.

9. Le contrôle communautaire des concentrations (règlement CE4064/89)

En décembre 1989, soit plus de trente ans après la signature du Traité instituant la Communauté économique européenne et deux ans seulement avant la date butoir de 1992 assignée à l'achèvement du marché unique, les pays membres sont parvenus à un accord déléguant à la Commission le pouvoir exclusif de contrôler les opérations de concentration de dimension communautaire.

Deux innovations procédurales majeures étaient introduites dans ce règlement. D'une part, celle de la compétence exclusive de la Commission pour toute opération ayant une taille supérieure à un seuil communautaire prédéfini. C'est le principe dit du guichet unique. Les coûts administratifs et financiers que les entreprises devaient subir dans l'examen par les différentes juridictions nationales concernées étaient ainsi réduits. D'autre part, la notification obligatoire de l'opération était introduite, avec un engagement de la Commission à respecter des délais assez courts pour l'instruction.

Ces deux principes procéduraux ont offert une sécurité juridique importante. Ils expliquent que, globalement et jusqu'à un passé récent, le système du contrôle communautaire des concentrations a été favorablement accueilli par les principaux intéressés et par les autorités nationales de la concurrence, le Tribunal de première instance (TPI) et la Cour de Justice (CJ). Sur le plan de la procédure, deux phases dans l'instruction du dossier sont distinguées. À l'issue de la phase I de durée d'un mois, la Commission peut, soit donner son accord, soit l'accompagner de mesures correctives, soit enfin réserver sa décision à un examen plus minutieux dont la durée ne doit pas excéder quatre mois. Dans ce cas, à l'issue de la phase II, la Commission, soit accepte l'opération telle que notifiée, soit l'accompagne de mesures correctives (*remedies*) négociées avec les parties, soit enfin refuse l'opération. Commençons par quelques statistiques.

Du 21 septembre 1990, date de l'entrée en vigueur du règlement CE 4064/89, à mai 2004, date à partir de laquelle le nouveau règlement (règlement CE 139/2004) est entré en application, plus de 2 500 opérations de concentrations de dimension communautaire ont été notifiées : 19 d'entre elles seulement ont été refusées par la Commission et un nombre relativement réduit (119) ont été acceptées après des mesures correctives proposées en phase I ou en phase II. Au total, le nombre d'acceptations en l'état (plus de 2 350) sous l'égide du règlement CE4064/89 a donc été très important.

Des préoccupations occasionnelles de modifications de ce règlement sont apparues, concernant entre autres l'abaissement des seuils communautaires, l'allégement de la procédure particulièrement complexe en matière de notification, l'indépendance par rapport au lobbying politique des parties et parfois même des pays membres, les relations entre la Commission et les autorités nationales, le traitement différent des filiales communes selon qu'elles ont une dimension « concentrative » ou une dimension « coopérative » et enfin les critères de fond pour l'évaluation d'une opération de concentration. Le lecteur intéressé trouvera dans l'ouvrage de Winckler et *al.* (1998) l'évolution du règlement et de sa mise en œuvre de septembre 1990 à 1998 ainsi que la liste des opérations de concentration traitées durant cette période. L'ouvrage présente également une analyse comparative du contrôle des concentrations dans diffé-

rents pays. Sur le traitement différencié des filiales communes que le règlement a maintenu durant toute une période, selon qu'elles ont une dimension concentrative ou une dimension coopérative, le lecteur pourra consulter Bensaïd et al. (1994).

Sur le plan des critères de fond, une des questions récurrentes a été de savoir s'il fallait introduire les gains potentiels d'efficacité induits par l'opération de concentration ? Le règlement CE 4064/89 a opté en faveur d'une réponse négative.

2. Les transformations de fond et de procédure

La vague des grandes fusions de la fin des années quatre-vingt-dix, plus complexes que les opérations transfrontalières qui avaient eu lieu lors de la construction et de l'achèvement du marché unique en 1992, a soulevé de nouvelles critiques, aussi bien sur le plan procédural que sur celui des critères de fond. Les recours en annulation par les parties qui s'estimaient lésées par la décision de la Commission d'interdire l'opération de concentration, plutôt rares jusqu'au début des années 2000, ont été en partie facilités par ce que Brunet et Girgenson (2004) appellent la réforme prétorienne. Pour répondre au besoin d'une procédure de recours rapide, spécifique au contrôle des concentrations, le Tribunal de première instance (TPI) a introduit en décembre 2000 le principe d'une procédure accélérée (*fast track*) lui permettant, à la demande du requérant ou du défendeur, de statuer plus rapidement selon une décision qui reste de son ressort.

Dans la mise en œuvre de cette procédure, le TPI ne s'est pas contenté de critiques procédurales. Il a émis également des critiques sur le fond, rejoignant ainsi celles émises par des économistes et des juristes sur lesquelles nous revenons plus loin. Trois jugements récents du Tribunal de première instance concernant les affaires *Airtours/First Choice*, *General Electric/Honeywell* et *Tetra Laval/Sidel*, prononcés selon la nouvelle procédure accélérée (*fast track*) ont invalidé des décisions de refus par la Commission. De plus, l'élargissement de l'Union européenne à dix nouveaux pays membres et la nécessité d'associer les autorités nationales de concurrence à la mise en œuvre du contrôle des concentrations ont convaincu la Commission et le Conseil de la nécessité de réformes profondes conduisant au nouveau règlement 139/2004 examiné plus loin.

Tournant le dos à une pratique antérieure bien établie, consistant à limiter son rôle au contrôle des erreurs les plus évidentes dans l'argumentation de la Commission (selon la doctrine dite de l'erreur manifeste d'appréciation), le TPI a élargi ses investigations en procédant à un contrôle du raisonnement économique élaboré par la Commission. L'évolution récente de la ju-

risprudence du TPI va dans le sens d'un contrôle judiciaire renforcé. Le jugement récent de la Cour de Justice selon lequel le TPI n'a pas outre-passé ses droits en annulant la décision de la Commission dans l'affaire *Tetra Laval/Sidel*, à la suite du pourvoi introduit par la Commission, confirme la validation juridique de cette extension du rôle de la juridiction d'appel.

2.1. Critiques des notions de dominance individuelle et collective

Comme on l'a dit, le droit communautaire du contrôle des concentrations a longtemps retenu comme critère de fond pour l'évaluation d'une opération de concentration celui de la création ou du renforcement d'une position dominante individuelle ou collective. Diverses critiques ont été adressées à ce critère.

En premier lieu, la notion de dominance économique individuelle a été souvent appréhendée par la part de marché cumulée des parties constituant-tes avant la fusion. Si, selon une règle *per se* particulièrement sommaire, la dominance est réputée dès que cette part dépasse un certain seuil, la théorie économique a clairement montré que cette approche est erronée, ne serait-ce que parce qu'elle ne prend pas en compte la réaction des concurrents en réponse à la variation de prix ou de quantité induite par la fusion (Farrell et Shapiro, 1990).

En second lieu, lorsqu'une fusion ne conduit pas à la création ou au renforcement d'une position dominante individuelle, la Commission a parfois avancé l'argument plus contesté d'une dominance collective⁽³⁾. Là encore, des dérapages ont été fréquents, comme l'illustre l'affaire *Nestlé/Perrier*⁽⁴⁾.

Encouragée par le TPI qui a reconnu le bien fondé de la notion de dominance collective, comme dans l'affaire *Gencor/Lonrho*, tout en y apportant des restrictions notables comme dans l'affaire *Kali und Salz*, la Commission s'est crue autorisée de recourir à la notion de dominance collective pour soulever des objections à l'encontre de fusions dans lesquelles le seuil de dominance individuelle n'était pas atteint. Ne disposant pas d'une

(3) L'argument de la dominance collective a été utilisé par la Commission dans de nombreux cas dans le passé, parmi lesquels on peut citer entre autres *Nestlé/Perrier*, *Kali und Salz/MDK/Treuhand*, *Mannesmann/Vallourec/Ilva*, *ABB/Daimler-Benz*, *Gencor/Lonrho* et plus récemment *Airtours/First Choice*. Sur l'analyse des cas où l'argument de la dominance collective a été utilisé par la Commission, voir Winckler et al. (1998, pp. 154-162) et Motta (2004, pp. 271-272).

(4) Après la cession préalable par Perrier à BSN des actifs de Volvic, le marché des eaux minérales en France se trouvait réparti entre, d'une part, un oligopole à trois firmes : Nestlé (20-25 %), Perrier (20-25 %) et BSN (32 %) et, d'autre part, une frange concurrentielle composée de firmes de petite taille de part agréée de l'ordre de 20 à 30 %. La fusion *Nestlé/Perrier* transformait le marché en un duopole composé de la nouvelle entité (40-50 %) et de BSN (32 %), le reste étant réparti entre les firmes de la frange concurrentielle. Ne pouvant ignorer que l'existence de BSN constituait un contrepoids suffisant au pouvoir économique de l'entité Nestlé-Perrier, la Commission a estimé que le risque d'une domination conjointe du marché par les membres du duopole ne pouvait être écarté.

véritable théorie de la dominance collective, la Commission a alors établi une liste de critères plus ou moins *ad hoc* ou un faisceau d'indices alternatifs ouvrant ce que Kuhn (2003) appelle « la boîte de Pandore de la dominance collective ».

Les exemples de décisions récentes de la Commission fondées sur cette notion et invalidées à ce titre par la juridiction d'appel ne manquent pas. L'affaire *Airtours/First Choice* illustre bien l'ambiguïté de la notion. La Commission a estimé qu'après la fusion de ces deux tour-opérateurs britanniques, le marché anglais devenait contrôlé à 80 % par trois groupes d'entreprises et que ceci créait une présomption de dominance collective suffisante pour interdire l'opération notifiée. Le TPI devait annuler la décision de la Commission, précisant en l'occurrence les conditions requises pour l'application de cette notion⁽⁵⁾.

Une autre critique à l'encontre du contrôle des concentrations a porté sur les opérations conglomérales. La Commission a parfois étendu la notion de dominance économique sur un marché donné en expliquant comment une fusion pouvait conduire à une dominance potentielle sur un second marché, adjacent du premier, selon le principe de l'effet de levier. L'affaire récente *Tetra Laval/Sidel* en fournit une bonne illustration. Partant de l'observation que *Tetra Laval* détenait une position dominante sur le marché européen des équipements d'emballage en carton et que *Sidel* disposait d'une part de marché non dominante mais qui en faisait néanmoins un leader du marché des équipements d'emballage en plastique (PET) utilisés pour la production de bouteilles transparentes, la Commission a estimé que la fusion de ces deux producteurs entraînerait la création d'une position dominante sur l'emballage en plastique, par un effet de levier. Selon la Commission, la mise en œuvre de cet effet de levier pouvait s'opérer par le biais de ventes liées, de prix de prédation ou de remises de fidélité afin d'inciter les fabricants de boissons utilisant les emballages en carton à acheter également des emballages en plastique. Au vu de ces arguments, la Commission interdisait l'opération notifiée⁽⁶⁾. À l'issue d'une procédure en appel accélérée (*fast track*), le TPI annulait la décision de la Commission, au motif que les comportements anticipés par la Commission, même s'ils étaient plausi-

(5) En recours, le TPI a explicité la notion de *dominance collective* en la liant à la notion plus classique de collusion potentielle après la fusion. Trois conditions cumulatives étaient requises pour que l'emploi de la *dominance collective* soit justifié : transparence des transactions sur le marché, existence de représailles en cas de déviation d'une ligne de conduite commune, absence d'incitation des concurrents effectifs ou potentiels à s'écarter de la ligne de conduite commune. Dans son jugement, le TPI a estimé que la Commission n'apportait aucune preuve suffisante sur chacun des trois points. De ce fait, le TPI a annulé la décision de la Commission. C'est là un exemple des dérives auxquelles donnent lieu l'emploi de méthodes discrétionnaires telles que la notion de *dominance collective*.

(6) Sur le plan de l'analyse économique, l'argumentation de la Commission s'appuyait sur un certain nombre de travaux justifiant un effet de forclusion possible sur le second marché par l'utilisation du pouvoir de monopole sur le premier marché. Voir notamment Whinston (1990), Carbajo et al. (1990), Martin (1999) et Rey et Tirole (2005). Pour l'analyse juridique de l'affaire *Tetra Laval/Sidel*, voir Brunet et Girgenson (2004). Les auteurs ont par ailleurs bénéficié d'un exposé général de C. Montet sur l'analyse économique des concentrations lors des auditions préliminaires à ce rapport.

bles, auraient pu être condamnés *ex post* au titre d'abus de position dominante (article 82), s'ils venaient à être observés après la fusion. De ce fait ils ne pouvaient pas être retenus comme motifs invalidant le projet de fusion. L'annulation par le TPI de la décision de la Commission a été confirmée par la Cour de Justice. Ce jugement a une grande portée pour les concentrations conglomerales, dans la mesure où la plupart des pratiques incriminées dans ces concentrations vont à l'encontre de l'article 82. Selon la jurisprudence de la Cour de Justice, pour interdire de telles concentrations conglomerales, la Commission devra prouver à l'avenir que les parties utiliseront nécessairement les pratiques incriminées, même si celles-ci sont prohibées par l'article 82. Ceci illustre bien la difficulté intrinsèque au contrôle des concentrations signalée plus haut, à savoir son caractère essentiellement prospectif. Le même type de difficulté est apparu d'ailleurs à la suite de l'annulation par le TPI de la décision de la Commission d'interdire la fusion *General Electric/Honeywell*, décision qui avait pourtant reçu l'aval des autorités américaines.

2.2. Les procédures du nouveau règlement

Un nouveau règlement (règlement CE 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE, 29.01.2004, L.24) a vu le jour et la mise en œuvre a été explicitée à la fois par des lignes directrices (JOUE, 05.02.2004, C.31) et par un règlement d'application (JOUE, 30.04.2004, L.133).

Les transformations procédurales opérées par le nouveau règlement concernent essentiellement la dimension communautaire, les procédures de renvoi, la coopération entre autorités nationales et la réorganisation des services de la DG Concurrence.

La Commission est d'abord parvenue à élargir la notion d'opération de concentration de dimension communautaire. En deçà des seuils traditionnels, une opération de concentration acquiert la dimension communautaire dans le nouveau règlement si les parties réalisent un chiffre d'affaires dépassant un seuil assez bas dans chacun d'au moins trois pays membres (100 millions d'euros). C'est le compromis trouvé par rapport à une proposition initiale de la Commission (règle dite des 3 +) selon laquelle une opération de concentration relèverait du contrôle communautaire si elle devait être soumise à notification dans au moins trois États membres (Brunet et Girgenson, 2004).

Par ailleurs, afin d'amoindrir la tension entre la Commission et le Conseil – du fait de la réticence de chaque pays membre à abandonner sa compétence en matière de contrôle des concentrations – le nouveau règlement adopte des modifications de la procédure de renvoi.

Dans la phase de prénotification, les parties dont l'opération dépasse le seuil communautaire ont le droit de demander à la Commission le renvoi du dossier à un État membre si l'opération affecte de manière significative le marché géographique correspondant. La procédure de prénotification a également été simplifiée, dans la mesure où elle ne nécessite plus d'engage-

ment formel des parties sur le projet de concentration. Inversement, des parties dont l'opération n'atteint pas le seuil communautaire mais qui affecte néanmoins au moins trois pays membres, peuvent demander à la Commission de bénéficier du régime du guichet unique.

De même, après la notification, un ou plusieurs États membres peuvent renvoyer à la Commission l'examen d'une opération de concentration qui n'atteint pas la dimension communautaire mais affecte néanmoins la concurrence sur leurs territoires. Réciproquement, la Commission peut déclencher elle-même une procédure de renvoi aux États membres concernés en leur confiant l'examen d'une opération de dimension communautaire. Enfin, dans les deux phases de pré et post-notification, le droit de veto d'un pays membre suffit à annuler la demande de renvoi.

Au total, la nouvelle procédure de renvoi est fondée sur une coopération renforcée entre la Commission et les ANC afin de parvenir à une meilleure répartition des dossiers et de diminuer la tension entre la Commission et les pays membres en matière d'opérations de concentration.

Outre les procédures de renvoi réciproque, cette coopération est matérialisée par l'établissement d'une liaison renforcée avec les autorités des États membres, notamment par la transmission des notifications reçues par la Commission et la mise sur pied d'un comité consultatif composé des représentants des autorités compétentes des États membres qui émettent leur avis sur le projet de décision de la Commission, en procédant le cas échéant à un vote. Il est encore trop tôt pour savoir si la tension entre la Commission et les États membres en matière de respect des compétences respectives et de renvoi réciproque sera réduite, mais cela devrait vraisemblablement dépendre des progrès de l'harmonisation des procédures nationales en vigueur pour le contrôle des concentrations.

Enfin, sur le plan de son organisation interne, la Direction générale de la concurrence a procédé à des transformations notables qui ont conduit à un renforcement des compétences économiques, à la création du poste d'économiste en chef⁽⁷⁾ et à une réorganisation interne après la dissolution de l'unité spécialisée dans les opérations de concentrations (*Merger Task Force*). Diverses unités chargées des opérations de concentration et intégrées dans différentes directions sectorielles sont ainsi créées : énergie, eau, alimentation et industrie pharmaceutique (direction B), information, communication et média (direction C), services (direction D), industrie (direction E), biens de consommation (direction F).

(7) Les rapporteurs ont bénéficié d'une présentation orale lors des auditions au CAE de Lars Hendrik Roller, économiste en chef de la DG Concurrence, consacrée aux réformes économiques dans la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence.

2.3. Entrave significative de concurrence : effet unilatéral et effet coordonné

Le nouveau règlement et les lignes directrices qui l'accompagnent ont introduit sur le fond deux modifications importantes, suggérées par l'analyse économique et conformes à la pratique du contrôle des concentrations aux États-Unis.

Premièrement, le test de dominance économique a été remplacé par le test de l'entrave significative de concurrence, équivalent du test anglo-saxon dit de réduction substantielle de concurrence (test dit « SLC » pour « *substantial lessening of competition* »). Plus précisément, le paragraphe 3 de l'article 2 du règlement 2004 énonce que « les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarés incompatibles avec le marché commun ».

Ce test substitue donc une règle de raison correspondant à ce qu'on appelle l'effet unilatéral d'une fusion, qui doit être évalué au cas par cas, à la règle *per se* correspondant à la notion de dominance individuelle. Il est plus contraignant que le test basé sur la dominance puisqu'une entrave significative à la concurrence peut exister en l'absence d'une dominance économique individuelle, la réciproque étant peu vraisemblable, même si l'analyse de l'effet unilatéral requiert en général des analyses plus fines. Il n'est d'ailleurs pas impossible qu'à l'avenir, la référence à la dominance économique, que souligne à nouveau l'emploi de l'adverbe notamment, finisse même par s'estomper.

Deuxièmement, le nouveau règlement introduit la notion d'effet coordonné d'une fusion qui renvoie à la plausibilité renforcée d'un comportement collusif sur le marché après la fusion. Cette plausibilité dépend d'un certain nombre de facteurs censés faciliter la collusion. Les deux notions d'effet unilatéral et d'effet coordonné sont explicitées dans l'encadré 10.

10. Effet unilatéral et coordonné d'une fusion

Les notions d'effet unilatéral et d'effets coordonnés d'une fusion, explicitement introduites dans les lignes directrices comme expressions de la réduction substantielle de concurrence, font appel à des tests objectifs et cohérents pour mesurer sur le plan économique les conséquences d'une fusion. Il s'agit d'analyser les effets prospectifs d'une fusion horizontale comportant au moins deux firmes d'un même marché.

Supposons qu'aucune synergie ne soit attendue de l'opération de concentration. L'effet unilatéral cherche à estimer l'effet de la fusion en termes de prix ou de quantités sur le surplus des consommateurs et sur le surplus des entrepri-

ses, en distinguant les entreprises participant à la fusion (*insiders*) et les autres (*outsiders*). On évalue l'effet unilatéral de la fusion en se fondant uniquement sur des données *ex ante* relatives au marché (Ivaldi et al., 2003).

L'effet unilatéral prend en compte deux effets. D'une part, un effet direct résultant de la diminution du nombre d'opérateurs indépendants sur le marché : les entreprises qui fusionnent ne sont plus concurrentes entre elles. Notons cependant qu'en présence de produits différenciés, cet effet direct n'implique pas pour autant la réduction du nombre de variétés offertes. D'autre part, un effet indirect résultant de la réaction des concurrents en réponse à un accroissement de prix ou à une réduction de quantité par l'entité résultant de la fusion. La somme de ces deux effets constitue l'effet unilatéral de la fusion.

En termes techniques, cet effet consiste à comparer deux équilibres non coopératifs, avant et après la fusion, mais en ne se fondant que sur des données observables avant la fusion. Sur ces points, la théorie économique offre des résultats robustes. Lorsque les biens sont des substituts et que la fusion ne comporte pas de gains d'efficacité, l'équilibre de concurrence en quantités conduit nécessairement à des prix plus élevés après la fusion, à un surplus des consommateurs plus faible et à un profit plus élevé des *outsiders*. Si l'on s'en tient au surplus des consommateurs pour évaluer l'effet unilatéral de la fusion, la conclusion est donc inéluctable : l'effet unilatéral d'une fusion sans synergies est négatif. Par contre, si l'on retient pour objectif la somme du surplus des consommateurs et des profits des *outsiders*, somme conduisant à ce qu'on appelle l'effet externe de la fusion, la conclusion est plus nuancée. Les consommateurs y perdent et les concurrents y gagnent, de sorte qu'une analyse plus fine est nécessaire pour évaluer l'effet externe.

L'un des résultats significatifs est qu'une fusion sans synergie, profitable aux entreprises fusionnantes, conduit à un effet externe positif si et seulement si la somme des parts de marché des entreprises qui fusionnent (*insiders*) est plus faible que la somme pondérée des parts de marché des concurrents (*outsiders*), les coefficients de pondération dépendant de la fonction de demande et des fonctions de coût avant la fusion. C'est là un des résultats importants de la théorie contemporaine des fusions horizontales lorsque la concurrence est en quantités (Farrell et Shapiro, 1990).

Lorsque la concurrence s'opère en prix et que les biens sont différenciés, Deneckere et Davidson (1985) et Motta (2004) montrent que l'effet unilatéral d'une fusion sans synergie réduit le surplus des consommateurs, accroît le profit des *insiders* et des *outsiders* mais réduit le surplus global de l'économie.

Au total, les modèles économiques permettent d'analyser assez finement l'effet unilatéral d'une fusion sans synergie. Sur le plan quantitatif, diverses méthodes sont employées pour évaluer l'effet unilatéral. Cet effet peut être à présent simulé à l'aide de modèles économétriques. Un tour d'horizon des méthodes de simulation de l'effet unilatéral d'une fusion est donné dans Ivaldi et al. (2003). Voir également Baker et Bresnahan (1985 et 1988), McAfee et Williams (1992) et Church et Ware (2000, pp. 732-738).

Tous ces travaux ont cependant une limite évidente : qu'ils reposent sur une concurrence en quantités (Cournot) ou en prix (Bertrand), les modèles d'oligopole utilisés restent statiques. Une des manières d'introduire de la dynamique est de prendre en compte la dimension temporelle de la concurrence. L'on justi-

fie ainsi l'introduction de l'effet coordonné d'une fusion, notion qui remplace avantagusement la notion précédente de dominance collective.

Après la fusion, la confrontation entre l'entité résultant de la fusion et ses concurrents se répète au cours du temps. Dans ce cas, on ne peut exclure la possibilité que les différents agents trouvent dans la nouvelle structure de marché un environnement plus favorable pour coordonner leurs actions. Cela peut être le cas lorsque la fusion inclut une entreprise qui jouait un rôle important dans le processus de concurrence avant la fusion (*maverick*).

Toute la question consiste alors à savoir quelles caractéristiques de la nouvelle structure de marché favorisent le plus un comportement coordonné. Notons qu'un tel comportement ne repose pas nécessairement sur une entente explicite après la fusion, car si tel était le cas, l'entente serait condamnée aussitôt détectée. Il repose plutôt sur un mécanisme de coordination implicite sous la forme d'un équilibre non coopératif du jeu répété. Comme on l'a vu, cet équilibre permet la stabilisation du prix à un niveau élevé, au sein d'un régime de prix collusif qui peut se maintenir au cours du temps. L'anticipation par chaque agent qu'une déviation temporaire serait suivie par un régime de représailles rend la déviation non profitable. Le mécanisme de représailles doit être lui-même crédible, en ce sens qu'il est dans l'intérêt de chaque agent de le mettre en œuvre, dès qu'une déviation est détectée. Il peut prendre la forme d'un système de représailles permanentes (stratégie de déclenchement) ou transitoires (stratégie de la carotte et du bâton).

Il convient d'être prudent avant d'invoquer un effet coordonné de la fusion. La persistance au cours du temps d'une coordination implicite dépend en fait de nombreux facteurs : distribution des capacités de production, transparence des prix selon le type de transactions commerciales (prix spot ou contrats de long terme), détection des déviations et des rabais secrets, facilités d'entrée de nouveaux concurrents, contacts multimarchés, etc. Il est important de souligner que la plausibilité d'une coordination implicite ne résulte pas simplement de la réduction du nombre de concurrents, ni de l'accroissement de la concentration industrielle (indice d'Herfindahl) après la fusion, même si les lignes directrices américaines et européennes attachent encore beaucoup d'importance à l'indice de concentration.

Compte et *al.* (2002) ont montré qu'une coordination implicite est d'autant plus plausible que la distribution des capacités de production après la fusion est symétrique, alors même qu'une telle symétrie conduit, toutes choses égales par ailleurs, à réduire l'indice de concentration. Cela tient au fait que dans les industries symétriques où les capacités des agents individuels sont proches les unes des autres, les possibilités de représailles vis-à-vis d'un déviant sont facilitées. Inversement, lorsque la distribution des capacités de production est fortement asymétrique, une coordination implicite devient plus difficile à soutenir. Cela peut même contrebalancer l'effet de la réduction du nombre de concurrents subsistant après la fusion. Werden et Froeb (1994) ont montré que plus la distribution des parts de marché des *outsiders* est concentrée, plus l'effet global d'une fusion sur la réduction du surplus des consommateurs est élevé. Inversement, lorsque les entreprises ne participant pas à la fusion sont nombreuses et de faible taille, mais qu'elles représentent ensemble une part importante du marché, l'effet coordonné de la fusion est faible.

2.4. Gains d'efficacité économique

Les gains potentiels d'efficacité liés à la fusion ont été explicitement introduits dans le nouveau règlement du contrôle des concentrations. C'est la deuxième innovation de fond importante. La Commission reconnaît à présent explicitement que les fusions peuvent conduire à des gains de compétitivité. Les considérants 3 et 4 du nouveau règlement rappellent en effet que : « l'achèvement du marché intérieur et de l'Union économique et monétaire, l'élargissement de l'Union européenne et l'abaissement des entraves internationales aux échanges et à l'investissement conduiront à d'importantes restructurations des entreprises, notamment sous forme de concentrations. De telles restructurations doivent être appréciées de manière positive pour autant qu'elles correspondent aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la concurrence et à relever le niveau de vie dans la Communauté ».

Le titre VII des lignes directrices accompagnant le nouveau règlement est entièrement consacré au traitement des gains d'efficacité. Il reconnaît que ces gains peuvent contrebalancer les effets négatifs d'une opération de concentration et qu'il convient de procéder à un bilan global. Cependant, l'évaluation de ce bilan est toujours délicate car elle repose sur des informations prospectives ayant trait à des conditions non directement observables, reposant essentiellement sur des arguments avancés par les parties et difficilement vérifiables *ex ante* par la Commission.

Une fusion peut conduire à deux types de gains d'efficacité. D'une part, une efficacité productive pure consistant à réallouer la production entre les différents établissements selon leurs avantages comparatifs en termes de coûts, en tenant compte des capacités de production installées. Certains établissements peuvent être fermés à la suite de la restructuration qui accompagne la fusion, diminuant ainsi les coûts fixes. Ce premier type d'efficacité productive est potentiellement présent dans toute fusion puisqu'il résulte d'une simple restructuration interne du processus productif. Un second type de gains d'efficacité est souvent invoqué. Il s'agit des gains résultant des économies d'envergure ou encore de la complémentarité de certains actifs qui se trouvent réunis sous la même autorité après la fusion. Ces gains, que l'on désigne sous le terme générique de synergies déplacent vers le bas la fonction de coût.

Ni le règlement, ni les lignes directrices n'introduisent cette distinction. Du coup, la prise en compte des gains d'efficacité se fait avec beaucoup de prudence pour ne pas dire de réticence. En effet, si les premiers types de gains sont plus ou moins faciles à évaluer, les synergies potentielles dues au second type de gains sont plus difficiles à contrôler *ex ante* par les autorités de la concurrence : il est en général plus facile pour les entreprises fusionnantes d'annoncer de tels gains en les surestimant *ex ante* que de les réaliser *ex post* ! Par ailleurs, un contrôle *ex post* de la matérialité des gains

d'efficacité est trop coûteux pour pouvoir être envisagé. Dès lors, comme dans les conditions d'application du 81.3 examinées plus haut, la position du droit communautaire en matière de gains d'efficacité économique est extrêmement prudente. L'analyse économique suggère pourtant des approches opérationnelles spécifiques pour atténuer la contrainte informationnelle.

Dans son article fondateur, Williamson (1968) suggérait déjà que l'augmentation estimée du bien-être à la suite de la fusion devait être supérieure à un certain seuil avant de permettre l'opération, le seuil pouvant lui-même varier en fonction de la qualité de l'information détenue par l'autorité sur la réduction présumée des coûts annoncée par les parties. Cette idée a été reprise dans un travail ultérieur de Besanko et Spulber (1993) qui analysent les implications de l'asymétrie d'information relative aux gains d'efficacité entre l'autorité de la concurrence et les entreprises fusionnantes. Ce travail suggère qu'en information asymétrique, l'autorité de la concurrence a intérêt à surpondérer le surplus des consommateurs avant d'accepter la fusion afin de corriger la tendance des entreprises à surestimer les gains d'efficacité.

Même s'il convient d'appréhender les gains d'efficacité proclamés par les parties avec circonspection, la position adoptée dans les lignes directrices communautaires paraît trop restrictive encore, ou à tout le moins ne semble pas déboucher sur un protocole opérationnel. Les lignes directrices proposent en effet au paragraphe 78 les conditions suivantes : « Pour que la Commission tienne compte des gains d'efficacité invoqués et soit en position de conclure que, grâce à ces gains, rien ne s'oppose à ce que l'opération soit déclarée compatible avec le marché commun, les gains d'efficacité doivent être à l'avantage des consommateurs, être propres à la concentration et être vérifiables. Ces conditions sont cumulatives ».

Si cet énoncé a le mérite de renforcer le poids accordé aux consommateurs, il exige des gains d'efficacité observables et vérifiables pour être pris en compte⁽⁸⁾. Or c'est bien là tout le problème ! Il est parfois difficile de vérifier *ex ante* si l'opération combine des actifs dont la complémentarité peut devenir une source d'efficacité *ex post*, sans parler des difficultés spécifiquement liées à l'évaluation du bilan global. En l'absence d'informations précises, l'autorité de concurrence ne va-t-elle pas considérer qu'une efficacité accrue peut conduire à l'élimination de concurrents, autrement dit, transformer l'argument de l'*efficiency defense* en un argument d'*efficiency offense*, comme elle l'a fait parfois dans le passé ?

Enfin, notons que les lignes directrices introduisent explicitement (titre VIII) la possibilité qu'une fusion soit compatible avec le marché commun lorsque l'une des parties à l'opération est une entreprise en difficulté (ou défaillante). Dans ce cas, l'opération de concentration peut être une opportunité pour la survie des actifs de l'entreprise en difficulté.

(8) Une discussion sur le traitement d'une fusion en information asymétrique figure dans Charlety-Lepers et Souam (2002) et Besanko et Spulber (1993).

2.5. Mesures correctives

La détermination des mesures correctives appropriées susceptibles d'amener l'autorité de concurrence à autoriser une opération de concentration présentant par ailleurs des risques anticoncurrentiels est une question difficile. Elle est loin d'être parfaitement résolue sur le plan analytique et elle constitue souvent la composante la plus sensible du traitement d'une opération de concentration (voir Parker et Balto, 2000, Baer et Redcay, 2001, Motta et *al.*, 2002, Jenny, 2002). Il faut noter d'abord que les mesures correctives peuvent être aussi bien le résultat de négociations entre l'autorité de concurrence et les parties au moment de la notification de l'opération (cas le plus fréquent) que le résultat de mesures imposées par l'autorité de la concurrence hors négociation.

Afin d'offrir une certaine sécurité juridique aux entreprises engagées dans une opération de concentration, la Commission a publié une communication sur les mesures correctives recevables (2001/C 68/03, JOCE 02.03.2001)⁽⁹⁾. Quelques principes généraux émergent.

Premièrement, la Commission semble avoir une préférence marquée pour des mesures correctives ayant un caractère structurel (cessions d'actifs, vente d'une filiale, etc.) plutôt qu'un caractère d'engagement comportemental. L'expression de cette préférence est clairement explicitée dans le point 9 de la communication : « des engagements qui se réduiraient à une simple promesse de se comporter d'une certaine manière, par exemple un engagement de ne pas abuser d'une position dominante créée ou renforcée par la concentration prévue, ne sont pas en tant que tels considérés comme étant de nature à rendre une concentration compatible avec le marché commun ».

Cette préférence s'explique par le fait que les mesures structurelles sont des actions *ex ante* qui évitent d'avoir à vérifier *ex post* si les engagements comportementaux ont été respectés ou non. Il ne semble pas que les autorités américaines de la concurrence procèdent toujours au même type d'arbitrage (Jenny, 2002). En fait, derrière le choix entre des mesures correctives *ex ante* et des engagements qui nécessitent la mise en œuvre du contrôle des comportements *ex post*, des préoccupations quelque peu différentes s'expriment dans le contrôle des concentrations.

Empêcher l'émergence ou le renforcement d'une structure de marché oligopolistique susceptible de conduire à des comportements de collusion implicite est un objectif qui conduit à favoriser une mesure corrective structurelle (*ex ante*) car il est très difficile de contrôler *ex post* les comportements collusifs. Par contre lorsqu'il s'agit d'empêcher que l'entité résultant de la fusion n'ait recours à des stratégies d'exclusion ou de forclusion, on peut favoriser une mesure corrective d'engagement comportemental, car l'autorité de la concurrence a toujours le moyen de réprimer les comportements abusifs, si ceux-ci venaient à se produire après la fusion. On retrouve

(9) Cette communication s'appuie sur l'ancien règlement 4064/89 du Conseil et sur le règlement (CE) 447/98 de la Commission. Néanmoins, ses dispositions générales semblent devoir s'appliquer au nouveau règlement 139/2004, à ceci près que le critère de position dominante doit être remplacé par celui de réduction substantielle de concurrence.

là une interprétation des différences d'appréciation entre la Commission et la Cour de Justice dans quelques affaires récentes, comme par exemple *Tetra Laval/Sidel*.

Deuxièmement, dans sa communication, la Commission précise les conditions que doivent satisfaire les mesures correctives structurelles proposées par les parties. Par exemple, pour prouver qu'une cession corrige les problèmes de concurrence soulevés par la Commission, les parties doivent être en mesure de convaincre que la cession est viable, qu'elle améliore les conditions de la concurrence et que l'acquéreur pressenti est crédible sur les plans financier et technologique, sachant que la vente à un acquéreur proposé est subordonnée à l'approbation préalable de la Commission.

L'efficacité *ex post* de toutes ces restrictions n'est pas nécessairement assurée. Motta et *al.* (2002) passent en revue les problèmes que pose la cession d'actifs en tant que mesure corrective structurelle. Par exemple, lorsque l'acquéreur est un concurrent direct du vendeur sur le même territoire, l'intérêt du vendeur est d'éviter que la concurrence ne devienne trop forte. Il est même possible que la cession d'actif à un concurrent renforce le risque de collusion après la fusion. L'acheteur est en effet disposé à payer l'actif à un prix d'autant plus élevé que les conditions d'exploitation de l'actif seront avantageuses, c'est-à-dire que l'intensité de la concurrence après la fusion sera faible. Lorsque l'acquéreur n'est pas un concurrent direct du vendeur, la cession ne peut éviter le risque que l'acheteur et le vendeur ne respectent leurs territoires respectifs sans chercher à se concurrencer après la fusion. Là encore, la présence d'un concurrent sur plusieurs marchés diminue la plausibilité d'une concurrence vigoureuse (Bernheim et Whinston, 1990). L'exigence faite aux parties de désigner un acquéreur approuvé par la Commission (« *upfront buyer* ») a été parfois ajoutée à la mesure structurelle de cession d'un actif, afin d'alléger les problèmes que nous venons d'évoquer⁽¹⁰⁾. Elle semble toutefois assez difficile à généraliser. C'est pourquoi la Commission recommande la désignation d'un médiateur chargé de la cession.

Au total, le choix des mesures correctives pour pallier le problème de concurrence que soulève une fusion et des modalités de mise en œuvre de ces mesures correctives s'avère être un problème délicat en Europe comme aux États-Unis. C'est pourtant une composante essentielle du contrôle des concentrations. Là encore, l'agenda de recherche est chargé et nous y revenons dans les propositions finales.

(10) Ce fut le cas par exemple dans la fusion *Bosch/Rexroth* en 2000 et dans la fusion *TPO/TNT/TPG/SPPL* en 2001. Dans la fusion *Bosch/Rexroth* entre deux firmes produisant des pompes hydrauliques à piston qui étaient clairement des produits substituables (pompes à piston radial pour Bosch et axial pour Rexroth), la proposition de Bosch de vendre sa propre division à un concurrent n'a pas paru suffisante à la Commission, car elle craignait que Bosch n'utilise la période précédant la vente de sa division pour persuader ses clients de passer à l'utilisation de pompes axiales, rendant moins viable l'activité de l'acquéreur. En obligeant Bosch à désigner à l'avance un acquéreur, la Commission cherchait à empêcher ce comportement opportuniste. L'acquéreur désigné se devait de veiller lui-même à ce que l'objet de son acquisition ne soit pas victime du comportement indélicat de son vendeur. Dans le cas de la fusion *TPO/TNT/TPG/SPPL*, il est apparu nécessaire à la Commission d'accompagner la mesure structurelle imposant à TPG de vendre l'activité de courrier d'affaires international de TNT, de l'exigence de désigner à l'avance un acheteur ayant les capacités requises pour maintenir cette activité internationale.

Politique de la concurrence, innovation et diffusion : complémentarités et enjeux contemporains

La politique de la concurrence ne peut être conçue au service de la seule défense de la concurrence mais plutôt comme un moyen de parvenir à l'efficacité économique. Encore convient-il de souligner que la concurrence n'est pas l'unique moyen. L'efficacité économique a deux dimensions, l'une essentiellement statique et de court terme, mettant l'accent sur l'allocation de ressources données, l'autre plus dynamique et de plus long terme. Cette dernière dimension renvoie à la création de nouvelles ressources obtenues par la recherche et l'innovation dans de nouveaux projets industriels.

Cette distinction traditionnelle entre efficacité statique et dynamique ne signifie pas que la politique de la concurrence ne poursuit pas des objectifs liés à l'efficacité dynamique. Nous avons répété tout au long des chapitres précédents que la politique communautaire attribue un rôle éminent à la concurrence comme mécanisme d'incitation pour réduire les coûts ou produire de nouveaux biens et services. Mais, comme le note Rachel Griffith dans le complément à ce rapport et comme le confirment d'autres études, la concurrence sur le marché des produits n'est qu'un des facteurs de l'innovation et du progrès technique et il n'est pas sûr que ce soit le facteur déterminant.

Favoriser l'innovation dans l'industrie et dans les services et sa diffusion dans le tissu économique et social est au moins aussi important que promouvoir la concurrence sur le marché des produits. Les difficultés de l'Union européenne à atteindre en 2010 l'objectif qu'elle s'était assignée en 2000 au sommet de Lisbonne sont suffisamment connues pour qu'il n'y ait pas à y revenir ici. Laisser entendre que ce n'est que par une politique de la concurrence plus active que cet objectif pourra être atteint, est quelque peu incantatoire. Notre conviction est claire : la concurrence est une condition nécessaire mais non suffisante pour que l'Union européenne retrouve le chemin de la croissance et de la compétitivité.

S'en déduisent plusieurs interrogations qui concernent la politique de la concurrence. Quelles complémentarités faut-il développer avec les politiques de la recherche et de l'innovation ? Comment réconcilier le mécanisme d'incitation à l'innovation qu'est la protection intellectuelle avec les objectifs du droit de la concurrence ? Doit-on spécifier des conditions d'application particulières du droit de la concurrence dans les industries présentant de fortes opportunités technologiques, étant donné les caractéristiques

particulières de l'activité de recherche menant à l'innovation ? Quel traitement doit-on réserver aux conditions de la diffusion du savoir technique dans les relations contractuelles entre les entreprises ?

1. Les politiques de la recherche et de l'innovation et les complémentarités avec la concurrence

Les succès institutionnels et opérationnels des politiques communautaires de la concurrence reflètent la place que les textes européens assignaient initialement à la concurrence dans la construction du grand marché. Mais, l'histoire a accentué, et la communautarisation récente du droit de la concurrence va continuer à le faire, le déséquilibre d'un système où les textes ne prévoient qu'une faible communautarisation de ce que l'on peut appeler les autres politiques de la production et parmi elles les politiques de la recherche et de l'innovation. Certes, ces politiques n'ont jamais été délaissées au niveau de l'Union⁽¹⁾ mais elles relèvent soit d'opérations intermittentes, soit d'actions d'ampleur limitée vue la faiblesse des moyens budgétaires qui leur sont affectées.

Il y a un déséquilibre évident entre le système européen qui, en matière de concurrence, s'inspire des États-Unis et va éventuellement au-delà, et le système américain, qui, à côté d'une politique de la concurrence dont l'indépendance est traditionnelle, mobilise un ensemble considérable de moyens et met en place un système structuré pour soutenir l'innovation industrielle⁽²⁾.

La sensibilité à ce déséquilibre dépend bien entendu de l'importance et de l'efficacité que l'on attribue aux politiques de l'innovation. Le spectre des appréciations sur ces points est, on le sait, assez large.

1.1. Le spectre des positions

Certains dénie toute pertinence aux politiques industrielles ou aux politiques de l'innovation, ou en tout cas à celles qui ne sont pas strictement horizontales et voient la politique de la concurrence comme un substitut parfait des deux dernières. La société, disent-ils, a tout à gagner à ne pas laisser entre les mains des gouvernements ou des planificateurs le soin de mettre en œuvre les restructurations industrielles. Autoriser ou non une opération de concentration, un accord de coopération, une aide publique, démanteler ou non une entreprise dominante qui empêche les concurrents de se développer, etc. constituent autant d'actions de la politique de la concurrence.

(1) Comme en témoigne une multiplicité d'instruments tels que les programmes cadres (PCRD), les directives communautaires, les programmes de la DG 12, etc.

(2) Scotchmer (2004, ch. 8) recense l'ensemble des instruments mobilisés pour favoriser la recherche et l'innovation aux États-Unis. Le récent rapport Beffa (2005) souligne également l'écart considérable des moyens en faveur de l'innovation entre les États-Unis et l'Union européenne.

rence, fondées sur des critères précis qui visent à promouvoir l'efficacité économique et qui contribuent à façonner les structures industrielles de manière bien moins arbitraire que ne le feraient des gouvernements captifs d'enjeux électoraux spécifiques, et moins informés que le marché pour sélectionner les projets les plus rentables ou les acteurs les plus efficaces. L'article de Phillip Areeda (1992) fournit un plaidoyer en ce sens. Dans son ouvrage, Massimo Motta (2004, p. 29) exprime la même préférence : « Mon point de vue est que la politique de la concurrence est la meilleure politique industrielle possible : il est peu probable que les entreprises d'un secteur donné de l'industrie soient capables de croître sainement en étant protégées de la concurrence, subventionnées ou affranchies de tout règlement contre les cartels ». Selon les tenants de cette position, une politique industrielle ne doit viser que des objectifs purement horizontaux ayant une vocation générale comme les aides à la création d'entreprises, le développement des PME, les subventions à la recherche pré-compétitive, le traitement fiscal de l'innovation, la protection de l'environnement, l'éducation et la formation, le développement régional, etc. et laisser le soin aux marchés de sélectionner les acteurs industriels et les projets les plus performants.

À l'autre extrême, on trouve ceux qui estiment au contraire indispensable de mettre en œuvre une politique industrielle plus volontariste. Parmi les justifications avancées, les traditionnelles défaillances de marché occupent une place importante. D'abord, le marché n'offre pas les incitations nécessaires pour les investissements dont le délai de recouvrement est très long⁽³⁾. De ce fait, l'investissement public s'impose et il a été souvent couronné de succès, comme l'attestent nombre de réussites industrielles nationales et communautaires (aéronautique, spatial, nucléaire, transports, etc.). Ensuite, est avancé l'argument qu'au-delà de ceux qui en bénéficient directement, les aides publiques sectorielles ont des externalités positives. Les partisans d'une politique industrielle active mettent également en avant la nécessité pour les pouvoirs publics de susciter, accompagner et coordonner le développement de l'innovation et des nouvelles technologies, soit pour pallier les insuffisantes incitations par le marché en la matière, soit pour favoriser les relations entre la recherche fondamentale et la recherche appliquée, soit enfin pour corriger les imperfections du marché du capital-risque pour le financement de nouvelles activités. Finalement, les défenseurs d'une politique volontariste expliquent l'essor de la productivité et du progrès technique aux États-Unis par les retombées des dépenses publiques en matière de soutien à la recherche fondamentale et appliquée et aux multiples mesures incitatives pour développer la coopération entre laboratoires publics et entreprises privées. Le *Bayh-Dole Act* de 1980, autorisant les universités et les laboratoires publics à déposer des brevets sur le résultat de recherches financées à partir de fonds publics et à vendre des licences exclusives à des

(3) Les difficultés que rencontre Eurotunnel, financé par endettement bancaire et souscriptions à des fonds privés, constituent une illustration de ce type de défaillance du marché, à savoir l'incapacité de viabiliser un investissement lourd dont le délai de recouvrement est très long.

entreprises privées est un des exemples de la politique américaine en faveur de l'innovation et de sa diffusion. De même, le *Small Business Act*, selon lequel une part significative des achats de l'administration américaine doit être réservée à des PME, est une autre mesure en faveur de l'innovation. Des programmes de soutien financier aux PME innovantes tels que le *Small Business Investment Company* (SBIC) et le *Small Business Innovation Research* (SBIR) figurent également dans les instruments américains de soutien à la recherche.

De tous ces arguments, les partisans d'une politique industrielle volontariste et interventionniste retirent la conclusion que des mécanismes d'intervention publique sont nécessaires, pour identifier des projets industriels nouveaux, favoriser leur émergence, accompagner leur financement et promouvoir des projets associés à différents axes industriels. L'accent est également mis sur des mesures sectorielles ciblées susceptibles de promouvoir la compétitivité industrielle, en particulier face à une concurrence mondiale venant de pays où les normes sociales, fiscales et environnementales ne sont pas aussi exigeantes que sur le continent européen. De plus, l'élargissement de l'Union européenne aux nouveaux pays membres avive les craintes que la concurrence sur les marchés des produits ne s'alimente d'une concurrence fiscale, sociale et environnementale, préjudiciable à la localisation des investissements productifs⁽⁴⁾.

Tous ces arguments et contre-arguments ont fait l'objet de multiples débats et nourri de nombreux travaux et rapports. Et le débat entre ces deux conceptions n'est pas nouveau en Europe. Le commissaire européen à l'industrie dans les années quatre-vingt, Martin Bangeman, affirmait déjà que la construction du marché intérieur ne pouvait être la réponse appropriée au problème de compétitivité dont souffrait l'Europe qu'à condition de l'accompagner de toutes les mesures horizontales que nous venons d'évoquer. De nombreux observateurs déplorent ainsi un recours insuffisant à l'article 157 du Traité (ex 129), consacré à l'industrie⁽⁵⁾.

La position actuelle de la Commission européenne va même un peu plus loin en reconnaissant la nécessité d'un suivi de la compétitivité au niveau de chaque secteur et d'un ciblage des actions en la matière, tout en réaffirmant

(4) Sur la concurrence fiscale et ses enjeux, voir Raspiller (2005).

(5) Cet article énonce au paragraphe 1 : « La Communauté et les États membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de la Communauté soient assurées. À cette fin, conformément à un système de marchés ouverts et concurrentiels, leur action vise à accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels, encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises de l'ensemble de la Communauté, et notamment des PME, encourager un environnement favorable à la coopération entre entreprises, favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation de R&D technologique. » Ce même article 187 ajoute cependant à la fin de son paragraphe 3 : « Le présent titre ne constitue pas une base pour l'introduction, par la Communauté, de quelque mesure que ce soit pouvant entraîner des distorsions de concurrence. » En posant la question en ces termes, le Traité semble considérer qu'il existe quelques domaines en lesquels des politiques ponctuelles, essentiellement horizontales, visant à améliorer les conditions de la compétitivité sont souhaitables, en tant que mesures complémentaires (ou d'accompagnement) de la politique de la concurrence.

la nécessité de s'en tenir à des actions de nature horizontale aptes à satisfaire les besoins spécifiques dans chaque secteur. Cette position reste insuffisante, aux yeux des tenants du volontarisme industriel, dès lors que la concurrence ne se limite plus à l'espace européen et que spectre de la mondialisation plane sur l'élargissement lui-même. La diabolisation des délocalisations, accusées de conduire à l'érosion de secteurs entiers de l'économie, comme le textile dans la conjoncture présente, est présente dans les esprits et ce sentiment est renforcé par le chômage en France et dans une bonne partie de l'Europe, associé de manière souvent abusive, à cette nouvelle géographie des avantages comparatifs. De plus, les réticences de la Commission vis-à-vis de l'aide publique à des entreprises en difficulté, soulèvent de nombreuses craintes, notamment en France, où les aides publiques ont parfois permis de sauver des entreprises aujourd'hui florissantes comme Air France ou le Crédit lyonnais.

Au-delà de l'opposition entre ces deux conceptions de la politique industrielle, se profile la faiblesse relative des moyens alloués par le budget communautaire au soutien à la recherche et à l'innovation en Europe. L'accent mis sur la construction du marché intérieur a certainement contribué à assurer la compétitivité et la croissance des entreprises européennes mais cela ne suffit plus car un fait nouveau est à prendre en compte. Après le rattrapage sur une période de près d'un demi-siècle de son *gap* technologique par rapport aux États-Unis, l'Europe voit à nouveau l'écart se creuser à partir des années 1995 (Gordon, 2004). En dix ans, l'écart des dépenses de R&D entre les États-Unis et l'Union européenne est passé du simple au double, de 46 milliards d'euros en 1991 à 83 milliards d'euros en 2000. L'effort public de R&D européenne est inférieur de 10 % à celui des États-Unis, et le retard de l'effort privé de R&D est inférieur dans l'Union européenne de 40 % à celui observé aux États-Unis⁽⁶⁾. Les raisons de ces écarts sont multiples et nous n'avons pas l'ambition de les démêler toutes. Dès lors que la concurrence se mondialise et que le progrès technique s'accélère, la construction d'un marché intérieur appelle en complément d'autres politiques structurelles.

À nouveau la comparaison avec les États-Unis est instructive. La domination économique américaine dans les domaines des TIC, des biotechnologies et de l'industrie pharmaceutique est le résultat d'une combinaison vertueuse de plusieurs facteurs tels que l'engagement des pouvoirs publics en matière de soutien à la recherche fondamentale, une organisation décentralisée de celle-ci, un système universitaire d'excellence fondé sur l'autonomie et la concurrence, des entreprises privées innovantes, un marché du capital-risque particulièrement dynamique et enfin un mécanisme puissant d'incitation par la protection intellectuelle⁽⁷⁾. En résumé, si les États-Unis

(6) European Innovation Scoreboard : www.cordis.lu/scoreboard

(7) Pour ne prendre qu'un exemple, la politique américaine en matière de droit de la propriété intellectuelle est infiniment plus volontariste que ne l'est la politique européenne qui n'est pas parvenue à ce jour, comme on l'a dit plus haut, à constituer un véritable brevet communautaire.

ont pu compenser la perte de pans entiers de l'industrie (automobile, télévision couleur, textile, etc.) sans nécessairement chercher à sauvegarder les industries en déclin, c'est précisément parce qu'ils ont su mobiliser tous ces facteurs complémentaires en faveur de l'innovation dans les nouvelles industries.

Comparativement, il nous paraît que l'Europe ne s'est pas encore donné les moyens d'une véritable politique en matière de soutien à l'innovation et à la recherche en complément de la politique de construction du marché intérieur. Même si l'on croit, comme André Sapir (2004), qu'« il ne s'agit pas de créer des champions européens 'par le haut', ils doivent émerger par eux-mêmes », on peut néanmoins penser que « il ne se passera rien si on ne fait rien en matière d'innovation ». Les débats sur le Traité constitutionnel qui a été rejeté en France et dans les Pays-Bas ont eu au moins le mérite de mettre l'accent sur quelques dimensions de ce problème. La préservation du modèle européen de l'économie sociale de marché ne peut être assurée sans croissance économique et les conditions permissives de celle-ci ne peuvent provenir exclusivement du renforcement de la concurrence, même si celle-ci a joué et joue toujours un rôle éminemment positif dans l'incitation à la compétitivité des entreprises. De la même façon que la Communauté européenne a su mobiliser l'atout de la politique de la concurrence pour vaincre les obstacles à la constitution du marché unique, il appartient à présent à la fois aux pays membres et à l'Union de mobiliser des moyens aussi importants pour vaincre les obstacles à la croissance par l'innovation. La tâche est certainement plus rude, mais ce n'est qu'à ce prix que l'économie de marché pourra continuer d'être associée par les citoyens à la liberté économique et que la politique de la concurrence continuera d'être perçue comme le garant de cette liberté et non plus comme la forme diabolisée apparue dans certains débats lors du référendum sur le Traité constitutionnel.

1.2. Les arguments en faveur de la complémentarité

Parmi les travaux contemporains apportant des justifications de la complémentarité des politiques de la concurrence et de l'innovation, l'ouvrage récent de Aghion et Griffith (2005) apporte des éclaircissements notables. Un aperçu se trouve dans la contribution de Rachel Griffith présentée en complément à ce rapport. Reprenons très brièvement ici deux des conclusions les plus significatives.

Premièrement, l'argument schumpétérien traditionnel selon lequel les rentes liées au pouvoir de monopole sont le principal facteur à l'origine de l'investissement en innovation doit être nuancé. En fait, il faut distinguer entre les rentes qui préexistent à l'innovation et celles qui en résultent. Et il faut mettre en regard l'effet positif de la concurrence qui incite les entreprises à innover pour échapper à ses contraintes et l'effet négatif schumpétérien traditionnel selon lequel la concurrence réduit la rente due à l'innovation. Les résultats empiriques auxquels se réfère Rachel Griffith mettent ainsi en

évidence une relation en U inversé entre concurrence et innovation. La concurrence sur le marché des produits favorise l'incitation à innover tant que l'intensité de la concurrence reste en deçà d'un certain seuil. Au-delà du seuil, l'effet est inversé. Mais en tout état de cause, la concurrence n'est qu'un des facteurs favorisant l'innovation, la protection de la propriété intellectuelle par le droit exclusif qu'elle accorde à l'innovateur restant essentielle en la matière, ce qui plaide évidemment en faveur de la complémentarité.

Deuxièmement, l'influence des politiques favorisant l'entrée de nouveaux acteurs dépend elle-même de l'écart intérieur à la frontière technologique au niveau international. La réduction des barrières à l'entrée est d'autant plus propice à la croissance de la productivité dans un secteur ou dans un pays donné que les entreprises correspondantes sont proches de la frontière technologique. Inversement, plus cet écart est élevé, plus la réduction des barrières à l'entrée peut être dommageable pour les entreprises locales. L'explication est intuitive : des firmes locales qui sont proches de la frontière technologique des connaissances peuvent combattre efficacement l'entrée en innovant, mais lorsqu'elles en sont très éloignées, leur survie est plus problématique. Là encore, une politique de libéralisation doit être précautionneuse, en prenant en compte ces différences importantes.

2. Interfaces entre politique de concurrence et propriété intellectuelle

En dépit de leurs champs d'application différents, de leurs objectifs distincts et de la spécificité des institutions chargées de leur mise en œuvre, le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle apparaissent en principe comme deux instruments compatibles et complémentaires au service des mêmes finalités.

La politique de la concurrence, on le sait, cherche à promouvoir deux effets. D'une part, un effet sur le marché des produits afin de permettre aux consommateurs de bénéficier des meilleures conditions d'accès à ces produits et, d'autre part, un effet de la concurrence pour l'accès aux marchés des nouveaux produits et des nouvelles technologies. Comme on vient de le rappeler, la concurrence peut fournir des incitations appropriées à innover pour échapper précisément aux contraintes du processus concurrentiel sur les marchés existants. En offrant une manière de se soustraire à la pression concurrentielle sur le marché, la concurrence pour le marché est censée servir d'aiguillon ou d'incitation aux investissements pour l'innovation (Aghion et *al.*, 2003 et Encaoua et Ulph, 2000). Mais, on le sait également, cet aiguillon peut être insuffisant. En effet, l'investissement de R&D est en général risqué et son résultat a des caractéristiques qui n'assurent pas toujours à son auteur la possibilité de récupérer son coût. De ce fait, un droit de propriété intellectuelle (DPI) est censé restaurer l'incitation à investir en

R&D puisqu'il confère à son détenteur un droit de propriété exclusive lui permettant de recouvrer son investissement initial⁽⁸⁾.

Certains observateurs ont pu noter une perception initiale quelque peu hostile des autorités communautaires vis-à-vis des droits de propriété intellectuelle, et ceci dans la mesure où ces droits nationaux s'opposeraient à l'achèvement du marché commun. En atteste la doctrine de l'épuisement des droits intellectuels que Valentine Korah présente de la manière suivante : « La Cour européenne de Justice a développé au début des années soixante-dix une jurisprudence fondée sur la distinction entre l'existence du droit de propriété et son exercice : une fois qu'un produit protégé a été mis sur le marché dans un pays membre, le droit de propriété correspondant est considéré comme épuisé et un droit de propriété parallèle ne peut pas être utilisé pour restreindre l'importation de ce produit dans un autre pays membre », (Korah, 2001, p. 805).

Toujours est-il qu'il existe une forte complémentarité entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle. De la même manière que le droit de propriété traditionnel sur les biens physiques promeut la concurrence pour la production en restreignant l'usage dans la consommation, le droit de propriété intellectuelle promeut la concurrence pour la consommation en restreignant l'usage de la connaissance dans la production (Encaoua et Hollander, 2002). De plus, un DPI comme le brevet, est censé favoriser la diffusion de l'innovation, dans la mesure où la connaissance produite n'est protégée que si elle est divulguée. À ces arguments bien connus soulignant la complémentarité des deux instruments que sont la concurrence et la protection intellectuelle, il convient cependant d'apporter quelques réserves, en explicitant quelques lignes de tension, notamment en Europe⁽⁹⁾. On peut trouver des traces de ces tensions dans au moins deux domaines : le traitement des facilités essentielles lorsque celles-ci portent sur des actifs intangibles et la définition du marché pertinent dans les activités fortement innovatrices.

(8) Le droit de la propriété intellectuelle se réfère à l'ensemble des dispositions légales accordant à des auteurs et inventeurs, des droits exclusifs sur leurs œuvres ou leurs inventions durant une période déterminée dont la durée dépend du type de droit concédé (droit d'auteur, brevet, marque, etc.). En tant qu'information ou connaissance produite, le résultat de l'investissement en R&D est en effet plus proche d'un bien public que d'un bien privé. Son utilisation par autrui n'épuise pas la quantité d'information produite (ce que l'on désigne par la propriété de *non-rivalité*) et le coût pour un utilisateur tiers peut être nul en l'absence de propriété intellectuelle. Ceci contraste avec le coût de production de la connaissance qui est en général très élevé, alors que le coût de reproduction ou d'imitation est en général faible, voire nul. Cet argument développé par Arrow (1962) reste, malgré quelques réserves, la principale justification économique de la propriété intellectuelle. Voir Scotchmer (2004) et Landes et Posner (2003).

(9) Ces tensions sont particulièrement fortes aux États-Unis comme l'illustrent de nombreux documents, dont l'intervention de l'ancien président de la FTC, Pitofsky (2001) et le rapport de la FTC (2003).

2.1. L'accès aux facilités essentielles

Les facilités essentielles désignent des *inputs* spécifiques coûteux à produire et qui sont indispensables à la production d'autres biens situés en aval. Dans certains cas, ces *inputs* amont bénéficient d'une propriété intellectuelle. Doit-on alors, pour favoriser la concurrence en aval, obliger les détenteurs de ces *inputs* à en garantir l'accès aux utilisateurs potentiels, en offrant à ceux-ci une licence d'exploitation, quitte à enfreindre le droit exclusif que la propriété intellectuelle accorde à ces détenteurs ? Ou bien, doit-on au contraire respecter le droit exclusif du détenteur de propriété intellectuelle et le laisser libre de l'exploitation de son actif, quitte à sacrifier les conditions de la concurrence en aval ? Ce type de questions est au centre de nombreuses affaires contemporaines en droit de la concurrence, dans différents domaines tels que les licences obligatoires, les demandes d'accès aux interfaces et l'interopérabilité⁽¹⁰⁾.

Pour y répondre, rappelons d'abord la nature des droits attachés aux différents types de propriété intellectuelle. Un brevet est un droit exclusif qui permet à son détenteur d'empêcher autrui d'utiliser, produire ou vendre une connaissance sans l'autorisation du détenteur, et ce pendant une période de vingt ans à compter de la date de délivrance du brevet. La protection de droit d'auteur s'applique aux créations de l'esprit qui s'expriment sous une forme tangible et elle dure soixante-dix ans après le décès du créateur. Contrairement au brevet qui protège l'idée, le droit d'auteur ne protège que l'expression. Le secret commercial s'applique à de l'information dont la valeur commerciale dépend de sa non-divulgaration. De durée non limitée, il ne fournit pas un moyen légal empêchant des tiers de produire ou d'utiliser de manière indépendante la même information.

Le droit communautaire de la concurrence reconnaît bien sur ces différentes formes de propriété intellectuelle, mais lorsque celle-ci porte sur un input indispensable à la production en aval, il est parfois amené à considérer qu'un refus de licence est un comportement abusif, du moins lorsque le détenteur de cet *input* est en position dominante sur son marché. La qualification éventuelle d'abus ressort de l'application de l'article 82 selon la doctrine dite des facilités essentielles.

Selon cette doctrine, une entreprise en position dominante sur le marché d'un bien (celui de la facilité essentielle en question) qui s'avère être indispensable pour la production d'un bien en aval en concurrence avec le premier, agit de manière abusive, lorsque, sans justification objective, elle refuse de vendre son bien aux concurrents en leur en concédant l'accès.

Plus précisément, la jurisprudence a dégagé les conditions requises pour l'application de cette doctrine :

- l'offre du premier bien est sous le contrôle d'une entreprise en position dominante sur son marché ;

(10) Sur ces questions, on peut se reporter à Crampes, Encaoua et Hollander (2006) et Tirole (2005).

- l'accès au premier bien (la facilité essentielle) est indispensable pour permettre à un concurrent d'opérer sur le marché en aval ;
- il est pratiquement impossible de dupliquer la facilité essentielle : le fait que le coût d'utilisation de la facilité soit moins coûteux pour un concurrent qu'un autre mode d'accès au marché ne suffit pas pour la qualifier d'essentielle ;
- l'accès à la facilité essentielle n'est pas à l'origine de contraintes techniques (capacité, incompatibilité technologique ou autres) qui soient dommageables pour son propriétaire ;
- les concurrents sont prêts à monnayer l'accès à cette facilité essentielle à des conditions commercialement raisonnables.

Cette doctrine a été appliquée essentiellement à propos des goulots d'étranglement qui apparaissent dans des activités de services publics, longtemps considérées comme relevant du monopole naturel (boucle locale, réseau de transport électrique, ferroviaire, etc.)⁽¹¹⁾. Les comportements condamnés par les autorités de la concurrence sont de divers types. Par exemple, un refus de vente du détenteur de la facilité essentielle, lui-même verticalement intégré, la signature d'un contrat de licence exclusive ou le recours à des licences discriminatoires, peut être considéré comme un abus.

Mais l'application de cette doctrine s'avère plus délicate lorsque l'*input* essentiel consiste en un actif intangible qui est protégé par un droit de propriété intellectuelle. D'une part, il est assez tentant d'appliquer au brevet la doctrine des facilités essentielles dans la mesure où il possède souvent les attributs d'une facilité essentielle : il peut être indispensable pour des producteurs tiers, il ne se duplique pas facilement, le coût de partage d'un brevet est quasiment nul, etc. D'autre part, le droit de la propriété intellectuelle confère en principe au détenteur du brevet le droit d'en disposer à sa guise. D'où une tension importante entre ces deux domaines du droit que sont la concurrence et la protection intellectuelle.

Mais cette tension est moindre au niveau des principes économiques qu'elle ne l'est sur le plan juridique.

Pour de nombreux économistes, les conditions précédentes, mises en avant par la jurisprudence, ne sauraient caractériser les situations où le recours au régime de la licence obligatoire est justifié sur le plan de l'efficacité économique. Considérons d'abord un point de vue de court terme. Deux facteurs jouent un rôle essentiel : l'efficacité relative du licencieur par rapport à ses concurrents et la nature du prix de cession de la licence.

Si le prix de la licence est de type forfaitaire, les décisions commerciales du licencié ne sont pas affectées par le montant du forfait, mais si le licencié est moins efficace que le licencieur, l'entrée du concurrent, permise par la

(11) Pour une introduction à la doctrine des facilités essentielles et différentes illustrations en droit communautaire dans les domaines du transport, de l'énergie et des télécommunications, le lecteur intéressé peut consulter Motta (2004, ch. 2, note 53) et Tirole (2005).

licence obligatoire a un effet négatif sur le bien-être. Le régime d'une licence obligatoire n'est pas efficace dans ce cas. Par contre, si le licencié est plus efficace que le licencieur, une licence obligatoire devient nécessaire, car sans ce régime, le licencieur n'a aucune incitation à permettre l'accès au concurrent.

Si le prix de la licence combine un forfait et des royalties variant avec les ventes du licencié, deux cas doivent à nouveau être distingués. Si le détenteur de la facilité essentielle n'est pas lui-même producteur, il a tout intérêt à offrir une licence et on ne voit pas pourquoi un régime obligatoire serait nécessaire dans ce cas. Si le détenteur de la licence est lui-même intégré verticalement, le prix de cession dépend des pouvoirs de négociation du licencieur et du licencié. Les royalties peuvent constituer une source de distorsion si le licencié est moins efficace que le licencieur. Dans ce cas, un régime de licence obligatoire réduit le bien-être. Dans le cas contraire où le licencié est plus efficace que le licencieur, une solution au problème serait d'imposer un taux de royalties décroissant avec la production du licencieur (Scotchmer, 2004). Cela conduit l'agent le moins efficace à limiter sa production.

On entre là dans un domaine où la politique de la concurrence interfère avec la politique de régulation sectorielle. Ordonner l'obligation de céder une licence à un prix raisonnable ne suffit plus, puisqu'il incombe à l'autorité de concurrence de se prononcer sur le prix de cession de la licence (voir le complément de Philippe Choné sur cette question).

Considérons à présent un point de vue de long terme. Un régime de licence obligatoire affecte les incitations à investir en R&D. Supposons que l'investissement en R&D résulte d'une enchère pour une innovation amont. Gilbert et Shapiro (1997) identifient alors deux effets négatifs d'une licence obligatoire. « Premièrement, une licence obligatoire réduit les gains du vainqueur de l'enchère en le forçant à licencier dans des situations dans lesquelles il ne serait pas rationnel de le faire. Deuxièmement, une licence obligatoire réduit la valeur du vainqueur car elle augmente les profits du perdant. Ce dernier est en effet assuré de pouvoir bénéficier de l'innovation, dès lors que le détenteur de la technologie est contraint à fixer un prix de la licence acceptable pour celui qui l'achète. Le montant de l'enchère gagnante est déterminé par la valeur pour une entreprise à détenir la technologie, minorée de la valeur correspondant au cas où la technologie est dans les mains de sa rivale. Une licence obligatoire réduit la première composante et accroît la seconde ».

Au total, un régime de licence obligatoire peut combiner deux effets négatifs sur le bien-être. À court terme, il peut permettre une entrée inefficace. À long terme, il peut réduire l'incitation à l'innovation.

Toutes ces raisons plaident donc pour un examen prudent au cas par cas plutôt qu'au recours plus ou moins systématique à la doctrine des facilités essentielles pour le traitement d'un refus de licence.

Les étapes de cet examen peuvent être rassemblées autour de quelques points résumant un principe simple : il faut récompenser la rente due à l'investissement nécessaire à l'innovation mais non la rente due au hasard ou à d'autres facteurs qui ne sont pas au cœur de la propriété intellectuelle.

La première question est donc de savoir si l'actif bénéficiant d'une protection intellectuelle est véritablement indispensable ou non pour la production concernée. S'il ne l'est pas, inutile d'imposer une contrainte au détenteur du droit. Deuxièmement, dans le cas où l'actif protégé est indispensable, il faut chercher à savoir si la protection accordée reflète ou non un véritable effort de recherche et d'innovation. Si la réponse est oui, autrement dit si la protection a été justement accordée, l'autorité de la concurrence ne doit pas enfreindre la propriété intellectuelle en rendant une licence obligatoire. Cependant le droit d'exclure doit être strictement limité aux revendications protégées. Si la réponse est non, cela signifie que la protection ne résulte pas d'une véritable innovation. L'actif doit être partagé et dans ce cas le prix d'accès doit être évalué par l'autorité de la concurrence, ce qui constitue le point le plus délicat. Ni les autorités de la concurrence ni les juges ne disposent de toute l'information nécessaire : de plus il faut tenir compte du fait que la relation entre la dépense de recherche et le résultat de la recherche présente un fort degré d'incertitude *ex ante*. Si par exemple une recherche thérapeutique a *ex ante* une chance sur vingt de déboucher sur un médicament commercialisable ayant reçu l'aval des autorités de santé, il faudra prévoir un prix d'accès conduisant à un taux de rendement vingt fois supérieur au taux de rendement normal du marché.

Ces principes économiques simples consistent à respecter la protection intellectuelle, en gardant à l'esprit la qualité de mécanisme incitatif pour l'innovation qu'elle porte, mais sans la sacraliser pour autant. Ce ne sont pas toujours ces principes que la jurisprudence retient.

2.2. Concurrence pour le marché *versus* concurrence sur le marché : impact sur le marché pertinent et les stratégies d'exclusion

Le droit de la concurrence traditionnel est-il adapté aux caractéristiques nouvelles de l'économie de la connaissance et de l'innovation ? C'est une question importante, au centre de nombre d'affaires contemporaines, mais sur laquelle la réflexion est loin d'être définitive.

Pour y voir plus clair, commençons par examiner les caractéristiques de l'économie de l'innovation qui la singulariserait éventuellement dans l'application du droit de la concurrence.

Dans une économie centrée sur l'innovation, les dimensions traditionnelles de la concurrence en prix ou en quantités cèdent le pas à de nouvelles formes de concurrence portant sur de nouveaux produits, de nouvelles opportunités technologiques, des activités de R&D, des courses aux brevets,

des choix de standards technologiques, des accords de coopération, des transferts de technologies, la conquête de nouveaux marchés, etc. En un mot, en présence d'innovation, la concurrence sur le marché est remplacée par la concurrence pour le marché (Encaoua et Hollander, 2002). Plusieurs conséquences dérivent de cette perspective.

2.2.1. Marché pertinent

Une première conséquence porte sur la définition du marché pertinent. Très souvent, dans une industrie à fort potentiel d'innovation technologique, les produits substitués ne sont pas des produits existants mais des produits futurs, dont l'apparition éventuelle, à une date incertaine, peut concurrencer les produits existants à un terme qui est lui-même incertain. Doit-on dans ces conditions définir le pouvoir de marché en se limitant aux produits substitués présents ou doit-on prendre en compte les substituabilités potentielles qui peuvent apparaître de manière particulièrement brutale dans les branches où les opportunités technologiques sont élevées ? À quel terme faut-il estimer ces substituabilités potentielles ? Ce sont des questions importantes, auxquelles le test traditionnel du monopole hypothétique (test dit SSNIP pour *Small but Significant Increase in Prices*) ne répond que de manière imparfaite.

Pour illustrer, considérons le procès en antitrust intenté en 1998 par le Département de la Justice et différents États américains contre *Microsoft*. Trois griefs étaient retenus à l'encontre de *Microsoft* :

- une monopolisation du marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels compatibles avec *Intel* ;
- une tentative de monopolisation du marché des navigateurs Internet ;
- la pratique consistant à lier les ventes du système d'exploitation *Windows* avec le navigateur *Internet Explorer* (les trois griefs constituent des violations de l'article 2 du *Sherman Act*).

Une des toutes premières questions posées était de savoir si la part de marché exorbitante dont *Windows* dispose dans les systèmes d'exploitation PC (près de 95 %) constitue un indicateur objectif de son pouvoir de marché. Une bonne partie de l'argumentation de l'économiste Richard Schmalensee, défenseur de *Microsoft* dans le procès intenté par le DoJ, a consisté à expliquer que, dans le cas d'espèce, *Microsoft* dispose bien d'un monopole de fait mais qu'il n'exerce pas pour autant son pouvoir de monopole car la concurrence ouverte par la possibilité de télécharger d'autres systèmes d'exploitation à partir de plateformes existantes dont *Netscape* et *Java* sont des exemples (*middleware*) suffit à empêcher l'exercice du pouvoir de marché. Autrement dit, l'argument de la défense de *Microsoft* était qu'il fallait élargir la dimension produit du marché des systèmes d'exploitation.

Cet argument n'a pas été retenu par la Cour d'Appel dans la mesure où elle a estimé qu'il existe une barrière à l'entrée qui protège la position de *Windows*. Cette barrière à l'entrée provient de deux caractéristiques du

marché des logiciels. La première tient au fait que la plupart des consommateurs préfèrent un système d'exploitation pour lequel de nombreuses applications ont déjà été écrites (argument de l'externalité de réseau indirecte). La seconde tient au fait que les développeurs préfèrent mettre au point des applications pour un système d'exploitation qui dispose de la base installée la plus importante. En dépit des contre-arguments de *Microsoft* selon lesquels la barrière à l'entrée peut être levée du fait des potentialités de *Netscape* et *Java* comme fournisseurs de systèmes d'exploitation alternatifs, et que la barrière à l'entrée que représente la base installée est le résultat des efforts de *Microsoft*, la Cour d'Appel a maintenu sa position. Au moins dans un avenir prévisible, la position de monopole de *Windows* sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC est bien établie. Ce marché ne peut donc pas inclure les plateformes d'accès alternatif.

Malgré ce jugement négatif, il nous semble que dans les industries à fort potentiel d'innovation technologique, les opportunités d'entrée d'un concurrent avec une technologie nouvelle sont particulièrement importantes et doivent être prises en compte. Il importe peu que cette prise en compte se fasse au niveau de la définition du marché pertinent ou au niveau de l'analyse des conditions d'entrée, l'essentiel est qu'elle soit bien présente.

2.2.2. *Stratégies d'exclusion*

Une seconde conséquence concerne l'analyse des stratégies d'exclusion. On a expliqué plus haut combien il était difficile de distinguer une pratique d'exclusion d'un simple comportement de concurrence vigoureuse qu'une efficacité supérieure permet de soutenir. La difficulté est démultipliée dans les industries à fort potentiel d'innovation technologique, notamment lorsqu'elles comportent des externalités de réseaux positives. Dans de telles industries, un innovateur peut être amené à pratiquer des prix bas pour conquérir un marché et constituer une base installée afin de bénéficier ultérieurement des externalités de réseaux. À leur tour, ces externalités peuvent expliquer l'émergence d'un standard technologique conduisant à un monopole ou un quasi-monopole de fait. Ce phénomène est particulièrement important dans l'industrie des logiciels où les stratégies commerciales d'introduction d'un nouveau logiciel peuvent l'emporter sur la qualité intrinsèque du logiciel.

Pour toutes ces raisons, les stratégies dites d'exclusion doivent être examinées avec un soin extrême dans les industries ayant un potentiel d'innovation technologique élevé. La question pertinente est en effet de savoir si dans la course à l'innovation, une entreprise consacre un plus grand effort à la recherche pour dépasser ses concurrents ou pour les éliminer. La question est plus difficile qu'il n'y paraît. Pour distinguer, on pourrait dire qu'une innovation prédatrice correspond à un investissement dont l'auteur n'attendrait pas d'autre gain que celui de réduire les ventes de ses concurrents et peut être même de provoquer leur sortie du marché. Quelle serait alors la rationalité d'un investissement qui resterait non rentable même en l'absence de concurrents ? Une réponse possible est qu'une entreprise dominante sur

un premier marché peut réaliser un investissement non rentable sur un second marché dans le seul objectif de réduire la capacité des concurrents de ce second marché de contester sa domination sur le premier marché. C'est ainsi qu'il faut peut-être comprendre certaines pratiques de ventes liées, non pas en termes d'effet de levier mais comme un moyen de préservation de la position dominante elle-même. Dans cette optique, le recours permanent de *Microsoft* à la pratique consistant à lier son logiciel de système d'exploitation *Windows* à d'autres biens émergents de l'économie numérique (navigateur Internet, lecteur multimédia, etc.) pourrait être compris comme une stratégie défensive (préserver la domination sur *Windows PC*) plutôt que comme une stratégie offensive (conquérir les moteurs de navigation sur Internet ou des lecteurs multimédia).

3. Quelle politique de la concurrence au regard des transferts de technologie et de diffusion de l'innovation ?

Examinons à présent la politique de la concurrence en matière de diffusion de l'innovation. Cela concerne essentiellement les accords de transfert de technologie, notamment au travers des accords de concession de licences portant sur des droits de propriété industrielle.

Avant la mise en place du principe de l'exception légale, la pratique de la Commission a consisté à soumettre ces accords au régime de la notification individuelle ou à un régime d'exemption en bloc du 81.1. Celui mis en place en 1996 (règlement 240/96) n'offrait pas une flexibilité suffisante : il procédait à une catégorisation assez rigide et arbitraire des pratiques restrictives de concurrence dans les contrats de licence. Étaient ainsi traditionnellement distinguées les pratiques exemptées (liste blanche), les pratiques interdites (liste noire) et les pratiques douteuses nécessitant un traitement spécifique au cas par cas (liste grise)⁽¹²⁾. Cette décomposition a été fortement critiquée, dans la mesure où elle ne prend pas suffisamment en compte les spécificités des contrats de transferts de technologie et les clauses particulières que le vendeur de licence (licencieur) comme l'acheteur (licencié) souhaitent introduire dans leurs transactions.

Le nouveau règlement communautaire (règlement CE 772/2004) apporte des solutions plus satisfaisantes au traitement des contrats bilatéraux de transfert de technologie (encadré 11). Ce nouveau règlement « fait partie de cette nouvelle génération de règlements d'exemption qui, délaissant l'approche strictement juridique consistant à dresser la liste des clauses permises, adopte une démarche plus économique » (Azéma, 2004-2005).

Comme l'encadré 11 le montre, un progrès important en faveur des accords bilatéraux de transfert de technologie a été réalisé dans ce règlement.

(12) La clause de *ventes liées* obligeant le licencié à accepter des conditions ne portant pas directement sur la technologie licenciée ou la clause de *non-contestation* imposant au licencié l'obligation de renoncer à contester la validité de la propriété intellectuelle du donneur de licence figuraient dans la liste grise.

Cependant, la démarche adoptée hérite des approches antérieures : une liste de clauses interdites, en tant que clauses restrictives de concurrence, reste encore nommément désignée, là où l'analyse économique suggérerait plutôt une approche selon la règle de raison. Un règlement des accords de transfert de technologie ne devrait pas figer la liste des clauses interdites, même si des lignes directrices, dont l'objectif est de fournir une certaine sécurité juridique aux entreprises, peuvent expliciter les approches adoptées par les autorités de concurrence (voir Katz et Shapiro, 1985, Katz, 2002 et Crampe, Encaoua et Hollander, 2006). Par ailleurs, il n'est pas évident qu'on ne doit examiner les clauses de contrats de licence qu'à l'aune de leurs effets sur la concurrence. Le critère de diffusion des connaissances doit jouer un rôle au moins aussi important que celui du pouvoir de marché.

Enfin, notons qu'au-delà des accords bilatéraux de transfert de technologie, une question tout aussi importante, celle du traitement des accords multilatéraux portant notamment sur les *pools* de brevets, reste à régler. La mise en commun d'un ensemble de brevets portant sur des technologies complémentaires et qui s'avèrent nécessaires au développement de nouveaux produits est une dimension cruciale pour la création et le développement de nouveaux standards technologiques. Un projet de règlement communautaire en la matière doit voir le jour prochainement.

11. Le nouveau règlement communautaire pour les accords bilatéraux de transfert de technologie

Le nouveau règlement (règlement CE 772/2004, JOUE 27.04.2004, L 123/11) explicite les conditions d'application du 81.3 en matière d'accords de licence. Des lignes directrices précisent la mise en œuvre de ces conditions (communication de la Commission, JOUE 27.04.2004, C 103/02).

Tout en reconnaissant que ces accords améliorent généralement l'efficacité économique et facilitent la diffusion des technologies, la Commission précise la philosophie générale du règlement en affirmant que : « la probabilité que ces effets favorables à l'efficacité et à la concurrence l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les transferts de technologie dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, de la mesure dans laquelle elles sont confrontées à la concurrence d'entreprises détenant des technologies de substitution ou d'entreprises fabriquant des produits de substitution ».

Deux principes ont été introduits. Le premier porte sur la reconnaissance de la validité des notions de marchés de la technologie et de l'innovation, notions qui complètent ainsi de manière appropriée la conception traditionnelle du marché des produits. Cette reconnaissance est importante et va dans le même sens que les *guidelines* américains (voir plus haut). Le second principe est que la liberté permise dans la rédaction des clauses est d'autant plus grande que le pouvoir de marché est faible. Ceci pose un problème : des entreprises ayant un pouvoir de marché important sont peu encouragées à licencier leurs technologies brevetées ou leur savoir-faire si les clauses des contrats de licence sont

estimées restreindre la concurrence. Or, il serait important d'encourager précisément ces entreprises à licencier leurs droits de propriété intellectuelle car cela favorise la diffusion des innovations. On perçoit là la limite de l'approche consistant à n'examiner les clauses de contrats de licence qu'à l'aune de leurs effets sur la concurrence. Le critère de diffusion des connaissances doit jouer un rôle au moins aussi important que celui du pouvoir de marché. Par ailleurs, pour favoriser cette diffusion, un instrument approprié pourrait être recherché ailleurs que dans le droit de la concurrence. On pourrait, par exemple, imaginer une réduction substantielle des annuités de renouvellement des brevets aux détenteurs qui licencient à des tiers leurs titres de propriété intellectuelle. Ce serait là l'un des moyens de conciliation de la politique de la concurrence et de la diffusion des innovations.

L'article 2 du règlement affirme que l'interdiction énoncée dans l'article 81.1 ne s'applique pas aux accords de transfert de technologie conclus entre deux entreprises lorsque certaines conditions sont réunies. Ces conditions consistent d'abord en des seuils de parts de marché. Ceux-ci diffèrent selon que les deux entreprises contractantes sont concurrentes ou non, sachant que cette qualification s'applique à la situation prévalant avant l'accord de transfert de technologie. Ces seuils (sur les marchés de la technologie et des produits) sont de 20 % lorsque les entreprises sont concurrentes et de 30 % lorsqu'elles ne le sont pas.

Au-delà des parts de marché, les conditions requises sont de deux types. Celles du premier type incluent ce que le règlement appelle des restrictions caractérisées. Celles du second type concernent des restrictions exclues.

Les restrictions caractérisées sont celles qui annulent de plein droit l'accord de transfert de technologie dans sa globalité. Elles sont plus strictes lorsque les parties de l'accord sont des concurrents sur le marché de la technologie ou sur le marché des produits. Elles portent notamment sur la fixation des prix et les conditions de rémunération de la licence, sur la répartition des marchés ou des clients et sur les restrictions à développer d'autres technologies ou à effectuer de la R&D. Par exemple, un accord de licence prévoyant une augmentation du montant du taux si le prix du produit tombe en dessous d'un niveau donné, est déclaré nul de plein droit, car une telle clause incite les contractants à ne pas s'écarter d'un prix convenu. Par contre, une obligation imposée au preneur de licence de payer une redevance minimale imposée dans le contrat n'est pas considérée comme une restriction caractérisée. De même, un accord dans lequel la redevance serait calculée à partir du chiffre d'affaires global du licencié, incluant ainsi les ventes sur des produits provenant de technologies autres que celle qui est licenciée, est également nul de plein droit car cette clause limite la capacité du licencié de développer des technologies alternatives. Toutefois, un tel accord peut bénéficier de l'exemption du 81.3 s'il est démontré que la clause est indispensable pour la conclusion de l'accord de licence.

Les restrictions exclues concernent celles qu'il faut écarter de l'accord pour qu'il bénéficie de l'exemption du 81.3 sans pour autant que leur inclusion entraîne la nullité de la totalité de l'accord. Elles incluent diverses clauses, comme par exemple celle obligeant le licencié à accorder au licencieur un droit exclusif sur les améliorations que le licencié aura apportées ou sur de nouvelles applications de la technologie concédée (« *grantbacks* »), ou encore celle engageant l'une des parties à limiter sa capacité à effectuer de la R&D, sauf à nouveau s'il est démontré que cet engagement est indispensable pour empêcher la divulgation du savoir-faire à des tiers.

Chapitre VI

Le contrôle des aides publiques : un chantier en reconstruction

Le contrôle communautaire des aides d'État est un des domaines les plus sensibles auxquels la construction de l'espace économique européen est confrontée, notamment lorsque des divergences entre intérêt national et intérêt communautaire apparaissent. Régulé par les articles 87 et 88 du Traité (ex articles 92 et 93)⁽¹⁾, ce contrôle appelle deux remarques préliminaires. Premièrement, il est censé trouver sa justification dans le fait que les distorsions de concurrence dans le marché commun peuvent provenir aussi bien du comportement des entreprises que de celui des États membres. Il a été ainsi estimé que c'est à la Commission qu'incombe ce contrôle et l'introduction ultérieure du principe de subsidiarité n'a pas modifié la pratique. Deuxièmement, le contrôle communautaire des aides d'État n'a pas d'équivalent dans aucun autre État fédéral ni aucune autre partie du monde.

Le contrôle communautaire des aides publiques appelle quelques éclaircissements et commentaires⁽²⁾.

(1) L'article 87 énonce que : « Sauf dérogations prévues par le présent Traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Le même article introduit des exemptions à l'interdiction des aides d'État en distinguant les aides compatibles avec le marché commun (§2) et celles qui peuvent l'être (§3). Au-delà d'une *zone blanche* couvrant les types d'aides d'État compatibles avec le marché commun (notamment les aides permettant l'intégration de l'ex RDA), existe ainsi une *zone grise* couvrant les situations où les aides d'État peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun (développement régional, projets d'intérêt commun, culture et conservation du patrimoine, aides sur décision du Conseil), la tolérance dépendant cependant du cas d'espèce. L'existence d'une *zone noire* où les aides d'État seraient interdites *per se* n'est pas mentionnée de manière explicite, étant entendu qu'elle correspond à la partie complémentaire des deux zones précédentes. L'article 88 précise que « La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci des mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché commun. »

(2) Dans la préparation de ce rapport, nous avons bénéficié des exposés de Paul Seabright, Jean-Louis Colson et Hélène Durand lors des auditions au CAE en matière d'aides publiques.

1. Que sont les aides d'État ?

1.1. Un bref état des lieux

Selon les textes et la jurisprudence, une aide publique satisfait quatre conditions cumulatives :

- elle doit engendrer un avantage net pour son bénéficiaire : cela signifie qu'une subvention accordée en contrepartie d'une obligation entraînant un coût spécifique n'est pas considérée comme une aide publique : c'est par exemple le cas d'une subvention publique destinée à compenser l'offre d'un service d'intérêt économique général. Toutefois la décision *Altmark* en 2003 a cherché à affiner la notion de coût correspondant pour déterminer dans quelle mesure le coût était inférieur à la subvention reçue ;

- elle doit être sélective en ce sens qu'elle vise un bénéficiaire spécifique : ainsi, une mesure générale comme le crédit impôt recherche, ou une subvention pour la protection de l'environnement, dont peuvent bénéficier plusieurs entreprises innovatrices, n'est pas considérée comme une aide publique ;

- elle doit être directement financée par des ressources publiques⁽³⁾ : ceci implique, entre autres, que les différences entre pays membres en termes de fiscalité, de normes sociales ou d'environnement ne sont pas considérées comme des aides publiques, même si ces différences sont à l'origine d'asymétries de concurrence entre les entreprises situées dans différents pays membres ;

- enfin, elle doit affecter les échanges entre États membres : ceci implique que l'aide publique est jugée d'autant plus répréhensible par la Commission qu'elle favorise l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes situées dans d'autres pays membres. Inversement, une aide (subvention non remboursable, prêt ou financement public à des conditions privilégiées) dont les effets n'altèrent pas de manière significative les échanges entre pays membres, ne serait pas considérée comme une aide publique.

Deuxième éclaircissement : en principe, la perspective générale de la Commission dans l'évaluation d'une aide d'État est celle du bilan entre la distorsion de concurrence due à l'aide et la contribution de celle-ci à l'intérêt communautaire.

Troisième information en amont : malgré les limitations induites par les critères précédents, le nombre d'aides publiques notifiées n'a pas cessé de croître : 475 en 2000, 617 en 2003. De plus, les asymétries entre pays émetteurs d'aides publiques ont été importantes : en termes de pourcentage du PIB, les aides publiques représentaient en 2002, 0,25 % au Royaume-Uni, 1,25 % en Finlande et un peu moins de 1 % en France. Enfin, toujours en pourcentage du PIB, les dix nouveaux pays membres accordent plus d'aides

(3) Pour les prêts et garanties financières accordées par l'État, la Commission utilise le principe de l'investisseur avisé en économie de marché. Mais dans le cas *Ryanair*, la Commission a émis des réserves sur l'application de ce principe pour évaluer les rabais consentis par la municipalité de Charleroi sur les frais d'atterrissage, afin d'attirer *Ryanair*. Selon la Commission, les externalités dont bénéficie l'économie locale n'ont pas à être prises en compte par un investisseur privé.

que les anciens. Le niveau global des aides accordées par ces dix pays a doublé en quatre ans : il est passé de 4 milliards d'euros en 2000 à 8 milliards d'euros en 2003.

L'activité de la Commission en matière d'aides publiques est de plus en plus active et un nouveau règlement est attendu. L'action conduite, a été le plus souvent prudente et pragmatique. Il faut noter que la proportion de refus est restée assez faible (de l'ordre de 7 % entre 2000 et 2002), même si elle s'est accrue ces dernières années.

Cette faible proportion de refus peut elle-même être interrogée. Est-ce le résultat des pressions et arbitrages politiques en la matière ou est-ce le signe que les pays membres font preuve de sagesse en n'accordant des aides que dans les cas où les dérogations s'appliquent (assistance régionale, R&D, PME, etc.) ? On ne peut totalement écarter le premier terme de l'alternative au vu des pressions exercées par les pays membres, notamment à propos d'aides à des entreprises en difficulté. Une attitude stricte de la Commission se heurterait au risque d'être désavouée par le Conseil, ce qui ne va pas dans le sens du compromis recherché.

Mais, contrepartie de cette prudence, la logique pragmatique qui inspire le contrôle des aides publiques n'est pas toujours apparente et la politique conduite lègue un édifice dont ses critiques pourraient dire qu'il est quelque peu hétéroclite. Perméabilité à l'influence du jeu politique à nouveau ou pragmatisme, ni le critère de distorsion de concurrence ni celui de l'intérêt communautaire ne semblent avoir été appliqués de manière uniforme dans les différents cas d'aides publiques.

1.2. Aides aux entreprises en difficulté

Nous dirons un mot particulier sur tout ce qui concerne les aides publiques en faveur d'une entreprise en difficulté financière.

Sans l'interdire *a priori*, la Commission soumet l'appréciation d'une aide à une entreprise en difficulté à un critère d'opportunité financière, consistant à répondre à la question suivante : un investisseur poursuivant des objectifs privés aurait-il pris la même décision de recapitalisation pour pallier la difficulté ? Sur le plan strictement économique, c'est un critère qui paraît discutable, notamment parce qu'il méconnaît les différences d'objectifs d'un investisseur public et privé.

Quant à l'intérêt communautaire, c'est une notion apparemment extensible. Des observateurs ont ainsi fait remarquer que la Commission avait su faire preuve d'un certain sens de la *realpolitik* dans un certain nombre de cas sensibles (Air France, Alitalia, Ryanair, Crédit lyonnais, Alstom)⁽⁴⁾.

(4) On peut penser que les difficultés financières d'une entreprise d'un pays membre possédant des atouts industriels incontestés pourraient fournir matière à des restructurations industrielles souhaitables au niveau européen, sauf bien sûr en cas d'opposition du ou des gouvernements concernés.

Enfin, notons que les cessions d'actifs et les conditions imposées en contrepartie d'une aide publique, notamment à propos d'une entreprise en difficulté, ne semblent pas toujours faire appel à une analyse économique approfondie. La recherche de l'efficacité économique ne commanderait-elle pas plutôt de faire porter ces cessions sur les composantes les moins aptes à être redressées pour accroître les chances de redressement des composantes secourues ? De manière générale, le contrôle communautaire des aides publiques dans le cadre de la politique de la concurrence pose problème pour diverses raisons⁽⁵⁾.

Tout ceci conduit à penser que l'évaluation des aides publiques manque de critères solides et cohérents. Les Conseils européens de Lisbonne et de Copenhague ont proposé de réorienter les aides publiques en faveur de l'emploi, de la cohésion économique et sociale, de la protection de l'environnement, de la promotion de la R&D et de la croissance des PME. Ce sont évidemment des orientations positives et qui sont par ailleurs pleinement complémentaires de la politique de la concurrence. Mais alors, le monopole de l'instruction des dossiers d'aides publiques confiée à la seule DG Concurrence est contestable alors que la DG Entreprises et Industrie devrait être tout aussi concernée par ces orientations.

Au-delà des remarques générales qui viennent d'être faites et sans traiter à fond les aides d'État, on fera ici un certain nombre de remarques et de suggestions supplémentaires. Comme les politiques de la concurrence traitées plus haut, le contrôle des aides d'État est inscrit dans le Traité de Rome. Un retour sur la logique du Traité, et sur les conceptions qui le sous-tendent, celles d'une concurrence loyale sur un grand marché, est à ce stade utile. Cette analyse suggère des adaptations du contrôle des aides d'État qui fasse plus de place à la subsidiarité, mais aussi une extension possible de la problématique d'harmonisation, dont les aides d'État constituent un chapitre particulier.

2. Grand marché, concurrence loyale et implications pour le contrôle des aides publiques

La question de la définition d'une concurrence loyale est sous-jacente à l'organisation du commerce international. Les opinions sur la loyauté de la concurrence sont variables. Du point de vue économique, la notion renvoie, voire s'identifie, à la question des conditions d'une organisation des échanges entre pays mutuellement avantageuse et au choix entre ces organisa-

(5) Notons aussi que les enjeux des aides publiques dépassent souvent le cadre national et on ne voit pas pourquoi dans ce cas une aide publique d'un État membre serait refusée là où une aide communautaire pourrait être la bienvenue. Comme le fait remarquer Motta (2004, p. 29), on est plus proche en ce domaine de la politique commerciale que de la politique de la concurrence.

tions lorsqu'il y en a plusieurs. Les implications de la logique de l'organisation mutuellement avantageuse sont loin d'être claires en ce qui concerne les aides d'État. Une politique commune de concurrence n'est en principe ni une condition suffisante, ni une condition nécessaire au développement du commerce international.

Mais la logique du Traité de Rome ne relève pas strictement de l'organisation des échanges internationaux. C'est que, d'une part, les pays participants ont à l'époque des niveaux de vie assez voisins, ou en tout cas que les inégalités de salaires entre participants ne sont pas vues comme un problème éventuel. C'est que, d'autre part, l'ambition du Traité de Rome n'est pas réductible à l'accroissement du commerce : le marché commun ne vise pas seulement à l'instauration d'échanges mutuellement avantageux mais à celle d'un grand marché, et il s'agit d'un objectif qui est autant politique qu'économique. Comme pour les accords entre entreprises et pratiques concertées et les abus de position dominante, c'est à nouveau « dans la mesure où elles affectent les échanges entre les États membres » que les aides accordées par les États sont incompatibles avec le Marché commun. Ce rappel suscite trois observations.

On peut noter à nouveau, que *stricto sensu*, il y a peu d'actions de politique économique dans un État membre qui n'affectent pas à la marge, les échanges entre les États membres. Il faut ensuite mentionner que la littérature récente sur les effets des aides d'État sur l'équilibre entre les pays où elles s'exercent, semble conduire à des conclusions beaucoup plus mitigées que celles qui nourrissent les convictions des auteurs du Traité de Rome (voir Seabright et Besley, 2004). Il faut enfin souligner que l'élargissement de l'Union européenne, et en particulier son dernier épisode, donnent au grand marché une dimension, celle d'une tendance à l'égalisation du prix des facteurs entre pays de vie notablement différents, qu'il n'avait pas à ce point auparavant et pas au moment du Traité de Rome. Cette question n'est pas vraiment abordée par la littérature spécialisée à laquelle on vient de faire référence. La question des conditions de la concurrence « loyale » doit être revue dans le nouveau contexte.

2.1. Les aides aux entreprises en difficulté : plaidoyer pour une subsidiarité encadrée

Les aides aux entreprises en difficulté posent un problème dont la spécificité est évidente. L'intervention de l'État, à une période difficile de la vie de l'entreprise, est justifiable autant par les impacts régionaux sur des zones d'emploi sensibles que par les difficultés de coordination entre les divers créanciers et intervenants, même si toutes les théories de l'entreprise existantes portent des regards différents sur l'intérêt social et l'efficacité de cette coordination. Cette légitimité ne garantit pas la pertinence de l'intervention. L'acharnement thérapeutique mis à sauver une entreprise peut être très dommageable aux citoyens de l'État qui s'y livre, mais la protection des

citoyens d'un pays contre les erreurs éventuelles de leur gouvernement n'est pas dans les prérogatives de la Commission. Par ailleurs, les externalités transfrontalières de l'action sont d'évaluation très ambiguë. En particulier, dans ces circonstances la protection d'un concurrent ne se fait pas nécessairement au détriment de la concurrence. En tout cas l'appréciation que l'on porte dépend de la vision de la concurrence que l'on adopte : si en effet, l'aide à une entreprise en difficulté s'oppose de front à la conception que met en avant l'École néoautrichienne, elle est moins inamicale aux conceptions européennes de la concurrence, lesquelles ne sont que modérément en sympathie, on l'a dit plusieurs fois avec les thèses autrichiennes. Paradoxalement ici, l'aide publique peut contribuer à diminuer le risque de position dominante dont l'abus redouté justifie les mesures préventives du contrôle communautaire des concentrations. En d'autres termes, sauver Alstom ne réduit pas nécessairement la concurrence en Europe. Il ne s'agit pas ici, en soulignant les ambiguïtés des externalités de concurrence créées par l'aide aux entreprises en difficulté, de pousser le paradoxe mais simplement de suggérer que la question relève plus de la subsidiarité que ce que l'on dit habituellement.

Une latitude plus grande de l'échelon national ne signifie pas absence de règles claires et symétriques, qui inscriraient un principe de subsidiarité mieux appliqué dans des limites définies, règles qui feraient l'objet d'un contrôle *a posteriori* plutôt qu'*a priori*.

Esquissons deux de ces règles. En premier lieu, le remboursement convenablement échelonné mais effectif de l'aide en cas de succès est une condition nécessaire de la légitimité d'une aide de sauvetage. En second lieu, un plafonnement, par exemple en termes de rapport au PIB, des aides à fonds perdus dans le secteur aides aux entreprises en difficulté, sur une période donnée, constitue une autre condition, susceptible d'être uniforme ou d'être adaptable à des situations économiques particulières comme l'a été la réunification allemande.

La discussion précise des règles, susceptibles d'être édictées dans ce domaine, requiert évidemment une discussion technique approfondie qui dépasse le champ de ce rapport. La logique de la proposition, substituer des règles au sein desquelles s'exerce la discrétion des États membres plutôt que la discrétion communautaire, et passer ainsi d'un contrôle *a priori* à un contrôle *a posteriori*, est cependant explicite et susceptible d'applications, sous réserve d'analyses spécifiques dans d'autres secteurs des aides d'État.

2.2. Une question particulière et d'actualité : la fiscalité sur les entreprises et le *dumping* fiscal

La question des aides d'État, sous forme de fiscalité spécifique favorable aux entreprises, est un tout autre problème. Dans quelle mesure la concurrence fiscale, celle associée au traitement fiscal des profits, est-elle une forme justifiable de concurrence ? Il est difficile d'invoquer les mannes du Traité de Rome pour répondre à une question qui n'était pas à l'ordre du jour à l'époque. La question a une acuité nouvelle avec l'arrivée en Europe

de pays dont le niveau de vie est très différent du niveau de vie moyen de l'UE à 15, puisqu'elle interfère alors dans une certaine mesure avec une question plus vaste et plus difficile : quelles sont les conditions de l'échange mutuellement avantageux entre des pays de niveaux de développement différents ? Sans aller au fond de cette question, il est bien évident qu'elle renvoie à une réflexion renouvelée sur la subsidiarité.

Cette réflexion doit être placée dans une perspective plus générale, celle de la logique d'ensemble de la construction européenne. Les quelques mots que l'on en dira ici ne prétendent pas constituer plus qu'une tentative d'introduction sommaire au débat. Ils conduisent malgré tout à des suggestions susceptibles de nourrir la discussion.

On peut défendre l'idée que le modèle de l'espace économique européen est celui où s'appliquent les préconisations de ce que les théoriciens appellent la « *production efficiency* » : un grand marché permet l'égalisation des prix sur les marchés des biens, laissant subsister des différences géographiques dans la rémunération des facteurs, ces différences s'atténuant progressivement par l'effet d'égalisation des prix des facteurs. Dans ce modèle, où la mobilité des facteurs joue un rôle secondaire, sauf peut-être pour le capital, la détermination du système fiscal, qui concerne la fiscalité sur les biens ou sur les revenus, et même les revenus du capital, la détermination des niveaux de bien collectif, de l'organisation du secteur public relèvent du principe de subsidiarité. La fiscalité spécifique des entreprises, impôt sur les profits, relève par contre de l'harmonisation fiscale.

Dans cette vision du monde, cohérente semble-t-il avec la vision de la construction européenne ou du moins susceptible de lui fournir une rationalisation économiquement cohérente (Guesnerie, 2004), l'harmonisation passe par l'harmonisation des conditions faites à la production. Réinterprétée, cette condition suggérerait bien une certaine harmonisation des taux de fiscalité sur les profits, et non leur absence. De même, elle est compatible, semble-t-il, avec un principe d'harmonisation des conditions financières de sauvetage des entreprises entre les pays plutôt qu'avec l'absence de sauvetage.

TROISIÈME PARTIE

CONSTATS GÉNÉRAUX, CHANTIERS ET PROPOSITIONS

1. Premier constat : une montée en puissance des politiques de la concurrence non dénuée d'ambiguïtés

La fin du siècle dernier a vu un nombre croissant de pays, et pas seulement en Europe, adopter des politiques de la concurrence plus systématiques et mettre en place ou consolider des institutions spécialisées. Ces institutions sont maintenant solidement installées dans nombre de pays développés et leur influence croissante s'accompagne d'une pénétration dans les sociétés correspondantes d'une culture de la concurrence qui à bien des égards est nouvelle et qui a les atours de la modernité. Ce mouvement est, dans certaines dimensions au moins, irréversible. Il s'explique par une conjonction de plusieurs facteurs, dont trois au moins peuvent être rappelés.

1.1. Une conjonction de facteurs favorables

Les États-Unis ont été les pionniers des politiques de concurrence et les inventeurs d'une forme particulière de leur concrétisation institutionnelle. La visibilité du modèle américain, s'est accrue de façon continue après la fin de la Seconde Guerre mondiale. Son influence a grandi, au fur et à mesure que les difficultés du modèle alternatif, celui du socialisme soviétique, sont devenues plus apparentes. L'échec des pays de l'Est et la chute du mur de Berlin renforcent la position focale qu'il avait déjà dans le monde développé et au-delà. La construction européenne, dans sa recherche de références, a toujours été interpellée par l'exemple américain, soit qu'elle ait cherché à s'en distancier pour affirmer sa personnalité, soit qu'elle s'en soit inspirée. C'est le cas pour les politiques de la concurrence, dont les principes affirmés par le Traité de Rome, reprenaient presque mot à mot les deux dispositions principales du *Sherman Act*.

La multiplication des biens et services mis à la disposition de nos sociétés a fait passer le projecteur des produits de base aux biens de consommation diversifiés, quittant ainsi le registre des besoins « fondamentaux » pour celui de la « profusion », associée par ses détracteurs comme par ses laudateurs, à la « société de consommation ». Les avantages comparés de l'action centrale et de l'intervention publique dans la production s'amenuisent lorsque l'on passe des premiers aux seconds. Pour ces derniers, il est difficile de voir dans l'évaluation centralisée des besoins, reposant sur la sagacité de responsables publics, une alternative crédible aux lois du marché, quels que soient les imperfections et les coûts du tâtonnement que ce dernier opère. L'intervention publique directe dans la production paraît ainsi de moins en moins justifiée. Le reflux du mouvement de nationalisations à contre-courant des années quatre-vingt en France, mouvement qui reposait par ailleurs sur une analyse erronée des dynamiques sectorielles, s'inscrit dans ce contexte. Au-delà de l'acceptation croissante de la légitimité des privatisations, ou du moins du renversement total de la charge de la preuve dans leur mise en œuvre, le sentiment que l'époque appelle plus la flexibilité et la réactivité que la mobilisation de rendements d'échelle, s'est largement répandu. Ce sentiment conduit à célébrer les mérites des unités plus flexibles et à vanter la création destructrice, sans toujours retenir les conditions de concrétisation qui la rendent utile. Dans nombre de secteurs, l'avantage comparé des politiques de concurrence par rapport aux politiques industrielles s'est accru, même si elles ne sont pas nécessairement antinomiques, comme on l'a dit plus haut.

Enfin, dans une économie où biens et services se sont multipliés et où ils sont de plus en plus servis par des institutions marchandes à statut privé, l'organisation de la confrontation des stratégies des producteurs appelle des règles du jeu susceptibles d'être elles-mêmes plus complexes. La politique de la concurrence répond à ce besoin accru de règles du jeu. L'identification d'un besoin accru de règles du jeu avec un besoin d'une intensité accrue de « concurrence » est cependant discutable. La multiplication des biens et services, constitue en soi, un facteur endogène puissant d'accroissement de concurrence⁽¹⁾, et la concurrence par la différenciation constitue un substitut à la concurrence en prix. De plus, l'ouverture des marchés à la concurrence internationale, s'est elle-même considérablement accrue au-delà de la zone euro et de l'espace européen. Tant la multiplication des biens et services que la concurrence extérieure, à laquelle l'ouverture internationale soumet de nombreux secteurs, font que nos sociétés se caractérisent par un niveau de concurrence sur le marché des biens, qui, même s'il est difficile de le quantifier précisément, a sans doute peu de précédents historiques.

(1) Sauf à prendre trop au pied de la lettre le modèle chamberlinien.

1.2. Des soutiens croissants mais des ambiguïtés rémanentes...

Le soutien aux politiques de la concurrence s'est accru dans nos sociétés et pas seulement chez les économistes. La croissance de ce soutien ne doit cependant pas masquer certains désaccords récurrents sur les fondements. Selon l'École parfois qualifiée d'autrichienne, les politiques de la concurrence portent atteinte à la liberté contractuelle qui est le fondement des sociétés libérales. Même si elles peuvent aujourd'hui apparaître comme minoritaires, voire très minoritaires, ces objections, peu audibles par les économistes, sont susceptibles d'avoir un écho juridique. Elles ont aussi une certaine pertinence dans la discussion sur les sanctions⁽²⁾.

Dans un autre registre, on l'a déjà dit, les soutiens apportés à tel ou tel aspect des politiques de la concurrence, peuvent résulter d'analyses quelque peu différentes. Dans nombre de cas, raisonnement économique et conception ordo-libérale ont conduit à des préconisations voisines. Mais la coïncidence des conclusions va parfois de pair avec une différence accusée des argumentaires. Plus généralement, les soutiens politiques dont bénéficie telle ou telle dimension des politiques de la concurrence, reflètent des alliances à géométrie variable, en tout cas loin d'être stabilisées. Ainsi, la sensibilité politique de la social-démocratie européenne la rend à la fois sensible à l'argumentaire consumériste en faveur des politiques de la concurrence et inquiète des effets de la logique de dessaisissement de l'État qu'elle pourrait accélérer. Dans le même registre de la sensibilité politique touchant à la question de la « nationalité » de l'entreprise, les préférences ne reflètent pas seulement les effets économiques objectifs (l'absorption de Pechiney par Alcan a-t-elle conduit à une relocalisation des études en Amérique du Nord, par exemple ?) mais aussi celle des sensibilités politiques sur lesquelles l'économiste n'est pas le meilleur juge.

Le soutien à la concurrence auquel souscrivent la plupart des économistes laisse subsister quelques désaccords qui portent simultanément sur l'ampleur des mérites économiques et sur l'intensité souhaitable de la concurrence. Certes, tant les faits, et en particulier la supériorité économique des sociétés ayant adopté le marché sur celles qui avaient parié sur la planification centralisée, que la réflexion économique, ont mis en exergue le mérite de solutions de marché reposant sur une concurrence très significative. Cependant, les formes et l'intensité souhaitables de la concurrence restent sujettes à débat, un débat que devraient continuer à nourrir les progrès ultérieurs de l'histoire et de la réflexion économique.

(2) L'analyse des sanctions dans le droit de la concurrence a fait l'objet d'une communication orale par Philippe Nasse lors des auditions mises en place pour la préparation de ce rapport. Voir Nasse (2005).

1.3. ... et des divergences quant aux effets de moyen et long termes

En ce qui concerne l'état de la théorie économique, rapidement survolée plus haut, les limites du consensus touchent simultanément plusieurs points :

- le pouvoir explicatif des meilleurs modèles de l'économie industrielle. La question renvoie à la robustesse des conclusions spécifiques auxquelles ces modèles conduisent mais aussi à leur capacité à appréhender synthétiquement toutes les dimensions de la concurrence oligopolistique (concurrence en prix, en différenciation, en capacités et en R&D). Une interrogation, celle portant sur la capacité prédictive des modèles de l'économie industrielle utilisés pour l'analyse normative transparaît en filigrane dans tout ce débat ;

- le rôle des marchés financiers et l'efficacité de l'allocation du capital à laquelle ils parviennent. Derrière cette question se profile celle de l'utilité sociale du profit des entreprises, et les mérites respectifs du financement interne et du financement externe. L'interrogation renvoie aussi bien aux caractéristiques technologiques, qu'à l'examen détaillé du fonctionnement des entreprises et à celui des marchés. Il serait excessif de prétendre que nous disposons d'une théorie satisfaisante sur l'ensemble de ces points. Les questions de la taille, celles sur la gouvernance des entreprises, se greffent sur ce débat et l'alimentent ;

- les relations entre concurrence sur le marché du travail et concurrence sur le marché des biens. Ceci renvoie à la gestion politique des effets ambigus et potentiellement déstabilisateurs d'une variabilité de l'intensité de la concurrence sur le marché du travail au sein d'une société donnée, notamment dans une société ayant des contrats implicites de travail très rigides, comme c'est le cas dans la société française ;

- le degré de complémentarité ou de conflictualité entre concurrence et innovation. C'est un sujet d'une importance majeure, qui a déjà été abordé et sur lequel nous revenons encore plus loin. Nous avons retenu à ce stade, sans dissimuler sa fragilité, la conclusion provisoire du complément de Rachel Griffith, à savoir que l'innovation s'accroît d'abord avec l'intensité de la concurrence, passe par un maximum pour des niveaux intermédiaires de concurrence puis décroît lorsque l'intensité de la concurrence dépasse le niveau intermédiaire le plus favorable.

Ces interrogations ne conduisent pas la plupart des économistes à nier qu'au moins de façon générale, les politiques de la concurrence conduisent à transférer du revenu aux consommateurs et à accroître de façon significative son pouvoir d'achat à court terme. Cependant, ces interrogations conduisent à des divergences qui peuvent être fortes dans nombre de cas d'espèce, sur les effets à moyen et long termes. Ces divergences portent non seulement sur l'ampleur des bénéfices associés aux politiques de la concurrence mais aussi éventuellement sur le sens des actions à entreprendre. Elles mettent en cause non seulement l'intensité souhaitable de la concurrence, qui dépend de son efficacité relativement à celle d'autres instruments, mais parfois son sens.

Bien entendu, les faits empiriques constituent l'instance en dernier ressort pour trancher des thèses mises en avant dans les débats théoriques. Des études économétriques et des études de cas fournissent parfois des indications précieuses et des réponses nuancées à des questions précises. Il n'était pas dans les objectifs de ce rapport de mener de telles études, mais il est clair qu'elles doivent être largement encouragées. L'étude de Davies et *al.* (2004) apporte ainsi des éclaircissements intéressants à la question suivante : Quelle part l'intensification de la concurrence, dans une société qui y était peu exposée, a-t-elle eu dans les performances de l'économie anglaise⁽³⁾ ? Il serait intéressant de poursuivre en se demandant si ces performances ne sont pas d'abord l'effet des réformes administratives, notamment celles sur le marché du travail. De même l'étude de Gordon (2004) apporte des éclairages tout à fait intéressants sur l'impact des politiques de la concurrence dans le dynamisme technologique des États-Unis⁽⁴⁾ ?

Au total, il convient de réaffirmer que si la légitimité de la politique de la concurrence est maintenant largement reconnue, la question des formes et de l'intensité optimales de la concurrence n'aura sans doute jamais de réponse gravée dans le marbre, indépendante de la forme historique de l'activité économique ou du secteur à l'examen. C'est une des rares conclusions qui nous paraît robuste à la fois aux prédictions théoriques et aux résultats des trop rares investigations empiriques en la matière. Elle conforte, dans un certain sens, le traitement « sur mesure » pourrait-on dire des cas examinés, par les autorités et les juridictions qui ont la charge de l'application des textes et du droit de la concurrence.

(3) L'étude de Davies et *al.* (2004) rassemble six études de cas illustrant les effets de l'ouverture à la concurrence dans un certain nombre de secteurs d'activité au Royaume Uni : vente au détail des produits optiques, appels téléphoniques internationaux, prix de vente imposé du livre, transport aérien en Europe, restrictions verticales dans la vente automobile, matériel d'équipement de football. Quatre des conclusions obtenues méritent d'être mentionnées :

- l'ouverture à la concurrence a conduit à une réduction des prix (sauf dans les cas de la vente du livre et de l'optique de détail) ;
- la politique de la concurrence et la régulation sectorielle ont eu des effets conjugués qui vont dans le même sens ;
- l'entrée dans les secteurs ouverts à la concurrence dépend avant tout de l'offre de capacités entrepreneuriales mais celles-ci ne sont pas toujours présentes ;
- la concurrence n'a pas eu pour seul effet d'abaisser les prix, elle a surtout mis en œuvre de nouvelles pratiques organisationnelles et commerciales.

(4) Gordon (2004), bon observateur des évolutions économiques des deux côtés de l'Atlantique, crédite la politique de la concurrence de l'émergence d'une industrie du software indépendante de celle du *hardware* et d'un progrès spectaculaire de la diffusion des technologies de l'information notamment dans la grande distribution et le commerce, mais il attribue en même temps les progrès de la recherche dans le secteur des médicaments à des profits des industries du secteur de nature peu concurrentielle : « Les entreprises pharmaceutiques américaines ont pu aussi réaliser des profits importants, dont le plus gros a été réinvesti en R&D. Ceci est la conséquence de l'existence de rentes élevées gagnées au détriment d'un système de santé très fragmenté, sans effort du gouvernement pour plafonner les prix ou les profits des entreprises pharmaceutiques » (p. 25).

2. Deuxième constat : des instruments bien rodés mais des registres d'intervention distincts et des objectifs d'interprétation ouverte

2.1. Une évolution progressive d'instruments aujourd'hui bien rodés...

La politique de la concurrence s'est concrétisée autour d'instruments forgés puis développés aux États-Unis il y a de nombreuses décennies, s'organisant autour de textes visant à protéger la concurrence et de procédures administratives et juridiques pour les mettre en œuvre. C'est cet ensemble d'instruments qui a été adopté par l'Europe et dans la suite par de nombreux pays européens. Il serait excessif de dire qu'il a été adopté clés en main, car il a été modifié, adapté aux configurations antérieures, mais la copie ressemble beaucoup à un original dont l'histoire avait sélectionné les traits.

Les politiques de la concurrence, on l'a longuement rappelé plus haut, constituent des constructions originales, pragmatiques, inscrites dans un espace de confrontation entre conceptions issues du droit, de l'économie et de la philosophie politique. Elles ont mis en œuvre des conciliations souvent inventives, en particulier entre règles juridiques et action économique. Les solutions qu'elles ont introduites pour réduire la tension entre sécurité juridique et sophistication économique illustrent cette affirmation. Les termes relativement vagues des premiers textes sur la concurrence ouvraient au moins deux possibilités.

La première était celle d'une spécification ultérieure en des termes dont la vérification par les tribunaux relève de critères objectifs, c'est-à-dire une transposition dans des dispositions dont non seulement l'observabilité mais aussi la vérifiabilité est avérée, les deux termes étant pris dans le sens que leur donne la théorie économique des contrats. Par exemple, on aurait pu fixer une limite quantitative à tel ou tel ratio de concentration, en le déclinant éventuellement selon le secteur. C'est la logique de ce que l'on appelle les règles *per se* dont le non-respect constitue une violation du droit, indépendamment de l'effet ou de l'objet de la prohibition.

L'autre possibilité est celle du recours à la règle de raison, une règle progressivement adoptée, reposant sur une discussion raisonnée au cas par cas, destinée à évaluer les effets du recours à des pratiques dont le caractère anticoncurrentiel n'est que présumé *a priori*. Dans cette optique, les textes doivent conserver une formulation relativement générale. La discussion porte donc autant sur l'esprit d'un texte que sur sa lettre, par ailleurs souvent plutôt imprécise. La conformité à l'esprit, fut-elle appréciée comme une règle de raison, renvoie bien entendu à l'esprit juridique de la loi, mais aussi à son esprit économique. Cette solution est intellectuellement plus satisfaisante parce qu'elle laisse la place à l'interprétation, même si elle est également porteuse de variabilité interprétative⁽⁵⁾ et donc d'insécurité juridique accrue.

(5) Cette variabilité, on vient de le dire, procède d'une double source, à la fois juridique et économique. Il serait intéressant de faire la part entre droit et économie dans l'histoire des fluctuations de la jurisprudence, histoire qui a été rappelée ci-dessus. Tel n'est pas notre

La mise en œuvre de l'instrument politique de la concurrence crée une tension entre universalité et spécificité. Cette tension s'observe dans plusieurs dimensions, celle du mode d'intervention et celle des objectifs que la politique de la concurrence s'assigne. Pour ce qui concerne le style de l'intervention, l'instrument politique de la concurrence aspire à l'universalité : il définit des principes destinés à s'appliquer dans l'ensemble des secteurs économiques. L'instrument reflète ainsi les objectifs généraux des textes fondateurs qui l'ont façonné et la traduction d'abord juridique qui en a été faite. On peut penser, comme Martin Hellwig, président de la *Monopolkommission* allemande, que c'est de sa vocation transversale et des principes généraux qu'elle énonce que la politique de la concurrence tire sa légitimité. Et c'est évidemment sur une théorie transversale de la concurrence qu'elle appuie sa doctrine économique. Le parti pris transversal n'interdit certes pas la prise en compte de spécificités des cas à l'examen. La définition du marché pertinent, l'évaluation du pouvoir de marché, des barrières à l'entrée et des mécanismes de fixation des prix reflètent bien des réalités spécifiques aux secteurs. Mais malgré sa grande plasticité, la politique de la concurrence est rétive aux considérations sectorielles que la culture des « *business schools* » ou les études empiriques de l'industrie mettent au premier plan. Elle est aussi mal à l'aise dans la déclinaison de la variété des formes de la concurrence, comme le montrent les errements européens récents sur la concurrence sur le marché de l'assurance. En l'occurrence, on a vu se dessiner une conciliation à tout le moins laborieuse entre la vision stylisée et générale de la concurrence et les spécificités du marché de l'assurance dont l'évaluation économique met en évidence l'intérêt social d'un certain nombre de restrictions à la concurrence⁽⁶⁾.

2.2. ... mais qui jouent sur des registres différents

Universelle dans sa visée, la politique de la concurrence a aussi plusieurs registres, dont les frontières et la logique méritent discussion. On en distinguera quatre, selon le type d'intervention qu'ils requièrent :

- les interventions visant à combattre et réprimer les fraudes, qui se situent en amont des politiques de concurrence et qui n'appellent pas de remarques particulières, sinon pour mentionner qu'il s'agit d'un chapitre essentiel (le droit de la consommation) pour la protection du consommateur et des mécanismes marchands ;

propos. Il est simplement de souligner que cette variabilité a à la fois une composante temporelle due à l'évolution progressive et parfois rapide des conceptions juridiques et économiques, et une composante instantanée du fait de l'aléa dû à la discrétion de décideurs faillibles lorsqu'ils se livrent à un moment donné à l'appréciation synthétique de dossiers complexes.

(6) La concurrence à la Bertrand est en effet souvent déstabilisatrice en présence d'asymétries d'information, l'écroulement auquel conduit la concurrence non encadrée étant susceptible de réduire dramatiquement l'efficacité de l'assurance, socialement sensible, contre le risque de *re-classification* (voir par exemple Chiappori, 1997).

- les interventions répressives en matière de comportements anticoncurrentiels. Ces interventions sanctionnent des infractions à des règles en vigueur : ententes interdites et/ou accords injustifiés, abus de position dominante, clauses contractuelles limitant de manière indue le processus concurrentiel dans ses dimensions horizontales et verticales, stratégies prédatrices, etc. Ces règles relèvent de la définition d'une concurrence « loyale » dont toute économie de marché a besoin. Il ne s'agit pas d'entraver les efforts améliorant les performances économiques, en prohibant des comportements qui ne portent préjudice qu'à des concurrents moins efficaces. Il s'agit plus simplement d'empêcher que des agents s'entendent sur une répartition du marché ou abusent d'un pouvoir de marché substantiel de manière à se soustraire à une pression concurrentielle dont le marché est le vecteur. Bien sûr, il est difficile de tracer des lignes de démarcation précises entre ce qui relève d'une concurrence normale et d'une concurrence abusive, mais comme on l'a vu, tout l'art de la politique de la concurrence est de trouver des compromis satisfaisants en la matière. Notons ici, que ces interventions répressives portent essentiellement sur le dernier étage de la concurrence, à savoir la concurrence en prix et/ou en contrats ;

- les interventions d'intention prospective portant sur les fusions-acquisitions, les relations entre entreprises ou, à l'échelon européen, les aides publiques aux entreprises en difficulté. Certaines de ces opérations sont soumises à autorisation préalable (fusions, aides publiques), d'autres sont à présent soumises au régime de l'exception légale (accords ou partenariats entre entreprises). La décision relève ici d'une logique différente, celle de l'évaluation des effets dans l'avenir d'une autorisation ou d'un refus. On a déjà évoqué les spécificités juridiques de telles interventions et le caractère parfois contesté de certains des argumentaires qu'elles suscitent. Interdire par exemple une fusion parce qu'elle accroît le risque futur de comportements illicites est contestable pour au moins deux raisons. Premièrement, il faut pouvoir montrer que la plausibilité de tels comportements illicites est très forte, pour ne pas dire inéluctable. Deuxièmement, on a le sentiment que, même sous cette hypothèse, une fusion conduisant à des synergies suffisantes peut être économiquement souhaitable dès lors que les autorités de la concurrence conservent la possibilité de sanctionner la pratique illicite anticipée, si elle venait à se concrétiser.

Les ententes relèvent, elles, de dérogations à des règles de concurrence énoncées plus haut, en fonction d'objectifs généraux. Comme dans les autres catégories d'interventions d'intention prospective l'instruction devrait plutôt mettre l'accent sur les moyen et long termes, un horizon où les objectifs des politiques de concurrence deviennent plus flous et interfèrent nécessairement davantage avec les objectifs d'autres politiques publiques.

Notons que la distinction entre interventions répressives et interventions prospectives ne recouvre pas totalement la distinction entre interventions *ex ante* et interventions *ex post*, même si c'était le cas avant que le régime de l'exception légale ne soit mis en place. Elle renvoie certes à la distinction droit commun-exemptions, mais ne s'y identifie pas, sauf à ad-

mettre que les fusions acquisitions sont interdites de droit et que leur autorisation relève de l'exemption. La distinction ne recouvre pas non plus, du moins exactement, la distinction entre règles de la concurrence portant sur ce que l'on appelé plus haut le quatrième étage du processus (concurrence en prix et en contrats) et celles concernant plutôt les trois autres étages (différenciation, capacités et innovation). Elle n'oppose pas non plus un domaine d'intervention où le raisonnement économique mobilisé serait plus sophistiqué (le prospectif) et un autre où il le serait moins (le répressif). En effet, même si l'on peut relever une certaine corrélation entre ces catégories et le degré de sophistication⁽⁷⁾ du raisonnement sollicité, on ne peut dire que les raisonnements économiques servant à évaluer la légitimité de telle ou telle pratique de vente liée sont d'un degré de complexité clairement inférieur à ceux sollicités pour évaluer, par exemple, les effets unilatéraux d'une fusion.

Notons ici que le fait que les interventions répressives et les interventions prospectives soient traitées dans un cadre institutionnel relativement homogène relève d'un épisode historique qui mérite qu'on y revienne : le *Clayton Act* qui a introduit le contrôle des concentrations a eu pour première fonction d'éviter le détournement constaté des clauses du *Sherman Act* par le biais des fusions. Cet épisode historique souligne la réalité de la dimension effets sur la concurrence future et montre la logique des choix institutionnels faits alors. L'épisode suggère cependant que la réduction des opérations structurelles à leurs effets sur la concurrence, réduction qu'a opéré alors la politique américaine et qui déterminera son évolution future, résulte d'une certaine sur-réaction à une difficulté du moment. L'application des règles du jeu de la concurrence et l'action sur les structures renvoient à des modalités d'intervention contrastées qui relèvent de démarches intellectuelles certes complémentaires mais distinctes. Il paraît dans ce cadre naturel de revenir sur les bifurcations historiques et éventuellement réfléchir plus avant sur leur logique. Fermons cette parenthèse.

Aux interventions « répressives » et « prospectives », il faut enfin ajouter une dernière catégorie.

- les interventions en situation. C'est sous cette rubrique que l'on peut classer l'intervention de régulation sectorielle. Elle répond à un objectif de libéralisation conduisant à favoriser l'ouverture à la concurrence d'un secteur spécifique, anciennement monopolistique, et elle intervient en situation avec des instruments et des procédures qui ne sont ni ceux de la politique de la concurrence ni ceux de la politique industrielle. Par exemple, les autorités de régulation sont amenées à prendre, en situation, des décisions concernant le niveau d'un prix d'accès à une infrastructure commune, là où les interventions de la politique de la concurrence se limitent à des normes de

(7) De même qu'il y a une corrélation entre ces catégories et la part relative prise par le *per se* et la règle de raison.

comportement (indépendance, rivalité, etc.) et non à des niveaux de prix. Parfois, la politique de concurrence est amenée à déborder son champ d'action traditionnel en précisant la signification d'une charge d'accès raisonnable ou d'un prix normal de licence, mais ceci est plutôt du domaine de l'exception. De plus, les politiques de régulation sectorielle opèrent par délégation, à partir d'objectifs déterminés et non sur la base de textes généraux. Il s'agit donc bien d'un registre spécifique de l'intervention publique⁽⁸⁾.

L'analyse qui vient d'être menée suggère que si les trois derniers registres envisagés participent d'une politique publique de l'offre, ils diffèrent néanmoins aussi bien par les modalités de mise en œuvre de la politique que par les objectifs spécifiques et identifiables qu'on leur assigne. Il est donc utile ici de revenir sur la question des objectifs.

2.3. Des objectifs à géométrie variable ?

La rationalité des constructions institutionnelles passerait, c'est du moins ce que préconisent souvent les économistes, par une correspondance entre instruments et objectifs. À un objectif serait associé un instrument et vice versa : c'est du moins le modèle que les analyses classiques, telles celles de Musgrave, ont popularisé dans la profession et au-delà.

La politique de la concurrence fournit pourtant l'exemple d'un instrument dont l'objectif est non pas unique mais pluriel. Le conflit d'objectifs, celui qui apparaît entre plusieurs instruments aux objectifs différents est une situation générale et inévitable. Mais la pluralité, ou la définition imprécise des objectifs associés à la promotion de la concurrence, rend plus difficile dans le cas d'espèce la résolution des conflits avec d'autres instruments aux objectifs plus explicites.

Il est impératif à ce stade de revenir brièvement sur cette ambiguïté affirmée. Elle est déjà apparue dans la discussion antérieure des objectifs stylisés : en s'en tenant à son registre technique « économiste », la politique de la concurrence doit-elle viser l'objectif de maximisation du surplus du consommateur ou celui de la maximisation du surplus global ? S'agit-il du surplus à court terme ou à long terme ? Si l'on fait abstraction du fait que la réponse à ces questions peut elle-même dépendre de l'idée que l'on se fait du fonctionnement de l'économie (c'est le cas éventuellement pour apprécier la valeur sociale du profit) ou de la présence de certains objectifs redistributifs, dont la définition en démocratie dépend en principe du pouvoir politique, on ne pourra manquer de reconnaître que l'objectif promotion de la concurrence, même s'il est interprété dans un cadre analytique restrictif mais propice à l'exercice de la précision, conserve un flou artistique. Ce

(8) Dans son complément, Philippe Choné analyse les rapports entre la politique de la concurrence et les politiques de régulations sectorielles et les formes spécifiques que prennent ces rapports en France, au niveau communautaire et aux États-Unis.

flou n'est levé ni par l'élargissement du point de vue, ni par les textes, européens en particulier, qui comme l'écrit Giorgio Monti (2002), permettent une lecture extrêmement large des considérations pertinentes aux politiques de la concurrence.

La politique de la concurrence est donc tiraillée, on l'a dit plus haut, entre deux modèles polaires.

Le premier privilégie l'intérêt du consommateur. Plaide pour cette solution, un argument d'économie politique (à savoir que les autres intérêts en jeu, ceux des entreprises, des salariés, des citoyens sont représentés ailleurs). Elle conduit cependant à revoir les procédures de résolution des conflits avec les autres objectifs de la politique économique.

Le second prend le point de vue, pour reprendre la métaphore technique, d'un surplus total élargi dont la pondération serait éventuellement informée par le processus démocratique. Oubliant la métaphore technique, il s'agirait de prendre le point de vue du citoyen économique. La politique de la concurrence adopterait un point de vue synthétique susceptible de gommer les conflits avec les politiques de production adjacentes, voire de justifier une prétention à la compétence universelle sur la politique de la production. Mais la technicité des analyses qu'elle requerrait alors, qui renverraient à toutes les dimensions de l'action économique (politique industrielle et politique de l'innovation incluses) serait considérablement accrue et la légitimité démocratique des arbitrages qu'elle proposerait, qui incluent évidemment arbitrages distributifs et géographiques, serait à tout le moins sujette à caution.

Où se situe la politique de la concurrence européenne entre ces deux modèles polaires ?

L'opinion de Giorgio Monti est à nouveau intéressante, même si elle est discutable. Il analyse les interventions de la DG Concurrence comme manifestant une priorité autant symbolique que réelle à l'intégration du marché européen, priorité autour de laquelle viennent se greffer deux autres objectifs. Le premier est la défense de la concurrence en tant que processus, au sens ordo-libéral du terme (liberté d'entreprendre conduisant à limiter l'exercice du pouvoir économique). Viendrait en second, l'efficacité économique, qu'il appelle néoclassique, c'est-à-dire les considérations liées à l'analyse des effets de la concurrence oligopolistique sur le surplus des consommateurs et le bien-être que les économistes mettent en général en avant. Les autres objectifs de l'Union européenne, qui selon lui peuvent incorporer défense de l'emploi ou équilibre régional, et qui relèvent de ce que l'on a appelé plus haut les externalités de la concurrence, constitueraient, des objectifs de second rang, de « dignité » inférieure pourrait-on dire, mais susceptibles d'être pris en considération.

Cette vision suggère une capacité d'interprétation relativement large de la DG Concurrence, et une prééminence de fait des politiques de concurrence sur les politiques avec lesquelles elle pourrait être potentiellement en conflit.

2.4. ... et non individualisés selon les registres

L'instrument de la politique de la concurrence existe et son identité est associée aux différents textes, institutions et procédures qu'elle met en place, mais aucun des différents registres n'est en principe associé à une identification plus précise d'objectifs.

Pourtant la différence, sans doute la plus significative entre les deux catégories (préventive, répressive) définies ci-dessus, que l'on peut donc voir comme fondatrice, tient au fait que les interventions préventives ont des effets plus directs et plus importants sur la structure du système productif, effets qui placent nécessairement ces interventions dans une zone frontière, zone de recouvrement où les conflits potentiels entre les objectifs centraux de la politique de la concurrence et les objectifs d'autres politiques sont potentiellement les plus grands. Par exemple, la forme et l'intensité des coopérations autorisées dans le domaine des accords technologiques, renvoient à des enjeux qui sont aussi ceux associés aux politiques d'innovation. Les lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité (2004/C 101/08), reconnaissent le problème, même si les solutions qu'elles proposent restent en deçà des véritables enjeux. De même, en affectant les structures de production, les autorisations, refus ou soumission à des mesures correctives des opérations de fusions-acquisitions interfèrent éventuellement avec la politique industrielle. L'intégration récente dans le droit communautaire des gains d'efficience dans le bilan d'une opération de concentration témoigne bien de la prise en compte de cette interférence, sans pour autant épuiser le problème.

Sauf à revendiquer pour les politiques de la concurrence un statut de monopole au sein des politiques de la production (cette position est parfois explicitement défendue), il faut convenir que l'interférence entre le point de vue de la concurrence et les autres points de vue est susceptible d'être particulièrement accusée dans le registre des interventions préventives. Les conflits entre le consommateur et ce que l'on pourrait appeler le citoyen économique sont potentiellement significatifs⁽⁹⁾.

(9) L'analyse d'une fusion-acquisition peut aller bien au-delà de ce que les méthodes standard de la politique de concurrence ont intégré dans leur routine. Faut-il pour conquérir le marché chinois parier sur de grandes entreprises ou escompter de meilleurs résultats d'une industrie plus fragmentée ? La réponse, qui a des incidences sur la forme souhaitable du contrôle des concentrations, relève d'une réflexion sur la politique structurelle. On peut imaginer qu'elle dépende considérablement du secteur à l'examen, des produits qu'il fournit et de son histoire.

À ce conflit d'objectifs, au sein d'un même registre de la politique de la concurrence, fait éventuellement écho, un conflit de même nature entre l'instrument politique de la concurrence et d'autres instruments. L'identification de différents registres faite ici doit à la fois⁽¹⁰⁾ :

- permettre de réfléchir à une meilleure correspondance instrument-objectif ;
- internaliser, notamment par le biais institutionnel, les différents effets à l'œuvre ou encore les externalités éventuelles selon les registres d'intervention. Des propositions en ce sens sont présentées plus loin.

3. Troisième constat : un régime apparemment stabilisé en Europe, mais qui laisse ouvertes des interrogations

3.1. Une évolution historique aujourd'hui en passe d'être stabilisée...

Le dispositif actuel des politiques de la concurrence est le produit d'un processus historique long, « *path dependent* » diraient les économistes, processus dont les grandes lignes ont été longuement décrites plus haut. Ce processus reflète l'essor en Europe de la politique de la concurrence, l'adhésion croissante à ses principes et le renforcement de ses institutions. La montée en puissance de la DG Concurrence à Bruxelles, la position prééminente qu'elle a acquise parmi les autres directions, illustrent le phénomène. De fait, le dynamisme des autorités Bruxelloises de la concurrence est un ingrédient essentiel de leur ascension. Il faut ajouter, pour expliquer le phénomène, la logique interne du travail jurisprudentiel autour de textes nouveaux et, on l'a dit aussi, la perméabilité croissante des élites économiques européennes aux conceptions de la régulation économique venues d'outre-Atlantique.

On peut après coup soutenir que l'évolution observée était en germe dans le Traité de Rome. Mais elle n'était aucunement prédéterminée. Elle combine des interprétations initiales qui ont été progressivement consolidées et ont suscité des modifications progressives des textes.

Pour témoigner du premier mouvement, rappelons que la résistance des entreprises nationales à l'arrivée de concurrents étrangers a d'abord été perçue comme un obstacle au grand marché. Les deux articles servant de base au droit communautaire de la concurrence sont de ce point de vue tout à fait explicites. Selon le 81.1, pour être prohibés, les comportements requièrent deux conditions cumulatives : ils doivent être susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et⁽¹¹⁾ ils doivent avoir pour objet ou

(10) L'assignation d'un instrument à un objectif et vice versa rend la résolution des conflits plus facile, si l'on en croit les analyses dans la lignée de Musgrave. La classification en registres distincts, présentée ci-dessus, prend acte de cette difficulté particulière et propose un traitement spécifique du noyau conflictuel qu'elle circonscrit.

(11) Et non pas ou.

pour effet de restreindre la concurrence. Il en est de même pour le 82 : l'exploitation abusive d'une position dominante n'est condamnable que dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté. Ce sont donc, à l'image des sections 1 et 2 du *Sherman Act*, les limitations du commerce entre États membres qui sont des conditions nécessaires au déclenchement des dispositions du Traité. Les restrictions à la concurrence ne deviennent suffisantes que si elles sont la cause de ces limitations du commerce.

Il est bien évident que cette condition de limitation du commerce laisse une grande liberté d'interprétation : *stricto sensu*, il y a peu d'actions de politique économique dans un État membre qui n'affectent pas, au moins à la marge, les échanges entre les États membres. L'interprétation que fera la DG Concurrence, suivie en cela par la jurisprudence, sera très extensive. Et l'on peut se demander si la condition d'altération des échanges entre États membres, fortement soulignée pour l'ouverture des marchés de l'énergie par exemple, ne fait pas, dans d'autres secteurs, l'objet d'invocations qui peuvent paraître parfois quelque peu rituelles, tant dans la pratique de la Commission que dans la jurisprudence.

À vrai dire, quoi que l'on pense des connections entre concurrence et intégration du marché, sans doute plus lâches que ce qui a été mis initialement en avant, cette doctrine portée par la DG Concurrence a été progressivement légitimée et entérinée politiquement. Ainsi, le cadre général mais aussi les arrangements particuliers et les modifications réglementaires ont été approuvés à chaque étape par les gouvernements des pays membres, dans le cadre formel des Conseils européens. Les réticences françaises ont parfois freiné le mouvement, mais en contrepartie, beaucoup d'observateurs interprètent l'ordonnance de 1986, comme un ralliement du gouvernement français à la vision Bruxelloise des politiques de la concurrence, ralliement qui aurait emporté les restes de scepticisme de plusieurs pays et aurait constitué le point de départ d'une relance de la politique de la concurrence en Europe.

Aujourd'hui la stabilité institutionnelle de la politique de la concurrence en Europe paraît particulièrement assurée. Les dispositions du droit communautaire de la concurrence figurent dans le projet de Traité établissant une constitution pour l'Europe, même si le statut de ce projet est devenu incertain après les résultats des référendums en France et aux Pays-Bas⁽¹²⁾.

(12) On peut regretter que le projet de Traité constitutionnel n'ait pas accordé une place aussi importante à la R&D et à la propriété intellectuelle, comme le fait la constitution américaine. Rappelons que celle-ci autorise le Congrès à promouvoir le progrès des sciences et des arts en offrant aux auteurs et inventeurs, pour une durée limitée, des droits exclusifs sur leurs travaux et découvertes respectifs (US Constitution, article 1, §8, clause 8). Pour sa part, le projet de Traité constitutionnel se contente de rappeler dans un paragraphe lapidaire (article 77, §2) que la propriété intellectuelle est protégée. La raison est qu'il n'existe pas encore une législation européenne unifiée en la matière. On pouvait espérer que la règle de majorité qualifiée dans le projet de Traité constitutionnel de l'Union aurait permis de parvenir à un accord sur le statut d'un véritable brevet communautaire délivré par l'Office européen des brevets à Munich, qui ne se réduise pas à une simple procédure centralisée de délivrance, comme c'est encore le cas aujourd'hui. Si le rejet du projet de Traité constitutionnel rend cette perspective moins plausible, son caractère souhaitable n'en reste pas moins entier.

Comme on l'a rappelé plus haut, à compter du 1^{er} mai 2004, la mise en œuvre des articles 81 et 82, régulés jusqu'à cette date par le règlement 17/62 du 6 février 1962, a été profondément remaniée à la suite du nouveau règlement d'application (règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002). Après donc une expérience de plus de quarante ans, ce nouveau règlement ouvre l'ère de la communautarisation du droit de la concurrence dans les pays membres. De plus, après une expérience de près de quinze ans, le contrôle des concentrations a connu récemment d'importantes transformations, à la fois en termes de critères d'appréciation, de procédures de renvoi et de coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence (règlement 139/2004). Ce règlement remplace le critère de position dominante par celui d'« affaiblissement substantiel de la concurrence », élargit le champ d'investigation du contrôle communautaire des concentrations tout en modifiant la notion juridiquement incertaine de dominance collective, dont le TPI avait récusé plusieurs interprétations. En sens inverse, la nouvelle rédaction ouvre la porte à la considération de l'*efficiency defense*, vis-à-vis de laquelle la DG Concurrence avait manifesté beaucoup de réticences. De leur côté, le principe de l'exception légale, le renforcement des pouvoirs d'enquête, l'amélioration des conditions de la détection des pratiques délictueuses et l'accroissement du rôle des plaignants renforcent sensiblement la prééminence du droit communautaire. La constitution d'un réseau européen de la concurrence va également dans le sens d'une harmonisation où la DG Concurrence restreint certes son rôle d'intervention directe mais accentue son rôle de chef d'orchestre.

Toutes ces évolutions récentes consacrent donc largement le succès des vues portées par la DG Concurrence pendant de longues années et expliquent la chaleur de la célébration par le commissaire Mario Monti du 1^{er} mai 2004, comme la journée de la concurrence.

3.2. ... mais des problèmes préoccupants, comme ceux posés par l'exploitation des complémentarités entre politiques de la concurrence et de l'innovation, subsistent

Ces remarques faites, et sans renier les mérites de l'émergence d'un système cohérent qui a imprégné la culture économique et juridique de la concurrence dans les pays membres, nous porterons ici une critique fondée sur le déséquilibre que fait apparaître d'une part, une politique communautaire forte de la concurrence et le renforcement de ses objectifs intrinsèques et, d'autre part, la relative déshérence en Europe des politiques de la recherche, de l'innovation et de la compétitivité industrielle, en dépit des intentions manifestes et des objectifs proclamés lors du Sommet de Lisbonne.

Pour expliquer ce déséquilibre, il est tentant d'accuser les politiques européennes de la concurrence d'avoir manifesté un zèle de nouveau converti : pour dépasser le maître, et dans une logique d'émulation, elles auraient mis

en place une version plus dure de la politique américaine et ce, au moment où celle-ci s'assouplissait pour favoriser l'innovation et laisser un espace à ce qui s'apparente à une politique industrielle, même si le terme n'est pas explicitement utilisé. Il y aurait donc eu une certaine forme d'« *overshooting* ». Il est vrai qu'une meilleure exploitation des complémentarités de la politique de la concurrence avec les politiques de la recherche, de l'innovation et de la compétitivité, est dans le contexte actuel à la fois possible et souhaitable. Même s'il ne prend pas parti sur les contenus de ces politiques, ce rapport n'en récusé aucunement le principe et y voit des compléments et non des substituts aux politiques de la concurrence. Mais quelle que soit la part de vérité dans la thèse qui vient d'être évoquée, qui effectivement mérite discussion et ne peut être écartée d'un revers de main, ce n'est pas l'essentiel.

Le problème essentiel vient du déséquilibre que les textes en vigueur, aujourd'hui les traités, instaurent entre une politique de la concurrence qui a un statut communautaire et des politiques de la recherche et de l'innovation et de la compétitivité qui ne sont pas de la pleine compétence communautaire. Cette dissymétrie de compétence ne donne pas seulement préséance à la première mais conduit logiquement à une résolution des conflits à l'échelon européen qui privilégie le point de vue de la seule politique « réellement européenne », à savoir la politique de la concurrence⁽¹³⁾. Les conflits entre politique de la concurrence, politique de l'innovation et la compétitivité industrielle existent aussi aux États-Unis, mais la politique de l'innovation, même si elle s'exerce dans un cadre différent est aussi « fédérale » que la politique de la concurrence, et quelle que soit la légitimité de cette dernière.

Il y a là une difficulté sur laquelle nous suggérerons des pistes de recherche dans la suite, soit pour laisser un espace de subsidiarité à la fois pour les aides d'État, les politiques de l'innovation et de la compétitivité, soit pour communautariser ces politiques.

4. Des constats aux recommandations : grands chantiers, propositions et suggestions

Nous commencerons par un message général.

Le débat sur la concurrence dans nos sociétés est entré avec fracas dans le domaine public lors du dernier référendum. Il pose des problèmes multiples sur la construction européenne et son identité politique, sur l'intensité souhaitable de la concurrence dans nos sociétés, problèmes sur lesquels le pouvoir politique est interpellé. Les gouvernements devront expliquer à une société française, généralement mal informée et assez peu convaincue

(13) De la même manière, la transmutation du « positif » (l'Europe a une politique communautaire de concurrence) au « normatif » (la concurrence est une valeur cardinale de l'Europe) n'est pas sans risque politique.

a priori, les mérites de la concurrence et, soit assumer les choix opérés, soit, si ce n'est pas le cas, se trouver en position d'être sommés de modifier une donne institutionnelle conduisant à des choix jugés forcés et inadaptes.

Les analyses faites dans ce rapport suggèrent que le registre du message politique doit être à la fois clair et modéré : la concurrence est non seulement inévitable mais globalement bénéfique. Cependant, la concurrence optimale n'est pas la concurrence maximale.

De plus, la concurrence ne doit pas seule occuper le devant de la scène dans la politique européenne. Non pas, encore une fois, que ses acquis n'aient pas été bénéfiques, notamment au niveau de la construction du marché unique, mais surtout parce que laisser penser qu'une concurrence libre et non faussée est une condition suffisante de la compétitivité industrielle et d'une Europe conquérante à la frontière des connaissances, est à la fois peu vraisemblable et politiquement périlleux. Peu vraisemblable, car les objectifs affichés de compétitivité industrielle et de *leadership* en matière de recherche et d'innovation ne sauraient être atteints par la seule politique de la concurrence. Politiquement périlleux, car elle renforce plus qu'elle n'apaise l'inquiétude des citoyens face à une globalisation, dont les conséquences sont parfois assimilées à tort à l'élargissement de l'Union européenne. Il est donc important de clarifier les frontières et les objectifs des politiques adjacentes à la politique de la concurrence et de mieux exploiter leurs éventuelles complémentarités.

4.1. Grands chantiers : la déclinaison européenne

Au niveau européen, le paysage institutionnel est largement stabilisé et il est aujourd'hui bien évidemment, ni facilement ni rapidement amendable, à supposer qu'on souhaite l'amender. Il n'est cependant pas nécessairement figé.

D'une part, enracinement institutionnel et stabilisation doctrinale ne signifient pas que le système ne puisse évoluer : l'exemple américain, dont le système européen est un héritier intellectuel, montre que les mêmes textes et les mêmes institutions peuvent conduire à des décisions différentes. C'est qu'aux États-Unis, plus encore qu'en Europe, les textes fondateurs sont généraux et ouvrent la porte à des exceptions dont la légitimité est soumise à interprétation⁽¹⁴⁾.

D'autre part, s'il y a fort peu de leviers d'action institutionnelle à court terme, il faut noter que les lignes directrices qui relèvent de la Commission, les règlements d'application qui relèvent du Conseil et les textes généraux,

(14) Notons que le caractère jurisprudentiel du droit de la concurrence américain, marqué par une séparation des autorités en charge de l'instruction et de celles en charge de la décision (celle-ci est nécessairement le fait d'un juge), autorise une plus grande souplesse d'application. Toutefois le système communautaire s'est montré jusqu'à présent intellectuellement assez réceptif.

ceux inscrits dans le Traité, n'ont pas nécessairement la même force, le même libellé⁽¹⁵⁾ et donc la même pérennité.

Premier chantier institutionnel : pallier aux déséquilibres que la prééminence européenne de la politique de la concurrence et sa communautarisation induisent. Il s'agit à la fois de redonner un espace et des moyens aux politiques de la compétitivité et de l'innovation, de mieux prendre en compte les considérations de politique industrielle et de politique de l'innovation dans les décisions de politique de la concurrence, et de reconsidérer en profondeur le contrôle des aides d'État.

Reprenons successivement ces trois points.

4.1.1. Redonner un espace et des moyens aux politiques de compétitivité et aux politiques de l'innovation

Il y a évidemment deux voies pour concrétiser ce souhait. La première serait de donner une impulsion et de trouver une forme communautaire aux dites politiques. Cette option soulève deux questions que nous ne ferons qu'évoquer car elles dépassent le cadre de ce rapport : Comment est-ce possible ? Est-ce souhaitable ?

En ce qui concerne la première question, il faut rappeler l'existence de l'article 157 du Traité (ex 129) consacré à l'industrie et dont le recours est jugé très insuffisant au dire de nombreux observateurs. Cet article énonce au paragraphe 1 : « La Communauté et les États membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de la Communauté soient assurées. À cette fin, conformément à un système de marchés ouverts et concurrentiels, leur action vise à accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels, encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises de l'ensemble de la Communauté, et notamment des PME, encourager un environnement favorable à la coopération entre entreprises, favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation de recherche et de développement technologique »⁽¹⁶⁾.

(15) Notons que le libellé de l'article 82 est inchangé : il fait toujours référence à la notion d'abus de position dominante et non à l'affaiblissement significatif de concurrence, alors même que ce dernier critère est maintenant privilégié dans le nouveau règlement communautaire du contrôle des concentrations. La mise en adéquation entre ce nouveau règlement et le libellé de l'article 82 est donc une question en suspens.

(16) Ce même article 187 ajoute cependant à la fin de son paragraphe 3 : « Le présent titre ne constitue pas une base pour l'introduction, par la Communauté, de quelque mesure que ce soit pouvant entraîner des distorsions de concurrence ». En posant la question en ces termes, le Traité semble considérer qu'il existe quelques domaines dans lesquels des politiques ponctuelles, essentiellement horizontales, visant à améliorer les conditions de la compétitivité sont souhaitables, en tant que mesures complémentaires (ou d'accompagnement) de la politique de la concurrence.

En ce qui concerne la seconde question, si l'on croit, suivant une des pistes envisagées (même si elle n'a pas été finalement retenue) dans un précédent rapport du CAE (Tabellini et Wyplosz, 2004), que ces politiques relèvent de la subsidiarité et si on croit de plus qu'elles sont utiles, il est impératif de laisser un espace pour l'exercice de cette compétence subsidiaire. Il est donc impératif de baliser la zone frontière où conflits entre politique de la concurrence communautaire et politique des États membres sont susceptibles d'apparaître. Ce rapport fournit, semble-t-il, des outils pour le faire, mais non à ce stade, des recommandations opérationnelles.

Nous faisons deux suggestions, que nous appelons propositions, sans doute de façon excessive. La première est dans une logique d'eupéanisation de la politique de l'innovation, la seconde vise à renforcer les compétences subsidiaires des États. Elles ne sont pas en principe contradictoires.

Proposition : Accroître le budget communautaire de la recherche et de l'innovation d'un montant au moins égal au niveau des « recettes » de la politique de la concurrence (le montant collecté des amendes).

Commentaire : Comme on l'a mentionné plus haut, plus de 3 milliards d'euros d'amende ont été collectés en Europe entre 2002 et 2004. On le sait aussi, le montant des amendes collectées par la Commission est versé au budget général de l'Union européenne et les contributions nettes des États membres sont donc déduites de ce montant. Associer le niveau des ressources venant des violations de la concurrence au financement d'une politique complémentaire dont on sait que l'Europe a le plus grand besoin, vise un double objectif : exprimer symboliquement la complémentarité des politiques de la concurrence et de l'innovation ; participer à la concrétisation de l'objectif de Lisbonne pour faire parvenir l'effort de R&D à 3 % du PIB communautaire⁽¹⁷⁾.

Proposition : Donner un label et une insertion européenne, dans le cadre de formules juridiques appropriées, aux coopérations industrielles et scientifiques entre un nombre limité d'États membres.

Commentaire : Il s'agirait dans des domaines de compétence partagée de laisser un espace, sinon à la subsidiarité, du moins aux coopérations industrielles et scientifiques entre des États membres. L'implantation du programme ITER en Europe (visant à la production d'énergie par le contrôle de la fusion nucléaire) est un exemple de coopération scientifique réussie qui n'aurait pu voir le jour sans une détermination européenne, au niveau politique.

(17) Rappelons que l'intensité de la R&D est actuellement de l'ordre de 2,2 % du PIB européen et qu'elle risque de rester inchangée à l'horizon 2010. Rappelons également que l'intensité de la R&D en Chine croît de 10 % par an, ce qui l'amènerait à l'horizon 2010 à avoir la même intensité de recherche que l'Europe des 25 ! Le rattrapage de l'Union européenne par la Chine est une éventualité plus probable que le dépassement des États-Unis par l'Union européenne.

4.1.2. Mieux prendre en compte les considérations de compétitivité et d'innovation dans les décisions de politique de la concurrence

Nous faisons deux suggestions en ce sens.

Proposition : Pour les opérations de concentration impliquant un rassemblement d'actifs complémentaires de connaissances et des enjeux de compétitivité industrielle, instaurer une coopération renforcée entre la DG Concurrence et la DG Entreprise et Industrie et/ou la DG Recherche pour l'évaluation commune du bilan global ou une instruction commune impliquant ces différentes directions.

Commentaire : Comme on le sait, l'instruction d'une opération de concentration communautaire est réalisée par les services spécialisés de la DG Concurrence tandis que la décision finale est prise par le collège des commissaires. Mais même si en définitive la décision de la Commission est collégiale, tout se passe le plus souvent comme si le point de vue de la DG qui a instruit le dossier devait prévaloir. La proposition 2 suggère que l'avis de la DG Entreprise et Industrie et/ou de la DG Recherche soit officiellement sollicité lors de l'instruction de certains dossiers de concentrations. On pourrait même imaginer que l'instruction soit parfois et dans une certaine mesure officiellement partagée. Pour une analyse de bilan faisant intervenir entre autres des arguments de concurrence, d'une part, et d'efficacité dynamique, d'autre part, on peut penser que les expertises accumulées de différentes directions de la Commission soient éclairantes en la matière. Serait ainsi développée une culture industrielle communautaire.

Une autre suggestion, dans le même esprit que la précédente mais plus modeste, est maintenant faite.

Proposition : Les autorités de la concurrence ne devraient pas s'interdire de recourir à des engagements de nature comportementale au titre des mesures correctives conditionnant les autorisations de certaines concentrations. Ces engagements peuvent être contrôlés *ex post* avec des sanctions financières en cas de non-respect.

Commentaire : Comme on l'a rappelé plus haut, la Commission manifeste une forte préférence pour des mesures ayant un caractère structurel (cession d'actifs) plutôt qu'un caractère d'engagement comportemental, avant d'autoriser certaines opérations de concentration. Cette préférence s'explique par le fait que les mesures structurelles évitent d'avoir à vérifier *ex post* si les engagements comportementaux ont bien été respectés. Il n'en demeure pas moins qu'elle traduit un biais qui peut être défavorable à l'efficacité économique. D'une part, dans une mesure d'engagement structurel, l'accent reste mis sur la création ou le renforcement d'une position dominante. C'est d'autant plus curieux que la réforme du droit communautaire du contrôle des concentrations a voulu s'affranchir de cette notion dont on a vu qu'elle pouvait conduire à quelques dérives condamnées par le TPI

(notamment au travers de la dominance collective). D'autre part, la désignation des actifs à céder lors de l'opération de concentration est une opération assez délicate qui fait intervenir des jugements et des appréciations prospectives qui peuvent apparaître comme étant mal justifiés. Les désaccords entre les parties et la Commission sur la nature ou l'étendue de ces cessions peuvent faire échouer la négociation. De plus, c'est au cours de cette négociation que des influences discrétionnaires (sensibilité politique, *lobbying*, etc.) peuvent avoir le plus d'effet. *A contrario*, des engagements sur des mesures comportementales peuvent être vérifiés *ex post*, parfois facilement. Leur non-respect peut conduire à des sanctions financières, comme dans le cas de violation des règles de concurrence, sans aller nécessairement jusqu'à casser la fusion autorisée. Outre le fait que cette proposition pourrait avoir l'avantage de réduire le nombre de refus d'opérations par la Commission qui se voient rejetés ensuite par l'autorité judiciaire d'appel, elle permettrait de maintenir le droit de la concurrence dans son rôle de promoteur de l'efficacité économique (sanction des violations des règles de concurrence) sans l'élargir indûment à un rôle normatif quant au choix des structures de marché prétendument souhaitables.

Il y a cependant une difficulté générale à l'arrière-plan, dont il faut être conscient, mais qui requerrait une expertise particulière et qui concerne une dimension généralement peu apparente, mais réelle, de la politique européenne, celle de la gestion de l'équilibre transatlantique en matière de politique de concentrations. La difficulté vient de ce que l'intérêt européen, et par exemple celui du consommateur européen, et l'intérêt américain, par exemple, celui du consommateur américain, n'ont pas de raison de coïncider. En l'absence d'institution de gouvernance globale en matière de concurrence, Bruxelles gère non l'intérêt européen direct, mais une version indirecte qui prend en compte l'équilibre des relations transatlantiques. Une prise en compte de la logique industrielle ou de celle de l'innovation, renforcerait la logique de l'intérêt européen, mais paradoxalement, rendrait plus difficile la gestion de la sorte d'équilibre de type coopératif dans les relations transatlantiques. Cependant, la configuration suggérée pourrait éviter l'erreur de politique économique européenne qu'a été la gestion des diverses affaires Péchiney, même si, ce faisant, elle pourrait en même temps affecter l'équilibre existant entre les instances existantes de ce côté et de l'autre de l'Atlantique. Il y a là bien entendu une option stratégique.

4.1.3. Revenir sur la logique du contrôle des aides d'État

Il y a de nombreux chapitres à la rubrique aide d'État. Chacun mériterait une analyse spécialisée et des propositions qui tiennent compte de la spécificité de la rubrique. Nous avons esquissé une analyse économique de la logique des aides d'État dont quatre conclusions peuvent être soulignées :

- les aides d'État peuvent être contestées ou jugées contre-productives. Elles sont cependant dans leur principe intellectuellement et démocratiquement légitimes ;

- les aides aux entreprises en difficulté ont plus souvent des visées distributives qu'allocatives, qu'il est bien difficile d'évaluer à l'aune des politiques de la concurrence ;
- les effets d'une aide d'État sur la concurrence sont plus ambigus qu'on ne le dit et ses enjeux plus limités ;
- l'absence de distorsions à la concurrence ne signifie pas absence d'aides, mais règles du jeu semblables au sein d'un espace économique.

La suggestion suivante s'inscrit dans la logique de ces remarques.

Proposition : Soumettre le contrôle des aides aux entreprises en difficulté à un principe de subsidiarité encadrée.

Commentaire : L'aide publique, à une période difficile de la vie de l'entreprise, peut être légitimée autant par les impacts régionaux sur des zones d'emploi sensibles que par les difficultés de coordination entre les divers créanciers et intervenants. Cette légitimité ne garantit pas cependant la pertinence de l'intervention. Deux règles encadrant les aides aux entreprises en difficulté peuvent être utilisées. En premier lieu, en cas de succès, un remboursement convenablement échelonné de l'aide doit être exigé. En second lieu, pour les aides à fonds perdus, un plafonnement en termes de proportion du PIB sur une période donnée devrait être instauré. Il s'agit seulement ici d'esquisser les très grandes lignes autour desquelles des réformes spécifiques aux diverses rubriques d'aide d'État pourraient s'organiser. Une déclinaison en propositions plus précises passe par un travail spécifique qui pourrait être confié rapidement à des groupes spécialisés dont les conclusions pourraient être remises à relativement brève échéance.

4.2. Grands chantiers : la déclinaison française

La situation française, en matière de politique de la concurrence, est par bien des égards très proche de la situation communautaire. Cependant deux éléments posent problème. D'une part, l'existence d'un régime hybride en matière de contrôle des concentrations. D'autre part, un système de relations entre les producteurs et les distributeurs régulé de manière assez complexe qui pose la question de sa cohérence interne.

Sur le premier point, la réponse n'est pas purement technique et pour éclairer un choix qui est politique, nous développerons deux argumentaires opposés.

Proposition : Notifier les opérations de concentration au Conseil de la concurrence en réservant au ministre de l'Économie la décision finale.

Commentaire : Comme on le sait, le contrôle des concentrations obéit à un régime particulier en France sur lequel on a beaucoup écrit et discuté. Après la loi NRE de 2001, le Code du Commerce a inséré dans son article L. 430-3 le principe d'une notification obligatoire de toute opération de

concentration significative au ministre chargé de l'économie. Celui-ci fait instruire par ses services (DGCCRF) le dossier et se prononce dans un délai de cinq semaines. À l'issue de ce délai, le ministre peut, soit autoriser l'opération en la subordonnant éventuellement à la réalisation d'engagements pris par les parties (phase I), soit saisir pour avis le Conseil de la concurrence (phase II), s'il estime que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence et que les engagements pris ne suffisent pas à y remédier (L. 430-5).

Ce régime a été critiqué, mais nous semble-t-il pour de mauvaises raisons. Premièrement, il n'est pas spécifique à la France et même s'il l'avait été, cela n'aurait absolument pas suffi à le discréditer. Deuxièmement, le fait que le ministre chargé de l'économie soit le décideur final n'a rien de choquant. Ce serait même là une conséquence logique de notre analyse distinguant le registre des interventions de nature prospective qui appellent à un arbitrage entre des considérations relatives à l'intérêt des consommateurs et des considérations relatives à d'autres objectifs de politique économique, tout autant respectables. Ce qui paraît par contre incohérent dans le régime actuel et qui éveille par ailleurs toutes sortes de suspicions, c'est que le ministre ne saisisse le Conseil de la concurrence que si l'opération porte atteinte à la concurrence. Mais alors, de deux choses l'une. Soit les services du ministre instruisent le dossier selon des critères étrangers au droit de la concurrence et dans ce cas, la France se doit de le reconnaître et d'assumer qu'elle instruit les dossiers de concentration selon ces autres critères. Mais ni les textes, ni la pratique ne confirment cette interprétation. Soit, les services du ministère instruisent les dossiers en tenant compte du droit de la concurrence et, dans ce cas, le régime actuel de la saisine facultative suggère que le ministre fait preuve d'une confiance sélective vis-à-vis de l'institution indépendante qu'est le Conseil de la concurrence, la suspectant peut être d'être trop rigide dans l'application du droit de la concurrence. Cette suspicion suscite à son tour une préférence marquée des entreprises qui cherchent à éviter les fourches supposées caudines du Conseil de la concurrence en trouvant des arrangements appropriés avec les services du ministère de l'Économie. C'est précisément cette série de comportements biaisés que cherche à éviter cette proposition dont la logique est conforme par ailleurs à la procédure en vigueur en Allemagne. Le ministre garderait de toute façon la décision finale, mais la séquentialité de la procédure serait simplement inversée. La notification au Conseil ne signifie pas d'ailleurs que celui-ci ne soit pas amené à utiliser les pouvoirs d'enquête dont est dotée la DGCCRF. Enfin, on peut souhaiter que dans le cas où la décision finale du ministre n'est pas conforme à l'avis du Conseil, sa décision soit motivée. Cela entre également dans la logique du traitement spécifique des interventions de nature prospective.

Proposition : Assumer en la renforçant la logique du statu quo.

Commentaire : La deuxième solution est d'assumer le statu quo et de maintenir, éventuellement en le rénovant et en le renforçant, le système dual actuel. Il y a de bons arguments intellectuels, on les a énoncés, qui plaident

en faveur d'une spécificité de l'évaluation des interventions que l'on a qualifiées de prospectives. Une partie des dites interventions, celles relevant des accords entre entreprises, est, compte tenu des évolutions récentes, sous la responsabilité des autorités de concurrence, nationales ou européennes. Cette partie échappe *de facto* à toute tentative de traitement spécifique. Il n'en va pas de même pour le contrôle des concentrations qui peut faire l'objet, au niveau national du moins, d'un traitement spécifique. Ainsi, en France, la DGCCRF, plutôt que le Conseil de la concurrence, a la charge de la phase I, avec les ambiguïtés qui ont été soulignées. Si la DGCCRF ne prend en compte que le point de vue de la concurrence, pourquoi ne pas s'en référer au seul Conseil de la concurrence ? C'est donc seulement en revendiquant une spécificité de l'évaluation, intellectuellement défendable nous l'avons dit, que se justifierait réellement la spécificité institutionnelle actuelle. Assumer cette spécificité institutionnelle du contrôle des concentrations ne conduit d'ailleurs pas nécessairement à fixer dans le marbre l'organisation des prérogatives de la DGCCRF. Suggérons seulement quelques pistes pour un dualisme raisonné. Il y a de bonnes raisons de séparer la fonction répression des fraudes de la fonction contrôle des concentrations et d'encadrer cette dernière de façon plus systématique (consultation obligatoire⁽¹⁸⁾ auprès des autorités spécialisées portant sur les aspects pertinents – concurrence, innovation... – de chacun des dossiers). La cellule concernée pourrait aussi à terme acquérir le statut d'autorité indépendante.

Proposition : Revenir sur l'interdiction *per se* de la revente à perte ou sur le seuil de prohibition en confiant aux autorités de concurrence le soin de distinguer si une revente à perte correspond ou non à une stratégie de prédation.

Commentaire : Dans certains pays, dont la France, l'interdiction de la revente à perte est une mesure législative qui se rajoute à la réglementation des relations verticales (article L. 442-2 du Code du Commerce). Cette interdiction est justifiée ni par la réflexion économique ni par l'observation des conséquences. Elle est la source de plusieurs distorsions, comme l'a établi le rapport Canivet (2004) sur lequel nous ne revenons pas ici. Il nous paraît plus rationnel de laisser au Conseil de la concurrence le soin d'estimer au cas par cas si une éventuelle revente à perte correspond ou non à une stratégie de prédation.

La dernière proposition porte sur le traitement des abus de position dominante (article 82 du Traité et article L. 420.2 du Code du Commerce). Alors que le nouveau règlement antitrust (1/2003) a développé une réflexion et des réformes profondes pour l'application de l'article 81, rien n'a encore

(18) On a suggéré plus haut, par exemple que les décisions de la DG Concurrence en matière de concentrations horizontales et verticales soient soumises dans certaines circonstances, lesquelles sont appréciées au cas par cas ou bien sur des bases sectorielles, à l'avis formel de la DG Entreprise et Industrie ou le cas échéant à celui de la DG Recherche.

émergé concernant la modernisation de l'article 82, sinon l'annonce de prochaines lignes directrices en la matière. Comme on l'a expliqué plus haut, les économistes préfèrent le recours à une règle de raison plutôt que l'explicitation d'une liste de pratiques interdites *a priori* aux entreprises en position dominante sur leur marché. Mais un recours à une règle de raison pure possède également des inconvénients, dont deux d'entre eux au moins sont bien connus : celui de conduire à des décisions ou des jugements discrétionnaires et donc moins prévisibles et celui de faire appel parfois à des raisonnements économiques « sophistiqués » et donc plus délicats à maîtriser pour un homme de loi. L'introduction d'une certaine structuration de la règle de raison, comportant des étapes successives et définissant l'allocation de la charge de la preuve à chaque étape peut être un compromis intéressant entre la règle de raison pure et la règle *per se*. C'est l'objet de la suggestion suivante.

Proposition : Engagement des autorités de la concurrence, qu'elles soient communautaires ou nationales, sur l'emploi de règles de raison structurées pour traiter les abus de position dominante afin de réduire simultanément l'incertitude juridique de la règle de raison pure et le risque d'erreur associé à une règle *per se*. Les principes de cette règle de raison structurée devraient être précisés par des lignes directrices explicitant les étapes successives de l'examen et l'allocation à chaque étape de la charge de la preuve entre le plaignant et le défendeur.

Commentaire : Même s'il est difficile de définir avec précision la procédure à adopter dans l'application d'une règle de raison structurée quel que soit le type de pratique abusive, les principes généraux peuvent néanmoins en être esquissés dans le sens du complément à ce rapport de David Spector. Premièrement, des lignes directrices pourraient essayer de classer une liste de pratiques conduisant à une présomption d'abus, en attachant à chacune de ces pratiques la probabilité *a priori* qu'attache l'autorité de la concurrence au fait qu'elle soit abusive. Deuxièmement, le plaignant doit faire la preuve que la pratique incriminée possède bien un effet anticoncurrentiel. En l'absence d'une telle démonstration, la pratique serait exonérée. Sinon, il appartient à l'entreprise en position de défense de montrer en quoi la pratique en question a un effet pro concurrentiel. Si elle n'y parvient pas, la pratique est condamnée. Sinon, le bilan des deux effets doit être réalisé par l'autorité de concurrence ou par le juge, en pondérant l'effet anticoncurrentiel présumé par la probabilité *a priori* du caractère abusif de la pratique. Ces probabilités *a priori* doivent faire l'objet de communications par l'autorité de concurrence.

Avant de passer à la conclusion, revenons brièvement sur la genèse de nos recommandations.

Elles s'appuient sur un rapport qui a souligné la somme d'expériences dont bénéficient les institutions des politiques de la concurrence et dont bénéficient les procédures qu'elles ont développées. Les registres sur lesquels

s'exerce la politique de la concurrence ont été analysés en distinguant par exemple les registres répressifs et prospectifs, les interventions d'intention répressive (antitrust) sanctionnant rétrospectivement des infractions à des règles et les interventions d'intention prospective, comme par exemple le contrôle des concentrations, évaluées en particulier à l'aune de leurs effets sur les structures productives dans un avenir plus ou moins long. Enfin, le rapport a fait écho à une certaine indétermination ou à des hésitations des objectifs des politiques de la concurrence, quelque peu tiraillés entre le surplús du consommateur et le bien-être du citoyen économique, entre le court terme et le moyen terme.

Ce sont les relations entre le triplet institutions, registres d'intervention et objectifs, ou plus précisément l'adéquation de l'instrument au couple registre d'intervention-objectif visé, qui ont guidé notre analyse et nos recommandations tant dans leurs lignes directrices et leurs rares audaces que dans leurs hésitations que nous rappelons avant de conclure :

- *leurs lignes directrices.* La communautarisation des politiques de la concurrence contraste avec le statut des politiques de compétitivité et d'innovation, et crée en Europe un déséquilibre qui n'existe pas aux États-Unis où les politiques de la concurrence et de la compétitivité et celles de l'innovation ont toutes un statut fédéral. Pour remédier à ce défaut, deux tentations liées apparaissent. La première tentation est de faire de la politique de la concurrence une condition suffisante de la compétitivité, mais c'est une prétention qui nous paraît peu fondée et par ailleurs sans doute politiquement périlleuse⁽¹⁹⁾. Une tentation adjacente est d'élargir le champ de compétence de la politique de la concurrence, au risque de laisser ses objectifs dans un flou artistique qui accroît l'incertitude de ses verdicts et en tout cas risque de miner leur cohérence temporelle. Nos propositions constituent une tentative modeste de trouver des solutions plus pragmatiques pour pallier les déséqui-libres évoqués ;

- *les « audaces » à présent.* C'est après avoir plaidé la légitimité intellectuelle des aides d'État en matière de sauvetage d'entreprises et constaté la variété des motivations qu'elles pouvaient avoir que nous faisons un constat critique de la centralisation de leur évaluation, qu'un rapport précédent du CAE jugeait souhaitable. C'est à l'aune de l'élargissement considérable des objectifs traditionnels de la politique de la concurrence que l'évaluation des aides d'État implique, que nous proposons que les aides publiques relèvent d'une subsidiarité encadrée par des règles strictes, telles que le remboursement en cas de succès et une limitation du budget des aides à fonds perdus à un certain pourcentage du PIB. Il s'agit d'une proposition assez radicale, qui va à l'encontre de ce qui se fait, proposition dont une déclinaison plus complète et plus longuement argumentée réclamerait à tout le moins un rapport complémentaire ;

(19) Car elle renforce plus qu'elle n'apaise l'inquiétude des citoyens face à une globalisation dont les effets ont été parfois assimilés à tort à l'élargissement de l'Union européenne.

- *enfin les hésitations.* Le rapport pose le problème des rôles respectifs du ministre de l'Économie et du Conseil de la concurrence, en matière de contrôle des concentrations en France, sans trancher nettement. Nous sommes pris entre, d'une part, la conviction qu'une certaine normalisation impliquerait la saisine obligatoire et préalable du Conseil de la concurrence et, d'autre part, le sentiment qu'une séparation des instances qui tranchent dans ce que nous avons appelé le domaine répressif et le domaine prospectif est intellectuellement légitime et qu'une solution spécifique, dans un cadre à améliorer, peut parfaitement être revendiquée.

Conclusion

Terminons en revenant sur un libellé qui recouvre un vaste territoire, susceptible d'être découpé pour des investigations ultérieures du CAE (la question des aides d'État, on l'a dit, est un sujet en soi).

La largeur du front de l'investigation s'est mesurée d'abord à l'aune de la diversité des registres sollicités, historique, juridique, économique et politique. Historique, car on ne peut comprendre le droit communautaire sans revenir sur les origines et les évolutions du droit de la concurrence aux États-Unis et en Allemagne. Juridique, c'est une dimension essentielle et souvent très technique. Économique, la concurrence est bien sûr au cœur des questionnements et des débats de la discipline. Politique enfin, au sens fort du terme, car les traités dessinaient dès le départ une compétence communautaire pour la politique de la concurrence, compétence dont la concrétisation puis l'approfondissement ont accompagné la montée en puissance de la DG Concurrence à Bruxelles, mouvement couronné en 2004 par la communautarisation de la politique antitrust. La place ainsi prise dans la construction européenne par la politique de la concurrence a conduit à en faire un point sensible de la confrontation des conceptions politiques de l'Europe.

La concurrence n'est ni une notion simple pour les économistes, ni une évidence pour le corps social, comme certains débats récents nous le rappellent. Certaines de nos traditions nationales, Colbertisme par exemple, sont confrontées à l'étrangeté culturelle d'institutions dont l'essor procède tout à la fois d'une méfiance vis-à-vis du pouvoir économique, commune au populisme américain et à l'ordo-libéralisme allemand, et de la grande confiance dans les institutions juridiques, qui marque la tradition américaine, confiance qui peut aller de pair avec une certaine suspicion vis-à-vis de l'action de l'État.

Mais au-delà des apparences et des biais ou préjugés culturels, le rapport met l'accent, non sur la seule inévitabilité mais sur les mérites de la concurrence. Celle-ci est globalement bénéfique pour ce pays, même si la concurrence optimale n'est pas la concurrence maximale. Le rapport souligne aussi les mérites de la politique de la concurrence, vecteur d'une culture trop absente dans ce pays, même s'il en marque les limites.

Références bibliographiques

- Aghion P. et al. (2001) : *Empirical Estimate of the Relationship between Product Market Competition and Innovation*, Mimeo, University College of London.
- Aghion P. et al. (2003) : « Competition and Innovation: An Inverted U Relationship » in *Economic Growth, Productivity and Economic Policy: A Progress Report*, International Productivity Monitor, Centre for Study the of Living Standards, Ottawa.
- Aghion P. et P. Bolton (1987) : « Contracts as a Barrier to Entry », *American Economic Review*, n° 77, 3, pp. 388-401.
- Aghion P. et R. Griffith (2005) : *Competition and Growth, Reconciling Theory and Evidence*, The MIT Press, Cambridge, MA.
- Alhborn C., D. Evans et J. Padilla (2004) : « The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality », *Antitrust Bulletin*, n° 49, pp. 287-341.
- Allain M.L. et C. Chambolle (2003) : *Économie de la distribution*, La Découverte, Coll. 'Repères'.
- Amato G. (1997) : *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hartwood Publishers, Oxford.
- Amir R. (2000) : « Modelling Imperfectly Appropriable R&D via Spillovers », *International Journal of Industrial Organization*, n° 18, pp. 1013-1032.
- Areeda P. (1992) : « Antitrust Law as Industrial Policy: Should Judges and Juries Make It » in *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, Jorde et Teece (eds), Oxford University Press, pp. 29-46.
- Areeda P. et D. Turner (1974) : « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act », *Harvard Law Review*, n° 88, pp. 697-733.
- Armentano D. (1996) : *Antitrust and Monopoly, Anatomy of a Policy Failure*, The Independent Institute.
- Arrow K. (1962) : *Economic Welfare and the Allocation of Resources in Invention* » in *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Nelson (ed.), Princeton University Press.
- Aspremont, d', C., R. Dos Santos Ferreira et L.A. Gérard-Varet (1991) : « Pricing Schemes and Cournotian Equilibria », *American Economic Review*, n° 81, pp. 666-673.

- Aspremont, d', C. et A. Jacquemin (1988) : « Cooperative and Noncooperative R&D with Spillovers », *American Economic Review*, vol. 78, n° 5, pp. 1133-1137.
- Aspremont, d', C. et M. Motta (2000) : « Tougher Competition or Lower Concentration: A Trade-off for Antitrust Authorities » in *Market Structure and Competition Policy: Game Theoretic Approaches*, Norman et Thisse (eds), Cambridge University Press.
- Aubert C., P. Rey et W. Kovacic (2003) : *The Impact of Leniency Programs on Cartels*, Mimeo, Université Toulouse I.
- Audretsch D. (1989) : « Legalized Cartels in West Germany », *The Anti-trust Bulletin*, n° 34, pp. 579-600.
- Azéma J. (2004-2005) : « Droit de la concurrence et accords de transfert de technologie. À propos du règlement n° 772/2004/CE de la Commission », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 1, pp. 147-151.
- Baer W. et R. Redcay (2001) : « Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy », *George Washington Law Review*, n° 69, 5/6, pp. 1701-1712.
- Bain J. (1956) : *Barriers to New Competition*, Harvard University Press.
- Baker J. et T. Bresnahan (1985) : « The Gains from Merger or Collusion in Product Differentiated Industries », *Journal of Industrial Economics*, vol. XXXIII, n° 4, juin, pp. 427-444.
- Baker J. et T. Bresnahan (1988) : « Estimating the Residual Demand Curve Facing a Single Firm », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 6, pp. 283-300.
- Baumol W., J. Panzar et R. Willig (1982) : *Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure*, Harvard Brace Jovanovitch, New York.
- Baumol W. et R. Willig (1986) : « Contestability: Developments Since the Book », *Oxford Economic Papers*, New Series, n° 38, pp. 9-36.
- Beffa J-L. (2005) : *Pour une nouvelle politique industrielle*, La Documentation française, Paris.
- Bénassy J-P. (1989) : « Market Size and Substitutability in Imperfect Competition: A Bertrand-Edgeworth-Chamberlin Model », *Review of Economic Studies*, n° 56, pp. 217-234.
- Bensaïd B., D. Encaoua et A. Winckler (1994) : « Competition, Cooperation and Mergers », *European Economic Review*, n° 38, pp. 637-650.
- Berges F., F. Loss, E. Malavolti et T. Verge (2001) : *Politique européenne de concurrence et accords entre entreprises*, INRA et GREMAQ, Toulouse.
- Bernheim B. et M. Whinston (1990) : « Multimarket Contact and Collusive Behavior », *Rand Journal of Economics*, n° 21, pp. 1-26.

- Bertrand J. (1883) : « Revue de ‘Théorie mathématique de la richesse sociale’ et ‘Recherche sur les principes mathématiques de la théorie des richesses’ », *Journal des Savants*, n° 48, pp. 499-508.
- Besanko D. et D. Spulber (1989) : « Antitrust Enforcement Under Asymmetric Information », *Economic Journal*, n° 98, pp. 408-425.
- Besanko D. et D. Spulber (1990) : « Are Treble Damages Neutral? Sequential Equilibrium and Private Antitrust Enforcement », *American Economic Review*, n° 80, pp. 870-887.
- Besanko D. et D. Spulber (1993) : « Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy », *Journal of Law, Economics and Organization*, n° 9, 1, pp. 1-29.
- Boone J. (2001) : *Competition*, Mimeo, Department of Economics, Tilburg University.
- Bork R. (1978) : *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, Basic Books, New York.
- Brennan T. (2000) : « The Economics of Competition Policy: Recent Developments and Cautionary Notes in Antitrust and Regulation », *Resources for the Future*, DP 00-07.
- Brunet F. et I. Girgenson (2004) : « La double réforme du contrôle communautaire des concentration », *RTD eur.* 40, n° 1, pp. 1-31.
- Caballero-Sanz F. et P. Rey (1996) : « The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints », *Economic Papers, European Commission*, n° 199.
- Canivet G. (2004) : « L’organisation des juridictions nationales pour l’application du droit de la concurrence », *Concurrences*, n° 1, pp. 21-28.
- Carbajo J., D. De Meza et D. Seidmann (1990) : « A Strategic Motivation for Commodity Bundling », *The Journal of Industrial Economics*, n° XXXVIII, pp. 283-298.
- Chamberlin E. (1933) : *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, Cambridge.
- Champsaur P. (2004) : *Du monopole public à la concurrence*, Mimeo.
- Champsaur P. (2005) : « Politique industrielle et politique de la concurrence : une fausse opposition », *Sociétal*, n° 47, pp. 17-20.
- Chandler A. (1977) : *The Visible Hand*, The Belknap Press of Harvard University.
- Charlety-Lepers P. et S. Souam (2002) : « Analyse économique des fusions horizontales », *Revue Française d’Économie*, n° 17, 2, pp. 37-68.
- Chiappori P.A. (1997) : *Risque et assurance*, Flammarion, Collection Domino.
- Church J. et R. Ware (2000) : *Industrial Organization: A Strategic Approach*, McGraw-Hill, San Francisco.

- Coase R. (1972) : « Industrial Organization: A Proposal for Research » in *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization*, Fuchs (ed.), National Bureau of Economic Research, vol. 3.
- Comanor W. (1990) : « United States Antitrust Policy: Issues and Institutions » in *Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions*, Comanor et al. (eds), Harwood Academic Publishers, pp. 43-72.
- Combe E. (2005) : *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, Paris.
- Compte O., F. Jenny et P. Rey (2002) : « Capacity Constraints, Mergers and Collusion », *European Economic Review*, n° 46, pp. 1-29.
- Conseil d'analyse économique (2000) : *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, Rapport du CAE, n° 29, La Documentation française, Paris.
- Cournot A.A. (1838) : *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Hachette.
- Crampes C. et D. Encaoua (2003) : « Microéconomie de l'innovation » in *Encyclopédie de l'innovation*, Mustar et Penan (eds), Economica.
- Crampes C., D. Encaoua et A. Hollander (2006) : « Competition and Intellectual Property in the European Union » in *New Developments in Policy in the EU and UK*, Clarke et Morgan (eds), Edward Elgar, à paraître.
- Crépon B., E. Duguet, D. Encaoua et P. Mohnen (1993) : « Diffusion du savoir et incitation à l'innovation : le rôle des accords de coopération en R&D », *Économie et Statistique*, n° 286, 5, pp. 47-63.
- Davidson C. et R. Deneckere (1985) : « Incentives to Form Coalitions with Bertrand Competition », *Rand Journal of Economics*, n° 16, pp. 473-486.
- Davies S., H. Coles, M. Olczack, C. Pike et C. Wilson (2004) : « The Benefits from Competition: Some Illustrative UK Cases », *DTI Economics Paper*, n° 9.
- Demsetz H. (1982) : « Barriers to Entry », *American Economic Review*, n° 72, pp. 17-57.
- Deneckere R. et C. Davidson (1985) : « Incentives to Form Coalitions with Bertrand Competition », *The RAND Journal of Economics*, n° 16(4), pp. 473-486.
- Dertouzos M., R. Lester et R. Solow (1992) : *Made in America. Pour une reprise de l'initiative industrielle*, Interéditions, traduction française de l'ouvrage paru aux États-Unis en 1989, *Made in America: Regaining the Production Edge*, MIT Press, Cambridge.
- Easterbrook R. (1984) : « The Limits of Antitrust », *Texas Law Review*, n° 63, pp. 2-40.
- Edgeworth F. (1897) : *Teoria pura del monopolio*, Giornale degli economisti.
- Edgeworth F. (1925) : « The Pure Theory of Monopoly », *Papers Relating to Political Economy*, vol. 1, pp. 111-142.

- Edlin A. et J. Farrell (2003) : « The American Airlines Case: A Chance to Clarify Predation Policy » in *The Antitrust Revolution*, Kwoka et White (eds), Oxford University Press.
- Ely R. (1900) : *Monopoly and Trusts*, Mac Millan.
- Encaoua D. (1997) : « Les politiques communautaires de la concurrence » in *L'économie normative*, Brochier et al. (eds), Economica, pp. 295-314.
- Encaoua D. et A. Hollander (2002) : « Competition Policy and Innovation », *Oxford Review of Economic Policy*, n° 18, 1, pp. 63-79.
- Encaoua D. et A. Hollander (2005) : « Price Discrimination, Competition and Quality Selection », *Cahiers de la MSE, EUREQua*, n° 2005.10.
- Encaoua D. et A. Jacquemin (1980) : « Degree of Monopoly, Indices of Concentration and Threat of Entry », *International Economic Review*, n° 21, 1, pp. 87-105.
- Encaoua D. et M. Moreaux (1987) : « Concurrence et monopole naturel, une approche par la théorie des jeux », *Annales d'Économie et de Statistique*, n° 8, pp. 89-116.
- Encaoua D. et D. Ulph (2000) : « Catching up or Leapfrogging? The Effects of Competition on Innovation and Growth », *Eurequa Working Paper*, n° 2000.97, Université de Paris-I.
- Evans D. (2005) : « How Economists Can Help Courts Design Competition Rules. An EU and US Perspective », *World Competition*, vol. 28, n° 1.
- Evans D. et J. Padilla (2004) : « Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach », *University of Chicago Law Review*, vol. 72, n° 1, hiver.
- Evans D. et M. Salinger (2004) : « Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law », *Yale Journal of Regulation*, n° 21.
- Farrell J. et M. Katz (2000) : « Rent Extraction and Integration in System Markets », *Journal of Industrial Economics*, n° 48, pp. 413-432.
- Farrell J. et C. Shapiro (1990) : « Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis », *American Economic Review*, vol. 80, n° 1, pp. 107-126.
- Feess E. et M. Walzl (2003) : « Corporate Leniency Programs in the EU and the USA », *German Working Papers in Law and Economics*, n° 24.
- Fisher I. (1989) : « Games Economists Play: A Non Cooperative View », *Rand Journal of Economics*, n° 20, pp. 113-124.
- Friedman J. (2000) : « A Guided Tour of the Folk Theorem » in *Market Structure and Competition Policy*, Norman et Thisse (eds), Cambridge University Press.
- FTC (Federal Trade Commission) (2003) : *To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*.
Disponible sur : www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf

- Gabszewicz J. et J. Thisse (1992) : « Location » in *Handbook of Game Theory and Economic Application*, vol. 1 pp. 281-303, North Holland.
- Gabszewicz J. et J. Thisse (eds) (1999) : *Microeconomic Theory of Imperfect Competition, Old Problems, New Perspectives*, Edward Elgar.
- George W. et A. Jacquemin (1990) : « Competition Policy in the European Community » in *Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions*, Comanor et al. (eds), Harwood Academic Publishers, pp. 206-245.
- Gerber D. (1998) : *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford University Press.
- Gilbert R. (1989) : « Mobility Barriers and the Value of Incumbency » in *Handbook of Industrial Organization*, Schmalensee et Willig (eds), vol. 1, North Holland.
- Gilbert R. et C. Shapiro (1997) : « Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual Property: The Nine No-no's Meet the Nineties », *Brookings Papers on Microeconomic Activity*, n° 97, pp. 283-349.
- Gilbert R. et G. Sunshine (1995) : « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovative Markets », *Antitrust Law Journal*, n° 63, pp. 569-602.
- Gilbert R. et W. Tom (2001) : « Is Innovation King at the Antitrust Agencies? The Intellectual Property Guidelines Five Years Later », *Antitrust Law Journal*, n° 69, pp. 43-86.
- Goldschmid H., H. Mann et J. Weston (eds) (1974) : *Industrial Concentration: The New Learning*, Little Brown, Boston.
- Gordon R. (2004) : *Why Was Europe Left at the Station When America's Productivity Locomotive Departed?*, Mimeo, Northwestern University et CEPR.
- Griliches Z. (1992) : « The Search for R&D Spillovers », *Scandinavian Journal of Economics*, n° 94, 3, pp. 529-547.
- Grosfeld I. et T. Tressel (2002) : « Competition and Ownership Structure: Substitutes or Complements », *The Economics of Transition*, n° 10, 3, pp. 525-551.
- Guesnerie R. (1996) : *A Contribution to the Pure Theory of Taxation*, Cambridge University Press.
- Guesnerie R. (2004) : « Taxation in the European Union: The Harmonisation Issue » in *Structural Challenges for Europe*, Edwards Elgar, pp. 329-340.
- Guesnerie R., D. Goudard et B. Walliser (1984) : *Calcul économique et déséquilibre*, La Documentation française.

- Guesnerie R. et O. Hart (1982) : « Welfare Losses Due to Imperfect Competition: Asymptotic Results for Cournot Nash Equilibria With and Without Free Entry », *International Economic Review*, vol. 26, n° 3, octobre, pp. 525-545.
- Hall B. (2002) : « The Assessment: Technology Policy », *Oxford Review of Economic Policy*, n° 18, 1, pp. 1-9.
- Hart O. (1983) : « The Market Mechanism as an Incentive Scheme », *Bell Journal of Economics*, n° 14, pp. 366-382.
- Heilbroner R. et A. Singer (1977) : *The Economic Transformation of America*, New York, Harcourt Brace Jovanovitch.
- Hellwig M. (2004) : *Competition Policy and Sector-Specific Regulation for Network Industries*, Mimeo Max Planck Institute, Bonn.
- Hofstadter R. (1965) : « What Happened to the Antitrust Movement » in *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, Hofstadter (ed.), Harvard University Press, New York, pp. 188-237.
- Hoppe H. (1991) : « De-Socialization in a United Germany », *The Review of Austrian Economics*, n° 5, 2, pp. 77-104.
- Idot L. (2004) : *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Forum européen de la communication, Paris et Bruylant, Bruxelles.
- Ivaldi M., B. Jullien, P. Rey, P. Seabright et J. Tirole (2003) : *The Economics of Unilateral Effects*, IDEI, Toulouse, Rapport à la DG Compétition.
- Jenny F. (2002) : « The Design and Implementation of Merger Remedies in High Technology Industries », *Communication au Symposium 'Guidelines for Merger Remedies. Prospects and Principles'*, École des Mines, Paris, 17-18 janvier.
- Jorde T. et D. Teece (1990) : « Innovation and Cooperation Implications for Competition and Antitrust », *Journal of Economic Perspectives*, n° 4-3, pp. 75-96.
- Jorde T. et D. Teece (eds) (1992) : *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, Oxford University Press.
- Kantzenbach E. (1990) : « Competition Policy in West Germany » in *Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions*, Comanor et al. (eds), Harwood Academic Publishers, pp. 189-205.
- Kaplow L et S. Shavell (1994) : « Optimal Law Enforcement With Self Reporting of Behaviour », *Journal of Political Economy*, n° 102, 3, pp. 583-605.
- Katz A. (2002) : *The Misguiding Guidelines: Conceptual Loopholes in the Antitrust, Intellectual Property Guidelines*, Faculty of Law, University of Toronto.

- Katz M. et C. Shapiro (1985) : « On the Licensing of Innovation », *Rand Journal of Economics*, n° 16, pp. 504-520.
- Kaysen C. et D. Turner (1959) : *Antitrust Policy*, Harvard University Press.
- Kempf H. (1992) : « Comprendre le Sherman Antitrust Act de 1890 », *Cahiers d'Économie Politique*, n° 20-21, pp. 187-211.
- Kempf H. (1997) : « De la concurrence et de la tentation de la connaissance » in *L'économie normative*, Brochier et al. (eds), Economica, pp. 277-294.
- Korah V. (2001) : « The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience », *Antitrust Law Journal*, n° 69, pp. 801-839.
- Kovacic W. et C. Shapiro (2000) : « Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n° 1, pp. 43-60.
- Kreps D. et J. Scheinkman (1983) : « Quantity Precommitment and Bertrand Competition Yield Cournot Outcome », *Bell Journal of Economics*, n° 14, pp. 326-337.
- Kreps D. et R. Wilson (1982) : « Reputation and Imperfect Information », *Journal of Economic Theory*, n° 27, 2, pp. 253-279.
- Kuhn K.U. (1997) : « Germany » in *Global Competition Policy*, Graham et Richardson (eds), Institute for International Economics, Washington DC.
- Kuhn K.U. (2003) : « Closing Pandora's Box? Joint Dominance After the Airtours Judgment », *University of Michigan Working Paper*, n° 02-013.
- Landes W. et R. Posner (2003) : *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- Lasserre B. (2004) : « 'Modernisation' : les adaptations nécessaires du Conseil de la Concurrence », *Concurrences*, n° 1, pp. 29-39.
- Letwin W. (1965) : *Law and Economic Policy in America*, Random House, New York.
- Markovitz R. (1984) : « The Limits to Simplifying Antitrust: A reply to Professor Easterbrook », *Texas Law Review*, n° 63, pp. 41-87.
- Martin S. (1999) : « Strategic and Welfare Implications of Bundling », *Economic Letters*, n° 62, pp. 371-376.
- Mason E. (1939) : « Price and Production Policies of Large Scale Enterprise », *American Economic Review*, n° 85, pp. 808-27.
- McAfee R.P., H. Mialon et M. Williams (2004) : « What is a Barrier to Entry? », *American Economic Review*, n° 2, pp. 461-465.
- McAfee R.P. et M. Williams (1992) : « Horizontal Mergers and Antitrust Policy », *Journal of Industrial Economics*, vol. 40(2), pp. 181-87.

- Milgrom P. et J. Roberts (1982) : « Predation, Reputation and Entry Deterrence », *Journal of Economic Theory*, n° 27, 2, pp. 280-312.
- Milgrom P. et J. Roberts (1987) : « Informational Asymmetries, Strategic Behaviour and Industrial Organization », *American Economic Review, Papers and Proceedings*, n° 77, pp. 184-193.
- Montet C. et F. Venayre (2004-2005) : « Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 1, pp. 174-181.
- Monti G. (2002) : « Article 81 EC and Public Policy », *Common Market Law Review*, n° 39, pp. 1057-1099.
- Motchenkova E. (2004) : *The Effects of Leniency Programs on the Behaviour of the Firms Participating in Cartel Agreements*, Mimeo, Tilburg University, CentER.
- Motta M. et al. (2002) : *Merger Remedies in the European Union: An Overview*, Communication au séminaire de l'École des Mines, 'Guidelines for Merger Remedies: Prospects and Principles', janvier.
- Motta M. (2004) : *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press.
- Motta M. et M. Polo (2003) : « Leniency Programs and Cartel Prosecution », *International Journal of Industrial Organization*, n° 21, 3, pp. 347-379.
- Motta M., M. Polo et H. Vasconcelos (2006) : « Merger Remedies in the EU: An Overview », *The Antitrust Bulletin*, à paraître.
- Muris T.J. (2003) : *Improving the Economic Foundations of Competition Policy*, George Mason University Law.
Disponible sur : <http://www.ftc.gov/speeches/muris/improveconfoundation.htm>
- Nalebuff B. (2003) : « Bundling, Tying and Portfolio Effects: Parts 1 and 2 », *Department of Trade and Industry Economic Paper*, n° 1.
- Nasse P. (2005) : *L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions*, Communication présentée au CAE.
- Nelson R. (1959) : « The Simple Economics of Basic Scientific Research », *Journal of Political Economy*, n° 67, pp. 297-306.
- Neven D. (2000) : « Legal Standards and Economic Analysis of Collusion in EC Competition Policy » in *Market Structure and Competition Policy: Game Theoretic Approaches*, Norman et Thisse (eds), Cambridge University Press.
- Norman G. et J. Thisse (eds) (2000) : *Market Structure and Competition Policy: Game Theoretic Approaches*, Cambridge University Press.
- Nouailhat Y. (1982) : *Évolution économique des États-Unis du milieu du XIX^e siècle à 1914*, Société d'édition de l'enseignement supérieur, Paris.
- OCDE (2002) : « Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws », *DAFFE/COMP*, n° 2002-7.

- Parker R. et D. Balto (2000) : *The Evolving Approach to Merger Remedies*, Antitrust Report. Disponible sur : www.ftc.gov
- Pénard T. et S. Souam (2002a) : « Collusion et politique de la concurrence en information asymétrique », *Annales d'Économie et de Statistique*, n° 66, pp. 209-233.
- Pénard T. et S. Souam (2002b) : « Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du droit de la concurrence ? », *Revue d'Économie Politique*, n° 6, pp. 863-887.
- Phlips L. (1995) : *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective*, Cambridge University Press.
- Pitofsky (2001) : *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues in the Heart of the New Economy*.
Disponible sur : www.ftc.gov/speeches/pitofsky/ipf301.htm
- Ponssard J.P. (2000) : « Modelling the Entry and Exit Process in Dynamic Competition: An Introduction to Repeated-Commitment Models » in *Market Structure and Competition Policy*, Norman et Thisse (eds), Cambridge University Press.
- Posner R.A. (2001) : *Antitrust Law*, The Chicago University Press.
- Raspiller S. (2005) : « La concurrence fiscale : principaux enseignements de l'analyse économique », *Document de Travail, Direction des Études et Synthèses Économiques*, INSEE, n° G 2005/07.
- Rey P. (1997) : « Impact des accords verticaux entre producteurs et distributeurs », *Revue Française d'Économie*, vol. XII, n° 2, pp. 3-56.
- Rey P. (2003) : « Towards a Theory of Competition Policy » in *Advances in Economics and Econometrics*, Dewatripont, Hansen et Turnovsky (eds), Cambridge University Press.
- Rey P. et J. Stiglitz (1988) : « Vertical Restraints and Producers' Competition », *European Economic Review*, n° 32, pp. 561-568.
- Rey P. et J. Stiglitz (1995) : « The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition », *Rand Journal of Economics*, n° 26, pp. 431-451.
- Rey P. et J. Tirole (1986) : « The Logic of Vertical Restraints », *American Economic Review*, n° 76(5), pp. 921-939.
- Rey P. et J. Tirole (2000) : « Quelles régulations pour le commerce ? » in *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, Rapport du CAE, n° 29, La Documentation française, Paris.
- Rey P. et J. Tirole (2005) : « A Primer on Foreclosure » in *Handbook of Industrial Organization*, vol. III, Armstrong et Porter (eds), North Holland.
- Saint-Paul G. (2003) : « Cumulative Innovation and Information Sharing in Business Networks », *IDEI Working Paper*, n° 225.
- Sapir A. (2004) : *An Agenda for a Growing Europe*, Oxford University Press, New York.

- Scherer M. (1990) : « Efficiency, Fairness and the Early Contributions of Economists to the Antitrust Debate », *Washburn Law Journal*, hiver, pp. 243-255.
- Scherer M. (2000) : *Competition Policy, Domestic and International*, Edward Elgar.
- Scotchmer S. (2004) : *Innovation and Incentives*, MIT Press, Cambridge.
- Seabright P. et T. Besley (1999) : « The Effects and Policy Implications of State Aids to Industry: An Economic Analysis », *Economic Policy*, vol. 14, n° 8, avril, pp. 13-53.
- Selinsky V. (2004-2005) : « Le Conseil de la concurrence rejoint la Commission Canivet », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 1, pp. 23-25, Wolters Kluwer, Lamy.
- Selten R. (1973) : « A Simple Model of Imperfect Competition Where Four Are Few and Six Are Many », *International Journal of Game Theory*, n° 2, pp. 141-201.
- Shaked A. et J. Sutton (1982) : « Relaxing Price Competition Through Product Differentiation », *Review of Economic Studies*, n° 49, pp. 3-14.
- Shaked A. et J. Sutton (1983) : « Natural Oligopolies », *Econometrica*, n° 51, pp. 1464-1484.
- Shaked A. et J. Sutton (1987) : « Product Differentiation and Industrial Structure », *Journal of Industrial Economics*, n° 36, pp. 131-146.
- Smith A. (1776) : *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Economica.
- Souam S. (1998) : « Dissuasion de la collusion et efficacité de deux systèmes d'amendes », *Revue Économique*, n° 49, 3, pp. 755-765.
- Souam S. (2001) : « Optimal Antitrust Policy Under Different Regimes of Fines », *International Journal of Industrial Organization*, n° 19, pp. 1-26.
- Spagnolo G. (2000a) : « Optimal Leniency Programs », *WP Fondazione Eni Enrico Mattei*, n° 42.2000.
- Spagnolo G. (2000b) : « Self-Defeating Antitrust Laws: How Leniency Programs Solve Bertrand's Paradox and Enforce Collusion in Auctions », *WP Fondazione Eni Enrico Mattei*, n° 52.2000.
- Spector D. (2004) : « Competition and the Capital-Labor Conflict », *European Economic Review*, n° 48, pp. 25-38.
- Spratling G. (1999) : *Making Companies an Offer they Shouldn't Refuse*, The Antitrust Division's Corporate Leniency Policy, Department of Justice.
- Spulber D. (1989) : *Regulation and Markets*, The MIT Press, Cambridge.
- Stigler G. (1982) : *The Economist as Preacher and Other Essays*, University of Chicago Press.

- Sutton J. (1991) : *Sunk Costs and Market Structure*, MIT Press, Cambridge.
- Sutton J. (1998) : *Technology and Market Structure*, MIT Press, Cambridge.
- Tabellini G. et C. Wyplosz (2004) : *Réformes structurelles et coordination en Europe*, Rapport du CAE, n° 51, La Documentation française.
- Thisse J. et X. Vives (1988) : « On the Strategic Choice of Price Policy in a Spatial Competition », *American Economic Review*, n° 78, pp. 122-137.
- Thorelli H. (1954) : *The Federal Antitrust Policy, Origination of an American Tradition*, Baltimore, John Hopkins University Press.
- Tirole J. (1988) : *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge.
- Tirole J. (2005a) : « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? » in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Frison-Roche et Abello (dir.), LGDJ, Paris.
- Tirole J. (2005b) : « The Analysis of Tying Cases: A Primer », *Competition Policy International*, vol. 1, n° 1, pp. 1-25.
- Toinet M-F., H. Kempf et D. Lacorne (1989) : *Le libéralisme à l'américaine*, Economica, Paris.
- Van Miert K. (1998) : *L'avenir de la politique de concurrence européenne*, Discours prononcé à l'occasion de la remise du prix Ludwig-Erhard, Bonn, 17 septembre.
- Vickers J. (2002) : *Competition Economics and Policy*, Mimeo, Office of Fair Trading.
- Vickers J. (2004) : *Abuse of Market Power*, Communication à la '31st Conference of the European Association for Research in Industrial Economics', Berlin.
- Vives X. (1999) : *Oligopoly Pricing, Old Ideas and New Tools*, The MIT Press.
- Vogel L. (2004) : *Droit français de la concurrence*, LawLex, Collection JuriScience.
- Walras L. (1883) : « Lettre à W. Lexis, 17 mars » in *Correspondance*, I.1, 548, p. 746.
- Werden G. et L. Froeb (1994) : « The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy », *Journal of Law, Economics and Organizations*, n° 10, 2, pp. 407-426.
- Whinston M. (1990) : « Tying, Foreclosure and Exclusion », *American Economic Review*, n° 80, 4, pp. 837-859.
- Williamson O. (1968) : « Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-offs », *American Economic Review*, n° 59, pp. 954-959.

Winckler A., F. Brunet, D. Encaoua, L. Cohen-Tanugi et M. Siragusa (1998) :
La pratique communautaire du contrôle des concentrations. Analyses juridique, économique et comparative : Europe, États-Unis, Japon, 2^e édition, De Boeck Université et Secrétariat d'État à l'Industrie.

Liste des personnes auditionnées

François Brunet

Cleary Gottlieb Steen Hamilton

Jean-Louis Colson

Commission européenne, Direction générale de la concurrence

Thierry Dahan

Conseil de la concurrence

Arnaud Decker

Conseil supérieur de l'audiovisuel

Hélène Durand

Direction générale du trésor et de la politique économique

Marie-Anne Frison-Roche

Institut d'études politiques

Yaël Ginzburg

Freshfields Bruckhaus Deringer

Marc Ivaldi

IDEI, Université de Toulouse I

Muriel Lacoue-Labarthe

DGCCRF

Christian Montet

Université Montpellier

Nadine Mouy

Conseil de la concurrence

Philippe Nasse

Conseil de la concurrence

Anne Perrot

Conseil de la concurrence

Jérôme Philippe

Freshfields Bruckhaus Deringer

Valérie Rabassa

Commission européenne, Direction générale de la concurrence

Patrick Rey

IDEI, Université de Toulouse I

Lars Hendrik Röller

Commission européenne, Direction générale de la concurrence

Paris P. Seabright

IDEI, Université de Toulouse I

Sébastien Soriano

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

David Spector

Paris Jourdan Sciences économiques

Daniel Vasseur

Direction générale du trésor et de la politique économique

Louis Vogel

Université de Paris II

Commentaire

Jean-Hervé Lorenzi

Professeur à l'Université Paris Dauphine

1. Triple regard

Ce rapport est passionnant parce qu'il analyse les politiques de la concurrence sous un triple regard de la construction historique, de la théorie économique et des politiques effectivement menées. L'existence même de trois angles d'attaque pour une seule politique souligne bien l'extrême difficulté du sujet.

Sur le plan historique, le rapport est très utile dans la mesure où il rappelle que les politiques de la concurrence se sont fondées sur des champs non économiques, inspiration populiste pour le Sherman Act et juridique en Allemagne. Ces différences de champs fondateurs sont tellement centrales que l'on a pu écrire « le contenu et le sens attaché à la politique de la concurrence subissent l'influence de l'histoire propre à chaque pays ». Dans le rapport « Politiques industrielles pour l'Europe » (2000) du CAE, nous avons mis en exergue, Élie Cohen et moi-même, un point très important pour l'analyse : à la différence du Sherman Act américain de 1890, la législation européenne n'a pas tant pour effet de réguler un marché déjà là que de contribuer à en créer un à partir des marchés nationaux. On peut donc penser, comme les auteurs, qu'il existe une « École de Bruxelles », ordolibérale, distincte de « l'École d'Harvard » ou de « l'École de Chicago ».

La présentation historique est parfaite. J'ai juste regretté, ayant été largement nourri de la trilogie « structure comportement performance » et des « barrières à l'entrée », que l'on passe rapidement sur l'école structuraliste et sa formidable cohérence intellectuelle.

En conclusion, les auteurs ont cependant raison de dire que les politiques de la concurrence des deux côtés de l'atlantique se ressemblent dans la mesure où elles sont centrées par rapport à une conception minimale de l'école de Chicago et la conception maximale de l'école structuraliste.

Sur le plan de la théorie économique, les auteurs ont raison d'indiquer que la montée en puissance du raisonnement économique ne garantit pas une stabilité des formes d'intervention. Elle est par ailleurs confrontée à cette ambiguïté de définition de l'efficacité économique, s'agit-il du surplus global ou du surplus du consommateur.

Sur le plan de la mise en œuvre, le sujet prend une actualité très grande puisqu'il pose au niveau européen les questions de nationalité d'entreprise, de champion national et européen et évidemment de politique industrielle.

2. L'ambiguïté des politiques de la concurrence

La question de l'ambiguïté de la politique de la concurrence est bien explicitée dans le rapport : les politiques de la concurrence visent-elles le bien-être du consommateur ou le bien-être social défini de façon plus large. On oppose bien deux logiques :

- la politique de la concurrence est une politique spécialisée dans la défense des intérêts du consommateur. Selon cette logique, le contrôle des comportements qui restreignent le processus de concurrence est parfaitement cohérent avec l'objectif que poursuit cette politique. Elle est elle-même part d'une politique économique générale qui poursuit d'autres objectifs avec d'autres instruments ;

- le poids mis aux deux éléments du surplus doit procéder d'un choix politique explicite que la politique de la concurrence doit reprendre à son compte. Dans le modèle simple statique à l'examen, le choix a l'allure d'un choix distributionnel, entre les consommateurs et les actionnaires.

Décidément, deux questions reviennent : la politique de la concurrence doit-elle viser l'objectif de maximisation de surplus du consommateur ou celui de la maximisation du surplus global ? S'agit-il du surplus de la globalisation à court terme ou à long terme ? Clairement, la position de la Commission aujourd'hui est en faveur du surplus du consommateur à court terme.

En fait, le sujet est bien connu, c'est celui du flou théorique sur la notion d'efficacité économique. Qu'est-ce que l'efficacité économique ? Outre l'aspect des politiques industrielles, le rapport mentionne – à juste titre – que l'apport des économistes aux débats sur les politiques de la concurrence a permis d'introduire un objectif d'efficacité économique (École de Chicago). Cependant, la définition de cette efficacité fait défaut et cette question fondamentale ne trouve pas de réponse univoque alors que ce terme peut englober des visions disjointes.

Celles-ci dépendent notamment du poids (politique et/ou économique) que l'on donne :

- au bien-être du consommateur (notamment via les prix) ;
- au surplus du producteur et à l'utilisation qu'il est susceptible d'en faire, l'histoire montre les limites d'une concurrence à tout prix dans le développement de la recherche ou d'accords de coopération en R&D ;
- aux externalités qui existent entre une industrie particulière et l'ensemble de l'économie. Or les politiques de la concurrence raisonnent généralement en équilibre partiel et non pas en équilibre général. Ce dernier point tend à biaiser l'évaluation des politiques proconcurrentielles. Si l'on adopte une vision purement manichéenne, deux visions s'opposent. Soit l'efficacité et sa mesure s'entendent au niveau du secteur sur des critères basés essentiellement sur la structure du secteur (*cf.* le tableau 1 de notre rapport sur les critères retenus par l'OCDE), soit il s'agit d'introduire une vision plus générale avec des critères tels que l'investissement, l'emploi ou l'innovation du secteur (*cf.* tableau 2). Au niveau macroéconomique, l'analyse du surplus du consommateur et/ou du producteur (et de leur pondération respective) n'a pas de sens en dehors de l'analyse réduite de la dynamique du secteur. Par conséquent, il semble nécessaire d'intégrer et d'évaluer au préalable de toute mesure concurrentielle, une évaluation des interactions intersectorielles et dynamiques de celles-ci. Cet aspect impose de s'intéresser à deux points qui sont insuffisamment pris en considération : les dimensions sectorielles et dynamiques.

Le rapport évoque d'une part la nécessaire prise en compte des spécificités sectorielles lors de l'analyse des politiques de la concurrence. Cependant, la caractérisation des différences sectorielles ne fait pas l'objet d'une étude approfondie. En effet, toute politique de la concurrence ne peut s'entendre que suivant la nature du secteur auquel elle se rapporte. Une taxinomie des formes théoriques et empiriques des politiques de la concurrence suivant les caractéristiques sectorielles serait instructive et compléterait l'exhaustivité de l'étude. De la même manière, la spécificité des industries de réseau et leur régulation mériteraient un traitement spécifique plus approfondi au sein de ce rapport.

Certes, le texte fait allusion en filigrane à ces difficultés mais sans pour autant entrer véritablement dans la question. Elle est pourtant fondamentale et mériterait une approche directe et plus franche. En effet, la définition de l'efficacité est autant un choix économique que politique dans la mesure où elle impose de s'intéresser à des notions telles qu'aux impacts de LT, sur les inégalités...

Mais le vrai sujet est celui de la relation entre concurrence et innovation. Sur ce plan là, l'analyse des différentes formes de l'externalité de la concurrence est très importante. Les auteurs ont raison de traiter les liens entre politique de la concurrence et politique de l'innovation en tant qu'une externalité, peut-être la plus importante. Cela fait longtemps que l'on s'in-

1. Indicateurs permettant d'évaluer le niveau de la concurrence dans le secteur des télécommunications

Indicateur	Paramètre
Structure du marché	• en volume : appels (en minutes), nombre d'abonnés • en capacité : nombre de lignes installées • barrières absolues : nombre de firmes, restriction réglementaires, contrôle des ressources essentielles, intensité des économies d'échelle et d'envergure • barrières stratégiques : publicité, intensité capitalistique • intégration verticale et autres barrières : existence d'entreprises verticalement intégrées et niveau de prix pratiqué par elles, accès non discriminatoire à la vente en gros
Comportement des offreurs	• compétition en prix : tendance des prix, niveau de réaction des offreurs à une évolution des prix • compétition hors prix : intensité et coûts du marketing, niveau de couverture (pour les services et les réseaux) • mesures indirectes : entrées ou sorties récentes, étendue de ces entrées et sorties par le passé • pratiques anti-concurrentielles : temps passé pour la mise en place des accords de dégroupage et d'interconnexion, part des lignes dégroupées restant à l'opérateur historique, existence de la présélection des transporteurs, portabilité du numéro, nombre de plaintes enregistrées • existence et intensité des collusions : évaluation subjective, dépendant du contexte
Innovation dans les services	Niveau de différenciation et rythme de l'innovation dans les services
Rentabilité (et son évolution)	Tendances en matières de profits dans les différentes entreprises
Comportement des consommateurs (indicateurs issus d'enquêtes auprès des consommateurs)	
Accès à l'information	Notification régulière de l'information auprès des clients, qualité de l'information disponible en ligne, fourniture rapide de l'information demandée
Capacité d'utiliser l'information et de profiter des opportunités offertes par le marché	Détection d'une information correcte et suffisante entre les services courants et les autres services, existence de critères clairs de comparaison
Barrières au changement de fournisseur	Ampleur des limitations au changement de fournisseur, intensité du changement d'opérateur en fonction du niveau de satisfaction de l'information fournie
Compensation du pouvoir d'achat	Nombre de groupes de consommateurs, part des gros utilisateurs ainsi que leur poids dans les revenus, niveau de dépense des consommateurs rapporté à leurs revenus
Bénéfices des consommateurs	
Large éventail de services disponibles	• taux de basculement entre les services offerts • présence d'un nombre suffisant de services offerts et évolution du niveau de satisfaction (indicateurs issus d'enquêtes auprès des consommateurs)
Prix satisfaisants (abordables et bas)	• revenus par appel (coûts fixes), revenus par minute d'appel • adéquation des prix, prix abordable, simplicité des grilles tarifaires (indicateurs issus d'enquêtes auprès des consommateurs)
Qualité satisfaisante des services offerts	• appels passés/congestion/taux d'échecs, temps d'installation et de réparation, nombre de défauts, nombre de plaintes • niveau de qualité, régions concernées, raisons de la faible qualité des services (indicateurs issus d'enquêtes auprès des consommateurs)

Source : Calculs de l'auteur d'après l'OCDE (2003).

2. Critères de mesure de l'efficacité des politiques de régulation, pour chaque marché pertinent et pour l'ensemble des marchés

Catégorie	Indicateur	Paramètre
OCDE (2003)	Cf. tableau 1.	Cf. tableau 1.
	Infrastructures (opérateurs et équipementiers)	• en volume rapporté au PIB • en tendance
	Commercial	• en volume rapporté au PIB • en tendance
Emploi	Nombre d'emplois	
	Répartition des emplois par type de poste et de qualification	• direction, commercial, recherche... • niveaux de qualification
	Indice de bien-être	<i>Enquêtes auprès des salariés</i>
Aménagement du territoire	Salaires	• salaire moyen, évolution des salaires, évolution des salaires en regard de celle des profits, en regard de l'évolution des prix... • salaire par type d'emploi.
	Diffusion des services de base	• étendue du service universel • niveau de diffusion des services intermédiaires
	Diffusion des dernières innovations	• taux de couverture en téléphonie mobile, en ADSL...
Innovation	Recherche « fondamentale » (opérateurs et équipementiers)	• volume et part des investissements consacrés à la recherche sur des projets sans applications immédiates (+ rapportés au PIB)
	Développement	• volume et part des investissements consacrés à la recherche sur des projets avec applications immédiates (+ rapportés au PIB) • coopérations, répartition de la valeur...
	Relation entre opérateurs et équipementiers	Les indicateurs sectoriels sont aussi des indicateurs pertinents pour mesure l'efficacité de la régulation sur l'ensemble de l'économie.
Économie globale	Indicateurs sectoriels précédents	• évolution de la productivité. • évolution du PIB.
	Croissance et productivité (imputable au secteur des télécommunications)	
	Inégalités	• accroissement ou réduction des inégalités liées au développement du secteur des télécommunications.

Source : Calculs de l'auteur d'après l'OCDE (2003).

terroge sur les structures du marché les plus favorables à l'émergence, au développement et à la diffusion de l'innovation. Le débat a d'ailleurs retrouvé de l'actualité récemment lorsque s'est créée l'agence française de l'innovation industrielle vis-à-vis de laquelle les réticences exprimées portaient sur le caractère très « grande entreprise » des soutiens de cette agence à l'innovation. La discussion s'est d'ailleurs éteinte d'elle-même lorsqu'un compromis fut trouvé dans une répartition équilibrée entre petites et grandes entreprises, comme bénéficiaire des programmes de recherche.

3. L'introduction des politiques industrielles

C'est là où l'on se retrouve confronté au problème des choix entre politiques de l'innovation et politique industrielle.

Aujourd'hui, même pour les plus sceptiques, les exemples asiatiques (et en particulier coréen), démontrent qu'une intervention ciblée de l'État peut être bénéfique si elle est conduite avec intelligence. Ainsi, en s'appuyant sur l'exemple des télécommunications, les Coréens ont favorisé les investissements des grandes entreprises, quitte à être relativement peu regardant sur le niveau de concentration du secteur. Cette option politique, souvent dénoncée par les opérateurs coréens de petite taille, permet pourtant d'obtenir des performances en tout point supérieures à la moyenne des pays industrialisés. En 2001 (2003), les investissements coréens dans les télécommunications se montaient à 1,02 % (1,33 %) du PIB contre 0,49 % (0,25 %) la même année en France ou 0,23 % (0,37 %) en Allemagne selon l'OCDE. Le seul rattrapage coréen ne permet pas d'expliquer ces écarts, croissants depuis 1995.

Dans un contexte européen où le seul terme de politique industrielle était proscrit, les comparaisons internationales tendent à reposer la question du rôle de l'État et de la place des politiques industrielles par rapport aux politiques de concurrence. Notamment le cas du Japon est particulièrement instructif, dans la mesure où il n'y a pas d'autorité de régulation *ex ante*.

4. Interrogations

4.1. Y a-t-il stabilisation des politiques de concurrence ?

Les vagues successives d'application des lois antitrust sont-elles vraiment en train de se stabiliser, comme l'entend ce texte, dans une situation médiane ? L'histoire ne montre-t-elle pas l'existence d'évolutions à la fois théoriques et politiques tour à tour favorables et défavorables aux politiques de la concurrence (1^{re} partie du rapport) ? Ce passé historique permet de relativiser la prétendue « modernité » dont sont qualifiées certaines politiques proconcurrentielles. À ce titre, la période du « New Deal » est particulièrement intéressante puisqu'aux États-Unis, comme en Europe, les politi-

ques industrielles et les grandes entreprises étaient accueillies favorablement. Le « New Deal » répondait de surcroît aux excès précédents qu'ont engendré les mécanismes de concurrence, rendus responsables de la grande dépression de 1929.

De même, la vague structuraliste (Harvard) qui a suivi celle du « New Deal », très favorable aux procès antitrust (*small is beautiful*), a laissé place à une phase plus réfléchie (École de Chicago), tenant compte de l'efficacité économique et de la concurrence potentielle (marchés contestables).

4.2. Y a-t-il place pour une politique industrielle ou une politique de compétitivité ?

J'appelle politique industrielle l'ensemble des actions à l'initiative des Pouvoirs Publics visant dans un état donné des marchés et de leur organisation à opérer des transferts de ressources dans le but d'atteindre des objectifs déterminés en terme de compétitivité des entreprises concernées pour le territoire d'exercice de la politique industrielle. Par rapport à cela, il y a vraiment conflit.

Un premier ensemble d'économistes soutient l'idée d'une politique industrielle favorable à la compétitivité, en insistant sur l'importance de la création des « champions européens » capables de concurrencer les entreprises japonaises et américaines. Les propositions portent alors sur l'amélioration de la répartition des fonds consacrés à la R&D, sur la nécessité des actions sectorielles, ainsi que sur l'encouragement d'une politique de la concurrence. Pour eux, motivée par le souci de restructuration des activités productrices, la recherche de compétitivité, comme facteur d'accroissement du bien-être, l'emporte sur les bienfaits supposés de la concurrence. Le second camp, lui, réfute toute intervention sectorielle (verticale), jure par la concurrence et envisage exclusivement des actions horizontales.

Il existe donc un conflit important entre la politique industrielle préconisée par les premiers et la politique de la concurrence exigée par les seconds. En effet, la politique industrielle utilise souvent des moyens contraires aux règles de la concurrence. Ce conflit est souvent décrit en précisant que les articles qui constituent le fond de la doctrine concurrentielle de la Communauté sont « autant d'obstacles, d'interdits ou de restrictions à des pratiques qui relèvent de la mise en œuvre des politiques industrielles ».

Les aides et la préconisation des concentrations nécessaires à la restructuration industrielle ne sont plus envisageables aujourd'hui, car pour les Autorités européennes, l'efficacité concurrentielle l'emporte sur l'efficacité économique dans les analyses de ce type d'opérations. Dès lors, la politique industrielle, en conflit initial avec la politique de la concurrence, se trouve diminuée de ses moyens en termes de politique technologique et de politique commerciale stratégique.

4.3. Y a-t-il une hiérarchie entre les trois politiques de l'Union européenne : concurrence, industrielle, commerciale ?

L'asymétrie et le principe d'une « hiérarchie » entre les trois politiques de l'Union, peuvent être lus, non seulement au niveau doctrinal, mais aussi en ce qui concerne les pouvoirs délégués aux instances en charge de conduire les différentes politiques.

C'est ainsi qu'en vertu d'une analyse présentée comme « substantielle » du Traité de Maastricht, d'éminents juristes (Bourgeois et Demaret, 1995) défendent la thèse d'une « contrainte constitutionnelle » assurant le primat de principe de la politique de la concurrence sur les deux autres politiques. Au terme d'une analyse du contenu des différents articles relevant de chacune des politiques communautaires les auteurs concluent : « Pris ensemble, les articles 3g, 3a, 102a et 130 impliquent que la politique de la concurrence a un statut supérieur aux deux autres politiques ».

Sans épouser cette thèse radicale dans toutes ses implications, Buigues, Jacquemin et Sapir (1995), dans un remarquable ouvrage consacré à l'analyse des « conflits et complémentarités » entre les trois politiques, résument parfaitement la situation en notant que : « Pour résumer, il existe différents degrés de clarté dans les objectifs et les instruments entre les trois politiques : clair et consistant pour la politique de concurrence ; relativement peu clair et fragmenté pour la politique industrielle ; peu clair et en partie inconsistent pour la politique commerciale ».

En pratique :

- en matière de politique de la concurrence : tout le pouvoir effectif est concentré entre les mains de deux institutions ; la Commission (en son sein la DG4) et la Cour européenne de Justice ;
- pour ce qui est de la politique industrielle, c'est le Conseil des ministres qui joue le rôle principal. Mais au titre de l'article 130 (qui fournit la base légale essentielle d'action) l'unanimité est requise ;
- en matière de politique commerciale enfin, le pouvoir est partagé entre la Commission et le Conseil, ce dernier tenant finalement le rôle principal. La Commission possède un pouvoir de proposition pour ce qui concerne les traités ou accords de commerce, de même que des positions défendues au sein du GATT (ou de l'OMC). Dans ces matières, le Conseil procède à majorité qualifiée.

Ainsi donc, comme on le voit, tant pour ce qui concerne la substance des bases légales respectives des trois politiques de l'Union que pour ce qui concerne l'effectivité des processus de décision, l'asymétrie est de principe.

En conclusion, je suis très intéressé par les multiples propositions des auteurs, notamment celle de redonner un espace aux politiques de compétitivité et aux politiques de l'innovation (accroître le budget communautaire d'un montant au moins égal des recettes des politiques de la concurrence,

donner un label et une insertion européenne aux coopérations industrielles et scientifiques entre États membre) me paraît un peu floue, en revanche je suis plus sensible à trois autres propositions :

- pour la concentration, demander l'avis de la DG Entreprise et Industrie et de la DG Recherche ;
- recourir à des engagements de nature comportementale au titre des mesures correctives ;
- et surtout soumettre le contrôle des aides aux entreprises en difficulté à un principe de subsidiarité.

Quant au niveau français, je suis favorable, en suivant là les auteurs, à la notification systématique pour les concentrations au Conseil de la concurrence et la remise en cause de l'interdiction de la revente à perte.

Ce rapport, particulièrement stimulant, montre à quel point les politiques de la concurrence sont, aujourd'hui plus qu'hier, au cœur de l'évolution des économies modernes.

Références bibliographiques

Bourgeois J.H. et P. Demaret (1995) : « The Working of EC Policies on Competition, Industry and Trade: A Legal Analysis » in *European Policies on Competition, Trade and Industry: Conflict and Complementarities*, Buigues, Jacquemin et Sapir (eds), Edward Elgar, pp. 65-114.

Buigues P., A. Jacquemin et A. Sapir (1995) : *European Policies on Competition, Trade and Industry: Conflict and Complementarities*, Edward Elgar.

Commentaire

Michel Mougeot

Professeur à l'Université de Franche-Comté

Il y a un contraste frappant entre la minutie, la subtilité et le caractère nuancé de l'analyse de la concurrence proposée par le rapport de David Encaoua et Roger Guesnerie et la présentation simpliste, manichéenne et souvent erronée des questions de marché dans les médias et dans les discours politiques en France, où le spectre de l'ultralibéralisme est évoqué aujourd'hui avec la même force que celui du collectivisme hier. Les débats concernant le référendum de 2005 sur la constitution européenne ont montré combien la société française, souvent mal informée, craint l'extension du champ de la concurrence. La présentation récurrente dans les journaux télévisés de toute fermeture d'usine comme le résultat de l'ouverture des frontières et donc de l'accroissement du rôle du marché renforce évidemment cette crainte de la concurrence perçue comme sauvage et destructrice.

À cet égard, le premier mérite du rapport de David Encaoua et Roger Guesnerie est de rappeler qu'une économie de marché a besoin d'une régulation, de règles du jeu et d'un certain contrôle des comportements. La politique de la concurrence est l'un des instruments de cette régulation et le rapport en fournit une présentation érudite. Le second mérite de ce texte est la mise en évidence des différentes conceptions de cette politique et de leurs liens avec la théorie économique⁽¹⁾. David Encaoua et Roger Guesnerie montrent clairement qu'en matière de concurrence, les idées simples sont

(1) L'influence grandissante de la théorie économique dans le domaine juridique est soulignée par M. Bazex (2006).

fausses et que le concept lui-même est polysémique. La concurrence vue comme un processus n'a pas les mêmes implications que la concurrence vue comme un état d'équilibre. Les conceptions à court terme et à long terme diffèrent, notamment quant à la pertinence des politiques d'innovation. Les formes de la concurrence pour le marché se substituent ou au contraire sont des compléments de la concurrence dans le marché.

Qu'il me soit cependant permis de regretter que le point de vue de la rigueur académique adopté dans le rapport soit, en définitive, un obstacle à la clarté du message. Les auteurs prennent tant de précautions pour éviter le simplisme en évoquant, pour chaque question abordée, les limites de l'argumentation, en se référant à une multitude de questionnements et à de complexes conflits d'objectifs que le lecteur non averti peut éprouver de la peine à comprendre ce qu'il faut retenir de l'analyse érudite des deux auteurs. Il faut attendre les recommandations finales pour voir apparaître un message général suggérant que *la concurrence est globalement bénéfique et qu'il appartient aux gouvernements d'en expliquer les mérites à une société mal informée*. À ce sujet, les citoyens perçoivent difficilement les bénéfices diffus de la concurrence, tout le monde profitant des baisses de prix ou de l'amélioration de la qualité des produits qu'elle provoque. En revanche, les effets négatifs concentrés sur un petit nombre sont aisément mis en exergue et ce d'autant plus qu'ils se traduisent par des licenciements ou des fermetures d'usines.

Ce rapport, très riche, rappelle d'abord l'histoire des politiques de concurrence. Il expose ensuite les principales fonctions de ces politiques que sont l'antitrust et le contrôle prospectif des concentrations. Après une présentation des politiques d'innovation et un rapide survol de la question des aides d'État, il s'achève par un constat général et quelques recommandations. Le fait que les instruments de la politique de la concurrence sont bien rodés et que sa stabilité institutionnelle est aujourd'hui particulièrement assurée conduit à des propositions au caractère extrêmement limité et, partant, plutôt décevantes au regard de l'analyse approfondie des auteurs. La question du caractère hybride du régime français du contrôle des concentrations conduit à deux propositions opposées – dessaisir la DGCCRF de son rôle d'instruction des dossiers ou le renforcer – qu'il aurait été utile d'éclairer par une analyse organisationnelle et d'illustrer par des cas concrets. Quant aux autres recommandations générales, elles procèdent des deux questionnements principaux qui caractérisent le travail de David Encaoua et Roger Guesnerie.

Deux thèmes récurrents apparaissent, en effet, dans ce rapport qui traite aussi bien des fondements intellectuels que des registres de la politique de concurrence. La première interrogation qui est à la base de toutes les analyses effectuées par les auteurs est celle des formes optimales de la concurrence et des objectifs des politiques de concurrence. La seconde question est celle des liens de cette politique avec d'autres politiques économiques et, en particulier, avec les politiques industrielles que sont les politiques d'innovation et les aides d'État. Revenons brièvement sur ces deux thèmes.

1. Intensité de la concurrence et finalités des politiques

Le débat sur les politiques de concurrence renvoie, naturellement, au débat sur les bienfaits de la concurrence elle-même. Le chapitre 2 du rapport présente un panorama assez complet des fondements théoriques de ces débats. David Encaoua et Roger Guesnerie montrent combien la perception de la concurrence varie selon que l'on se place dans un univers de premier rang ou dans un monde de second rang. La concurrence peut, en effet, être vue comme un mécanisme de réalisation d'une allocation optimale de premier rang si toutes les conditions de validité de celle-ci sont réunies. Dans cette optique, toutes les distorsions résultant d'un affaiblissement de la concurrence en prix doivent être combattues. Dans un contexte de second rang, la concurrence peut perdre son caractère de désirabilité mis en évidence par les théorèmes de l'économie normative. On sait ainsi qu'en présence de distorsions irréductibles conduisant à une situation de monopole dans un secteur d'activité, il n'est pas souhaitable, du point de vue de l'efficacité, que les autres secteurs soient concurrentiels. On sait aussi que des formes de discrimination au deuxième ou au troisième degré, passibles de l'abus de position dominante, sont de nature à accroître le bien être collectif, notamment quand elles permettent de servir des marchés ou des agents qui ne le seraient pas avec des prix uniformes. Enfin, on sait que l'approche de premier rang est caractérisée par une éviction des questions distributives grâce à la fiction des transferts forfaitaires. En l'absence de tels transferts, des arbitrages efficacité-équité complexes doivent être réalisés. Dans un espace européen qui réunit désormais des pays de niveaux de vie très inégaux et de normes sociales très différentes, ce problème peut devenir crucial. La répartition des effets internes d'un accroissement de la concurrence de fournisseurs étrangers suppose aussi une vision renouvelée de l'analyse des bienfaits de la concurrence. C'est un mérite du rapport de rappeler ces différentes approches et certaines de leurs implications.

Cependant, certaines interrogations laissent le lecteur sur sa faim. À la question fondamentale du bilan coûts-avantages des politiques de concurrence – *les préconisations de la politique de la concurrence ne sont-elles pas des recommandations de « first best » dans un monde de « second best » ?* – les auteurs ne répondent pas vraiment. L'analyse des externalités de la concurrence est, certes, intéressante mais ne conduit pas à une réponse claire alors que de nombreux thèmes abordés dans les chapitres suivants auraient pu être éclairés par une réponse plus nette à cette interrogation fondamentale. Il est vrai que la pratique fournit une esquisse de réponse dans la mesure où les instruments de la politique de la concurrence sont ceux de l'économie industrielle, c'est-à-dire d'une approche d'équilibre partiel considérant isolément chaque secteur, négligeant les effets revenus et ne prenant pas en compte le fait que l'économie est une économie de second rang.

Une interrogation connexe est celle des *objectifs des politiques de la concurrence*. Selon les rapports de la Commission européenne, le premier objectif est le maintien de marchés concurrentiels pour encourager l'effica-

cité industrielle, l'allocation optimale des ressources, les progrès techniques et la flexibilité. Le second objectif est la promotion de l'intégration des marchés. In fine, l'évaluation des politiques de concurrence renvoie à un choix entre des critères de surplus du consommateur ou de surplus global conçu, en équilibre partiel, comme la somme du surplus des acheteurs et des profits de tous les producteurs du secteur. Cette question n'est pas anodine. Ainsi une discrimination parfaite conduit à un surplus global maximal mais à un surplus nul des consommateurs, le monopole s'appropriant la totalité de celui-ci. La majorité des économistes⁽²⁾ considèrent que c'est le critère du surplus global qui doit être retenu. En fait, le principal argument en faveur de l'utilisation du surplus du consommateur est un argument d'économie politique : cette mesure permettrait de contrebalancer le lobbying des entreprises auprès des autorités de la concurrence (Neven et Röller, 2001). En sens inverse, le surplus global amène à mieux prendre en compte les intérêts des citoyens qui sont concernés, d'une part, en tant que consommateurs et, d'autre part, en tant que propriétaires des entreprises à travers les fonds de pension ou d'investissement. Il est vrai que cette question se pose différemment selon les pays et que la France occupe, à ce point de vue, une position particulière. Par ailleurs, l'adoption d'un critère de maximisation du surplus du consommateur pourrait conduire à des prix égaux aux coûts marginaux et donc à l'éviction de nombreuses entreprises, ce qui réduirait la concurrence. D'autre part, les entreprises seraient peu incitées à investir, à innover et à créer de nouveaux produits. Se référant à Monti (2002), les auteurs constatent que la politique de la concurrence est tiraillée entre ces deux modèles polaires, sans véritablement trancher entre les deux approches.

Une dernière question concernant l'objectif des politiques de concurrence semble, enfin, ignorée dans le rapport alors qu'elle était centrale dans celui de Tabellini et Wyplosz (2004). Les auteurs adoptent toujours le point de vue normatif d'un gouvernement bienveillant sans envisager que des autorités nationales puissent être capturées par des producteurs domestiques et prendre des décisions en fonction d'intérêts privés. Cette problématique est d'importance en ce qui concerne les politiques industrielles et d'innovation ou les aides d'État. Celles-ci peuvent être justifiées par des défaillances du marché, ce qui légitime l'intervention publique. Elles peuvent aussi être motivées par des arguments protectionnistes de défense des champions nationaux ou être le résultat de l'action de groupes de pression. Laffont (2000) avait, à cet égard, présenté de nombreux éléments de réflexion permettant de douter de l'existence d'un ministère de l'industrie bienveillant et bien informé.

(2) Cf. l'analyse détaillée de Motta (2004).

2. Politiques de concurrence et politiques industrielles

Le second thème du rapport – la compatibilité des politiques de la concurrence et des autres politiques économiques – est traité essentiellement à travers les politiques de l'innovation et les aides d'État. On peut regretter l'absence de développements concernant les interactions entre les politiques de concurrence et les politiques de régulation menées par des autorités indépendantes dans les industries de réseaux mais aussi entre politiques de concurrence et politiques de commerce extérieur.

L'analyse de la compatibilité entre politiques de l'innovation et politiques de la concurrence commence par une justification des politiques industrielles. Alors que la plupart des économistes partagent l'opinion de Motta (2004), (citée par les auteurs), selon laquelle seul le marché peut sélectionner les acteurs industriels et les projets performants et qu'en conséquence une politique industrielle ne peut avoir que des objectifs horizontaux (subventions à la recherche, aides à la création d'entreprises, éducation, traitement fiscal de l'innovation...), David Encaoua et Roger Guesnerie reprennent et semblent approuver les arguments traditionnels des tenants d'une politique industrielle volontariste. Certes, les défaillances du marché et les externalités positives constituent des justifications importantes de l'intervention publique et de la politique industrielle active. Mais comme le soulignent Tabellini et Wyplosz (2004), cette argumentation présuppose que ces politiques sont menées par des gouvernements bienveillants. Or il n'est pas évident qu'elles trouvent leur fondement dans la volonté de corriger le marché, la vraie raison étant souvent de favoriser des intérêts privés. Le rapport esquivant le débat sur les motivations sous jacentes aux politiques industrielles et même le débat sur les sources de l'innovation aux États-Unis⁽³⁾ est ainsi très ambigu sur les politiques de l'innovation auxquelles les auteurs souhaitent « redonner un espace ». Alors que Tabellini et Wyplosz voyaient dans la possibilité d'une prise en otage du processus politique par des intérêts privés un argument très fort en faveur de la centralisation des politiques industrielles au niveau de l'Union européenne, David Encaoua et Roger Guesnerie évoquent le principe de subsidiarité pour justifier leur définition au plan national. Dès lors qu'elles sont induites par des intérêts privés et qu'elles créent des distorsions dans les autres pays membres, les politiques devraient être poursuivies par la Commission qui pourrait réaliser les arbitrages nécessaires avec la politique de concurrence. La proposition de renforcement de la coopération entre la DG concurrence et la DG Entreprise et Industrie va, à cet égard, dans le bon sens. Quant à la soumission du contrôle des aides aux entreprises en difficulté à un principe de subsidiarité encadrée, il s'agit d'une proposition qui devrait faire l'objet de travaux ultérieurs, la question des aides d'État pouvant constituer, à elle seule, l'objet d'un rapport du Conseil d'analyse économique.

(3) Il présente une argumentation opposée à celle de Tabellini et Wyplosz qui s'inspirent de Ferguson (2004).

En définitive, l'analyse de la complémentarité des politiques de concurrence et d'innovation souffre du déséquilibre entre les justifications détaillées des premières alors que l'utilité des secondes est simplement postulée. En revanche, les auteurs soulignent, à juste titre, que les stratégies d'innovation ouvrent un nouveau chantier aux politiques dans la mesure où elles se traduisent par des formes de concurrence pour le marché dont les systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels constituent un bon exemple. Comme le montre Geroski (2003), la concurrence pour le marché n'est pas un substitut parfait de la concurrence dans le marché. Le fait qu'un grand nombre d'entreprises soient en concurrence dans un marché n'implique pas qu'il y ait un grand nombre d'entreprises en concurrence pour le marché. De même, le fait que de nombreuses firmes soient en concurrence pour un marché n'implique pas qu'il y aura de nombreux concurrents (potentiels ou réels) sur le marché lorsque celui sera instauré. À cet égard, la question des standards est centrale. Moins de concurrents seront présents sur le marché après qu'un standard sera établi, plus il y aura de concurrents pour essayer d'imposer le standard. Il y a un arbitrage à effectuer entre la concurrence *dans* le marché et la concurrence *pour* le marché⁽⁴⁾. C'est un challenge important pour les politiques de concurrence dans les secteurs de haute technologie : les entreprises qui sont en concurrence pour le marché (c'est-à-dire pour imposer leur standard) sont en fait en concurrence pour obtenir un pouvoir de marché *dans* le marché. Compte tenu de l'importance de la course à l'innovation dans les industries de pointe, l'arbitrage entre les deux formes de concurrence est une question essentielle que devront résoudre les autorités de la concurrence.

(4) Ce problème est analogue à celui de la concurrence pour l'attribution de licences donnant le droit de servir un marché (cf. Mougeot et Naegelen (2005)) : comme cela a été observé lors de l'attribution des licences de téléphonie de troisième génération en Europe, plus le nombre de licences est élevé (c'est-à-dire plus la concurrence potentielle dans le marché est importante), moins le nombre de concurrents dans l'enchère est grand (et donc moins la concurrence pour le marché est intense).

Références bibliographiques

- Bazex M. (2006) : Grandeurs et servitudes de l'analyse économique, *Les Échos*, 9 janvier.
- Ferguson Jr. R.W. (2004) : *Remarks by Vice-Chairman at the Meetings of the AEA*, San Diego, Federal Reserve Bank.
- Geroski P.A. (2003) : « Competition in Markets and Competition for Markets », *Journal of Industry, competition and Trade*, n° 3, pp. 151-166.
- Laffont J-J. (2000) : « Étapes vers un État moderne » in *État et gestion publique*, Rapport du CAE, n° 24, La Documentation française.
- Monti M. (2002) : « Article 81 EC and Public Policy », *Common Market Law Review*, n° 39, pp. 1057-1099.
- Motta M. (2004) : *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge, CUP.
- Mougeot M. et F. Naegelen (2005) : « Designing a Market Structure When Firms Compete for the Right to Serve the Market », *Journal of Industrial Economics*, n° 53, pp. 393-416.
- Neven D. et L.H. Roller (2000) : « Consumer Surplus versus Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control », *CEPR Discussion Paper*, n° 2620.
- Tabellini G. et Ch. Wyplosz (2004) : *Réformes structurelles et coordination en Europe*, Rapport du CAE, n° 51, La Documentation française.

Complément A

Concurrence et innovation sur les marchés des produits

Rachel Griffith

Institute for Fiscal Studies, University College (Londres)

1. Introduction

La valeur ajoutée par habitant a augmenté à un rythme moins rapide dans les pays de l'Union européenne qu'aux États-Unis. Nombreux sont ceux qui pensent que la faiblesse de l'innovation et l'introduction tardive des technologies de pointe, en sont la cause principale, ceci malgré les multiples réformes apportées aux marchés des produits dans l'ensemble des pays de l'Union européenne. C'est pourquoi le Conseil européen a adopté l'Agenda de Lisbonne qui vise à faire de l'Union européenne « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde », d'ici la fin de la décennie en cours. Un plan d'action a été arrêté à Barcelone en vue d'accroître les investissements dans la R&D à 3 % du PIB de l'Union européenne. Au vu de ces objectifs d'action stratégiques, il est intéressant de réfléchir au rôle que peut jouer la concurrence sur les marchés des produits en matière de stimulation de l'innovation.

L'innovation présente deux aspects importants : l'adoption des bonnes pratiques, l'imitation et le transfert de technologies avancées, la recherche de pointe et les activités qui font reculer les frontières du savoir technique. Imitation et innovation apparaissent au sein des entreprises en place et par le biais des nouveaux entrants.

La théorie économique ne donne pas de prédictions tranchées pour éclairer la relation entre concurrence et innovation. De nombreuses théories exhibent un effet négatif – la concurrence dissuadant l'innovation, tandis

que la relation inverse peut aussi être mise en évidence. En revanche, la littérature empirique lui prête dans l'ensemble une incidence positive. Des travaux récents ont laissé entendre que les deux points de vue pourraient être justes. Dans certains cas, la concurrence est susceptible de favoriser l'innovation, sur d'autres elle peut être un frein. D'autres travaux démontrent que les effets de la concurrence peuvent varier de façon considérable en fonction d'autres paramètres institutionnels comme les marchés du travail et des capitaux.

Avant d'examiner cette littérature, il convient de noter les quelques points suivants :

- de présent article s'intéresse essentiellement au secteur privé, même si de nombreuses innovations voient le jour dans le secteur public ou résultent de la coopération entre ces deux secteurs. Ceci est particulièrement vrai s'agissant de la recherche de pointe ;
- de nombreux facteurs influent sur l'innovation comme la disponibilité d'une main d'œuvre correctement qualifiée, les opportunités technologiques, les conditions macroéconomiques, pour n'en citer que quelques-unes. Aussi la concurrence exerce-t-elle probablement une action relativement mineure comparée à un grand nombre de ces autres facteurs.

2. La théorie

Une abondante littérature théorique est consacrée aux incidences de la concurrence sur l'innovation. Ces modèles mesurent le degré de concurrence sur un marché par le nombre d'entreprises présentes, l'importance des barrières à l'entrée, la possibilité pour les consommateurs d'y trouver des produits différents interchangeables (degré de différenciation) ou le comportement des entreprises sur le marché (par exemple, si celles-ci s'entendent sur les prix ou, au contraire, se livrent une concurrence féroce dans ce domaine).

Un grand nombre de théories prédisent qu'un affaiblissement de la concurrence s'accompagnerait d'un recul de l'innovation, car une moindre concurrence se traduit pour les entreprises qui innoveraient par des perspectives de profits futurs plus conséquents. La concurrence sur les marchés des produits, en réduisant les profits, diminue d'autant l'incitation à innover pour l'entreprise. Il s'agit de l'effet souvent qualifié de « schumpetérien » de la concurrence sur les marchés des produits. De la même manière, dans les modèles de course aux brevets, dans lesquels si un monopole n'innove pas, un concurrent le fera, le monopole a davantage intérêt à innover afin de préserver ses sources de profits futurs. Il s'agit de l'effet d'efficacité⁽¹⁾.

Dans ces modèles, les résultats sont déterminés par l'hypothèse de base selon laquelle l'innovation a été produite par des concurrents (les profits

(1) Voir Gilbert et Newbury (1982) et Reinganum (1982).

avant innovation sont de ce fait nuls). Aussi l'intérêt à innover se limite-t-il aux profits qu'on en tirera par la suite. Partant de ce postulat, il est indiscutable que les incitations à innover croissent en même temps qu'augmentent les profits. L'intensification de la concurrence, en réduisant la rente tirée de l'innovation, diminue les incitations à innover.

D'autres modèles font des prédictions opposées. Certains d'entre eux suggèrent par exemple que les entreprises en situation de concurrence attachent une importance plus grande à l'innovation que les monopoles, car ces dernières « récupèrent » une partie de leurs profits antérieurs lorsqu'elles innoveront. Aussi des structures de marché plus intensément concurrentielles favoriseront-elles l'émergence d'un plus grand nombre d'innovations. Il s'agit de l'effet dit de remplacement dont on doit le concept à Arrow (1962). Or, il ressort d'autres modèles qu'une concurrence accrue produirait un effet positif sur l'innovation en suscitant un processus d'incitation en vue de « convaincre » employés et dirigeants de délaisser les secteurs déprimés au profit d'activités stimulant la croissance. Il s'agit des modèles d'agence dont le plus connu est celui de Hart (1983).

Cette absence de prédiction théorique claire rend la relation entre concurrence et innovation particulièrement intéressante d'un point de vue empirique.

3. Les travaux empiriques

Une abondante littérature empirique, s'appuyant sur les travaux de Schumpeter (1943), s'est intéressée au début à la relation en coupe transversale entre innovation, taille des entreprises ou concentration du marché⁽²⁾. De nombreuses études ont constaté que les grandes entreprises (en termes de taille ou de part de marché) étaient aussi celles qui innovaient le plus (ou investissaient le plus dans la R&D), et qu'on leur devait la plus grande part des brevets déposés. L'interprétation de ces résultats allait le plus souvent dans le sens des thèses schumpetériennes exposées ci-dessus.

3.1. Aspects méthodologiques

Avant de passer à l'examen de la littérature empirique, il est intéressant d'analyser les nombreuses difficultés d'ordre méthodologique et pratique rencontrées dans ce domaine⁽³⁾ :

- il est important de contrôler les autres caractéristiques des entreprises et secteurs d'activité qui influent sur l'innovation car on observe souvent une corrélation entre celles-ci et la position concurrentielle de l'entreprise.

(2) Cohen et Levin (1989) ont fourni une revue exhaustive de la littérature. Voir aussi l'analyse réalisée par Kamien et Schwartz (1982).

(3) Cohen et Levin (1989) fournissent une analyse intéressante de ces questions.

Si les principaux paramètres ont été ignorés on ne peut pas être certain d'avoir réellement saisi le lien entre concurrence et innovation et non l'effet d'une variable omise ;

- le problème de la causalité inverse se pose aussi : si la position concurrentielle de l'entreprise est de nature à influencer sur l'innovation, une innovation réussie a parfois aussi une incidence sur la structure du marché. Les entreprises qui mènent à bien des innovations verront leurs coûts baisser, pourront vendre leurs produits moins cher ou bien ces produits seront de meilleure qualité et, dans tous les cas, gagneront des parts de marché. On risque donc de saisir l'impact de l'innovation sur la concurrence au lieu de l'incidence de la concurrence sur l'innovation ;

- mesurer le degré de concurrence sur un marché peut s'avérer une tâche complexe. Si elle n'est pas menée correctement, on risque de saisir les effets d'autres facteurs ;

- il peut être difficile d'évaluer l'innovation, notamment dans le secteur des services. Les indicateurs les plus souvent utilisés concernent les dépenses de R&D, l'activité de brevetage, le comptage des innovations et la productivité globale des facteurs (PGF). Ils présentent chacun des inconvénients particuliers. Les dépenses de R&D entrent dans la production (*input*) et n'en constituent pas le résultat (*output*). L'activité de brevetage, le comptage des innovations et la PGF, quant à eux, expriment une mesure des résultats. Tous les brevets n'ont pas la même valeur : certains peuvent représenter une nouvelle technologie révolutionnaire qui rapportera des milliards de dollars et d'autres ne correspondre qu'à une amélioration relativement incrémentale d'une technologie existante dont la valeur n'excède pas quelques dizaines de milliers de dollars. Les brevets posent un autre problème en ceci que la propension à déposer des brevets et le degré de protection conféré en matière de droits de propriété intellectuelle, varient considérablement d'un secteur à l'autre. Ainsi, l'industrie pharmaceutique a très souvent recours aux brevets alors que l'industrie des logiciels informatiques quasiment jamais. La productivité globale des facteurs permet de mesurer les progrès technologiques (et, donc, la concrétisation de l'activité innovante et englobe l'imitation). Il peut cependant être difficile d'en donner une mesure exacte car les indicateurs de la PGF habituellement utilisés présentent l'inconvénient bien connu d'être eux-mêmes biaisés quand une concurrence imparfaite prévaut sur les marchés des produits⁽⁴⁾.

Du fait de l'amélioration conjuguée de la disponibilité des données (et, notamment, de la disponibilité de séries de données individuelles au niveau des entreprises), des méthodes économétriques et de la puissance de calcul, un grand nombre de ces difficultés ont pu être résolues dès le milieu des années quatre-vingt-dix. Il a été plus facile, notamment, de régler les deux premières pour lesquelles il est important de disposer de données individuelles, c'est-à-dire d'observations suivies dans le temps concernant la même entreprise. Ces données n'apportent pas en elles-mêmes de solution aux problèmes. Elles ont surtout le mérite de faire apparaître une variation

(4) Voir, entre autres, Hall (1988), Klette et Griliches (1996) et Klette (1999).

indépendante (exogène) du degré de concurrence, ce qui veut dire que l'intensité de la concurrence est appelée à varier pour des raisons autres que les activités des entreprises en matière d'innovation. Par exemple, les changements de politique qui facilitent l'entrée sur le marché ou rendent l'opération moins coûteuse assurent une modification satisfaisante et indépendante des conditions de concurrence.

La suite de ce chapitre présente les travaux empiriques sur le lien entre concurrence et innovation et qui utilisent des données de panel. Nombre de ces travaux s'appuient sur des données provenant du Royaume-Uni. Ce pays s'avère être un lieu particulièrement propice à l'étude de la relation entre concurrence et innovation, car il a été le théâtre de très nombreux changements de politique qui ont entraîné une variation (relativement) indépendante à la fois des structures du marché des produits dans leur forme et dans leur nature et de la concurrence. Parmi ceux-ci on trouve les privatisations de grande envergure intervenues dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, les réformes liées à l'intégration européenne, l'ouverture des marchés réalisée de nombreuses autres manières et la mise en œuvre de la politique de la concurrence.

3.2. Éléments attestant que la concurrence stimule l'innovation

Nickell (1996), et Blundell, Griffith et Van Reenen (1999) ont été les premiers à avoir travaillé sur des données individuelles et appliqué des méthodes économétriques modernes pour traiter ces problèmes. Tous ont utilisé des données de panel d'entreprises cotées à la Bourse de Londres.

Nickell établit une relation entre divers indicateurs de concurrence et la croissance de la productivité globale des facteurs (PGF). Il a mis au point et appliqué des méthodes qui n'avaient jamais été aussi efficaces pour mesurer la concurrence. L'indicateur fondé sur les profits de l'entreprise revêt un intérêt particulier car il donne une image robuste d'un certain nombre de paramètres intéressant les marchés sur lesquels opèrent les entreprises. Nickell apporte des arguments solides à l'appui de la thèse selon laquelle l'intensification de la concurrence s'accompagne d'une accélération de la croissance de la productivité globale des facteurs, laquelle ralentit avec le renforcement de la concentration du marché et la hausse du niveau des profits.

Outre leur intérêt sur le plan statistique, les conclusions de Nickell indiquent que la concurrence a des répercussions économiques importantes en influant sur la croissance de la PGF. Pour ce faire, il examine à l'aide de son modèle les effets que produirait une entreprise dont l'environnement concurrentiel viendrait à se renforcer considérablement. D'après l'échantillon proposé, si on classe les entreprises selon leur rentabilité (marge bénéficiaire) on constate que celles qui sont situées dans le 20^e centile (les entreprises affichant une marge supérieure à 20 % et inférieure à 80 % des entreprises de l'échantillon) ont une marge bénéficiaire de fait nulle (elles ne font pas de profit). Les entreprises du 80^e centile (celles qui sont très rentables) affichent une marge de l'ordre de 29 % (elles facturent un prix supérieur de 29 % à leurs coûts). Si on combine les observations précédentes

avec le coefficient estimé (de $-0,13$) de mesure des profits, on observe qu'une intensification de la concurrence, en passant du 80^e au 20^e centile de la distribution des profits (une contraction des bénéfices se traduit par une intensification de la concurrence), a pour effet d'augmenter le taux de croissance de la PGF de 3,8 points. C'est un effet important et significatif. Le passage de la médiane au 20^e centile s'accompagnerait d'une augmentation de 1,2 point du taux de croissance de la PGF.

On peut aussi évaluer, d'une autre manière, l'intérêt de ces estimations sur le plan économique, en examinant la part de croissance de la PGF imputable aux différences de concurrence. Cette autre approche montre les écarts de taux de croissance moyen dans l'ensemble des secteurs d'activité du fait de la disparité des conditions de concurrence qui y prévalent, toutes choses égales par ailleurs. Les données produites par Nickell montrent par exemple que, dans le secteur de la construction électrique et électronique, la croissance de la PGF est inférieure en moyenne de 2,4 points en raison de la faiblesse de la concurrence, alors que dans la construction mécanique où on observe une concurrence relativement plus intense, elle est supérieure d'environ 1 point.

Blundell, Griffith et Van Reenen (1999) cherchent à comprendre pourquoi le fait de détenir une position dominante sur un marché permet aux entreprises de se montrer plus innovantes. Les travaux de Schumpeter ont fait l'objet d'interprétations diverses dont les deux principales sont exposées dans la littérature. Il faut comprendre, dans le premier cas, que les défaillances des marchés de capitaux obligent les entreprises à puiser dans les ressources financières propres pour financer l'innovation et que les plus grandes d'entre elles, plus prospères, ont donc été en mesure d'y consacrer des moyens plus importants. Dans le second, l'accent est mis sur les effets incitatifs du pouvoir de marché, autrement dit, l'effet d'efficacité mentionné plus haut, qui contredit l'effet de déplacement évoqué précédemment. Blundell, Griffith et Van Reenen s'efforcent de distinguer les différents effets en examinant, d'une part, la relation entre structure de marché et innovation et, d'autre part, l'incidence de la structure du marché sur la relation entre innovation et valeur boursière, ce qui leur permet de mettre en évidence les deux causes de la corrélation positive observée entre valeur boursière et innovation, contraintes financières ou effets incitatifs.

Ces auteurs travaillent sur les données du comptage des innovations rassemblées par les chercheurs et les ingénieurs pour mesurer la production d'innovations. La concurrence est mesurée par les parts de marché, la concentration et la pénétration des importations. Blundell, Griffith et Van Reenen se sont également attaqués à un certain nombre de problèmes économétriques, en intégrant des paramètres dynamiques et en prenant en compte les effets fixes sur les entreprises dans un modèle non linéaire.

Il ressort des travaux de Blundell, Griffith et Van Reenen que les entreprises dominantes au sein d'un secteur d'activité innovent davantage, et que les secteurs moins concurrentiels (où la concentration est plus forte et les importations moins présentes) produisent dans l'ensemble moins d'innovations. Ces résultats corroborent l'idée que l'effet d'efficacité est important avec un coefficient positif et statistiquement significatif pour l'interaction

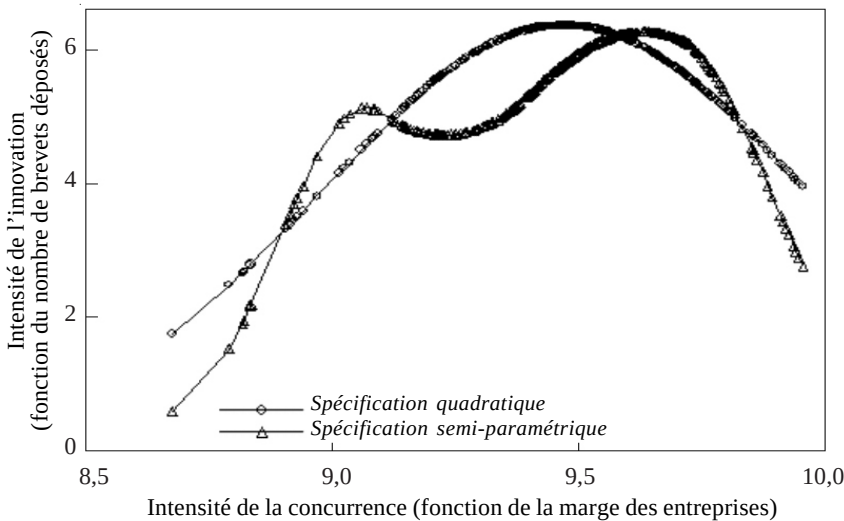
entre part de marché et capital de connaissance détenus par l'entreprise. On peut en déduire que les entreprises qui détiennent de larges parts de marché tirent des gains plus conséquents d'une innovation et sont, de ce fait, encouragées à prendre les devants en matière d'innovation.

3.3. Relation non linéaire entre concurrence et innovation

Aghion, Bloom, Blundell, Griffith et Howitt (2005) se sont efforcés d'harmoniser les observations apparemment contradictoires entre la théorie qui prédit dans l'ensemble une relation négative et les travaux empiriques qui font apparaître en général un effet positif. Ils démontrent ainsi, par une extension des modèles existants, que la relation peut être non linéaire et que la concurrence sur les marchés des produits, qu'elle soit particulièrement intense ou très faible, réduit les incitations à l'innovation. Aghion, Bloom, Blundell, Griffith et Howitt comparent les résultats obtenus à l'aide de ce modèle avec les données de panel relatives à l'activité de brevetage des entreprises britanniques. Comme chez Nickell (1996), la concurrence sur les marchés des produits est évaluée à l'aide d'un indicateur des profits réalisés.

Aghion, Bloom, Blundell, Griffith et Howitt obtiennent une relation en U inversé très nette entre innovation et concurrence (cf. graphique extrait de leurs travaux). Le sommet du U inversé est proche de la médiane de la distribution (qui s'établit à 0,95). Une relation linéaire simple aurait décrit une pente positive, comme le suggère Nickell.

1. Lien entre innovation et concurrence



Note : Ces résultats sont fondés sur des données d'entreprises du Royaume-Uni prises dans différents secteurs industriels. Dans le modèle sous-jacent, on suppose que la probabilité qu'une entreprise innove (i.e. dépose un brevet) à un instant *t* suit un processus de Poisson, dont les termes dépendent du degré de concurrence du secteur dans lequel l'entreprise opère. Deux spécifications sont présentées ici, l'une quadratique, l'autre semi-paramétrique.

Source : Aghion, Bloom, Blundell, Griffith et Howitt (2005).

3.4. Effets de la distance avec la frontière technologique

Aghion, Blundell, Griffith, Howitt et Prantl (2003 et 2004) explorent l'idée selon laquelle, dans les pays ou secteurs d'activité proches de la frontière technologique (mondiale), une accentuation de la concurrence renforce les incitations à innover des entreprises déjà présentes sur le marché qui cherchent à s'affranchir des entrants potentiels ou des concurrents. Aghion, Blundell, Griffith, Howitt et Prantl examinent les répercussions de l'arrivée de ces nouveaux entrants sur les performances et les gains de productivité au Royaume-Uni. Le fait que ce pays possède à la fois des secteurs d'activité proches et éloignés de la frontière technologique donne des variations intéressantes.

Aghion, Blundell, Griffith, Howitt et Prantl analysent aussi la relation entre l'entrée d'entreprises étrangères sur le marché et l'innovation et la manière dont cette relation varie en fonction de la distance qui sépare les secteurs d'activité de la frontière technologique. Il s'agit en l'occurrence d'estimer la vraisemblance que les entrées ne fluctuent pas indépendamment des activités innovantes (c'est-à-dire qu'elles aient un caractère endogène). L'attractivité d'un secteur d'activité est plus grande pour un entrant s'il y a des perspectives futures de réaliser des gains de productivité importants. Les réformes approfondies de libéralisation des marchés des produits, des capitaux et du travail et l'ouverture du Royaume-Uni aux investissements étrangers directs, ont à nouveau été utilisées pour capturer une variation exogène des conditions de concurrence.

Les performances en matière d'innovation sont mesurées par deux indicateurs, à savoir la productivité globale des facteurs et le comptage des brevets. On évalue les entrées par le nombre de personnes employées dans les installations industrielles créées par les entreprises étrangères. La distance avec la frontière technologique mondiale est déterminée par la productivité relative de la main d'œuvre dans les secteurs d'activité britannique et américaine.

L'arrivée de nouveaux entrants a, sur l'innovation, un impact positif statistiquement et économiquement significatif. Ainsi, une augmentation du taux d'entrée d'un écart-type par rapport à la médiane, se traduirait par une hausse d'environ 1,3 point du taux de croissance moyen de la PGF.

Cet impact de l'entrée varie entre les divers secteurs d'activité. Dans les pays et secteurs très éloignés de la frontière technologique, une augmentation du nombre des nouveaux entrants ou une intensification de la concurrence, à elles seules, tendent à dissuader les entreprises en place d'innover. L'effet global de la libéralisation du commerce dépend de l'état d'avancement actuel de la technologie dans le pays ou le secteur d'activité.

3.5. Les effets de la concurrence sur l'imitation

Dernièrement, on a constaté un regain des travaux utilisant des données de panel à un niveau plus agrégé (du pays ou de la branche d'activité), mettant à profit les variations substantielles de concurrence entre différents pays, pour en étudier les effets de la concurrence sur l'innovation.

Nicoletti et Scarpetta (2003) établissent ainsi une corrélation entre un grand nombre de réformes intervenues sur le marché des produits et la croissance de la productivité globale des facteurs. Ils avancent l'idée que les réformes réalisées ces dernières années, en libéralisant les marchés des produits, ont renforcé la concurrence. L'impact des réformes sur les marchés des produits est modélisé comme affectant le taux de convergence de la PGF (plutôt qu'un impact direct sur la croissance) dans l'ensemble des pays et secteurs d'activité. Ceux d'entre eux qui ont subi les changements les plus radicaux, enregistrent une accélération temporaire de leurs taux de croissance jusqu'à ce qu'ils aient rattrapé le régime stationnaire de l'expansion mondiale. Ces auteurs exhibent deux effets principaux de la réforme : une baisse des barrières à l'entrée et un assouplissement des contrôles d'État entraînent un rattrapage plus rapide vers la frontière pour le secteur manufacturier, les secteurs qui en sont les plus éloignés en retirant les plus grands bénéfices ; le processus de privatisation est associé à des gains de productivité.

De nombreux résultats découlent de l'interaction entre les réformes et l'écart technologique du pays. Selon l'interprétation qu'en donnent les auteurs, ces résultats démontrent qu'une réglementation plus rigoureuse du marché des produits ralentit le processus d'introduction des technologies dans les pays situés loin de la frontière.

Ces résultats intéressants méritent un examen plus approfondi. Cependant les indicateurs utilisés par Nicoletti et Scarpetta pour mesurer la concurrence posent certains problèmes :

- les réformes sont supposées accroître la concurrence, mais la démonstration n'en est pas faite. Certaines réformes pourraient avoir limité la concurrence (ou ne pas l'avoir affectée). Nicoletti et Scarpetta travaillent sur un grand nombre de réformes qu'ils agrègent en une mesure synthétique unique, avec la réserve importante que chaque réglementation influe dans la même mesure sur la concurrence et, donc, sur les gains de productivité ;

- de nombreux indicateurs auxquels ont recours Nicoletti et Scarpetta pour évaluer la réglementation, n'évoluent pas dans le temps (comme, par exemple, les contrôles d'État et les barrières à l'entrée). Le fait que la concurrence reste inchangée dans l'ensemble des secteurs d'activité ou avec le temps signifie que les effets fixes dans chaque pays, qui pourraient contrôler les caractéristiques nationales inobservables relatives à la croissance, ne peuvent pas être inclus dans les régressions. Cela revient à dire que toutes les variables omises ne sont pas prises en compte. Par ailleurs, les indicateurs d'évaluation de la réglementation sont placés à la fin de l'échantillon, ce qui laisse à penser que les valeurs à l'expiration de la période considérée sont représentatives de la configuration de la réglementation dans l'ensemble du pays pendant toute la période. Or, ceci ne sera pas vrai si certains pays ont libéralisé leurs marchés plus rapidement que d'autres. On ne peut donc pas interpréter les résultats comme une indication selon laquelle l'intensification de la concurrence a eu pour effet de développer l'innova-

vation ou l'imitation, le rapport de causalité pourrait tout aussi bien s'établir dans le sens inverse ;

- Nicoletti et Scarpetta ont bien recours à quelques indicateurs évoluant dans le temps, à savoir la privatisation des industries de réseau comme les télécommunications, les transports aériens et d'électricité, etc. Toutefois, ces éléments sont exploités de façon telle que l'on est amené à penser que les réformes au sein de ces industries de réseau sont représentatives des évolutions réglementaires dans l'ensemble de l'économie. Ce qui paraît très peu probable, du fait de la spécificité des industries considérées.

Les résultats obtenus par Nicoletti et Scarpetta indiquent que la concurrence stimule le rattrapage en matière de productivité (imitation) surtout dans les secteurs d'activité éloignés de la frontière technologique. Ces observations semblent au demeurant aller à l'encontre des théories et des travaux empiriques de Aghion, Blundell, Griffith, Howitt et Prantl examinés précédemment.

3.6. Les effets des institutions responsables des marchés du travail et des capitaux

Plusieurs modèles sont à l'origine de la thèse selon laquelle les effets de la concurrence sur l'innovation sont susceptibles de varier en fonction d'autres paramètres institutionnels. De la façon la plus élémentaire, les entreprises doivent avoir la flexibilité nécessaire pour réunir des capitaux, recruter de la main d'œuvre ou procéder à des licenciements de manière à s'adapter aux évolutions de la concurrence. Si leur liberté d'action dans ce domaine est entravée, une intensification de la concurrence risque de se traduire par des effets limités.

Plusieurs travaux empiriques sont venus conforter cette thèse qui suscite un intérêt grandissant. Nickell, Nicolitsas et Dryden (1997) examinent les effets cumulés des pressions financières et de la concurrence sur les gains de productivité. Les contraintes financières sont évaluées par les remboursements d'intérêts, considérés comme part de la valeur ajoutée et la concurrence est mesurée par le volume des profits. Les résultats montrent qu'un alourdissement du poids des contraintes financières s'accompagne d'une hausse des gains de productivité et que la pression financière s'accroît en même temps que diminuent les effets de la concurrence. Autrement dit, ces deux éléments sont des substituts.

Aghion, Bloom, Blundell, Griffith et Howitt (2003) ont également étudié les interactions entre pressions financières et concurrence. Ils démontrent que les entreprises innoveront davantage sous la pression financière importante, quelles que soient les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence. L'interprétation en est que l'innovation permet aux entreprises de se soustraire au risque de faillite. L'incidence sur l'innovation d'un alourdissement des contraintes financières reste inchangée quel que soit le contexte concurrentiel. En d'autres termes, les effets des contraintes financières et

de la concurrence ne sont ni des compléments ni des substituts comme moteur d'innovation et de gains de productivité.

Une littérature de plus en plus abondante cherche à déterminer comment les effets de la concurrence varient en fonction de la nature des institutions responsables du marché du travail. Aghion, Burgess, Redding et Zilibotti (2003) utilisent des données au niveau des secteurs d'activité des états indiens pour étudier les répercussions des réformes de grande envergure qui ont libéralisé l'entrée, et la façon dont elles diffèrent d'un État à l'autre en fonction du degré de réglementation du marché du travail. Les principaux résultats des travaux de Aghion, Burgess, Redding et Zilibotti établissent que les secteurs sous contrôle de l'État les plus proches de la frontière technologique avant les réformes ont enregistré, à la suite de celles-ci, une croissance plus rapide que ceux qui en étaient plus éloignés, et que les progrès techniques se font sentir plus lentement dans les États où la réglementation tend à favoriser la main d'œuvre.

4. Résumé et recherche en cours

Contrairement à ce que prédisent la plupart des théories, les travaux empiriques récents nous ont révélé que la concurrence semblerait stimuler l'innovation. Or, ceci n'est pas toujours vrai et on observe dans certains cas importants qu'elle peut avoir des effets exactement opposés. C'est le cas notamment des secteurs d'activité très éloignés de la frontière technologique et des activités ou pays dans lesquels les autorités en charge des marchés du travail et des capitaux exercent une action restrictive.

De nombreuses interrogations sont restées sans réponses. La plupart des travaux exposés dans ce chapitre ont été réalisés à partir de données concernant des entreprises du secteur manufacturier. Peu de travaux empiriques se sont intéressés à l'innovation dans les activités de service, dont les activités d'innovation, qui représentent une part croissante de l'activité économique⁽⁵⁾. Les incidences de la concurrence sur la capacité des petites entreprises à croître sont un sujet encore relativement peu exploré. Des travaux récents font apparaître que, si le taux d'entrée est le même dans l'Union européenne qu'aux États-Unis, des divergences existent sur la capacité des entrants de croître et se développer. Ce qui peut en fait avoir des conséquences importantes en matière d'innovation.

(5) Voir Griffith, Redding et Simpson (2004).

Références bibliographiques

- Aghion P., N. Bloom, R. Blundell, R. Griffith et P. Howitt (2003) : « Competition and Innovation: An Inverted U Relationship », *NBER Working Paper*, n° 9269.
- Aghion P., N. Bloom, R. Blundell, R. Griffith et P. Howitt (2005) : « Competition and Innovation: An Inverted U Relationship », *Quarterly Journal of Economics*, mai.
- Aghion P., R. Blundell, R. Griffith, P. Howitt et S. Prantl (2003) : *Entry, Innovation and Growth: Theory and Micro Evidence*, Mimeo Harvard et IFS.
- Aghion P., R. Blundell, R. Griffith, P. Howitt et S. Prantl (2004) : « Entry and Productivity Growth: Evidence From Micro-Level Data », *Journal of the European Economic Association* vol. 2, pp. 265-276, avril-mai.
- Aghion P. R. Burgess, S. Redding et F. Zilibotti (2003) : *The Unequal Effects of Liberalization: Theory and Evidence from India*, LSE Mimeo.
- Arrow K. (1962) : « Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention » in *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, R. Nelson (ed.), Princeton University Press, Princeton.
- Blundell R., R. Griffith et J. Van Reenen (1999) : « Market Share, Market Value and Innovation in a Panel of British Manufacturing Firms », *Review of Economic Studies*, n° 66, pp. 529-554.
- Cohen W. et R. Levin (1989) : « Empirical Studies of Innovation and Market Structure » in *Handbook of Industrial Organization*, vol. II, Schmalensee et Willig (eds), Elsevier Science Publishers.
- Gilbert R et D. Newbery (1982) : « Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly », *American Economic Review*, n° 72, pp. 514-526.
- Griffith R, S. Redding et H. Simpson (2004) : « Foreign Ownership and Productivity: New Evidence from the Service Sector and the R&D Lab », *Oxford Review of Economic Policy*, 'Globalization, Firm-level Adjustment, and Productivity', vol. 20, n° 3, automne, pp. 440-456.
- Hall R (1988) : « The Relationship Between Price and Marginal Cost in US Industry », *Journal of Political Economy*, vol. 96, pp. 921-47.
- Hart O. (1983) : « The Market Mechanism as an Incentive Scheme », *Bell Journal of Economics*, n° 14, automne, pp. 366-382.

- Kamien M.I. et N.L. Schwartz (1972) : « Timing of Innovations Under Rivalry », *Econometrica*, n° 40, pp. 43-60.
- Klette T. (1999) : « Market Power, Scale Economies and Productivity: Estimates from a Panel of Establishment Data », *The Journal of Industrial Economics*, décembre, pp. 451-476.
- Klette T. et Z. Griliches (1996) : « The Inconsistency of Common Scale Estimators when Output Prices are Unobserved and Endogenous », *Journal of Applied Econometrics*, n° 11, pp. 343-361.
- Nickell S. (1996) : « Competition and Corporate Performance », *Journal of Political Economy*, n° 104, pp. 724-746.
- Nickell S., D. Nicolitsas et N. Dryden (1997) : « What Makes Firms Perform Well? », *European Economic Review*, n° 43, pp. 783-796.
- Nicoletti G. et S. Scarpetta (2003) : « Regulation, Productivity and Growth: OECD Evidence », *OECD Economics Department Working Papers*, n° 347.
- Reinganum J.F. (1982) : « A Dynamic Game of R&D: Patent Protection and Competitive Behaviour », *Econometrica*, vol. 50(3), pp. 671-88.
- Schumpeter J. (1943) : *Capitalism, Socialism and Democracy*, Allen Unwin, Londres.

Complément B

L'articulation des politiques de concurrence et de régulation sectorielle^(*)

Philippe Choné

Laboratoire d'économie industrielle (CREST-LEI)

1. Introduction

Les autorités de concurrence (AC) et de régulation sectorielle (ARS) se distinguent par les objectifs qui leur sont assignés et les instruments dont elles disposent. L'article d'Anne Perrot (2002) présente une comparaison détaillée des caractéristiques des deux types de régulateurs dans de multiples dimensions :

- la nature de leurs instruments, notamment la possibilité de sélectionner les participants à un marché et/ou d'agir directement sur le niveau des prix, les structures de marché et les comportements des entreprises ;
- le *timing* de leurs interventions (*ex ante* ou *ex post*) et les délais qui leur sont impartis pour régler un litige ou prendre une décision ;
- la plus ou moins grande capacité que ces autorités ont de s'engager dans le temps vis-à-vis des entreprises ; la prévisibilité de leurs décisions et la sécurité juridique qu'elles sont en mesure de garantir aux opérateurs économiques ;
- le degré de discrétion qui leur est conféré, et, *a contrario*, les éléments qui limitent cette discrétion, qu'il s'agisse des contrôles qui s'exercent sur elles (particulièrement le contrôle par les juridictions d'appel) ou de

(*) Je remercie Marc Bourreau, Laurent Flochel, Denis Lescop et Saïd Souam pour leur lecture attentive d'une première version de ce texte.

contraintes inhérentes à leur fonctionnement (notamment, pour les AC, la nécessaire cohérence avec la jurisprudence, le respect du contradictoire et des droits de la défense, la séparation de l'instruction et du jugement, l'exigence de motivation des décisions) ;

- la plus ou moins grande maîtrise qu'elles ont de leur champ d'action et de leur agenda ;

- le risque de capture par des entreprises ou des groupes d'intérêt et leur plus ou moins grande indépendance vis-à-vis du pouvoir politique ;

- l'ampleur des asymétries d'information auxquelles elles font face et les moyens qu'elles ont de réduire ces asymétries, notamment leur niveau d'expertise et leur degré de spécialisation ;

- dans chacune de ces dimensions, il existe des différences entre AC et ARS, mais elles ne doivent pas être surestimées. Plus que les différences institutionnelles, il est important de mieux comprendre comment ces nombreux éléments (notamment l'indépendance et le degré de discrétion) se conjuguent pour concourir à l'efficacité de la régulation. Comme le remarque Rey (2003), il reste beaucoup de travail théorique à réaliser dans cette voie.

La perspective adoptée dans la présente annexe est purement descriptive. Elle part d'un constat empirique, celui de la grande diversité de solutions institutionnelles observée en pratique. La DGCCRF a réalisé une étude⁽¹⁾ à partir d'un questionnaire auquel ont répondu huit pays (Allemagne, Australie, Brésil, Canada, États-Unis, Finlande, France, Japon) : « La ligne de partage des compétences entre les deux types d'organismes est très fluctuante. Elle dépend, dans chaque pays, surtout de l'histoire institutionnelle. Les compétences peuvent être parallèles, ou partagées, ou exclusives. Mais l'essentiel est d'éviter que ne surviennent des conflits de normes, de compétence ou d'interprétation ». La solution la plus radicale consiste à confier les deux rôles à une même autorité, comme c'est le cas en Australie. Mais le cas le plus répandu est la séparation des rôles. Certains pays (Royaume-Uni et Brésil) ont fait le choix d'accepter, voire d'encourager le chevauchement des compétences. Il s'agit là de privilégier la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (Royaume Uni) et l'ouverture des marchés (Brésil) : AC et ARS peuvent appliquer le droit de la concurrence. Les risques de chevauchement n'y sont pas considérés comme des inconvénients majeurs. Dans les huit pays étudiés, on constate une grande diversité des modes de collaboration et de prévention des divergences⁽²⁾.

Partant de ce constat de diversité, la note présente quelques observations sur l'articulation des interventions des autorités de concurrence et de régulation, et son évolution récente en France, au niveau communautaire et

(1) Voir DGCCRF (2004) et ICN (2004).

(2) La DGCCRF a recensé dix pratiques différentes de coordination entre AC et ARS, qu'elle a regroupées en trois grandes catégories : les techniques informelles, la répartition des compétences et la coopération organisée.

aux États-Unis. À une certaine perméabilité des champs d'action des deux types de régulateurs en Europe, on peut opposer une séparation plus nette de leurs interventions aux États-Unis. Ce contraste, qui n'est pas sans rapport avec le débat ancien sur l'application de la « doctrine des infrastructures essentielles » en droit de la concurrence, est accentué par une évolution récente de la pratique des AC européennes, à savoir l'utilisation croissante d'instruments d'intervention *ex ante*, y compris (mais pas seulement) dans des secteurs régulés.

Même s'il est évidemment impossible de généraliser à partir de quelques exemples, plusieurs affaires emblématiques suggèrent qu'il existe aujourd'hui en France et au niveau communautaire une certaine perméabilité entre les champs d'action des AC et des ARS. Ainsi, le Conseil de la concurrence français est, à plusieurs reprises, intervenu sur des marchés, dans le cadre de dossiers contentieux, pour prévenir un *risque* de concentration, pour soutenir le processus d'ouverture à la concurrence de certains marchés anciennement monopolistiques ou pour favoriser le développement de marchés émergents. Le Conseil a justifié l'emploi de l'instrument des mesures conservatoires, en se fondant sur des dispositions relevant de la réglementation sectorielle ou sur des scénarii prospectifs relatifs à l'évolution ultérieure des marchés. Le Conseil de la concurrence est allé jusqu'à imposer que des tarifs intermédiaires (typiquement des prix d'accès) soient « orientés vers les coûts » ou « permettent l'exercice d'une concurrence effective » en aval. Au moment où il a dû vérifier le respect des injonctions qu'il a prononcées, il s'est trouvé dans une situation très proche de celle d'un régulateur sectoriel qui calcule des coûts incrémentaux de long terme ou conduit des tests de ciseau tarifaire. Ces exemples suggèrent que le partage des tâches entre AC et ARS est, en France, largement une affaire de circonstances. S'il n'existe pas de régulateur sectoriel ou si le régulateur n'a pas la compétence juridique nécessaire pour intervenir, le Conseil de la concurrence peut être amené à utiliser ses propres instruments pour combler l'absence de régulation. C'est le vide juridique au niveau du droit sectoriel qui rend nécessaire les interventions *ex ante* de l'autorité de concurrence.

La Commission européenne, quant à elle, n'a pas hésité, dans le passé récent, à utiliser les règles et les procédures du droit de la concurrence (notamment la notion de tarif « équitable » figurant à l'article 82 du Traité) pour interférer dans le processus de régulation au niveau des États membres (par exemple pour négocier directement les tarifs de dégroupage d'un opérateur historique de télécommunication, tarifs qui sont soumis au contrôle du régulateur sectoriel national). D'une manière plus générale, les AC européennes, qui ont été dotées de moyens d'intervention *ex ante* (notamment le prononcé de mesures conservatoires et la procédure d'engagements), utilisent de plus en plus ces dispositions dans une logique de régulation. Ces nouvelles procédures et leur utilisation croissante par les AC relativisent la distinction traditionnelle portant sur le *timing* des interventions – *ex post* pour les autorités de concurrence, *ex ante* pour les autorités de régulation.

Cette impression de perméabilité contraste avec la situation américaine. Dans un arrêt de 2004 (cf. *infra*, partie IV), la Cour suprême des États-Unis a clairement rappelé que les objectifs du droit sectoriel et du droit de la concurrence sont distincts et ne doivent pas être confondus. Le droit sectoriel est volontariste : il vise à supprimer les monopoles. Le droit de la concurrence se contente de prohiber les tentatives illicites de « monopolisation ». Du point de vue des autorités de concurrence américaines, la possibilité d'acquérir une position de monopole et de *pratiquer des tarifs de monopole* est un aiguillon essentiel de la prise de risque et de l'innovation et, finalement, un facteur de croissance économique. Cette attention portée aux incitations est en opposition avec la logique de la « régulation asymétrique », qui consiste à imposer des contraintes particulières au détenteur d'un monopole, de manière à faciliter l'entrée de concurrents. À cet égard, il est significatif que la Cour suprême des États-Unis n'ait jamais reconnu la « doctrine des infrastructures essentielles » en droit de la concurrence (cf. *infra*). Cette doctrine impose aux détenteurs d'une telle facilité l'obligation de contracter sur des bases « équitables » avec toute partie qui en fait la demande. La Cour suprême considère qu'il n'y a pas lieu, au titre du droit de la concurrence, de restreindre la liberté de contracter des agents (fussent-ils en situation de monopole et détenteurs d'une facilité essentielle). Au contraire, cette liberté fondamentale, qui est source d'innovations, doit être sauvegardée. La Cour suprême américaine proscriit l'utilisation du droit de la concurrence dans les secteurs régulés et s'oppose fermement à toute confusion des logiques du droit de la concurrence et de la régulation *ex ante*. Le contraste avec la pratique récente des autorités de concurrence françaises et communautaires est net, puisque ces dernières ont couramment utilisé les instruments du droit de la concurrence pour intervenir dans la régulation des monopoles et des infrastructures essentielles.

Toutefois, une clarification est actuellement à l'œuvre en Europe dans un secteur particulier, celui des télécommunications, qui a connu une ouverture rapide à la concurrence. Plusieurs directives européennes (en particulier la directive « cadre » du 7 mars 2002) ont en effet instauré une procédure visant à déterminer *ex ante* les marchés susceptibles d'être régulés. Pour qu'un marché puisse être régulé, il faut, notamment, que « les instruments du droit de la concurrence ne soient pas suffisants pour remédier aux défaillances des marchés ». Le processus ainsi engagé dans le secteur des télécommunications devrait éviter, à l'avenir, d'avoir à utiliser le droit de la concurrence pour régler des problèmes relevant à l'évidence de la régulation *ex ante*. Le principe général édicté par la Commission est que la réglementation sectorielle ne se justifie que « lorsque le droit de la concurrence n'est pas capable de remédier à lui seul à des défaillances persistantes des marchés concernés »⁽³⁾. La question se pose donc de savoir dans quelles

(3) Deux autres éléments doivent être pris en compte pour déterminer si un marché doit être régulé *ex ante* : la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée et une analyse prospective de l'évolution probable du marché. (Recommandation de la Commission du 11 février 2003).

circonstances le droit de la concurrence est incapable de remédier aux défaillances de marchés. Mais cette question suppose, au préalable, de déterminer les limites aux modes d'intervention possibles des AC et à l'utilisation qu'elles font du droit de la concurrence. Dans son avis 04-A-17 du 14 octobre 2004, le Conseil de la concurrence a indiqué que « la jurisprudence tant des autorités nationales que communautaires impose un certain nombre d'obligations aux opérateurs en position dominante sur un marché. En particulier, le droit de la concurrence impose déjà à une entreprise en situation de monopole ou de position dominante, qui détient une infrastructure à laquelle les entreprises opérant sur un marché aval (ou amont) doivent nécessairement avoir accès pour concurrencer l'entreprise détentrice de l'infrastructure, de permettre l'accès à cette dernière sur une base équitable et non discriminatoire ». Autrement dit, le Conseil reprend à son compte la « doctrine des infrastructures essentielles ». Cette doctrine, dont l'histoire remonte au célèbre arrêt de 1912 de la Cour suprême américaine *United States vs Terminal Railroad*, est fortement contestée. La Cour suprême a elle-même affirmé, dans son arrêt *Trinko vs Verizon* du 13 janvier 2004, ne l'avoir jamais admise : « *We have never recognized such a doctrine, [...] and we find no need either to recognize it or to repudiate it here* »⁽⁴⁾. Les AC françaises et communautaires reconnaissant, contrairement à la Cour suprême américaine, la doctrine des infrastructures essentielles, appliquent le droit de la concurrence d'une manière plus extensive. Cela ne va pas sans poser des difficultés, au moment de déterminer les marchés pour lesquels le droit de la concurrence ne suffit pas à remédier aux défaillances de marché.

La suite de cette note illustre et développe ces différents points. En partant de quelques exemples récents, on tente d'éclairer les principes qui sous-tendent la pratique observée en matière de partage des tâches entre AC et ARS. Après avoir présenté les instruments d'intervention *ex ante* à la disposition des autorités de concurrence, on décrit l'utilisation concrète qui en est faite en France et en Europe. On termine en évoquant l'articulation du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle qui prévaut aux États-Unis.

(4) « Nous n'avons jamais reconnu cette doctrine, [...] et nous ne voyons aucune nécessité ni de la reconnaître ni de la nier ». Dans la note 3 page 10 de l'arrêt *Trinko vs Verizon*, la Cour suprême rappelle que l'affaire *Terminal Railroad* de 1912 concernait une pratique *concertée* : il s'agissait alors seulement de garantir l'admission non discriminatoire à un « club ». C'est pourquoi la Cour considère qu'elle peut, sans se contredire, affirmer n'avoir jamais reconnu la doctrine des infrastructures essentielles (laquelle renvoie à des situations strictement unilatérales).

2. Les autorités de concurrence françaises et communautaires utilisent de manière croissante des instruments d'intervention *ex ante*

Dans le domaine du contentieux⁽⁵⁾, les différences de timing d'intervention entre AC et ARS sont, en France et au niveau communautaire, moins évidentes qu'il pourrait sembler à première vue. En effet, même dans le cadre du contentieux, les autorités de concurrence disposent d'instruments de nature à mettre fin à des comportements *avant* qu'ils ne produisent des effets négatifs sur les marchés. Il s'agit principalement des mesures conservatoires, de la possibilité d'accepter des engagements, des procédures de « transaction » (plus précisément de « non-contestation des griefs ») et de clémence. La procédure d'engagements a été introduite en droit communautaire par le Règlement 1/2003, dont l'article 9 dispose que : « Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse ». Une procédure analogue a été introduite en France par l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004⁽⁶⁾. La transaction, quant à elle, permet d'accélérer le traitement des dossiers en garantissant une réduction de la sanction financière aux entreprises qui ne contestent pas la réalité des griefs et s'engagent à modifier leur comportement⁽⁷⁾. Les procédures de clémence permettent de déstabiliser les cartels en octroyant une amnistie partielle ou totale aux participants qui dénoncent

(5) Il est bien connu que les autorités de concurrence interviennent *ex ante* quand elles contrôlent les concentrations. Pour prendre l'exemple de l'Union européenne, le Règlement sur les concentrations du 20 janvier 2004 dispose que : « Les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun. » À l'occasion du contrôle des concentrations, les autorités de concurrence peuvent s'opposer à des évolutions des structures de marché qu'elles jugeraient trop défavorables. On va voir que les AC, en France et en Europe, interviennent également souvent *ex ante* dans le cadre contentieux.

(6) L'article L. 464-2 du code de commerce prévoit désormais que le Conseil de la concurrence « peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles ».

(7) Article L. 464-2, alinéa III du code du Commerce : « Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié ».

une entente⁽⁸⁾. La clémence vise à encourager la révélation d'information aux AC, mais peut aussi, paradoxalement, rendre la collusion plus facile à soutenir (sur les termes précis de cet arbitrage, voir Polo et Motta, 2003).

Il est important d'observer que les procédures de transaction, de clémence et d'engagement sous-tendent une négociation entre entreprises et autorités de concurrence, négociation qui concerne selon les cas des montants financiers (réductions de sanctions), la révélation d'information et des contraintes sur les comportements futurs (engagements). Comme l'a signalé Marie-Anne Frison-Roche (2005), on assiste à une évolution notable vers des formes de contractualisation entre entreprises et autorités de concurrence. Jusqu'à une date récente, les contrats « incitatifs » passés avec les entreprises étaient la prérogative des seuls régulateurs sectoriels.

Certains observateurs ont fait remarquer que traiter une dénonciation ou négocier un engagement suppose un certain savoir-faire et une certaine déontologie, en raison du contact permanent avec les opérateurs économiques, avec les dangers de compromission qu'une telle proximité entre le régulateur et le régulé crée. Autrement dit, les AC deviendraient, si ce mode d'intervention se généralisait, vulnérables au risque de capture, alors qu'elles sont habituellement considérées comme moins sujettes à ce risque que les ARS (en vertu de l'origine plus diversifiée de leurs membres et du caractère moins spécialisé de leur activité).

La suite de cette annexe se concentre sur les deux autres types d'instruments qui sont utilisés par les AC dans le cadre du contentieux à des fins de régulation : les mesures conservatoires et les engagements.

3. La Commission européenne utilise les instruments du droit de la concurrence pour intervenir sur des tarifs régulés

La position de la Commission européenne au regard du débat AC/ARS est très particulière. La Commission, à la manière d'un régulateur sectoriel, est en effet compétente pour exercer une surveillance sur des secteurs spécifiques hors toute procédure contentieuse (elle peut lancer des « enquêtes de secteur », pour lesquelles elle dispose d'importants pouvoirs d'investigation). Mais surtout, la Commission peut intervenir directement, avec les instruments du droit de la concurrence (en particulier l'article 82 du Traité CE), dans la régulation de secteurs déjà soumis au contrôle d'un

(8) Article L. 464-2, alinéa IV du code du Commerce : « Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en oeuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont le conseil ou l'administration ne disposaient pas antérieurement ».

régulateur au niveau d'un État membre. L'article 82 dispose que : « Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ». L'article se poursuit en mentionnant divers exemples d'abus, parmi lesquels : « a. Imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables »⁽⁹⁾. Cette qualification juridique de tarif « équitable » permet à la Commission d'intervenir sur le niveau de prix, comme le ferait un régulateur sectoriel. Ainsi, dans sa décision du 21 mai 2003, la Commission a condamné Deutsche Telekom (DT) pour un effet de ciseau tarifaire entre les prix des prestations intermédiaires et les prix de détail pour l'accès à la boucle locale et lui a imposé une sanction de 12 millions d'euros. Le ciseau tarifaire se définit comme un écart trop faible entre les tarifs amont et aval de l'opérateur historique pour permettre aux concurrents d'exercer leur activité en aval de manière économiquement viable. Le fait que le tarif amont soit placé sous le contrôle du régulateur sectoriel n'a pas été pris en compte par la Commission : « (57) [...]. Ces deux types de prix sont certes soumis à une régulation sectorielle [...], mais DT dispose néanmoins d'une marge de manœuvre en tant qu'entreprise, qui lui permet finalement de réduire, voire d'annuler, l'effet de ciseau, grâce à des restructurations tarifaires progressives (voir considérants 163 et suivants). Cet effet de ciseau correspond ainsi à un prix d'achat non équitable au sens de l'article 82, point a, du traité ».

La Commission démontre que DT aurait pu éviter l'effet de ciseau pour l'accès à la boucle locale, par exemple en augmentant ses tarifs de détail pour les lignes analogiques, RNIS et ADSL. Cette affaire illustre bien l'articulation régulation / concurrence que cherche à faire prévaloir la Commission : l'existence d'une régulation sectorielle nationale n'interdit pas l'application du droit de la concurrence communautaire. Dès lors que la régulation laisse une marge de manœuvre pour un comportement autonome de la part de l'entreprise, ce comportement peut être jugé au regard du droit de la concurrence : « (54) Contrairement à ce que pense DT, conformément à une jurisprudence constante de la Cour de Justice et du Tribunal de première instance, l'applicabilité des règles de concurrence n'est pas exclue, dès lors que les dispositions sectorielles concernées laissent aux entreprises qui y sont soumises la possibilité d'un comportement autonome susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence. [...] Dans ce cas, la Commission est tenue d'examiner la plainte et, le cas échéant, d'imposer des mesures correctives ».

De plus, la Commission précise que la régulation sectorielle, notamment en matière d'interconnexion, n'a pas les mêmes objectifs que le droit de la concurrence : « Dans le secteur des télécommunications, les directives ONP visent à établir un régime réglementaire pour les accords d'accès. Étant

(9) La pratique de tarifs « non équitables » ne fait pas partie des exemples d'abus de position dominante figurant dans le libellé de l'article L. 420-2 du code du Commerce français.

donné le caractère détaillé des règles ONP et compte tenu du fait qu'elles peuvent aller au-delà des exigences de l'article 82 du Traité, les entreprises opérant dans le secteur des télécommunications doivent être conscientes du fait que la conformité aux règles de concurrence communautaires ne les dispense nullement d'observer les obligations imposées dans le cadre ONP, et inversement ». Pour la Commission, les obligations imposées aux entreprises par les deux types de droit (concurrence et sectoriel) s'ajoutent. On verra que cette position contraste avec l'approche américaine. Si la Cour suprême reconnaît également que les objectifs des deux droits sont distincts, elle en tire des conséquences différentes quant à l'articulation des champs d'intervention des deux types de régulateurs (*cf. infra*).

La logique d'intervention *ex ante* de la Commission dans des secteurs régulés au moyen des instruments du droit de la concurrence a franchi un cap supplémentaire, avec la seconde affaire Deutsche Telekom, qui concernait le dégroupage partiel de la boucle locale (la décision de 2003 concernait le dégroupage total). Il s'agissait encore d'un effet de ciseau tarifaire, désigné sous le vocable de « compression des marges » par la Commission. Dans cette seconde affaire, celle-ci a directement négocié avec DT le prix de la prestation intermédiaire, qui doit encore être approuvé par le régulateur allemand. L'entreprise s'est engagée à baisser ses tarifs intermédiaires et la Commission a annoncé son intention, dans le cadre de la nouvelle procédure d'engagement instaurée par le règlement 1/2003 mentionnée plus haut, d'accepter lesdits engagements. La décision d'acceptation n'étant pas encore publiée, la Commission précise sa position dans un communiqué de presse du 1^{er} mars 2004⁽¹⁰⁾ : « Nous pensons que la concurrence entre opérateurs est le meilleur moyen de faire baisser les prix globalement. C'est la raison pour laquelle nous avons fait en sorte que le problème de la compression des marges soit résolu, dans une large mesure, par une baisse des tarifs de gros que les concurrents doivent payer pour l'accès partagé. Nous avons bon espoir que l'autorité de régulation allemande accepte cette solution favorable au consommateur ». La Commission précise dans le communiqué de presse qu'elle ne clôturera cette affaire qu'une fois que la RegTP (le régulateur allemand) aura arrêté sa décision et uniquement si ladite décision est conforme aux engagements pris par DT. Les instruments du droit de la concurrence, en l'espèce la procédure d'engagements, conjuguée avec l'article 82 et la notion juridique de tarif « équitable », ont permis à la Commission d'intervenir dans la négociation des tarifs de dégroupage, et même de devancer le régulateur sectoriel dans cette négociation⁽¹¹⁾.

(10) Communiqué de presse numéro IP/04/281 du 1^{er} mars 2004.

(11) La Commission européenne est également intervenue en France dans le secteur de l'Internet. Dans sa décision du 16 juillet 2003, elle a condamné la filiale Internet de France Télécom, la société Wanadoo Interactive, pour prédation sur le marché de détail de l'accès à Internet. La Commission n'a pas considéré l'opérateur historique français comme verticalement intégré (juridiquement il ne l'était pas). Elle n'a pas traité ce cas sous l'angle du ciseau tarifaire, comme elle l'a fait dans les deux affaires Deutsche Telekom, mais a choisi un grief relevant plus directement du droit de la concurrence, celui de prédation. Cette affaire est actuellement pendante devant le Tribunal de première instance (TPI).

Notons pour finir que les conflits entre réglementation et droit de la concurrence sont finalement assez rares en Europe. La Cour de Justice a toujours considéré que la conjugaison des articles 10 (« les États membres s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité »), 81 (prohibition des ententes) et 82 (prohibition des abus de position dominante) implique que les États membres n'ont pas le droit d'introduire ou de conserver des dispositions, qu'elles soient de nature législative ou réglementaire, qui priveraient les règles de concurrence de leur « effet utile ». Si toutefois des conflits entre droit de la concurrence et réglementation nationale apparaissaient, ils seraient réglés par la hiérarchie des normes. La primauté du droit communautaire implique en effet qu'une disposition d'une loi nationale qui contredit une règle européenne (notamment une règle de droit de la concurrence) ne doit pas être appliquée par les juridictions nationales, que la loi nationale ait été adoptée avant ou après la règle européenne⁽¹²⁾.

4. L'intervention *ex ante* du Conseil de la concurrence et de la Commission par le biais de mesures conservatoires

En France, le Conseil de la concurrence a utilisé l'instrument des mesures conservatoires pour intervenir, en 2003, dans le processus d'attribution des droits télévisuels du football, en invoquant, pour justifier cette intervention, les risques de concentration dans le secteur aval de la télévision à péage (tels qu'ils étaient perçus, notamment, par le régulateur sectoriel). Par ailleurs, le Conseil est intervenu à plusieurs reprises sur les tarifs d'accès à des infrastructures essentielles dans le but de soutenir le processus d'ouverture à la concurrence. Ces interventions ont souvent concerné des secteurs régulés, mais des prestations spécifiques qui échappaient au contrôle du régulateur sectoriel.

Rappelons qu'en application de l'article L. 464-1, le Conseil de la concurrence peut prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. « Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante ». Ce moyen d'action des AC déroge donc au principe général selon lequel, pour que l'AC puisse intervenir sur le marché, par exemple enjoindre à une entreprise de cesser ou de modifier un comportement, l'infraction doit être caractérisée et qualifiée au regard du

(12) Dans son arrêt du 9 septembre 2003, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, la Cour de Justice a confirmé ce principe et a précisé que, si les juridictions nationales sont dans l'obligation de laisser inappliquée une législation nationale en contradiction avec le droit communautaire, elles ne peuvent pas sanctionner les entreprises pour des comportements passés. Les sanctions ne peuvent intervenir que dans le futur, une fois que les entreprises ne peuvent plus affirmer qu'elles ont été contraintes par la loi nationale de violer les règles de concurrence européennes.

droit de la concurrence. En matière de mesures conservatoires, une *présomption* d'infraction suffit.

Comme l'infraction n'a pas besoin d'être complètement établie, les mesures conservatoires permettent d'intervenir très rapidement (les décisions sont rendues en deux à trois mois). L'AC est ainsi, comme l'ARS, en prise directe avec les décisions des acteurs économiques. Ces mesures peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Les mesures conservatoires doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence. La Cour d'appel de Paris contrôle cette proportionnalité et limite ainsi la discrétion du Conseil dans la définition des mesures conservatoires.

Intervention *ex ante* pour prévenir un risque de concentration : l'exemple des droits télévisuels du football

La décision de mesures conservatoires 03-MC-01 du 23 janvier 2003, par laquelle le Conseil de la concurrence a suspendu la décision d'attribution à Canal Plus de l'intégralité des droits de diffusion des matchs de la Ligue 1 qui avait été prise par le conseil d'administration de la Ligue de Football Professionnel (LFP), est un bon exemple d'intervention *ex ante* : cette décision a en effet été prononcée *avant* que l'action des opérateurs économiques ne prenne effet ; la décision litigieuse de la LFP concernait les droits de retransmission pour des saisons futures (à partir de 2004-2005). L'intervention du Conseil visait précisément à empêcher tout impact réel de la décision prise par la LFP sur les marchés, notamment sur la dynamique des abonnements aux deux bouquets satellites et à la chaîne Canal Plus(*).

L'intervention *ex ante* du Conseil est justifiée dans la partie III de la décision (intitulée : « Sur la demande de mesures conservatoires »), qui cherche à établir « l'atteinte grave et immédiate ». Rappelons que les marchés de droits télévisuels ne relèvent pas directement de la compétence du régulateur sectoriel. Cependant, le Conseil est tenu de demander son avis au régulateur du secteur potentiellement concerné, en l'espèce le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Pour justifier son intervention *ex ante*, le Conseil reprend, dans la seconde partie de la décision, de longs extraits de l'avis du CSA, dans lequel le régulateur sectoriel expose sa vision des conséquences de l'octroi de l'intégralité des droits du Championnat de France de Ligue 1 à Canal Plus. « Sur ce point, le CSA considère dans son avis du 17 décembre 2002, que : « Dans un premier stade, la perte d'abonnés restera limitée, compte tenu de l'inertie résultant du système des abonnements annuels. En revanche, le bouquet privé d'un de ses meilleurs produits d'appel devrait voir ses perspectives de développement considérablement réduites. Dans un second temps, à l'échéance de renouvellement des

(*) Pour cela, le Conseil a notamment interdit aux opérateurs de communiquer sur les résultats de l'appel d'offres auprès du grand public.

abonnements, une partie des abonnés les plus attachés au Championnat de France pourrait choisir de quitter TPS pour une offre du groupe Canal Plus (on peut imaginer notamment qu'une fraction des quelque 15 % d'abonnés TPS souscrivant également à Canal Plus quitte TPS) ». [...] À cet égard, le CSA a indiqué : « le manque de perspective limiterait franchement les espoirs d'un retour sur investissement pour les actionnaires. En ce cas, ces derniers pourraient opter pour des décisions tranchées de vente ou de fermeture... Mais l'exclusivité sur les droits de cette compétition essentielle à Canal Plus – compte tenu des termes de la consultation – pour maintenir son offre actuelle à ses abonnés, signifie pour TPS, dans un premier temps, l'absence de toute perspective de rentabilité de l'exploitation et à terme, le risque de disparition de la plateforme ». C'est donc un véritable scénario prospectif que développe le CSA et que reprend la décision du Conseil, scénario où le « risque » de disparition d'une plate-forme est mis en avant. Le Conseil cite de longs passages de l'avis du CSA, toujours pour justifier son intervention : « Plus largement, le CSA considère dans son avis que les pratiques dénoncées portent une atteinte grave et immédiate à l'ensemble du secteur d'activité en cause : « La réduction de deux à une, par abandon d'une des plates-formes, des offres de télévision payante par satellite ne manquerait pas d'avoir des conséquences lourdes sur ce marché, mais également sur plusieurs marchés aval : en particulier, sur le marché (ou segment) de l'offre de télévision payante par satellite, la situation de monopole du bouquet restant ou fusionné pourrait avoir pour effets une augmentation des prix de l'offre et une réduction du choix de programmes proposés aux téléspectateurs ». L'avis du CSA, repris *in extenso* par le Conseil, poursuit en décrivant les effets néfastes du passage de deux à une plate-forme sur l'offre de chaînes thématiques, sur le marché de l'organisation de compétitions sportives, et sur l'ensemble de la filière audiovisuelle (production, industries techniques, etc.). Le long passage repris dans la décision 03-MC-01 se conclut ainsi : « C'est un schéma de retour à une situation de monopole de fait sur le marché (ou sur le segment) de la télévision payante à *contenus premium* qui se met en place aujourd'hui dans plusieurs pays d'Europe (Espagne, Italie). Ceci peut avoir pour effet, sauf à mettre en place une régulation stricte du 'nouveau monopoleur', de restreindre la concurrence sur les marchés aval, avec les risques décrits ci-dessus ».

La décision prise par le Conseil de la concurrence en 2003 d'intervenir *ex ante* sur les marchés des droits télévisuels (par le biais d'une mesure conservatoire) a donc été principalement motivée par l'analyse prospective des marchés réalisée par le régulateur sectoriel, qui, en l'espèce, n'avait pas la compétence juridique pour intervenir lui-même sur le marché. L'action des deux types d'autorité est parfaitement complémentaire. Dans cette affaire, la logique de l'intervention du Conseil de la concurrence n'a pas été remise en cause par la Cour d'appel. Au contraire, celle-ci a organisé, pour régler le litige, une « médiation judiciaire », assez analogue à un « règlement de différend », tel que pourrait le pratiquer un régulateur sectoriel.

Les droits télévisuels du football ont donné lieu à la première application par la Commission européenne de la procédure d'engagement prévue par le Règlement 1/2003 (*cf. supra*). Dans sa décision du 19 janvier 2005, la Commission accepte les engagements de la Ligue allemande de football (*Ligaverband*) relatifs à la commercialisation des droits de retransmission des championnats de première et deuxième divisions. La décision permet au « *Ligaverband* » de continuer à commercialiser les droits de radiodiffusion d'une manière centralisée sous la marque de la Ligue, mais les engagements garantissent que les procédures appliquées seront ouvertes, transparentes et non discriminatoires. En particulier, la Ligue allemande de football s'est engagée à proposer des lots de droits dissociés, pour une durée n'excédant pas trois saisons.

Au point 41 de sa décision, la Commission justifie sa décision d'accepter les engagements de la Ligue. Elle note que ces engagements réduisent l'étendue et la durée des accords, permettent l'arrivée de nouveaux produits (diffusion sur Internet ou sur téléphones mobiles) et la commercialisation de l'ensemble des droits disponibles⁽¹³⁾. La Commission en déduit, prudemment, que ces engagements « semblent introduire de la concurrence » dans la commercialisation des droits et qu'en assurant la disponibilité de l'ensemble des droits, ils « favorisent l'innovation ». Elle conclut en indiquant que les engagements « découragent les tendances à la concentration sur le marché des médias. » La Commission se comporte à la manière d'un régulateur sectoriel qui négocie avec les opérateurs et passent des contrats avec eux : elle adopte une vision prospective et dynamique des marchés et en influence les évolutions dans le but de soutenir l'innovation et de décourager la concentration.

4.1. Le soutien au processus d'ouverture à la concurrence : l'exemple des injonctions prononcées par le Conseil de la concurrence dans le cadre du dégroupage

Plusieurs mesures conservatoires, prises par le Conseil de la concurrence dans des secteurs non régulés ou incomplètement régulés, illustrent la perméabilité des champs d'intervention des deux types d'autorités. Ainsi, dans le secteur des télécommunications, le Conseil se substitue à l'ART, lorsque celle-ci n'a pas la compétence juridique nécessaire pour intervenir, comme l'illustrent plusieurs dossiers contentieux liés au dégroupage de la boucle locale et au développement des technologies ADSL pour l'accès à Internet.

En 1999, France Télécom a commencé à proposer des offres aux consommateurs (« Netissimo ») et aux fournisseurs d'accès à Internet (« Turbo IP »), qui permettaient de mettre en place la technologie ADSL. En juillet 1999,

(13) Dans le cas où certains droits n'auraient pas trouvé preneur dans le cadre de la vente centralisée, ils peuvent être exploités directement par les clubs.

l'ART a estimé indispensable que « des opérateurs tiers bénéficient d'une offre leur permettant de proposer des services de même nature que Netissimo et Turbo IP, en étant maîtres des éléments techniques et commerciaux essentiels de ces services » (avis 99-582 rendu par l'ART le 7 juillet 1999). À cette époque, le dégroupage des lignes (accès à la paire de cuivre ou « option 1 ») n'avait pas commencé⁽¹⁴⁾. L'exigence de l'ART revenait donc à mettre en place une prestation intermédiaire spécifique (qui sera ensuite connue sous le vocable de « option 3 »), permettant aux opérateurs alternatifs de télécommunication de s'intercaler entre France Télécom et les FAI⁽¹⁵⁾ et de proposer à ces derniers un service qui puisse valablement concurrencer l'offre de détail de France Télécom (« option 5 »).

Dans sa décision 04-D-18 du 13 mai 2004, le Conseil de la concurrence rappelle qu'il a été saisi en 1999 par la société 9 Télécom et qu'il a considéré dans sa décision 00-MC-01 du 18 février 2000, que, « si la mise en œuvre d'un service de haut débit par Internet constituait une innovation porteuse de progrès, cette innovation, impliquant l'accès à des infrastructures détenues en quasi-monopole, ne devait pas se faire dans des conditions de nature à interdire de fait aux autres opérateurs de télécommunications concurrents de l'opérateur historique, de commercialiser leur propre service d'accès à haut débit à Internet. Le Conseil a considéré que la restriction de concurrence intervenant au moment du lancement de l'innovation revêtait un caractère de gravité et d'immédiateté nécessitant l'adoption de mesure d'urgence. Le Conseil a, en conséquence, « enjoint à la société France Télécom de proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la présente décision, une offre technique et commerciale d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à Internet à haut débit par la technologie ADSL ou toute autre solution technique et économique équivalente permettant aux opérateurs tiers l'exercice d'une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes ».

Le partage des tâches entre autorités semble donc ici affaire de circonstances ; les objectifs, eux, coïncident : il s'agit de faire en sorte qu'au moment où l'opérateur historique lance une utilisation innovante de l'infrastructure essentielle qu'il détient (en l'espèce la boucle locale), les offres de détail de l'opérateur historique (en l'espèce « l'option 5 ») puissent être, au moins, *répliquées* par les opérateurs alternatifs de télécommunications. Le Conseil a utilisé ses pouvoirs d'injonction pour appuyer l'action de l'ART et contraindre FT à proposer une prestation nouvelle, *ad hoc*, qui permette d'introduire une concurrence « effective » en aval (cette prestation intermédiaire sera connue sous le nom de « Connect ATM » ou « option 3 »).

(14) L'option 1 est le dégroupage en tant que tel. Elle a permis plus tard aux opérateurs alternatifs de maîtriser de bout en bout le trafic ADSL et d'en assurer la collecte et le transport sans passer par FT. Mais en 1999, l'option 1 n'était pas en place.

(15) Fournisseurs d'accès à Internet.

4.2. L'appréciation de la « concurrence effective »

Le concept de « concurrence effective » renvoie, concrètement, à la mise en œuvre d'un test de ciseau tarifaire entre la prestation intermédiaire mise en place à l'initiative des autorités (« option 3 ») et l'offre de détail de l'opérateur historique aux FAI (« option 5 »). La vérification de l'existence d'une concurrence effective consiste à déterminer si « l'espace économique » entre les deux prestations est suffisant pour permettre à un opérateur alternatif « raisonnablement efficace » de proposer des offres attractives, compte tenu du prix qu'il doit payer pour l'accès à la prestation amont. Ces tests, qui sont couramment effectués par les ARS dans le cadre du processus d'ouverture à la concurrence, requièrent une grande expertise, car la marge potentiellement réalisable par un opérateur alternatif, dépend de ses coûts propres et d'un grand nombre de paramètres techniques. Mais surtout, cette marge dépend de l'activité du concurrent, c'est-à-dire de son déploiement, du type de client qu'il va servir, de l'utilisation que les clients feront de ses services, etc. Ces tests mettent donc nécessairement en jeu de nombreuses hypothèses, dont certaines sont purement techniques, mais d'autres ont un fort caractère normatif. Les hypothèses normatives (notamment l'appréciation portée sur l'efficacité attendue des concurrents) reflètent le type de concurrents et de concurrence que le régulateur souhaite promouvoir. La pratique courante de la régulation sectorielle, qui implique des consultations, des négociations, de la concurrence par comparaison, fait émerger, à chaque date, de manière continue, un consensus (ou un compromis) entre les opérateurs concernés sur l'ensemble des paramètres pertinents pour la mise en œuvre des tests de ciseau, et finalement sur la vitesse et le pilotage du processus d'ouverture à la concurrence. Dans le cas de l'accès ADSL, le Conseil de la concurrence, en dialogue constant avec l'ART, a joué un rôle important dans ce processus.

Ayant imposé la création d'une prestation permettant une concurrence « effective », le Conseil de la concurrence, à nouveau saisi par 9 Télécom, s'est trouvé en situation de devoir vérifier le respect par FT de l'injonction qu'il avait prononcée en 2000, donc, en l'espèce, d'apprécier l'espace économique entre les options 3 et 5. C'est à cet exercice qu'il s'est livré dans la décision 04-D-18 du 13 mai 2004, dans laquelle il analyse pas moins de six modèles de ciseau tarifaire, mettant en jeu un très grand nombre d'hypothèses et de scénarii alternatifs. Au terme d'une décision de 39 pages, le Conseil est parvenu à la conclusion que FT n'avait pas respecté l'injonction de 2000.

Le débat sur les scénarii pertinents (notamment la dimension géographique de la « concurrence effective ») s'est poursuivi jusqu'à la Cour d'appel de Paris, devant laquelle FT a reproché au Conseil d'avoir écarté « l'hypothèse, pourtant pertinente, d'un déploiement prioritaire des opérateurs en zones urbaines qui leur permettrait de réaliser une marge positive » (cette hypothèse sur l'activité des concurrents supprimait, d'après FT, l'effet de ciseau). Dans son arrêt du 11 janvier 2005, la Cour d'appel a réfuté cette objection en jugeant que « l'exigence de concurrence effective a été formu-

lée dans l'injonction de manière générale et sans réserve ou restriction particulière concernant une zone géographique délimitée ». La Cour d'appel n'a ici fait que se conformer à la jurisprudence constante selon laquelle les injonctions du Conseil sont d'interprétation stricte. Mais, en l'espèce, cette interprétation traduit l'accord de la Cour avec le Conseil (et l'ART) sur la dimension géographique de la « concurrence effective ».

D'une manière plus fondamentale, la Cour d'appel de Paris a jugé que l'injonction du Conseil (permettre l'exercice d'une concurrence effective) est « claire, précise et dépourvue d'ambiguïté ». On peut relever que cette appréciation de la Cour ne signifie pas que la vérification du respect de l'injonction soit aisée, puisqu'elle a donné lieu à une décision extrêmement longue, complexe et technique. En tout état de cause, la Cour d'appel a validé l'intervention du Conseil de la concurrence⁽¹⁶⁾, elle-même en soutien du régulateur sectoriel.

4.3. Les injonctions d' « orientation vers les coûts » prononcées par le Conseil de la concurrence vont encore plus loin dans la logique de régulation *ex ante*

L'étude thématique du rapport annuel de 2002 du Conseil de la concurrence présente plusieurs exemples où le Conseil et/ou la Cour d'appel de Paris sont intervenus, par le biais de mesures conservatoires et d'injonctions, à la manière d'un régulateur sectoriel, dans une logique de soutien au processus d'ouverture à la concurrence et sont allés jusqu'à prononcer des injonctions d' « orientation vers les coûts ». Si ces injonctions ne peuvent pas être assimilées à une régulation directe du tarif d'accès à une infrastructure essentielle (de type *cost-plus*), elles ont bien pour objet et pour effet d'imposer un lien entre tarif et coût d'accès. La force de ce lien (égalité stricte entre prix et coût, proportionnalité, ou lien encore plus ténu) n'est jamais explicitée dans les injonctions, ce qui laisse une certaine discrétion aux autorités dans l'appréciation du respect de l'injonction.

Dans le secteur des annuaires et du renseignement téléphonique, l'arrêt du 29 juin 1999 de la Cour d'appel, reprenant dans des termes similaires l'injonction prononcée par le Conseil dans sa décision 98-D-60 du 29 septembre 1998, a enjoint à France Télécom de proposer ces données « dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande ». La Cour de cassation a validé ces injonctions en s'appuyant sur les dispositions réglementaires en vigueur. De même, dans le cadre de la mise en place des infrastructures nécessaires à la télévision numérique terrestre, le Conseil de la concurrence a enjoint « à la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en fait la demande une offre de

(16) Fait exceptionnel, la Cour d'appel a doublé la sanction imposée par le Conseil à FT pour le non-respect de l'injonction.

prestation d'accueil [...], détaillée poste par poste, et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé » (Décision 02-MC-04 du 11 avril 2002). La Cour d'appel, dans son arrêt du 21 mai 2002, a réformé cette décision, jugeant que « le principe d'orientation vers les coûts ne pouvait être appliqué dans toute sa rigueur alors qu'en l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle des sites de TDF n'est pas avérée ». Ce raisonnement a conduit la Cour d'appel à reformuler l'injonction et à exiger de TDF que les tarifs soient établis « à un prix proportionné à la valeur du service qu'elle propose ». La logique, et même la signification, de cette dernière injonction échapperont sans doute à la plupart des économistes, le lien entre coût et tarif demeurant, en tout état de cause, implicite et la notion de « valeur du service » paraissant pour le moins délicate à utiliser.

Ainsi, il apparaît que les autorités de concurrence françaises n'hésitent pas, lorsqu'elles pensent que l'émergence d'un nouveau marché ou l'ouverture à la concurrence d'un marché existant sont menacées, à agir directement sur les prix de prestations intermédiaires d'accès à une ressource essentielle (elles sont en revanche très réticentes à agir sur les prix de détail). Cependant, la mise en œuvre de ce type d'injonction les place devant de redoutables problèmes méthodologiques, ceux-là mêmes auxquels sont quotidiennement confrontées les autorités de régulation sectorielle : Comment mesurer les coûts ? Quels sont les coûts pertinents (coûts complets versus incrémentaux, de court terme versus de long terme, etc.) ? Comment déterminer une rémunération « raisonnable » du capital employé ? Comment procurer de bonnes incitations à l'opérateur historique pour qu'il investisse dans son réseau ? Comment s'engager à ne pas s'approprier les gains de productivité qui auront été réalisés par l'entreprise, en baissant le tarif régulé dans le futur (effet de cliquet) ? Comment éviter les contournements inefficaces du réseau par les concurrents et une duplication excessive des coûts fixes ? Toutes ces problématiques renvoient au pilotage dynamique d'un marché et à la prise en compte des choix d'investissement dans des infrastructures alternatives.

Ces questions impliquent aussi de redoutables difficultés pratiques. La détermination des coûts pertinents, notamment incrémentaux, est très délicate pour des entreprises multiproduits. Par exemple, estimer les coûts supplémentaires supportés par France Télécom pour fournir les données de la base annuaire aux opérateurs de renseignements téléphoniques (c'est-à-dire les coûts que FT *éviterait* si elle ne fournissait pas ces données) demande des analyses très poussées des modèles comptables de l'opérateur historique, pour lesquelles une autorité de concurrence n'a pas nécessairement l'expertise requise. Si toutes ces questions sont au cœur de l'activité des autorités de régulation, les autorités de concurrence ne disposent pas nécessairement du savoir-faire et des moyens pour les traiter, et surtout pour le faire rapidement. En pratique, elles sont donc amenées à recourir à

des experts indépendants. Les exemples cités ci-dessus démontrent que la vérification du respect des injonctions d'« orientation vers les coûts » prononcées dans le cadre de mesures conservatoires implique souvent des procédures longues et complexes.

4.4. Le contrôle des interventions *ex ante* du Conseil de la concurrence

Dans son arrêt du 29 juin 2004 relatif à la télévision sur ADSL, la Cour d'appel de Paris a indiqué que des préoccupations de régulation sectorielle, relatives au processus d'ouverture d'un marché à la concurrence, ne sauraient, à elles seules, fonder l'intervention du Conseil de la concurrence sur un marché. La Cour rappelle que le Conseil doit avoir une présomption forte que l'entreprise a enfreint le droit de la concurrence : « Considérant, en l'espèce, qu'en se bornant à relever « qu'il ne peut être exclu, en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, que l'ensemble des pratiques dénoncées dans les saisines et précédemment relevées entrent dans le champ d'application des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, et des articles 81 et 82 du traité de Rome, dès lors qu'elles affecteraient une partie substantielle du marché national », le Conseil n'a pas caractérisé l'existence d'une présomption d'infraction suffisamment forte pour l'autoriser à prendre la mesure conservatoire sollicitée ; » L'existence d'un scénario prospectif d'évolution négative du marché, fût-il présenté par le régulateur sectoriel, ne suffit pas à justifier l'intervention *ex ante* : « qu'ainsi est sans portée la circonstance, soulignée par la décision attaquée, que, selon l'ART, la concurrence sur le marché de l'ADSL s'est développée grâce au « décollage » du dégroupage de la boucle locale en 2003 et que 2004 devrait confirmer le taux de croissance de ce marché et que « cette dynamique pourrait être ralentie par l'apparition de l'offre 'Ma Ligne TV' (...) avec un nombre élevé de souscripteurs à son offre d'accès audiovisuel par ADSL, France Télécom pourrait bénéficier d'un effet de levier pour renforcer sa position sur le marché de l'accès ADSL et des services d'accès Internet haut débit ».

Pour la Cour d'appel, l'utilisation des mesures conservatoires doit découler d'une présomption d'infraction au droit de la concurrence, et non de craintes relatives au processus d'ouverture à la concurrence : « Qu'en l'absence de présomption d'infraction suffisamment forte, la légitime vigilance à l'égard « de pratiques qui pourraient de manière délibérée entraver » le développement du secteur du haut débit « en limitant pour les opérateurs les possibilités techniques et économiques de répliquer les offres audiovisuelles de France Télécom par l'intermédiaire du dégroupage », soulignée par la décision, n'autorise pas le conseil, dont la décision ne met pas en évidence la volonté de cette société d'adopter un comportement anticoncurrentiel illécite, à prendre la mesure conservatoire sollicitée par les sociétés requérantes, quand bien même la société 9 Télécom ne serait pas « en mesure de proposer aux fournisseurs de programmes de télévision un service ADSL

vidéo à grande échelle du fait du comportement adopté par France Télécom, en tant que détenteur de la boucle locale de téléphonie fixe, pour la gestion des conventions de dégroupage ».

La Cour d'appel de Paris pose donc ici une limite à l'intervention du Conseil de la concurrence, qui ne peut se fonder sur l'existence d'un risque *ex ante* de remise en cause du processus d'ouverture pour intervenir sur un marché : « Qu'enfin, le fait que les pratiques en cause menacent l'ouverture à la concurrence du secteur de l'ADSL et ont un caractère d'immédiateté, comme le souligne la décision attaquée, n'est pas de nature à faire présumer que celles-ci sont constitutives de manquements aux règles de la concurrence ». La Cour d'appel rappelle que les objectifs de la régulation ne sauraient, en tout cas à eux seuls, légitimer une intervention *ex ante* des autorités de concurrence. Cette mise au point, qui précise les conditions nécessaires pour qu'une intervention *ex ante* du Conseil soit justifiée, ne remet pas en cause la pratique courante de ce type d'intervention par le Conseil.

5. Le contraste avec la situation américaine : une nette séparation des champs d'intervention de la régulation sectorielle et du droit de la concurrence

Dans son arrêt *Trinko vs Verizon* du 13 janvier 2004, la Cour suprême des États-Unis a souligné les objectifs différents du droit sectoriel des télécommunications et du droit de la concurrence et en a tiré des conséquences sur l'articulation des champs d'intervention des différents régulateurs. Dans cette affaire, la compagnie de téléphonie locale Verizon (détentriche de la boucle locale) s'était vue accusée par un particulier d'avoir violé l'article 2 du Sherman Act (qui prohibe les « tentatives de monopolisation »), au motif que la compagnie n'avait pas respecté les dispositions réglementaires relatives à l'interconnexion, imposées par le Telecommunications Act de 1996. Auparavant, les concurrents (opérateurs alternatifs) s'étaient eux-mêmes directement plaints auprès des régulateurs sectoriels (Federal Communications Commission et Public Service Commission de New York), qui avaient en effet constaté l'infraction, avaient sanctionné Verizon, et lui avaient imposé des mesures correctrices. Le plaignant (un particulier, représenté par le cabinet d'avocat *Trinko*, qui agissait en son nom et au nom de clients placés dans la même situation que lui) affirmait que cette violation de la réglementation s'inscrivait dans un plan de monopolisation visant à dissuader les consommateurs de rejoindre les opérateurs concurrents et devait donc, à ce titre, être sanctionnée au regard du droit de la concurrence (et non pas seulement au regard du droit sectoriel). La Cour suprême a rejeté cette argumentation.

En premier lieu, elle a rappelé que les objectifs du droit sectoriel vont au-delà du droit commun de la concurrence : le droit sectoriel vise, de manière volontariste, à éliminer les monopoles, alors que le droit de la concurrence se contente de réprimer les tentatives illicites de monopoliser un marché :

« The 1996 Act is in an important respect much more ambitious than the antitrust laws. It attempts to eliminate the monopolies enjoyed by the inheritors of AT&T's local franchises. *Verizon Communications Inc. vs FCC*, 535 US, at 476 (emphasis added). Section 2 of the Sherman Act, by contrast, seeks merely to prevent unlawful monopolization. It would be a serious mistake to conflate the two goals. The Sherman Act is indeed the *Magna Carta* of free enterprise, *United States vs Topco Associates, Inc.*, 405 US 596, 610 (1972), but it does not give judges carte blanche to insist that a monopolist alter its way of doing business whenever some other approach might yield greater competition. We conclude that respondent's complaint fails to state a claim under the Sherman Act » (« La loi de 1996 est à certains égards beaucoup plus ambitieuse que les lois antitrust. Son objectif est de supprimer les monopoles dont bénéficient les entreprises héritières des franchises locales d'ATT. La deuxième section du *Sherman Act*, par contraste, ne vise qu'à empêcher les tentatives illicites d'acquérir un monopole de marché. Ce serait une grave erreur de vouloir fondre ces deux objectifs »).

La Cour Suprême considère que, lorsqu'il existe une régulation sectorielle dont les objectifs vont au-delà du droit de la concurrence, l'application de ce dernier n'a que peu de chances d'être utile car les tribunaux sont moins bien équipés pour traiter de questions extrêmement techniques. La Cour souligne même que l'application du droit de la concurrence risque d'être nuisible, car elle peut conduire à conclure, à tort, au caractère anticoncurrentiel du comportement de l'entreprise (erreur de première espèce) et, ainsi, à détériorer les incitations à l'innovation à long terme : « *When there exists a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny. Here Verizon was subject to oversight by the FCC and the PSC, both of which agencies responded to the OSS failure raised in respondent's complaint by imposing fines and other burdens on Verizon. Against the slight benefits of antitrust intervention here must be weighed a realistic assessment of its costs. Allegations of violations of §251(c)(3) duties⁽¹⁷⁾ are both technical and extremely numerous, and hence difficult for antitrust courts to evaluate. Applying §2's requirements⁽¹⁸⁾ to this regime can readily result in 'false positive' mistaken inferences that chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect* » (« Lorsqu'il existe un organisme de régulation dont la fonction est de dissuader et de punir les comportements anticoncurrentiels, le recours à la loi antitrust n'est en général que d'un faible intérêt au regard de la concurrence. Dans le cas présent, Verizon a été mis sous surveillance par la FCC et la PSC, puis a été sanctionné et

(17) Disposition du Telecommunications Act de 1996, qui stipule que le titulaire du réseau local doit mettre à disposition les différents éléments de réseaux de manière séparée, autrement dit, sans pratiquer de tarif groupé (*bundling* ou *tying*).

(18) Article 2 du Sherman Act interdisant les « pratiques de monopolisation » (droit de la concurrence).

s'est vu imposé d'autres mesures par ces deux agences en réponse à son infraction. Le faible intérêt d'une intervention au titre de la loi antitrust doit être comparé à une estimation réaliste des coûts d'une telle intervention. Les allégations de violation des obligations imposées par le §251c(3) (note de bas de page 17) sont nombreuses et très techniques et il est particulièrement difficile pour les tribunaux antitrust de les évaluer »).

La Cour suprême insiste sur le fait que la possibilité de s'approprier un pouvoir de monopole est une incitation majeure à l'innovation et que cette incitation doit absolument être protégée : « *The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly price, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices—at least for a short period—is what attracts 'business acumen' in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct* » (« Le pouvoir de monopole et, corrélativement, la capacité à imposer des prix de monopole, n'est pas contraire à la loi. C'est même un élément important d'une économie libre de marché. La possibilité d'imposer des prix de monopole (au moins sur une courte période) est ce qui attire en premier lieu les entrepreneurs ayant le sens des affaires. Cela suppose une prise de risque génératrice d'innovation et de croissance économique. Si l'on souhaite préserver l'incitation à innover, on ne peut déclarer le pouvoir de monopole contraire à la loi, sauf si celui-ci s'accompagne de pratiques anti-concurrentielles »).

Pour cette même raison (protection des incitations à la prise de risques et à l'innovation), la Cour suprême rappelle que le Sherman Act ne restreint pas le droit d'un producteur de choisir librement les parties avec lesquelles il va contracter, qu'elle-même a été très prudente dans les exceptions qu'elle accorde à ce principe général et qu'ainsi, elle n'a jamais reconnu la « doctrine des infrastructures essentielles » (qui obligerait le détenteur d'une telle facilité à en garantir l'accès sur une base équitable et non discriminatoire). La Cour indique donc très nettement que le droit de la concurrence n'a aucun grief à formuler de manière générale contre les monopoles ; au contraire, la perspective d'acquérir un pouvoir de monopole et d'en user (certes pas d'en abuser) est un aiguillon précieux pour l'innovation et la croissance économique. Lorsqu'un monopole est régulé par des dispositifs spécifiques visant à favoriser l'ouverture à la concurrence, l'action des tribunaux en charge d'appliquer le droit de la concurrence est, dans la grande majorité des cas, inutile, voire nuisible.

La Cour suprême des États-Unis souhaite donc une séparation nette des tâches entre les deux types de régulateurs et s'oppose à toute confusion des logiques de concurrence et de régulation. Cette position américaine tranche avec la pratique récente de la Commission européenne et, dans une moindre mesure, des autorités françaises, qui utilisent couramment les instruments du droit de la concurrence (article 82 du Traité, procédure d'engagements,

etc.) pour compléter l'action des régulateurs sectoriels, voire se substituer à eux. Ce contraste peut en partie s'expliquer par une distribution différente des pouvoirs accordés par le législateur aux ARS en Europe et aux États-Unis.

6. Conclusion

La politique de concurrence n'est certainement pas déterminée par une « fonction objectif » univoque. Ainsi, les poids respectifs accordés par les AC au surplus des consommateurs et au surplus total, ainsi que l'horizon temporel qui est pertinent pour elles, sont des sujets de débat. Quant aux autorités de régulation sectorielle, leur institution a répondu à la nécessité d'accompagner les processus d'ouverture à la concurrence de secteurs anciennement monopolistiques, en particulier à l'intégration verticale des opérateurs historiques. Avec l'avancée progressive de ce processus, particulièrement dans le secteur des télécommunications, d'autres missions, qui existaient déjà, ont pris une importance relative plus grande, comme la définition et la mise en œuvre des obligations de service universel.

L'étude de la DGCCRF précitée relève que, dans tous les pays étudiés, les autorités de concurrence ont été instituées les premières⁽¹⁹⁾. Les autres régulateurs économiques ne sont apparus que pour faire face à des nécessités spécifiques nouvelles. « Les missions qui leur ont été confiées sont très variables suivant les pays et les secteurs d'activité. Elles évoluent dans le temps, en fonction du contexte économique et social, de la technologie en cause et du degré de libéralisation souhaité ou constaté, et cela les distingue des autorités de la concurrence. Ainsi, aux Pays-Bas, le gouvernement envisage d'intégrer en 2005 le régulateur des télécommunications en tant que chambre spécialisée au sein de l'autorité de concurrence. » En tout état de cause, les ARS poursuivent des finalités plus larges que celle du seul maintien d'une concurrence non faussée⁽²⁰⁾.

Ainsi, le rapport annuel de l'ART indique que les objectifs poursuivis par le législateur sont de « favoriser l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale », de « veiller à la fourniture et au financement de l'ensemble des composantes du service public des télécommunications », de « veiller au développement de l'emploi, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des télécommunications », de « prendre en

(19) En France, le Conseil de la concurrence, créé en 1986, a succédé à la Commission de la concurrence, qui a elle-même succédé, en 1977, à la Commission technique des ententes et des positions dominantes, instituée en 1953. Les autorités de régulation sectorielle sont apparues plus tard : le Conseil supérieur de l'audiovisuel en 1989, l'Autorité de régulation des télécommunications en 1996, la Commission de régulation de l'énergie en 2000.

(20) On peut citer de multiples exemples dans divers secteurs : aménagement du territoire, diversité des opinions et pluralisme politique et syndical, promotion de la production musicale et audiovisuelle nationale, sécurité des sources d'approvisionnement énergétique, prévention des risques systémiques dans le secteur bancaire, etc.

compte l'intérêt des territoires et des utilisateurs dans l'accès aux services et aux équipements ». Seul le premier objectif est véritablement commun avec les finalités du droit de la concurrence. S'agissant du deuxième objectif, on sait que différents modes d'allocation et de financement du service universel impliquent des transferts entre les entreprises (opérateur en place et nouveaux entrants) et les catégories d'utilisateurs⁽²¹⁾. Une autorité de concurrence ne pourrait se prononcer que sur l'efficacité économique globale du dispositif, pas sur ses conséquences redistributives. Le troisième objectif, s'il est bien évidemment partagé par tous les régulateurs, n'entretrait probablement pas de manière explicite dans « l'analyse concurrentielle » qu'une AC serait amenée à réaliser dans une affaire contentieuse particulière⁽²²⁾. Le dernier objectif est spécifique au régulateur sectoriel.

Il reste que la « régulation asymétrique », qui consiste à imposer aux opérateurs historiques intégrés des obligations particulières, de manière à permettre l'entrée de nouveaux concurrents, fonde l'existence même des régulateurs sectoriels. Il est intéressant de mettre cette asymétrie en regard des préconisations du droit de la concurrence. À cet égard, un contraste certain existe entre les États-Unis et l'Europe.

Une tendance récente de la pratique juridictionnelle aux États-Unis assigne au droit de la concurrence un objectif plus modeste que celui du droit sectoriel : prévenir les tentatives illégales de monopolisation. Cette différence d'objectifs conduit naturellement à une séparation des champs d'intervention des deux types de régulateurs, comme on l'a vu plus haut avec l'arrêt *Trinko* de la Cour suprême des États-Unis. En tout état de cause, quand un secteur est placé sous le contrôle d'un régulateur, la Cour suprême estime que l'action des AC est, en général, inutile, voire dangereuse à cause de l'existence du risque d'erreur de première espèce, et de la réduction concomitante des incitations à la prise de risques et à l'innovation.

Au contraire, on a vu qu'en Europe les autorités de concurrence n'ont pas hésité, dans le passé récent, à intervenir en complément, ou à la place, des régulateurs sectoriels, en utilisant la notion juridique de tarif « équitable » figurant à l'article 82 du Traité et en appliquant la doctrine des infrastructures essentielle (en allant même au-delà de cette doctrine, quand elles le jugent nécessaire). La jurisprudence européenne en droit de la concurrence reconnaît, au moins depuis l'arrêt *Michelin I* de la Cour de Justice, une « responsabilité particulière » aux entreprises en position dominante : « La constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, mais signifie seulement qu'il incombe à celle-ci, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comporte-

(21) Voir Choné, Flochel et Perrot, 2002.

(22) En revanche, en matière de contrôle des concentrations, le Conseil de la concurrence « tient compte de la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale » (article L. 430-6 du code du Commerce).

ment à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun. » (arrêt de la Cour de Justice du 9 novembre 1983, considérant 10). Cette jurisprudence, qui n'est pas sans évoquer le caractère asymétrique propre à la régulation *ex ante*, a pu fonder une utilisation du droit de la concurrence dans une logique de régulation *ex ante*. Toutefois, dans le secteur des télécommunications, la mise en place d'une procédure visant à déterminer de manière systématique, à intervalles réguliers, les marchés susceptibles de faire l'objet d'une régulation *ex ante*, devrait permettre de clarifier les champs respectifs du droit sectoriel et du droit commun de la concurrence.

Références bibliographiques

- Choné P., L. Flochel et A. Perrot, 2002 : « Allocation and Funding of Universal Service Obligations in a Competitive Network Market », *International Journal of Industrial Organization*, n° 20(9), pp. 1247-1276, novembre.
- Conseil de la concurrence (2002) : *L'orientation vers les coûts*, Rapport annuel, Étude thématique.
- DGCCRF (2004) : *Actualités*, n° 174, avril.
- Frison-Roche M.A. (2005) : Intervention au groupe de travail du Conseil d'analyse économique.
- International Competition Network (ICN) (2004) : *Travaux du Groupe 'Antitrust Enforcement in Regulated Sectors'*. Disponible sur <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/annualconferences.html>
- Motta M. et M. Polo (2003) : « Leniency Programs and Cartel Prosecution », *International Journal of Industrial Organization*, n° 21, pp. 347-379.
- Perrot A. (2002) : « Les frontières entre régulation et politique de la concurrence », *Revue Française d'Économie*, vol. XVI, n° 4, avril.
- Rey P. (2003) : « Towards a Theory of Competition Policy » in *Advances in Economics and Econometrics*, Dewatripont, Hansen et Turnovsky (dir.), Eight World Congress, Cambridge University Press.

Complément C

Le contrôle français des concentrations à l'heure de la réforme institutionnelle ?^(*)

François Brunet

Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP et Université Paris V-René Descartes

Avec la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (ci-après la loi « NRE »), le contrôle français des concentrations a connu une réforme majeure. Toutefois, dès l'entrée en vigueur de cette loi le 18 mai 2002, on pouvait craindre certains dysfonctionnements. En effet, le législateur avait introduit des dispositions très innovantes calquées sur le système communautaire (seuils de chiffre d'affaires, notification obligatoire, effet suspensif), tout en maintenant un système institutionnel bicéphale fort ancien de pouvoirs partagés entre le ministère de l'Économie et le Conseil de la concurrence (Brunet et Girgenson, 2002).

Près de trois ans après la mise en place du nouveau régime de contrôle des concentrations, il semble que la réforme introduite par la loi NRE a profondément déséquilibré la structure institutionnelle de contrôle. En effet, le poids pris par le ministère de l'Économie est aujourd'hui tel que l'on peut sérieusement s'interroger sur l'intérêt que représente encore aujourd'hui la procédure de consultation du Conseil de la concurrence. Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que le système actuel constitue une sorte « d'exception française ». En effet, les pays qui avaient une architecture institutionnelle comparable, comme le Portugal ou l'Espagne, ont récemment opté pour une structure institutionnelle monocéphale ou sont en voie

(*) Le présent complément résume une intervention faite à la journée d'étude organisée le 6 avril 2005 par l'Université Paris V-René Descartes sur le thème : « Faut-il repenser le système français de régulation de la concurrence ? ». Je remercie vivement Hélène Kanellopoulos pour son aide à sa préparation.

de le faire. Quant aux rares pays qui ont choisi une structure institutionnelle de contrôle duale, tels les États-Unis ou le Royaume-Uni, ils ont prévu un partage de compétences beaucoup plus rationnel et efficace que celui prévu par la loi française. Au vu de l'ensemble de ces éléments, une refonte du système institutionnel de contrôle paraît désormais inéluctable.

1. Le déséquilibre dans la structure institutionnelle de contrôle des concentrations

1.1. La réforme incomplète du contrôle des concentrations

D'inspiration communautaire, la loi NRE a profondément modifié le contrôle français des concentrations. Elle a toutefois laissé inchangée l'architecture institutionnelle du contrôle.

1.1.1. Les dispositions nouvelles introduites par la loi NRE

Outre des modifications sensibles quant au champ d'application du contrôle des concentrations, la loi a introduit une innovation majeure en prévoyant une procédure obligatoire à caractère suspensif.

La loi NRE a abandonné l'ancienne définition de la notion de concentration et a aligné cette définition sur le droit communautaire. Ainsi, l'article L. 430-1 du Code de commerce dispose qu'une opération de concentration est réalisée :

- lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;
- lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle d'une ou plusieurs autres entreprises par prise de participation au capital, achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen ;
- lorsque les parties créent une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

Par ailleurs, la loi NRE a modifié les seuils à partir desquels une concentration est soumise au contrôle des autorités de concurrence. La réglementation antérieure prévoyait deux seuils de contrôle alternatifs, l'un en part de marché, l'autre en chiffre d'affaires. Ainsi, le contrôle français des concentrations était applicable soit lorsque les parties à la concentration détenaient une part de marché combinée supérieure à 25 %, soit lorsque les parties avaient réalisé un chiffre d'affaires total supérieur à 1 milliard d'euros, à condition que deux au moins des parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires individuel d'au moins 300 000 euros. En pratique, le seuil en chiffre d'affaires était d'une utilité réduite dans la mesure où les opérations qui l'atteignaient dépassaient fréquemment les seuils communautaires de contrôle et étaient par conséquent soumises au contrôle exclusif de la Commission européenne. Par ailleurs, le seuil en part de marché était problématique dans la mesure où il supposait au préalable la définition, souvent difficile, du marché pertinent. La loi NRE a donc profondément simplifié les seuils de contrôle en prévoyant deux seuils de contrôle cumulatifs en chiffre

d'affaires. Désormais, une opération entre dans le champ d'application du contrôle des concentrations lorsque :

- les parties à l'opération réalisent ensemble un chiffre d'affaires mondial hors taxe supérieur à 150 millions d'euros ;
- deux au moins des parties à l'opération réalisent un chiffre d'affaires hors taxe supérieur à 50 millions d'euros⁽¹⁾.

Une autre nouveauté remarquable introduite par la loi NRE est la mise en place d'une procédure obligatoire à caractère suspensif. Sous l'empire de l'ancienne réglementation, la notification des opérations de concentrations était facultative. Les entreprises parties à une concentration dépassant les seuils français de contrôle étaient donc libres de ne pas la notifier. Toutefois, le ministre de l'Économie pouvait déclencher d'office la procédure de contrôle lorsqu'il estimait qu'une concentration, qui ne lui avait pas été notifiée, était de nature à porter atteinte à la concurrence.

Rompant avec ce système, la loi NRE a mis en place une obligation de notification comparable à celle qui existe dans les principaux systèmes de contrôle des concentrations (États-Unis, Union européenne, Allemagne, Italie, mais non au Royaume-Uni). Désormais, conformément à l'article L. 430-3 du Code de commerce, les entreprises parties à une opération de concentration qui dépasse les seuils français de contrôle, se trouvent dans l'obligation juridique de la notifier au ministre de l'Économie⁽²⁾.

Le corollaire de cette procédure obligatoire est le caractère suspensif de la notification. En vertu de l'article L. 430-4 du Code de commerce, la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord du ministre de l'Économie. Cet effet suspensif protège les entreprises des effets d'une éventuelle décision d'interdiction de l'opération de concentration. En effet, « une réalisation anticipée pourrait être difficile à dénouer si l'opération venait à être interdite » (Besson, 2000).

L'effet suspensif de la notification connaît toutefois deux exceptions. D'une part, « en cas de nécessité particulière dûment motivée », les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander au ministre de l'Économie une dérogation permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision d'autorisation⁽³⁾. D'autre part, lorsqu'une concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, l'absence de décision du ministre de l'Économie ne fait pas obstacle au transfert des titres mais seulement à l'exercice des droits qui y sont attachés⁽⁴⁾.

(1) Article L. 430-2 du Code de commerce. Initialement, le second seuil prévu par la loi NRE était de 15 millions d'euros. Toutefois, ce seuil faisait entrer dans le champ d'application du contrôle des concentrations un trop grand nombre d'opérations. Il a donc été modifié par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004.

(2) Sauf si ladite opération entre dans le champ d'application du contrôle communautaire des concentrations (règlement CEE n° 139/2004). En ce cas elle doit être notifiée à la Commission européenne.

(3) Article L. 430-4 al. 2 du Code de commerce.

(4) Article 6 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002.

L'article L. 430-8 du Code de commerce prévoit des sanctions pécuniaires pour défaut de notification ou violation de l'effet suspensif. Le ministre de l'Économie peut infliger aux parties une sanction pécuniaire allant jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires pour les personnes morales et 1,5 million d'euros pour les personnes physiques.

Ces innovations importantes en matière de contrôle des concentrations n'ont toutefois pas été accompagnées d'une refonte du système institutionnel qui pourtant s'imposait.

1.1.2. Le maintien d'une structure institutionnelle duale

La structure institutionnelle bicéphale en matière de contrôle des concentrations est fort ancienne.

Dès la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 qui instaurait, pour la première fois en droit français, un contrôle des concentrations, il était prévu que deux autorités distinctes seraient en charge du contrôle des concentrations : le ministre de l'Économie, qui disposait déjà du pouvoir de décision, et la Commission de la concurrence, qui avait une fonction consultative.

Toutefois, ce n'est qu'avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 1986-1243 du 1^{er} décembre 1983 (ci-après « l'ordonnance de 1986 ») que le contrôle des concentrations a véritablement été mis en œuvre en pratique⁽⁵⁾. La dualité institutionnelle n'a pas été remise en cause par cette ordonnance qui confiait le pouvoir de décision au ministre de l'Économie et un rôle consultatif au Conseil de la concurrence, une institution nouvelle créée pour reprendre une grande partie des prérogatives de la Commission de la concurrence.

Si la loi NRE a rompu, à de nombreux égards, avec le système antérieur de contrôle des concentrations, elle a laissé intacte cette dualité institutionnelle trentenaire. Ainsi, la procédure française de contrôle des concentrations demeure articulée sur ces deux acteurs, dont les fonctions sont tout à la fois concurrentes et complémentaires.

Selon l'article L 430-5 du Code de commerce, le ministre de l'Économie dispose d'un premier délai de cinq semaines à compter de la notification pour examiner une opération de concentration et rendre une décision⁽⁶⁾. À l'issue de cette « phase I » du contrôle des concentrations, le ministre peut prendre trois types de décisions :

- une décision d'incompétence⁽⁷⁾ ;
- une décision d'autorisation (avec ou sans engagements) ;

(5) En neuf ans d'existence, la Commission de la concurrence n'a en effet rendu que huit avis en matière de concentrations.

(6) Si les parties soumettent des engagements au ministre plus de deux semaines après la notification, le délai d'examen en « phase I » expire trois semaines après la date de réception des engagements. La durée maximale du délai en « phase I » est donc de huit semaines.

(7) Constatant l'inapplicabilité du contrôle des concentrations à l'opération en question.

- une décision de saisine pour avis du Conseil de la concurrence s'il estime que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence et que les engagements proposés par les entreprises ne suffisent pas à y remédier⁽⁸⁾.

Lorsqu'il est saisi pour avis, le Conseil de la concurrence examine, tout comme le ministre de l'Économie, si l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence. Ce critère d'appréciation, qui est purement concurrentiel, confère une grande marge d'appréciation aux autorités de concurrence dans la mesure où il englobe et dépasse le critère de création ou de renforcement d'une position dominante. Toutefois, l'analyse du Conseil de la concurrence semble pouvoir aller plus loin que celle du ministre puisque, en vertu de l'article L. 430-6, seul le Conseil de la concurrence peut apprécier « si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ».

Le Conseil de la concurrence statue sur la base du rapport rédigé par le rapporteur en charge de l'affaire ainsi que des observations produites en réponse par les parties et par le Commissaire du gouvernement. Avant de remettre son avis au ministre de l'Économie (dans un délai de trois mois à compter de la saisine), le Conseil peut entendre des tiers en l'absence des parties à la notification. Le ministre rend alors une décision dans un délai de quatre semaines à compter de la remise de l'avis, auxquelles peuvent être ajoutées jusqu'à trois semaines en cas de présentation d'engagements par les parties. Au terme de cette « phase II » du contrôle des concentrations, le ministre peut :

- interdire la concentration et enjoindre aux parties, le cas échéant, de prendre tout mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ;
- autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ;
- autoriser la concentration, en la subordonnant éventuellement à la réalisation effective des engagements pris par les parties.

Il résulte donc d'une lecture combinée des articles L. 430-5 II, L. 430-6 et L. 430-7 II du Code de commerce que la possibilité pour le ministre d'assortir sa décision de conditions relatives au progrès économique et social ne semble ouverte qu'après consultation du Conseil de la concurrence. *A contrario*, les engagements dont sont assorties les décisions de « phase I » sont plus limités dans la mesure où le texte prévoit seulement qu'ils puissent remédier « aux effets anticoncurrentiels de l'opération »⁽⁹⁾.

Ce bref rappel du partage de compétences entre le ministre de l'Économie et le Conseil de la concurrence révèle clairement le rôle qui, dans l'es-

(8) L'absence de décision du ministre dans le délai requis vaut autorisation tacite de l'opération.

(9) Article L. 430-5 du Code de commerce.

prit du législateur, a été initialement dévolu à chacune des institutions. L'examen des concentrations ne posant manifestement aucun problème de concurrence devrait relever de la compétence naturelle du ministre en « phase I » alors que le Conseil de la concurrence ne devrait examiner que des dossiers présentant des difficultés particulières, tenant notamment à la qualification de l'opération, à la définition des marchés affectés ou à l'analyse des effets de l'opération sur la concurrence ou sur le progrès économique et social. La fonction du Conseil, telle qu'elle a été initialement conçue par les créateurs du système, était donc celle d'un expert juridique et économique.

Toutefois, ce schéma institutionnel de partage des tâches ne semble plus être celui mis en œuvre en pratique. En effet, le ministre ne se limite plus à un examen sommaire de l'opération en « phase I » et les dossiers difficiles ne sont pas systématiquement transmis pour avis au Conseil de la concurrence.

1.2. La moindre importance du Conseil de la concurrence

La pratique récente en matière de contrôle des concentrations semble révéler une baisse de l'importance du Conseil de la concurrence. En effet, le nombre de saisines du Conseil diminue et certaines affaires complexes qui, *a priori*, auraient dû lui être transmises ont été autorisées en « phase I ».

1.2.1. La diminution du nombre de saisines du Conseil de la concurrence

La pratique du contrôle des concentrations telle qu'elle est issue de la loi NRE diffère radicalement de la pratique qui a suivi l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1986.

Comme l'on pouvait s'y attendre, l'obligation de notification introduite par la loi NRE a provoqué une augmentation brutale du nombre de notifications. Avant 2002, le nombre d'affaires notifiées au ministre de l'Économie était d'environ 25 par an. Ce nombre a été multiplié par 10 en 2003 avant de retomber à environ 150 notifications par an en 2004 grâce à l'élévation du second seuil de contrôle des concentrations⁽¹⁰⁾.

À l'inverse, le nombre de décisions de « phase II » semble sensiblement décroître, passant de cinq décisions par an en moyenne avant 2002 à trois décisions en 2003 et deux décisions en 2004. Cette évolution est surprenante au regard de la forte augmentation du nombre de notifications. En effet, même si l'on soutient qu'un grand nombre des opérations notifiées ne pose en réalité que peu de problèmes de concurrence, il semble que le nombre de décisions de « phase II » aurait dû mécaniquement augmenter ou, à tout le moins, ne pas diminuer.

(10) Voir *supra* note 4.

En revanche, le nombre de décisions de « phase I » autorisant les concentrations sous réserve d'engagements a sensiblement augmenté depuis l'entrée en vigueur de la loi NRE. Avant 2002, on dénombrait en moyenne trois décisions de « phase I » avec engagements par an. En revanche, six décisions de ce type ont été prises en 2003 et huit en 2004.

Cette montée en puissance des décisions de « phase I » avec engagements est également perceptible si l'on compare le contenu de ces décisions avec celui des décisions de « phase II ».

1.2.2. L'examen d'affaires complexes par le ministre de l'Économie

Une comparaison des décisions récentes en matière de concentrations révèle que les différences entre le contenu des décisions de « phase I » et celui des décisions de « phase II » s'amenuisent. En effet, les affaires complexes nécessitant une analyse approfondie ou des engagements détaillés ne semblent plus requérir nécessairement une consultation du Conseil de la concurrence. Désormais, ce sont souvent les services du ministre de l'Économie qui assument le rôle d'expert juridique et économique.

Deux décisions récentes mettent en évidence la tendance selon laquelle ce sont les services du ministre qui, dans de nombreux cas, se chargent d'étudier les affaires complexes et de négocier des éventuels engagements avec les parties.

Dans l'affaire Lesieur/Puget⁽¹¹⁾, le ministre de l'Économie a autorisé l'acquisition par la société Lesieur des marques d'huile d'olive Puget détenues par Unilever Bestfoods France. L'opération concernait essentiellement le marché de la vente d'huile d'olive destinée aux particuliers commercialisée par le canal de la grande distribution, sur lequel Puget et Lesieur sont respectivement les premier et deuxième opérateurs du marché. Après avoir analysé les effets horizontaux de l'opération et déduit l'absence de renforcement d'une position dominante, le ministre s'est concentré sur l'étude des effets unilatéraux induits par la création d'un opérateur dominant sur le segment des marques de fabricants. À cet égard, le ministre a relevé que l'acquisition de Puget permettrait à Lesieur de détenir toute la gamme des marques de fabricant d'huiles d'olive proposées par les grandes et moyennes surfaces, notamment les deux marques d'huile d'olive classique les plus connues. Cette position de force pourrait permettre à Lesieur de faire abstraction de la pression concurrentielle des autres opérateurs et d'augmenter ses prix. En cas de hausse de prix, les consommateurs sensibles aux marques continueraient à acheter des huiles Lesieur et Puget tandis que les consommateurs sensibles aux prix reporteraient leur consommation vers les marques de distributeur. Ainsi, une hausse de prix pourrait bénéficier à la fois à la nouvelle entité et à la grande distribution, entraînant la constitution d'une rente partagée.

(11) Lettre du ministre de l'Économie du 18 novembre 2004, non encore publiée au BOCCRF.

Par conséquent, la concentration n'a pu être autorisée par le ministre que grâce à deux séries d'engagements. Dans un premier temps, les parties se sont engagées à céder deux marques d'huile d'olive ainsi qu'à résilier le contrat prévoyant la distribution par Lesieur de la marque Carapelli. Dans un second temps, afin de remédier aux effets de gamme et de portefeuille, les parties se sont engagées, pour une durée de trois ans, à ne pas proposer aux enseignes de la grande distribution de remises de gamme ou d'assortiment portant sur le référencement simultané de plusieurs références d'huile d'olive et d'huile de graine.

Les effets unilatéraux de l'opération de concentration ont également été étudiés dans l'affaire Leroy Merlin/OBI⁽¹²⁾, qui concernait l'acquisition de trente magasins en propre et sept magasins franchisés dans le secteur de la vente au détail d'articles de bricolage et d'amélioration de l'habitat. Le ministre a en effet considéré que sur quatre marchés locaux (Istres, Compiègne, La Rochelle et Strasbourg), l'entreprise fusionnée pourrait augmenter unilatéralement ses prix grâce au report des clients vers un autre de ses établissements présent sur le même marché. L'opération n'a donc pu être autorisée par le ministre que grâce à deux séries d'engagements. D'une part, les parties se sont engagées à céder certains de leurs magasins. D'autre part, elles ont souscrit des engagements comportementaux en vertu desquels elles se sont engagées, pendant trois ans, à ne pas procéder à la création, à l'extension ou au transfert de surfaces de vente destinées à la vente au détail d'article de bricolage sur certains marchés locaux.

À l'inverse, les décisions de « phase II » intervenues depuis la réforme ne concernent pas toujours des affaires aussi complexes ou importantes que les précédentes. Ainsi, si l'on excepte deux décisions intervenues dans des cas de redressement judiciaire⁽¹³⁾, le Conseil de la concurrence a eu à examiner quatre affaires dont deux seulement ont fait l'objet d'une décision rendue publique⁽¹⁴⁾.

La première affaire était relativement importante dans la mesure où il s'agissait d'une acquisition dans le secteur de la presse gratuite qui aboutissait à la création d'un monopole sur dix marchés locaux et qui portait atteinte à la concurrence sur trente autres marchés locaux⁽¹⁵⁾. L'opération n'a donc été autorisée que grâce aux engagements souscrits par les parties.

(12) Lettre du ministre de l'Économie du 10 février 2003, BOCCRF du 30 septembre 2003, p. 587.

(13) Lettre du ministre de l'Économie du 20 janvier 2003, affaire Alliance Santé Distribution/Ouest Répartition Pharmaceutique, BOCCRF du 11 août 2003, p. 495. Lettre du ministre de l'Économie du 16 août 2004, Affaire Seb/Moulinex, BOCCRF du 21 janvier 2005, p. 25.

(14) Trois décisions de « phase II » ont été rendues en 2004 mais l'une d'entre elle n'a pas encore été mise en ligne sur le site du ministère de l'Économie. De même, une décision de phase II a été rendue au début de l'année 2005 mais son texte n'est pas encore disponible.

(15) Lettre du ministre de l'Économie du 29 avril 2003, affaire France Antilles/Comareg, BOCCRF du 5 décembre 2003, p. 860.

Les parties se sont engagées à céder les éléments composant le fonds de commerce d'un titre et à octroyer des licences de marques à l'acquéreur pour une durée de sept ans. Elles se sont également engagées à ne pas proposer pendant cinq ans d'offres couplées entre la presse gratuite et la presse régionale ainsi qu'à renoncer à la clause d'exclusivité consentie par La Poste concernant la distribution des journaux gratuits. Ni la complexité de l'affaire ni les engagements ne semblent différencier cette décision des décisions de « phase I » citées précédemment.

Quant à la seconde décision de « phase II », elle est intervenue dans le cas d'une concentration qui aboutissait certes à une réduction du nombre d'opérateurs sur le marché national du traitement des chèques, mais qui concernait une entreprise dont l'importance économique était relativement faible⁽¹⁶⁾. Par ailleurs, il convient de souligner que le Conseil de la concurrence était arrivé à la conclusion que l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence tandis que le ministre de l'Économie a exigé que les entreprises souscrivent un certain nombre d'engagements.

Force est donc de constater, au vu des décisions précitées, que l'examen des opérations complexes n'est plus systématiquement réservé au Conseil de la concurrence. Cette moindre importance du Conseil n'est pas le fruit d'une politique délibérée des services du ministre de l'Économie. Elle est le résultat de l'inadéquation entre la structure institutionnelle de contrôle et les nécessités de la vie des affaires. Afin de redonner au système sa cohérence et son efficacité, il semble nécessaire de réformer l'architecture institutionnelle du système français de contrôle des concentrations.

2. La nécessité d'une réforme institutionnelle

La structure institutionnelle bicéphale de contrôle des concentrations souffre d'un certain nombre de handicaps qui la mettent en porte à faux par rapport aux nécessités de la vie économique. Contraintes par le rythme de la vie des affaires et le besoin de sécuriser rapidement des situations stables, les entreprises ont intérêt à éviter un passage en « phase II », chaque fois que cela est possible. À cette fin, elles ont su tirer parti de dispositions légales ou de certaines pratiques administratives pour limiter la durée des procédures. La mise en place d'une autorité unique chargée du contrôle des concentrations, comme dans de nombreux autres pays, pourrait à cet égard être extrêmement bénéfique.

(16) Lettre du ministre de l'Économie du 10 septembre 2003, affaire Experian Holding France/Atos Investissement, BOCCRF du 12 mars 2004, p. 147. Le chiffre d'affaires de la cible était d'environ 60 millions d'euros.

2.1. L'inadaptation de la structure institutionnelle aux besoins économiques

2.1.1. Les handicaps du Conseil de la concurrence

La procédure devant le Conseil de la concurrence souffre d'un manque de flexibilité. Le Conseil ne dispose que de trois mois pour examiner l'opération et donner son avis. Le rapporteur du Conseil de la concurrence chargé d'examiner le dossier doit communiquer son rapport aux parties au moins trois semaines avant la séance du Conseil. Ainsi, la durée réelle dont dispose le rapporteur pour effectuer son enquête est au maximum de deux mois alors que les fonctionnaires de la DGCCRF, si l'on tient compte de la phase de prénotification, peuvent disposer en pratique de trois à quatre mois.

Ce peu de temps laissé au rapporteur du Conseil de la concurrence pour procéder à l'examen d'une opération est particulièrement problématique au vu de la complexité croissante des dossiers en matière de contrôle des concentrations. Désormais, les autorités de contrôle des concentrations doivent se livrer à des analyses économétriques poussées, approfondies et détaillées. De surcroît, sous l'influence de la pratique communautaire, les autorités examinent tous les marchés locaux ou régionaux concernés par l'opération, même si la taille de certains d'entre eux est relativement insignifiante. La fixité des délais qui ensèrent la consultation du Conseil de la concurrence le désavantage donc pour l'examen des dossiers complexes (sur lesquels il est cependant supposé intervenir en tant qu'expert !).

Par ailleurs, il convient de souligner qu'à l'issue de la « phase II », la décision est prise par le ministre de l'Économie qui n'est pas obligé de suivre l'avis du Conseil de la concurrence. Les entreprises ont donc tout intérêt à négocier les engagements avec les services du ministre dès la « phase I », ce qui leur permet de gagner du temps et d'éviter l'impact médiatique plus prononcé que confère à un dossier une décision de « phase II ».

Comparée à la consultation du Conseil de la concurrence, la « phase I », rendue plus flexible par la pratique et certaines dispositions légales, est particulièrement attractive pour les entreprises qui privilégient avant tout la rapidité et l'efficacité.

2.2.2. La souplesse de la « phase I »

Tant la pratique de la prénotification que la possibilité expresse pour le ministre de négocier des engagements avec les parties en « phase I » contribuent à accroître la flexibilité du contrôle des concentrations, répondant ainsi aux attentes des entreprises.

Sous l'influence de la pratique communautaire, il est devenu fréquent qu'avant la « phase I », les parties nouent des contacts informels avec l'Administration afin de discuter de l'opération de concentration envisagée. Cette phase de prénotification permet notamment de déterminer quelles informa-

tions doivent être fournies afin que le dossier soit complet et présente un intérêt « pour défricher la question parfois complexe de la délimitation des marchés concernés »⁽¹⁷⁾. Cette phase de dialogue permet également de commencer à négocier des engagements s'il existe un risque d'atteinte à la concurrence. La durée de la phase de prénotification est variable. Dans des cas d'une difficulté exceptionnelle, elle peut durer plusieurs mois⁽¹⁸⁾. Ainsi, la pratique de la prénotification introduit une grande souplesse dans le délai de « phase I » et permet aux enquêteurs de la DGCCRF de bénéficier pour l'examen des affaires les plus difficiles d'autant sinon de plus de temps que les rapporteurs du Conseil de la concurrence.

Par ailleurs, il convient de souligner que la possibilité pour le ministre de négocier des engagements avec les parties en « phase I » n'est expressément prévue par les textes que depuis la loi NRE.

Auparavant, l'article 40 de l'ordonnance de 1986 prévoyait que les parties pouvaient assortir elles-mêmes leur notification d'engagements. Toutefois, il n'était pas explicitement prévu que les parties pouvaient compléter leur notification par des engagements négociés avec les services du ministre postérieurement à la notification dès la « phase I ». Certes, la négociation d'engagements en « phase I » avait lieu en pratique et a donné lieu à plusieurs décisions. Toutefois, le fondement juridique de ces décisions était douteux. Ceci explique sans doute en partie le nombre relativement limité de décisions de « phase I » avec engagements antérieures à la loi NRE.

En tout état de cause, il convient de souligner que les décisions de « phase I » avec engagements antérieures à 2002 mettent généralement en place des engagements beaucoup moins détaillés et sophistiqués que les décisions actuelles. Ainsi, les engagements présentés étaient souvent des engagements structurels (cessions de magasins ou de participations), parfois associés à des engagements comportementaux relativement simples tels l'engagement de sous-traiter certaines activités à des tiers⁽¹⁹⁾ ou de modifier certains des contrats d'approvisionnement existants⁽²⁰⁾. Par ailleurs, contrairement à la pratique actuelle, le texte intégral des engagements n'était généralement pas rendu public.

(17) Projet de lignes directrices relatives à l'analyse des concentrations et aux procédures de contrôle, disponible sur le site Internet de la DGCCRF, point 62.

(18) Par exemple, le projet d'acquisition conjointe de Télé Monté Carlo par le groupe AB et TF1 a été mentionné pour la première fois dans *Les Echos* le 9 juin 2004. La notification de la concentration a eu lieu le 2 septembre 2004 et le ministre a autorisé l'opération sous réserve d'engagements le 27 octobre 2004 (cf. Lettre du ministre de l'Économie du 27 octobre 2004, BOCCRF du 21 janvier 2005, p. 43). Au vu de la complexité de l'affaire et du détail des engagements, on peut penser que les parties ont noué des contacts avec l'administration relativement tôt. L'administration a donc vraisemblablement eu plusieurs mois pour étudier l'affaire et négocier les engagements avec les parties.

(19) Voir par exemple la Lettre du ministre de l'Économie du 4 février 2000, BOCCRF du 22 juin 2000, p. 327.

(20) Voir par exemple la Lettre du ministre de l'Économie du 2 octobre 2000, BOCCRF du 30 décembre 2000, p. 809. Lettre du ministre de l'Économie du 13 décembre 1999, BOCCRF du 31 janvier 2000, p. 10.

La loi ayant officialisé la pratique décisionnelle antérieure, le ministre et les parties peuvent désormais négocier des engagements en « phase I » même dans les affaires présentant une difficulté particulière, et ce en toute sécurité juridique. Ceci permet aux parties de trouver rapidement des solutions aux problèmes de concurrence en n'ayant qu'un seul interlocuteur.

La préférence des entreprises pour la « phase I » ne peut que nous conduire à nous interroger sur la pertinence du système actuel de contrôle des concentrations et la nécessité de mettre en place une unique autorité de contrôle des concentrations comme dans de nombreux pays.

2.3. Les exemples des systèmes étrangers

La plupart des pays disposant d'une réglementation en matière de contrôle des concentrations en ont confié l'application à une seule autorité. Les systèmes américains et anglais constituent des exceptions. Toutefois, ces deux derniers systèmes comportent de nombreuses spécificités et ne sont donc en réalité pas comparables au système français.

2.3.1. La prédominance des autorités uniques de contrôle

L'examen des concentrations par une autorité unique présente des avantages évidents et non négligeables. En particulier, l'unicité supprime les problèmes liés à la transmission des dossiers et permet d'éviter qu'une même enquête soit réalisée successivement par deux équipes de fonctionnaires différentes. De surcroît, les entreprises se trouveraient face à un interlocuteur unique avec lequel il serait plus facile de négocier des engagements.

Convaincus par les bienfaits d'une telle structure institutionnelle, une majorité d'États dans le monde et en Europe ont confié le contrôle des concentrations à une seule autorité⁽²¹⁾.

Par ailleurs, certains États qui disposaient d'un système similaire au système français ont pris conscience des faiblesses inhérentes à la dualité et se sont finalement convertis au modèle d'une autorité unique ou sont en voie de le faire.

Ainsi, en 2003, le Portugal a abandonné un régime de contrôle partagé entre le *Conselho da Concorrência* et les services du ministre de l'Économie pour mettre en place une unique *Autoridade da Concorrência*.

De même, une réforme du système de contrôle des concentrations est actuellement à l'étude en Espagne. Le système de contrôle actuel est très proche du système français. En effet, les opérations de concentrations doivent être notifiées au *Servicio de Defensa de la Competencia* qui dépend du ministère de l'Économie. L'opération ne peut avoir lieu tant qu'elle n'est pas approuvée par l'administration. L'autorisation peut être assortie d'engagements. Si l'administration ne se prononce pas dans un délai d'un mois,

(21) On peut notamment citer l'Allemagne, la Belgique, l'Italie, les Pays-Bas ou la Suède.

l'opération est réputée autorisée. Si l'opération soulève des doutes sérieux en matière de concurrence, le ministre de l'Économie peut transmettre l'examen de l'affaire au *Tribunal de Defensa de la Competencia*. Ce dernier rédige un rapport pour le ministre de l'Économie dans un délai de deux mois. Dans un délai d'un mois après la réception du rapport du *Tribunal de Defensa de la Competencia*, le Conseil des ministres prend une décision finale. Il peut interdire l'opération ou l'autoriser, avec ou sans engagements. L'absence de décision dans le délai requis vaut décision implicite d'autorisation.

Le *Livre blanc* relatif au projet de réforme du système espagnol de contrôle des concentrations prend acte des nombreuses faiblesses du système espagnol actuel et met notamment en exergue le fait que l'existence de deux autorités dédouble et allonge la procédure de contrôle. Il rappelle également que l'existence de deux autorités de contrôle nécessite un partage des ressources. Par conséquent, il propose la mise en place d'une autorité de contrôle indépendante et unique : la *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*. Toutefois, le ministre de l'Économie continuerait à jouer un rôle dans la mesure où il aurait un droit de veto exceptionnel en vue d'assurer le respect d'objectifs autres que le maintien de la concurrence (par exemple, la pluralité des médias ou le respect de l'environnement).

Les exemples portugais et espagnols pourraient donc être une source d'inspiration très utile, si jamais il était envisagé de réformer notre système de contrôle de la concentration économique.

2.3. Les cas particuliers des systèmes anglo-saxons

Les systèmes américains ou anglais ne sont pas des systèmes dualistes au sens du contrôle français des concentrations. Ils ont une cohérence propre et ne possèdent donc pas les faiblesses du système français.

Aux États-Unis, deux autorités sont compétentes en matière de contrôle des concentrations : le *Department of Justice* et la *Federal Trade Commission*. Les opérations de concentrations dépassant certains seuils doivent être notifiées aux deux autorités. Toutefois, le *Department of Justice* et la *Federal Trade Commission* ont mis en place un système de dialogue en vertu duquel elles se répartissent les dossiers en fonction de leur bonne ou mauvaise connaissance du secteur industriel concerné. Par exemple, la *Federal Trade Commission* a traditionnellement une expertise dans les secteurs du ciment et du pétrole tandis que le *Department of Justice* examine en général les concentrations dans le domaine du transport aérien et de la sidérurgie. Ainsi, les demandes d'informations supplémentaires ne seront adressées aux parties que par une seule des deux autorités. C'est cette même autorité qui traitera intégralement l'opération de concentration, sous le contrôle d'un juge qui interviendra uniquement pour apprécier la pertinence des engagements requis ou de l'éventuel projet d'interdiction.

Cette allocation des affaires entre le *Department of Justice* et la *Federal Trade Commission* permet donc d'éviter les dédoublements et allongements

de procédure dont souffre le système français. Par ailleurs, elle permet aux parties d'avoir un interlocuteur unique lors de l'examen de leur opération de concentration.

Au Royaume-Uni, le contrôle des concentrations repose sur une notification volontaire des parties et est partagé entre l'*Office of Fair Trading* et la *Competition Commission* qui sont toutes deux des autorités indépendantes. L'*Office of Fair Trading* a pour mission de faire un examen de « phase I » relativement rapide, au terme duquel il doit renvoyer à la *Competition Commission* toute opération soulevant un quelconque problème de concurrence. La *Competition Commission* examine donc toutes les opérations soulevant un problème de concurrence et prend les décisions de fin de « phase II ». À première vue, cette répartition des rôles semble proche de celle initialement prévue en droit français, si l'on excepte le fait qu'au Royaume-Uni la « phase I » relève de la compétence d'une autorité indépendante et non d'une autorité politique⁽²²⁾. Toutefois, l'obligation en vertu de laquelle l'*Office of Fair Trading* doit transmettre toutes les opérations qui soulèvent des doutes en matière de concurrence à la *Competition Commission* différencie clairement les systèmes français et anglais. Cette obligation empêche en effet qu'il se produise au Royaume-Uni un glissement en faveur de l'autorité de contrôle de « phase I ». Ceci permet donc d'éviter un déséquilibre institutionnel similaire à celui qui est apparu en France.

La dualité institutionnelle du système français de contrôle des concentrations est donc bien une exception française dont le maintien paraît de plus en plus incertain. Il est difficile d'apprécier si la suppression de cette dualité résultera de la pratique régulatrice elle-même (la consultation du Conseil tombant *de facto* en déshérence) ou d'une réforme législative. Il est également délicat d'anticiper au profit de quelle institution l'abolition de la dualité se fera. Il n'empêche que cette abolition paraît inéluctable et que les débats qui l'entoureront seront très animés.

Références bibliographiques

- Brunet F. et I. Girgenson (2002) : *Le nouveau régime de contrôle des concentrations : Les ambivalences d'une 'révolution antitrust' à la française*, JCP, Éd. Entreprises, 1638.
- Besson E. : (2000) : *Nouvelles régulations économiques*, Rapport Assemblée nationale, n° 2327, p. 185.
- Ministerio de Economía y Hacienda (2005) : *Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*, 20 janvier. Disponible sur <http://www.mineco.es>

(22) Il convient de noter que le *Secretary of State* a gardé une compétence résiduelle en matière de concentrations dans les domaines de la presse et dans certaines affaires mettant en jeu des intérêts publics.

Complément D

De nouvelles pratiques pour les autorités de concurrence : les programmes de clémence

Laurent Flochel

GATE, Université Lyon 2 et Conseil d'analyse économique

Introduction

Les autorités de concurrence peuvent être dans certains pays comme la France assimilées à une autorité judiciaire ou à une autorité administrative et leurs décisions sont soumises au contrôle d'un juge. Le rôle assigné aux autorités de concurrence est de deux ordres : une action sur les structures de marché par le biais du contrôle des concentrations et une surveillance des comportements par le biais des pratiques antitrust. Dans ce dernier cas, les autorités peuvent être amenées à punir des comportements jugés anticoncurrentiels en infligeant des amendes voire des sanctions pénales. Dans un monde idéal, les autorités de concurrence – comme tout système judiciaire – devraient bénéficier de moyens très importants pour mener des enquêtes approfondies, observer très finement le comportement des entreprises, de façon à prendre les décisions toujours les plus justes. Dans la réalité, les autorités de concurrence sont soumises à trois contraintes fortes. D'une part, elles disposent de ressources limitées qu'elles doivent allouer de la meilleure façon possible. D'autre part, les entreprises possèdent des informations privées sur leurs coûts, sur les conditions de demande ou sur la façon dont elles pratiquent la concurrence. Il est coûteux pour l'autorité de concurrence de faire révéler ces informations. Par ailleurs, les procédures contentieuses nécessitent des délais d'instruction qui dans certains cas peuvent être incompatibles avec le rythme économique des entreprises. Enfin, dans le cas où une pratique anticoncurrentielle est prouvée, les instruments ou remèdes dont dispose une autorité de concurrence sont limités. En effet, même si dans un monde idéal ou de premier rang, il serait optimal d'infliger

des sanctions les plus sévères possibles, ceci n'est pas compatible avec d'autres critères d'échelle des punitions ou de justice. De la même façon, plus les sanctions infligées sont sévères, plus la norme ou le standard de preuves sont élevés. Ainsi, le standard de preuve est moins important lorsqu'il s'agit d'infliger des sanctions pécuniaires que des sanctions pénales.

La recherche de la meilleure pratique pour une autorité de concurrence doit prendre en compte ces trois contraintes de rareté des ressources, d'asymétrie d'information et de remèdes limités. En termes économiques, la politique optimale est une politique de second rang. Il s'agit d'utiliser au mieux une ressource rare en prenant en compte la nécessité d'acquérir un certain nombre d'informations qui sont la propriété privée des entreprises, tout en ayant des instruments limités.

Deux évolutions récentes vont dans le sens d'une amélioration de l'efficacité des pratiques et illustrent la meilleure prise en compte de ces contraintes.

La première innovation réglementaire concerne les procédures d'engagements qui permettent dès le début d'une procédure d'entamer une négociation entre l'autorité et les parties sur des engagements comportementaux et sur un montant d'amende. Cette procédure permet des gains en termes de délai et de coûts de mise en œuvre, à la fois pour l'autorité et pour les parties. Elle s'applique pour des faits considérés comme peu graves, peu anciens et pour lesquels des sanctions seraient peu efficaces.

La seconde innovation concerne la mise en place de programmes de clémence appliqués aujourd'hui dans le cas des ententes et qui permettent de réduire les coûts d'acquisition d'information par l'autorité de concurrence. Un participant à une entente qui la dénonce peut obtenir une réduction de peine s'il apporte des éléments permettant de prouver la pratique et de condamner les autres parties prenantes. Un tel programme peut être vu comme un mécanisme permettant de faire révéler à moindre coût une information privée des parties et de réduire les ressources allouées à la lutte contre les cartels. On pourra bien sûr trouver injuste que l'auteur d'une infraction puisse échapper aux conséquences de ses actes en avouant et en faisant porter les sanctions sur les autres. Mais dans un monde de second rang, ceci va dans le sens d'une amélioration de l'efficacité de la politique de concurrence. Les faits semblent d'ailleurs montrer que les programmes de clémence permettent d'améliorer de façon spectaculaire l'efficacité de la lutte contre les cartels.

Ce complément présente la mise en place des programmes de clémence aux États-Unis et en Europe, discute de leurs conditions d'efficacité puis présente l'analyse économique des programmes d'amnistie.

1. La mise en place des programmes de clémence

La clémence est une réduction de peine partielle ou totale accordée à une ou plusieurs entreprises qui dénonce une entente ou qui apporte des éléments de preuve qui seront suffisants pour condamner la pratique. La

dénonciation peut intervenir à deux moments. Elle peut intervenir alors que l'autorité de concurrence ignore l'entente ou n'a lancé aucune investigation sur ce marché. Elle peut également intervenir après qu'une enquête ait été lancée par l'autorité mais que celle-ci ne dispose pas encore des preuves suffisantes pour prouver l'existence de la pratique. La dénonciation apparaît dans les deux cas comme un mécanisme révélateur d'une information privée des entreprises. Des différences de réglementation existent entre les pays sur l'étendue de la clémence.

La division antitrust du Department of Justice des États-Unis a mis en place dès 1978 la possibilité d'une amnistie des sanctions sous certaines conditions. Ce programme de clémence a été modifié en 1993 pour préciser et élargir la couverture de l'amnistie. Le nouveau régime prévoit que la clémence peut être accordée à la fois si l'entente est dénoncée à une autorité qui en ignore l'existence ou si elle intervient après l'ouverture d'une enquête. La seule restriction concerne le fait qu'une amnistie ne peut être accordée à ceux qui ont été les instigateurs de l'entente. Cette réforme de 1993 a eu un effet spectaculaire. Le nombre de demande de clémence est passé à plus de 20 par an. Dans le cadre de l'enquête menée aux États-Unis sur une entente sur le marché des vitamines, la coopération de l'entreprise demandant l'amnistie a directement permis des incriminations et des amendes de 500 millions et 225 millions de dollars à l'encontre respectivement d'Hoffmann-LaRoche et de BASF tandis que Rhône Poulenc qui avait dénoncé le cartel était amnistié. Sur l'année 1999 par exemple, les États-Unis ont infligé un montant d'amendes pour cartel supérieur au total de toutes les amendes infligées depuis la mise en place du Sherman Act plus d'un siècle avant.

S'inspirant de l'expérience des États-Unis, la Commission européenne a adopté en 1996 un tel programme. Un premier règlement prévoyait des réductions amendes importantes (de 75 à 100 % de réductions) en cas de dénonciation d'une entente avant l'ouverture d'une enquête. En revanche, les réductions étaient réduites (de 50 à 75 %) lorsqu'une investigation était déjà en cours mais que celle-ci ne permettait pas de réunir les preuves nécessaires à la condamnation de la pratique. Entre 1996 et fin 2001, trois immunités totales ont été accordées dont celle donnée à Rhône-Poulenc qui a dénoncé deux des trois ententes sur les vitamines auxquelles elle a participé. En 2001, le programme de clémence a permis l'adoption de dix décisions d'ententes condamnant 56 entreprises pour un montant de 1,836 milliard d'euros, dépassant en un an le total des amendes qui avaient été infligées depuis l'application du Traité de Rome. Cette même année 2001, 249 millions d'euros ont été infligés à Lafarge pour son entente dans les plaques de plâtre et 462 millions d'euros pour Hoffman LaRoche pour le cartel des vitamines. Le succès de ce programme a conduit au renforcement et à la clarification de cette politique en 2002 par le règlement 2002/C 45/03. La nouvelle législation européenne prévoit qu'une immunité totale est accordée au premier membre d'une entente qui fournit d'importants renseignements et des preuves de l'intérieur à la Commission, soit en dévoilant une entente jusqu'alors inconnue, soit en fournissant des preuves cruciales nouvelles

permettant de poursuivre les autres membres. La seule restriction qui subsiste dans le règlement de 2002 quand au rôle joué par le dénonciateur au sein de l'entente est qu'une amnistie ne peut être accordée à une entreprise qui a forcé les autres membres à participer à l'entente. Des réductions d'amende peuvent être accordées aux entreprises qui ne remplissent pas les conditions de l'immunité mais qui fournissent des preuves ayant une « valeur ajoutée » importante. Les réductions de peine sont mêmes prévues dans le règlement : 30 à 50 % pour la première entreprise, de 20 à 30 % pour la deuxième et jusqu'à 20 % pour les suivantes. En 2004, 49 demandes de clémence dans 25 affaires différentes ont été déposées.

La France s'est également dotée d'un tel programme dans le cadre des lois NRE de 2001. L'article L.464-2 du code du Commerce prévoit une réduction de peine de moitié pour toute entreprise qui ne conteste pas les faits qui lui sont reprochés et qui s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir. Une exonération partielle ou totale des sanctions est également prévue pour celui qui dénonce une entente et qui apporte des éléments de preuve dont ne disposait pas encore le Conseil de la concurrence. Aujourd'hui, 17 États membres sont dotés d'un programme de clémence.

2. Conditions d'efficacité de la lutte contre les cartels

Deux conditions apparaissent devoir être remplies pour qu'un programme de clémence soit efficace. En premier lieu, il faut que les sanctions encourues en cas de non-dénonciation soient importantes. En second lieu, la dénonciation doit être opérée dans un cadre de totale sécurité juridique. Nous détaillons successivement ces deux points.

2.1. La nécessité de sanctions sévères

La mise en place des programmes de clémence a été menée simultanément à un accroissement du montant des sanctions encourues par les participants. À titre d'exemple, la loi NRE a doublé la sévérité des amendes que peut infliger le Conseil de la concurrence en passant leur montant de 5 à 10 % du chiffre d'affaires annuel. Ce durcissement des sanctions encourues est en soit un élément de dissuasion des ententes même en l'absence d'un programme de clémence^(*). Ainsi, participer à une entente devient plus dangereux en cas de détection. En présence d'un programme de clémence, la réduction de peine doit être suffisamment attractive pour que les entreprises aient intérêt à dénoncer l'entente. Si les sanctions sont trop faibles, ou trop rarement appliquées, leur réduction n'est que de peu d'intérêt.

(*) Le Conseil de la concurrence français a infligé en 2005 des amendes aux trois opérateurs de téléphonie mobile sur le marché français pour un montant total de 534 millions d'euros (décision 05-D-65 du 30 novembre 2005). Orange et SFR ont été condamnés respectivement à 256 et 2 204 millions d'euros, soit 3,09 % de leur chiffre d'affaires en France pour 2004. Bouygues Telecom a été condamné à 584 millions d'euros soit 1,78 % de son chiffre d'affaires 2004.

Dans certains pays comme les États-Unis, des sanctions pénales peuvent être prononcées dans les affaires d'infractions aux règles de concurrence. Les sanctions contre des personnes physiques complètent alors le dispositif et peuvent contribuer à accroître l'effet dissuasif.

Dans le cadre des programmes de clémence, ces sanctions peuvent aussi avoir un puissant pouvoir incitatif sur les dirigeants à révéler des informations et à coopérer aux enquêtes dans la phase d'enquête. La possibilité d'éviter une mise en accusation ou des poursuites pénales à titre individuel peut fortement encourager à une coopération. En effet, lorsqu'une investigation a été lancée par une autorité de concurrence sans que celle-ci ait encore collecté des preuves, une course à la dénonciation ou à la coopération est lancée entre les participants à l'entente. C'est l'application littérale du dilemme du prisonnier. Des sanctions pénales contre les dirigeants eux-mêmes les incitent à adopter une stratégie coopérative avec l'autorité de concurrence, quand bien même ceci pourrait ne pas être la meilleure stratégie pour leur propre entreprise.

Une des modifications du programme américain en 1993 a justement consisté à donner l'amnistie aux cadres de l'entreprise qui coopèrent. En France, une telle clémence n'a pas lieu d'être puisque seules les entreprises sont assujetties au droit de la concurrence. Selon une enquête menée par l'OCDE entre 1998 et 2000, sur les 13 pays pouvant infliger des sanctions pénales, seuls quatre d'entre eux (l'Australie, le Canada, l'Allemagne et les États-Unis) ont prononcé des peines d'emprisonnement. Les États-Unis appliquent des peines de prison relativement courtes dans les affaires d'ententes par rapport aux peines sanctionnant d'autres délits. La durée moyenne des peines d'emprisonnement dans les infractions en matière d'ententes est de 18 mois. Cette durée est en réalité courte par comparaison avec les autres peines appliquées aux autres délits des cols blancs. Par exemple, une opération de détournement de fonds ayant entraîné un préjudice comparable à celui occasionné par l'entente sur le prix des vitamines aurait pu être sanctionnée par des peines d'emprisonnement allant jusqu'à vingt ans. Dans ce cas, la durée des peines d'emprisonnement maximales a été de trois ans.

Même si la possibilité d'infliger des sanctions pénales peut apparaître un instrument attrayant pour une autorité de concurrence, il faut cependant prendre en compte les contraintes et les coûts additionnels qu'engendre cette sanction. En effet, les standards et normes de preuve sont naturellement beaucoup plus exigeants en matière pénale qu'en matière de sanctions financières. Les coûts d'agence ou coûts de fonctionnement des institutions sont alors alourdis. Le gain à durcir les sanctions doit alors être mis en balance avec le coût d'une utilisation plus gourmande des ressources de l'autorité. À cela se rajoutent bien évidemment des contraintes sur le caractère juste des peines que nous n'abordons pas ici.

2.2. La sécurité juridique

La seconde condition nécessaire au bon fonctionnement d'un programme de clémence est sa transparence et sa relative sécurité juridique. Une entreprise qui souhaite dénoncer une entente ne doit pas prendre plus de risque en dénonçant qu'en continuant à faire partie de l'entente. Le programme initialement mis en place par les États-Unis avant 1993 et qui était assez flou sur les conditions d'exercice de la clémence, n'a donné lieu qu'à une demande d'amnistie par an en moyenne. L'accroissement de la sécurité juridique qui a été apporté en 1993 a accru l'efficacité du dispositif en rendant l'amnistie automatique et complète au premier demandeur si certaines conditions bien précises sont réunies. Ceci plaide donc en faveur d'une règle claire et certaine ne laissant pas de place à une interprétation discrétionnaire.

Cet aspect est encore plus important dans le cas où des sanctions pénales sont possibles. Une personne physique ne peut prendre le risque de dénoncer une entente que si elle est certaine de ne pas encourir de peine pénale. L'aversion au risque de se retrouver en prison est en effet probablement beaucoup plus importante que l'aversion au risque de revenu. Dans le cas d'une incertitude juridique, un individu préférera ne pas dénoncer plutôt que de courir le risque de se retrouver incarcéré. Il est donc indispensable que l'autorité de concurrence ait une réelle capacité d'engagement vis-à-vis d'éventuelles réductions de peine ou immunité en matière pénale. Par exemple, le DoJ administre le programme de clémence et est l'autorité chargée des poursuites, il peut appliquer ce programme de clémence sans devoir parvenir à un accord avec un procureur général ou tout autre représentant du ministère public. Ceci serait beaucoup plus difficile à mettre en place en France où c'est un juge qui peut prononcer d'éventuelles sanctions pénales.

Le problème de la sécurité juridique conduit également à s'interroger sur la compatibilité entre l'application d'un programme de clémence au niveau national et le fonctionnement des autorités de la concurrence en réseau au niveau européen. En effet, depuis mai 2004, les instances nationales appliquent la législation communautaire parallèlement aux dispositions nationales et travaillent en réseau dans le cadre d'affaires affectant plusieurs états membres mais non traitées par la Commission. Les différences observées entre les régimes de clémence en vigueur dans les différents pays peuvent poser de graves problèmes. Tout d'abord, la dénonciation doit rester confidentielle. Le travail en réseau risque de limiter cette confidentialité. Le problème est exacerbé dans le cas de sanctions pénales. On peut imaginer que la présentation d'une demande visant à obtenir le bénéfice d'un programme de clémence conduise les instances nationales à poursuivre pénalement des salariés ou d'anciens salariés à la suite d'échanges de renseignements ayant eu lieu dans le cadre du réseau d'autorités de la concurrence ou de la coopération entre la Commission et les tribunaux nationaux. La réglementation communautaire dispose expressément qu'on ne peut infliger des peines privatives de liberté que si la législation du pays de l'instance qui transmet les

informations soit prévoit des sanctions de nature similaire, soit garantit que les renseignements sont recueillis conformément à des règles en matière de protection des droits des personnes analogues à celles applicables dans le pays de l'instance destinataire. Les règles en cours d'élaboration au sein de la Communauté européenne mettent l'accent sur la nécessité d'instaurer une coordination entre les instances mettant en œuvre les programmes de clémence et celles qui engagent des poursuites pénales contre les participants à une entente.

3. Analyse économique des programmes de clémence

Une littérature s'est développée sur l'analyse économique des programmes de clémence. Nous présentons une synthèse des principaux résultats.

Motta et Polo (2001) considèrent le cas de réductions de peine qui s'appliquent lorsqu'un membre d'une entente révèle l'information suite à l'ouverture d'une investigation préliminaire sans que l'autorité de concurrence n'ait encore réussi à obtenir des preuves. En l'absence de dénonciation, l'autorité de concurrence est contrainte d'ouvrir une enquête approfondie. L'autorité de la concurrence a des ressources limitées qu'elle cherche à allouer de manière optimale entre l'activité de contrôle des marchés (ou *monitoring*) qui lui permet de détecter d'éventuelles ententes et l'activité d'enquêtes approfondies qui sont nécessaires pour collecter des preuves. La détermination de la politique optimale consiste à choisir l'allocation des ressources entre les deux activités de contrôle et d'enquête, le montant de l'amende en cas de dénonciation et en l'absence d'une telle révélation d'information. Dans ce modèle, le programme de clémence peut donc apparaître de manière endogène s'il constitue effectivement un élément de la politique optimale.

Les entreprises quand à elles décident de leur stratégie. Elles peuvent s'engager ou non dans une entente, puis dans l'affirmative révéler ou non l'information si l'autorité de concurrence ouvre une enquête préliminaire.

Les auteurs montrent qu'un programme de clémence entraîne deux effets opposés. D'une part, il incite les entreprises à dénoncer une entente et à révéler l'information dès lors qu'une enquête est ouverte, ce qui permet de mettre fin – au moins temporairement – à la pratique collusive et d'économiser des ressources de l'autorité de concurrence. D'autre part, l'application d'une peine réduite en cas de détection favorise la création des ententes. Cet effet pervers des programmes de clémence est un effet procollusif *ex ante*. En d'autres termes, certaines ententes ne seraient pas mises en place en l'absence de clémence mais le sont dès lors qu'un tel programme est mis en œuvre. Un programme de clémence entraîne donc à la fois plus d'ententes mises en place et plus d'ententes détectées.

Motta et Polo montrent que si l'autorité de concurrence a des ressources très importantes, il est optimal de dissuader toute collusion. Si ses res-

sources sont plus limitées et ne permettent plus de barrer parfaitement la formation des ententes *ex ante*, l'utilisation d'un programme de clémence est alors optimale. Plus précisément, celui-ci est caractérisé par une amnistie totale pour celui qui dénonce. Cette amnistie totale renforce l'incitation donnée aux membres de l'entente à révéler l'information, ce qui permet d'allouer moins de ressources aux enquêtes approfondies et par là même de mener un meilleur contrôle et plus d'enquêtes préliminaires. L'amnistie est donc un mécanisme incitatif de révélation d'information, non coûteux pour l'autorité de concurrence (tant que celle-ci ne perçoit pas directement le montant des amendes versées).

Les auteurs mettent également en évidence l'intérêt d'accorder la clémence non pas uniquement avant l'ouverture d'une enquête préliminaire, mais également en l'échange d'informations une fois une telle procédure lancée par l'autorité de concurrence. Rappelons que cette extension de la clémence a été rajoutée aux programmes existants aux États-Unis en 1993 et l'amnistie totale permise en Europe en 2002. Cette perspective incite en effet, les entreprises à dénoncer et donc accroît la probabilité d'être condamné, ce qui en retour les incite à dénoncer. Limiter les réductions de peine aux seules situations préalables à l'ouverture des investigations éliminerait ces effets vertueux.

Enfin, les auteurs montrent que le caractère certain des réductions de peine est primordial. En effet, des individus averses au risque préféreront payer avec certitude une amende réduite plutôt que de subir le risque de payer une amende plus élevée de façon aléatoire.

4. Aller plus loin que la clémence ?

Aux États-Unis, le US Civil False Claims Act permet de rémunérer un individu qui dénonce une fraude dans le cadre d'achats publics ou à l'assurance sociale. La rémunération est basée sur une part substantielle des amendes qui seront versées. Il serait possible de généraliser ce mécanisme à la lutte contre les cartels en ne se limitant plus uniquement à des réductions de peine, mais en payant celui qui dénonce.

Contrairement à Motta et Polo (2000), Spagnolo (2003) examine le problème de la détection des cartels et non pas de la collecte des preuves permettant une condamnation. Il montre qu'il est optimal de ne pas punir les entreprises qui dévient du cartel, de récompenser uniquement la première entreprise qui dénonce non pas en lui donnant une amnistie mais en la rémunérant du montant des sanctions infligées aux autres participant du cartel. Une telle politique permet de dissuader totalement la formation des cartels. Ce résultat est plus fort que celui obtenu par Motta et Polo qui ne parvenaient pas à dissuader totalement les cartels.

Aubert, Rey et Kovacic (2003) considèrent les décisions prises au sein même des entreprises et entre les membres du cartel. Ces auteurs supposent que la mise en œuvre d'une entente nécessite de la communication entre les parties, qui laisse des traces physiques pouvant être découvertes par une autorité de concurrence en cas d'audit. Ils montrent qu'il est plus efficace de rémunérer des acteurs plutôt que d'accorder des réductions de peine. De plus, il est préférable de rémunérer directement des individus plutôt que des entreprises.

Références bibliographiques

- Aubert C., Rey P. et W. Kovacic (2003) : *The Impact of Leniency Programs on Cartels*, Mimeo Université de Toulouse.
- Innes R. (1999) : « Remediation and Self-Reporting in Optimal Law Enforcement », *Journal of Public Economics*, n° 72, pp. 379-393.
- Motta M. et M. Polo (2003) : « Leniency Programs and Cartel Prosecution », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21, n° 3, pp. 347-379.
- OCDE (2005) : « Cartels: Sanctions Against Individuals », *DAF/COMP*, n° (2004)39.
- Spagnolo G. (2003) : *Divide et Impera': Optimal Deterrence Mechanisms Against Cartels and Organized Crime*, Mimeo University of Mannheim.

Complément E

Abus de position dominante : prédation, ventes liées, remises^(*)

Anne Perrot

Conseil de la Concurrence

Les débats européens des dernières années en matière de politique de la concurrence ont essentiellement porté durant la fin de la décennie quatre-vingt-dix et au début des années 2000 sur le contrôle des *concentrations*, tandis que l'approche des *comportements* anticoncurrentiels semblait poser moins de problèmes, à la fois du point de vue théorique et du point de vue de la mise en œuvre de la politique antitrust.

Si beaucoup de questions restent ouvertes dans le domaine de l'intervention de la politique de la concurrence sur les structures de marché (notamment en matière de justification des aides d'état), les interrogations ont aujourd'hui gagné un domaine qui paraissait il y a peu à l'abri des incertitudes : les abus de position dominante. Ces remises en question des approches traditionnelles semblent déboucher sur des conséquences pratiques importantes puisque la Commission européenne s'apprête à rendre publiques des lignes directrices relatives à la mise en œuvre de l'article 82 du Traité.

En effet, de la part d'une entreprise de grande taille, mettre en œuvre les pratiques visées par l'abus de position dominante (prédation, ventes liées, remises de fidélité, rabais ciblés, etc.), c'est conduire ou maintenir les marchés dans une structure où seront possibles prix élevés, mise en œuvre de barrières à l'entrée incontournables, capture des consommateurs.

(*) Ce complément s'appuie sur les travaux du sous-groupe « Réforme de l'article 82 de l'Economic Advisory Group for Competition Policy auprès de l'équipe du chef économiste de la Commission européenne (Gual, Hellwig, Perrot, Polo, Rey, Schmidt et Stenbacka, 2005).

Ce raisonnement simple, apparemment imparable, ne résiste toutefois pas à l'examen plus approfondi que réclame la mise en œuvre de sanctions de ces comportements par une autorité de concurrence ; telle entreprise pratique des prix apparemment en dessous de ses coûts : mais ne serait-ce pas dans l'objectif d'atteindre rapidement un volume de production permettant des économies d'apprentissage ou des effets de réseau, finalement proconcurrentiels et bénéfiques pour les consommateurs ? Telle autre promet des rabais quantitatifs aux meilleurs distributeurs de ses produits. Mais la mise en place de contrats incitatifs n'est-elle pas optimale au sein d'une structure verticale pour aligner les objectifs de l'amont et de l'aval ?

Certaines des pratiques réputées anticoncurrentielles et réprimées comme telles ont aussi des effets positifs sur l'efficacité économique ou découlent de ces effets. La plupart d'entre elles combinent des effets anticoncurrentiels (généralement l'éviction de concurrents réels ou potentiels) et des effets proconcurrentiels (gains d'efficacité par exemple).

Cette remarque devrait conduire à analyser ces pratiques par leurs effets plutôt que de les condamner du fait de leur appartenance à des « catégories ». Cette démarche comporte à la fois des avantages et des inconvénients : *in fine*, mise en œuvre de façon optimale, elle permettrait évidemment de laisser faire des pratiques profitables et de n'empêcher que celles qui sont dommageables. Comme dans d'autres domaines de la politique de la concurrence, une évaluation par une « règle de raison » a sans doute plus de chance de produire une situation proche de l'optimum de premier rang (aux coûts de mise en œuvre près) qu'une approche par une règle *per se* mais semble offrir moins de sécurité juridique aux entreprises, en conférant à l'autorité de concurrence plus de pouvoir discrétionnaire. Mais inversement, elle contraint les autorités à une analyse au cas par cas plus coûteuse en termes d'analyse économique et de recueil d'information et donc sans doute plus juste pour les entreprises.

Plusieurs types de pratiques sont visés par les abus de position dominante : prédation, ventes liées, remises, discrimination en prix, exclusivité... Toutefois, bien des cas réels font apparaître simultanément plusieurs de ces pratiques ce qui rend leur analyse souvent moins simple qu'il n'y paraît. Néanmoins, il est souvent possible de décomposer les effets partiels de ces pratiques en identifiant les mécanismes à l'œuvre. Par exemple, le mécanisme central d'une pratique peut être la discrimination en prix : c'est le cas des remises et des ventes liées, qui finalement ne sont que des cas particuliers de prix discriminants selon la quantité ou le panier de biens choisi par l'acheteur. Mais en outre, les pratiques de remises associent souvent exclusivité, clause de fidélité et discriminations en prix, tandis que celles de ventes liées combinent discriminations et liaison des biens entre eux. Les effets peuvent en être très différents selon le contexte.

Les critiques adressées par l'École de Chicago à l'analyse antitrust habituelle de ces pratiques ont toutes plus ou moins vigoureusement tendu à

montrer que la rationalité économique qui les sous-tend est fragile, ou qu'à tout le moins, si ces diverses pratiques apparaissent, c'est qu'elles engendrent des gains d'efficacité qui devraient pousser à les autoriser.

Ces critiques, qui reposent sur des fondements théoriques solides dans un monde qui ne comporterait ni déficits informationnels ni externalités, ont eu le mérite de pousser les économistes à préciser les conditions sous lesquelles les comportements d'abus de position dominante sont dommageables pour l'économie. La « vague » suivante de travaux théorique suscités par cet ensemble de critiques a ainsi conduit à analyser plus finement les cas dans lesquels ces pratiques ont bien un effet anticoncurrentiel et devraient être sanctionnées par les autorités de concurrence.

Ce mouvement, s'il s'imprime dans l'attitude des autorités de concurrence, aura pour conséquence de faire peser sur celles-ci une charge de rigueur intellectuelle et de précision de la démonstration qui devrait contrebalancer, aux yeux des entreprises impliquées, la relative insécurité juridique où les place un abandon des règles d'appréciation des pratiques par catégorie au profit d'une règle de raison. Ainsi, pour être qualifiée de prédation, une pratique de « prix bas » de la part d'une entreprise en position dominante devrait être sous-tendue non tant par une comparaison des prix avec le concept pertinent de coût, mais surtout par une analyse fine de la stratégie à l'œuvre : s'il s'agit de montrer qu'une stratégie de prédation financière est à l'œuvre, l'autorité de concurrence devra montrer de quelle nature est l'imperfection du marché des capitaux, quelle est la nature de l'information manipulée par le prédateur, quelle est la nature de la dépendance de la proie vis-à-vis d'un financement par un investisseur externe, etc. En d'autres termes, une approche par les effets est aussi exigeante pour les autorités de concurrence qu'une règle *per se* : elle demande d'insérer l'ensemble des faits constatés dans une explication par la stratégie de l'entreprise.

1. Les effets possibles des pratiques abusives

Les pratiques mises en œuvre par une entreprise dominante et constitutives d'un abus tendent généralement à préserver la position dominante de cette entreprise sur son marché « principal » (appelons ainsi celui sur lequel l'entreprise est dominante), ou bien sur un marché « connexe » ou « adjacent », qu'il soit verticalement ou horizontalement relié au marché principal). Plusieurs pratiques (prix prédateurs, ventes liées, remises, exclusivité) peuvent avoir le même effet sur un de ces marchés. En revanche, les effets en cause se rattachent presque toujours à l'une des trois catégories suivantes :

- exclusion sur le marché principal : il s'agit pour l'entreprise de protéger sa position dominante, soit en contraignant les concurrents à sortir de son marché principal, soit en empêchant des concurrents potentiels d'y entrer. Une pratique de prix prédateur (ou de surinvestissement prédateur) sur le marché en question a typiquement ce genre de conséquence. Mais d'autres

pratiques impliquant des marchés connexes peuvent aussi viser la protection du marché principal ;

- exclusion sur un marché connexe : l'entreprise se sert de sa position dominante sur son marché principal pour acquérir ou consolider son pouvoir de marché sur un marché connexe (bien complémentaire ou indépendant du marché principal). On parle souvent dans ce cas de mise en œuvre d'« effets de levier », qui sont souvent redoutés dans les concentrations entre deux entreprises qui ne sont pas présentes sur les mêmes marchés, mais qui peuvent utiliser le pouvoir détenu sur le marché principal pour pénétrer un marché adjacent. Dans la version comportementale et non structurelle des effets de levier, une pratique de vente liée qui force l'achat du bien sûr le marché secondaire auprès de l'entreprise dominante sur un marché principal est un exemple représentatif de ce type d'effet de « forclusion horizontale ». Le marché principal peut être protégé par un monopole légal (brevet ou droit d'exercer en monopole), mais il s'agit dans ce cas d'user de ce pouvoir pour asseoir sa position sur un marché connexe ;

- exclusion verticale : l'entreprise se sert de sa position dominante sur un marché pour interdire à une autre d'avoir accès à un autre étage d'une industrie organisée verticalement. Par exemple, une entreprise qui accorde des remises de fidélité à ses distributeurs, leur consentant des avantages importants s'ils concentrent leurs achats auprès d'elle, peut décourager ces distributeurs de vendre les produits concurrents et empêcher l'entrée d'une entreprise concurrente sur son marché.

On rattache aisément les pratiques énumérées traditionnellement dans les abus de position dominante à l'un ou à plusieurs de ces effets. Pour les autorités de concurrence, il est essentiel d'analyser précisément lequel de ces effets est en cause. En effet, de nombreuses saisines sur le fondement, en France, de l'article L.420-2 du Code de Commerce et au niveau communautaire, de l'article 82 du Traité CE, sont en réalité des tentatives de la part de concurrents moins efficaces pour empêcher une entreprise dominante, souvent du fait de ses coûts plus bas, d'exercer ses activités de production ou de distribution d'une façon économiquement efficace. Or s'il est vrai que pèse sur les entreprises dominantes une responsabilité particulière en matière de comportement, puisque de leur part de telles pratiques sont plus susceptibles d'avoir des conséquences dommageables, les autorités de concurrence poursuivent un objectif de protection des mécanismes de concurrence et *in fine* des intérêts des consommateurs, et non des intérêts des concurrents. Rechercher quel est l'effet anticoncurrentiel d'une pratique est une manière de s'assurer que c'est bien cet objectif d'exclusion qui est poursuivi et que ne sont pas sanctionnés des comportements qui, certes, nuisent aux concurrents moins efficaces, mais sont bénéfiques aux consommateurs.

Il convient toutefois de nuancer cette position de base. Ainsi, nombreux sont ceux qui soutiennent que la préservation de la concurrence en soi doit être recherchée, au moins comme objectif annexe, par les autorités de con-

currence. Cette position renvoie en fait à une question épineuse : celle de savoir l'horizon temporel sur lequel on cherche à préserver le surplus des consommateurs. La présence de concurrents, même moins efficaces, peut maintenir une pression concurrentielle sur l'entreprise dominante. Une fois les concurrents sortis, cette pression disparaît. Les consommateurs, qui peuvent profiter de la pratique dans un premier temps, risquent à terme de souffrir de la réduction de concurrence. Ce mécanisme, typiquement à l'œuvre dans les cas de prix prédateurs et que l'autorité de concurrence cherche justement à éviter en sanctionnant les pratiques de prédation, peut se manifester aussi à l'occasion de ventes liées, de remises, de pratiques d'exclusion ou de discrimination où l'effet de long terme est moins apparent.

Chercher à cerner les effets d'une pratique plutôt que de la sanctionner du fait de son rattachement à une catégorie ne revient pas totalement à abandonner l'utilisation de règles *per se*. Il s'agit plutôt de raffiner les contours des catégories, de manière à ce qu'elles ne contiennent plus que les pratiques réellement dommageables pour les consommateurs. Ceci impose aux autorités de concurrence une démarche plus exigeante et plus rigoureuse.

2. Prédation, ventes liées, remises

À titre d'exemple, examinons comment les autorités de concurrence devraient aborder des cas de prédation, de ventes liées ou de remises.

2.1. Prédation

Les pratiques de prix prédateurs reposent traditionnellement sur le scénario suivant : une entreprise en position dominante, capable de faire face à des pertes temporaires, met en œuvre des prix bas (en dessous des coûts). Ses concurrents, incapables de suivre des conditions de concurrence aussi intenses, sortent du marché. Une fois seule l'entreprise peut soit remonter ses prix soit simplement servir la demande abandonnée par les concurrents de façon à récupérer les profits perdus durant la phase prédatrice.

L'inconvénient de cette histoire simple est qu'elle se heurte souvent au défaut de rationalité d'une entreprise se comportant de cette façon ; en effet, les entreprises ont en général intérêt à s'accommoder de l'entrée des concurrents, la stratégie consistant à supporter des pertes pour les évincer étant le plus souvent dominée par celle consistant à ajuster ses prix et ses quantités pour faire face à la concurrence. Les stratégies de prédation ne sont donc crédibles que dans un contexte stratégique plus sophistiqué. Par ailleurs, comme au moins à court terme les prix bas sont plutôt une bonne chose pour les consommateurs, les autorités de concurrence doivent avoir en matière de prédation un standard de preuve élevé afin de ne pas inciter les entreprises dominantes à remonter leurs prix pour échapper à une sanction. Les avancées de l'économie industrielle permettent d'identifier les cas

dans lesquels ces stratégies de prédation sont rationnelles de la part des entreprises qui les mettent en œuvre et ont réellement un effet anticoncurrentiel ; il s'agit principalement des cas où les prix prédateurs sont utilisés comme signal ou comme instrument de la construction d'une réputation d'agressivité à destination de concurrents potentiels, et des cas de prédation financière.

Une démarche économiquement fondée de la prédation par les autorités de concurrence revient alors, comme le suggèrent Bolton, Broadley et Riordan (2000) ou Motta (2004), à établir le caractère dominant de l'entreprise (faute de quoi elle ne pourra pas récupérer ses pertes plus tard, la prédation n'a alors aucune rationalité et correspond probablement à une autre stratégie), à s'assurer que les prix sont bien au-dessous du concept pertinent de coût (pour une discussion du concept adapté, voir les deux références citées), et à étayer une « histoire » qui donne une idée de la stratégie suivie par l'entreprise. C'est sans doute sur ce dernier point que la théorie est la plus sollicitée.

Il existe un point commun entre les diverses rationalisations de la prédation offertes par la littérature économique : elles reposent sur une asymétrie d'information entre le prédateur et certains autres agents (proie ou tiers). Dans les « histoires » de signal ou de réputation, la proie manipule l'information accessible à la proie, dans le premier cas il s'agit de convaincre la proie que le marché présente de mauvaises conditions de rentabilité, dans le second cas de lui signaler une caractéristique du prédateur lui-même (son agressivité).

Une entreprise dominante peut utiliser la prédation comme un moyen de faire croire aux entrants potentiels que les conditions sur le marché sont défavorables à une entrée. Par exemple, si les pertes encourues par le prédateur sont observables par la proie, elles peuvent signaler à cette dernière que l'activité n'est pas rentable et qu'il faut s'abstenir de rentrer sur le marché. Pour que ce signal soit crédible, il faut qu'il soit effectivement coûteux pour le prédateur : les pertes subies à court terme sont le prix à payer pour rendre ce message crédible et dissuader l'entrée.

Une autorité de concurrence qui veut sanctionner ce comportement de prédation doit ici s'assurer que la proie n'observe pas la réalité du marché et notamment les coûts et la demande, pour que les pertes supportées par le prédateur puissent être interprétées comme un signe de la mauvaise rentabilité de l'activité. Il convient donc d'énumérer les obstacles à l'observabilité de ces divers éléments par le prédateur. Ne pas s'y astreindre fait courir deux risques : celui que la plainte soit le reflet d'une inefficacité du plaignant, et celui que les prix bas mis en œuvre par le prédateur servent en réalité un autre objectif que l'éviction des concurrents.

Les prix prédateurs pratiqués sur un marché donné peuvent aussi servir à convaincre les entrants potentiels sur d'autres marchés (futurs ou connexes) que le prédateur se comportera toujours de façon agressive à l'égard de l'entrée d'un concurrent. C'est le mécanisme à l'œuvre dans le jeu dit « *Chain Store Paradox* » de Selten (1975). Là encore, les pertes servent à

crédibiliser le fait que le prédateur est bien « de type agressif » : en général il serait moins coûteux pour lui de s'adapter à l'arrivée d'un nouveau concurrent en modifiant ses prix et ses quantités ; pratiquer des prix prédateurs est donc une façon de convaincre le rival qu'au lieu de s'accommoder de son entrée, le prédateur réagira toujours au contraire en pratiquant une concurrence très intense. La rentabilité de cette stratégie pour le prédateur est, comme toujours, visible à plus long terme : les pertes subies aujourd'hui sont compensées dans le futur par les gains à dissuader l'entrée des concurrents. L'autorité de concurrence doit ici établir la nature des asymétries d'information entre le prédateur et la proie, le fait que le prédateur est bien soumis à des menaces d'entrée soit ultérieures, soit sur d'autres marchés où il est présent.

Ces deux types de fondements microéconomiques à des comportements prédateurs (signal et réputation) supposent que le prédateur distorde l'information de la proie. La prédation financière quant à elle repose sur une manipulation de l'information d'un tiers (« l'investisseur extérieur ») : dans cette histoire en effet, la proie dépend pour sa survie du financement par un tiers. Les marchés financiers sont supposés imparfaits. Le financement accordé par l'investisseur est conditionnel aux performances de la proie. Le prédateur, en pratiquant des prix bas, force la proie à suivre cette concurrence très intense et lui fait faire des pertes. L'investisseur observe ces mauvais résultats et coupe son financement à la proie qui disparaît du marché.

Pour étayer une histoire de prédation financière, l'autorité de concurrence doit ainsi franchir chacune des étapes du processus précédent : démonstration de l'imperfection des marchés financiers, dépendance de la proie vis-à-vis d'un financement externe, contrat faisant dépendre le financement des résultats...

La méthodologie ainsi esquissée montre qu'à l'utilisation d'une règle *per se* trop grossière en matière de prédation (« les prix en dessous des coûts sont condamnables ») s'est progressivement substituée une analyse plus fine, à première vue génératrice d'une plus grande incertitude juridique pour les entreprises, qui peuvent avoir plus de mal à identifier quelles sont les pratiques qui seront considérées comme illégales, mais néanmoins beaucoup plus exigeante pour les autorités de concurrence.

D'une certaine manière, c'est un peu la même évolution qui prévaut face aux ventes liées et aux remises, où les critiques de l'École de Chicago ont poussé à spécifier les cas étroits dans lesquels ces pratiques ont un effet anticoncurrentiel.

2.2. Ventes liées

La vision traditionnelle des ventes liées qualifie ces pratiques d'anticoncurrentielles au motif qu'une entreprise, en position dominante sur un marché, protégerait celui-ci ou essaierait d'en pénétrer un nouveau en liant la vente de plusieurs biens. Le marché sur lequel la position de monopole est déte-

nue, le marché liant, peut en effet être celui que la firme dominante cherche à protéger, elle peut vouloir au contraire, plus classiquement, s'appuyer sur sa position sur le marché liant pour pénétrer un nouveau marché, le marché lié. Pour que les ventes liées puissent être considérées comme anticoncurrentielles, elles devraient simultanément être profitables pour la firme qui met la pratique en œuvre, exclure des concurrents (aussi efficaces qu'elle ?) et nuire (au moins à long terme) aux intérêts des consommateurs⁽¹⁾. Ces circonstances ne sont pas si aisées à réunir.

Les formes revêtues par la pratique sont très diverses : le « *bundling* » peut être pur (les biens ne sont disponibles qu'ensemble) ou mixte (au moins l'un des biens peut être acheté seul). La liaison opérée entre les biens peut être de nature commerciale ou technologique (c'est le cas de biens réseaux compatibles entre eux mais incompatibles avec les autres). Une évolution de la technologie peut d'ailleurs favoriser ou non la vente liée⁽²⁾. D'une façon générale, les pratiques de ventes liées contribuent à transformer une concurrence sur les éléments séparés en une concurrence sur les biens systèmes. Ce dernier mode de concurrence peut parfois s'avérer plus intense (voir, par exemple, Matutes et Régibeau, 1988).

Le caractère anticoncurrentiel d'une telle pratique n'apparaît que si les ventes liées empêchent un concurrent au moins aussi efficace que la firme en place d'exercer son activité. C'est précisément l'argument de l'École de Chicago, pour les tenants desquels si la pratique est à la fois proposée par l'entreprise dominante et acceptée par l'acheteur, c'est parce qu'elle engendre des gains d'efficacité et ne devrait donc pas être interdite. Ce résultat s'obtient en considérant deux biens A et B utilisés en proportions fixes. Une firme en monopole sur le marché du bien A lie la vente de son bien à l'achat d'une quantité donnée du bien B, la structure de marché de ce dernier bien étant donnée. Si la vente ne liait pas les biens A et B, la concurrence sur le marché du bien B accroîtrait la demande pour A et sur chaque unité du bien A, l'entreprise dominante pourrait faire un profit de monopole, tout en prenant une part du profit des entreprises concurrentes sur le marché B. Il n'y a donc pas d'intérêt à vendre les deux biens de façon liée. La raison fondamentale de ce résultat est que le profit de monopole ne peut être obtenu qu'une fois. C'est donc la rentabilité de la pratique et la rationalité de la firme qui la met en œuvre qui manque ici. Les ventes liées ne doivent donc s'observer que si elles s'accompagnent de gains d'efficacité.

Cet argument est effectivement robuste à un grand nombre de circonstances. Par exemple, considérer deux biens indépendants et non complémentaires ne change pas fondamentalement le raisonnement. En particulier, l'argument souvent avancé par les autorités de concurrence, suivant lequel

(1) Voir par exemple la décision n° 05-D-13 du 18 mars 2005 relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage.

(2) Pour un exposé exhaustif des diverses formes de « *tying* » et de « *bundling* », voir Tirole (2004).

la liaison « artificielle » entre les biens indépendants introduite par la pratique serait en soi le signe de son caractère anticoncurrentiel, ne résiste pas à un examen plus poussé. L'argument de l'École de Chicago repose donc sur le manque de rationalité de cette pratique en l'absence de gains d'efficience. La conséquence en est que les autorités de concurrence devraient examiner sérieusement l'existence et l'ampleur de ces gains.

S'il existe réellement des gains d'efficacité à vendre les biens de façon liée, alors le *bundling* peut s'expliquer par des considérations non stratégiques (l'entreprise mettrait cette pratique en œuvre même en l'absence de concurrents et donc indépendamment de toute volonté d'exclusion de ceux-ci). Il faut alors se demander si ces gains se traduisent par une économie de coût variable (dans ce cas ils se répercuteront sur les prix) ou de coût fixe, ou encore s'ils engendrent une baisse des coûts de transaction pour l'entreprise, ou bien pour les consommateurs (qui ont alors un interlocuteur et pas deux).

De très nombreuses raisons peuvent amener un offreur à proposer des ventes liées, y compris entre des biens totalement indépendants dans leur usage : dans le cas de biens indépendants mais pour lesquels les consommateurs ont des valorisations hétérogènes, elles peuvent servir à rendre la demande plus homogène.

Le *bundling* peut aussi servir, dans le cas de biens complémentaires, à mieux exploiter l'information cachée sur les préférences des consommateurs. Dans l'exemple bien connu de la liaison entre la vente d'une photocopieuse et le papier utilisé avec elle ou les services après-vente, l'entreprise peut faire révéler la préférence – plus intense – des consommateurs pour la photocopieuse à partir de leur consommation plus élevée de papier ou de services après-vente. Dans le cas de biens reliés verticalement, les ventes liées peuvent jouer le même rôle que l'intégration verticale (plutôt bénéfique d'ailleurs) en supprimant la double marge (effet de Cournot). C'est le cas potentiellement à l'œuvre dans les effets de levier redoutés en cas de concentration verticale. Dans les situations qui viennent d'être évoquées, les raisons qui poussent à lier les biens entre eux ont un caractère non stratégique : en d'autres termes ces raisons existeraient même en l'absence de concurrents pour l'entreprise qui les met en œuvre.

Mais les ventes liées peuvent évidemment servir des objectifs anticoncurrentiels. Dans certains cas proposés plus récemment par la littérature, les ventes liées ont un intérêt stratégique et sont utilisées comme barrière à l'entrée : par exemple, le modèle de Carlton et Waldman (2002) suppose deux biens A et B complémentaires et utilisés en proportions fixes ; une entreprise en monopole sur le marché A et présent sur B craint sur ce dernier marché l'entrée d'un concurrent plus efficace, qui pourrait ensuite rentrer sur le marché A.

Les arguments de l'École de Chicago conduisent à penser que dans ce cas, l'entreprise dominante a intérêt à laisser le concurrent rentrer sur le marché B et à lui prendre ensuite une part du surplus additionnel ainsi en-

gendré. Le mécanisme du modèle de Carlton et Waldman est différent : dans le contexte analysé, laisser rentrer le concurrent sur le marché B est dangereux car sa supériorité sur le marché B lui permettra d'évincer l'entreprise dominante du marché A. L'entreprise dominante aujourd'hui a intérêt à lier les deux biens (et à subir une perte aujourd'hui) pour empêcher le concurrent de rentrer demain sur son marché principal. Les auteurs montrent que les cas où cette stratégie bloque l'entrée sont effectivement ceux qui sont socialement inefficaces ; les consommateurs y perdent. Le modèle souligne aussi que cette stratégie pose un problème d'engagement : si finalement l'entrée a lieu, alors l'entreprise dominante a intérêt à ne pas lier les deux biens. Le *bundling* technologique peut alors être nécessaire pour rendre la stratégie d'éviction crédible.

Beaucoup d'autres raisons peuvent amener une entreprise dominante à pratiquer le *bundling* pour des raisons stratégiques : des effets de réseaux, des raisons liées à l'innovation, des phénomènes liés à une configuration de marché « biface » (« *two-sided market* »). Chacune de ces situations mérite d'être évaluée aussi étroitement que possible par les autorités de concurrence pour déterminer les effets potentiellement bénéfiques ou anticoncurrentiels d'une telle pratique.

2.3. Remises

Le même type de controverse autour des arguments de l'École de Chicago vaut pour l'analyse des remises et des rabais quantitatifs. En effet, si une entreprise dominante peut offrir de façon profitable à ses acheteurs des remises (qui devraient conduire pour elle à une perte par rapport à la vente au « prix catalogue »), c'est qu'il existe des gains d'efficacité. Toutefois, la plupart des arguments développés par l'École de Chicago supposent la structure du marché donnée. Dans les modèles qui endogénéisent l'entrée sur le marché, et qui pour la plupart introduisent aussi des considérations liées aux imperfections du marché ou de l'information, les remises peuvent s'accompagner d'un mécanisme d'exclusion anticoncurrentiel⁽³⁾. Toutefois, là encore, il convient d'apprécier l'ampleur des effets positifs et négatifs des remises sur l'efficacité. Tout d'abord, les remises s'accompagnent de discrimination entre les consommateurs. En tant que telles, elles peuvent donc avoir des effets positifs ou négatifs (en tout cas elles ont certainement des effets positifs sur certains acheteurs ; ceci devrait conduire à ne pas admettre en défense des arguments invoquant l'accord des acheteurs comme preuve de l'absence d'effets anticoncurrentiels).

Les remises ont aussi pour effet de changer le mode de concurrence, en faisant passer d'une concurrence sur les unités vendues à une concurrence sur chaque acheteur. Ce nouveau mode de concurrence peut être plus in-

(3) Voir par exemple Aghion et Bolton (1987), Rasmussen et al. (1991) et Fumagalli et Motta (2002).

tense. Les remises, comme la plupart des schémas de prix non linéaires, peuvent aussi apparaître comme des mécanismes d'incitation optimaux dans une relation verticale. Les remises permettent alors de résoudre des problèmes d'incitation à l'effort des revendeurs ou d'asymétrie d'information sur les coûts des détaillants. L'exclusivité qui peut résulter de ces contrats peut réduire les phénomènes de passager clandestin entre distributeurs ; les remises peuvent aussi accroître le pouvoir de l'acheteur dans une relation où le vendeur est de grande taille. Elles peuvent également diminuer la transparence sur les prix (les prix effectivement payés par les acheteurs ne sont plus nécessairement des « prix publics ») et limiter ainsi la collusion entre producteurs.

Une grille d'analyse de ces remises pour les autorités de concurrence⁽⁴⁾ consiste à tenter de répondre aux questions suivantes. Tout d'abord, de quelle nature sont ces remises : portent-elles sur les quantités incrémentales ou sur la quantité totale, une fois que le seuil qui donne accès aux remises est atteint ? Se combinent-elles avec des pratiques de couplage ? Sont-elles prévisibles pour les acheteurs ? Quelle est la période de référence (comparée notamment avec le délai naturel qui sépare le renouvellement des achats) ? Le seuil quantitatif qui donne accès à ces remises est-il identique pour tous les acheteurs ?

L'effet anticoncurrentiel est d'autant plus probable que les entreprises sont de tailles très dissymétriques, et que la possibilité d'entrer sur le marché est réduite, par exemple parce que les remises transforment la concurrence en une compétition « pour chaque client » et non « pour chaque unité » : dans ce cas en effet, l'entreprise dominante peut être en position favorable vis-à-vis de sa concurrente, par exemple du fait de sa plus grande taille.

Il se dégage de ces remarques une liste de questions auxquelles les autorités devraient tenter d'apporter des réponses si possibles quantifiées : les concurrents de l'entreprise qui met en place les remises ont-ils la possibilité de réagir ? Les remises ont-elles eu pour conséquence une diminution des quantités vendues ? Sont-elles préjudiciables pour la concurrence ou pour les concurrents ?

La Commission européenne et le TPI ont tous les deux précisé que les remises, pour être considérées comme proconcurrentielles, devraient avoir pour justification l'existence d'effets de gamme, d'économies d'échelle, liés à un accroissement des quantités achetées par un acheteur donné. Dans ce cas, les remises traduiraient une orientation des prix vers les coûts non préjudiciable au bien-être. Toutefois, cette démarche s'inspire plus d'une vision « régulatrice » des marchés que d'une vision en termes de politique de la concurrence, dans la mesure où une telle justification exige un lien direct entre les coûts et les prix pratiqués par l'entreprise. Or ce lien dépend de la

(4) Voir par exemple la décision 30/11/04 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial.

nature souvent complexe de la concurrence qui s'exerce sur le marché, et vouloir imposer une norme de liaison, automatique en quelque sorte, entre prix et coûts, n'a que peu de sens économique. Mais dans le cas d'espèce, une telle justification mérite néanmoins d'être retenue en défense : en effet, une entreprise qui fait des gains d'efficience et octroie des remises ne fait que répercuter à ses acheteurs les économies de coût qu'elle réalise du fait des économies d'échelle. Le lui interdire est donc de nature à priver les consommateurs du bénéfice des économies ainsi réalisées et il est donc admissible que l'entreprise mette ces économies de coût en évidence.

Reste la question de savoir, dans le cas des remises comme d'ailleurs dans celui des ventes liées, s'il conviendrait de réserver un traitement particulier au cas des entreprises « très » dominantes (détenant 80 à 90 % du marché par exemple).

Ce passage en revue des pratiques les plus souvent condamnées au titre des abus de position dominante permet de tirer quelques conclusions générales⁽⁵⁾ : plutôt que d'être évalués sur la base de leur rattachement à une catégorie, ces différents comportements devraient l'être à partir de leurs effets. Cet éloignement de la règle *per se*, apparemment générateur d'insécurité juridique pour les entreprises, devrait au contraire pousser les autorités de concurrence à affiner leur grille d'analyse, ce qui devrait avoir pour effet de rendre leur comportement plus rigoureux et tout aussi prévisible. Une telle démarche permettrait à la fois de réduire les risques de condamner des pratiques associées à des gains d'efficacité, et de condamner effectivement celles qui ont un effet d'exclusion.

(5) Le cas des pratiques de discrimination n'a pas été abordé ici. Voir à ce sujet Perrot (2005).

Références bibliographiques

- Bolton P., J. Broadley et M. Riordan (2000) : « Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy », *Georgetown Law Journal*, n° 88, pp. 2239-330.
- Carlton D.W. et M. Waldman (2002) : « The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries », *Rand Journal of Economics*, n° 33, pp. 194-220.
- Fumagalli Ch. et M. Motta (2002) : « Exclusive Dealing and Entry, When Buyers Compete », *CEPR Discussion Paper*, n° 34903.
- Gual J., M. Hellwig, A. Perrot, M. Polo, P. Rey (coordinateur), K. Schmidt et R. Stenbacka (2005) : *An Economic Approach to Article 82*, Rapport de l'Economic Advisory Group for Competition Policy, juin.
- Matutes C. et P. Régibeau (1988) : « Mix and Match: Product Compatibility without Network externalities », *Rand Journal of Economics*, vol. 19, pp. 219-234.
- Motta M. (2004) : *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press.
- Perrot A. (2005) : « Towards an Effects-based Approach to Price Discrimination » in *Pros and Cons of Price Discrimination*, Publication de l'autorité de la concurrence suédoise, décembre.

Complément F

Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison

David Spector

CNRS

Le droit de la concurrence, tant au niveau français que communautaire, est marqué depuis plusieurs années par un double phénomène : le rôle croissant de l'analyse économique, illustré notamment par la nomination, en 2003, d'un économiste en chef à la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne, et l'application croissante d'une « règle de raison » qui prendrait le pas, progressivement, sur l'application de règles *per se*. Ces deux développements sont intimement liés. Dans le domaine du contrôle des concentrations, la prise en compte du risque d'« effets unilatéraux », c'est-à-dire d'augmentation des prix sans création d'une position dominante (prise en compte conforme à l'avis quasi-unanime des économistes), a fait son apparition dans les lignes directrices publiées en 2004 par la Commission. Or elle conduit à écarter comme trop sommaire toute règle simple fondée sur l'examen des parts de marchés des entreprises, puisque la mesure des effets unilatéraux requiert des analyses plus fines. Dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, si la Commission n'a pas encore publié de lignes directrices à l'heure où ces lignes sont écrites, il faut noter que les réflexions en cours lient la prise en compte croissante de l'analyse économique avec l'évolution vers une « règle de raison », c'est-à-dire vers une analyse au cas par cas de chaque affaire, de préférence à des règles établissant à l'avance une liste de pratiques interdites aux entreprises en position domi-

nante⁽¹⁾. En France, des décisions récentes du Conseil de la concurrence témoignent de cette évolution. Ainsi, selon une décision rendue le 18 mars 2005⁽²⁾, une pratique de « rabais de couplage » pratiquée par une entreprise en position dominante ne violait pas l'article L.420-2 du Code du Commerce parce qu'aucun effet d'éviction n'avait été démontré en l'espèce, et parce qu'en outre la pratique en cause pouvait avoir des effets proconcurrentiels⁽³⁾.

La diversité des mécanismes économiques identifiés par la théorie de l'organisation industrielle et leur extrême sensibilité aux détails du fonctionnement de chaque marché, conduisent naturellement les économistes à promouvoir l'usage de la règle de raison dans la mesure où toute règle *a priori* risque de conduire à des décisions économiquement inefficaces. Mais cet enthousiasme pour la règle de raison doit être tempéré par des considérations relatives à la difficulté pratique de son application, qui peut conduire à des procédures trop longues et complexes, voire à des erreurs (prohibition de pratiques proconcurrentielles ou autorisation de pratiques anticoncurrentielles), et à un niveau insuffisant de sécurité juridique pour les entreprises.

Longtemps ignorée par les économistes, la question du passage de la théorie économique à la mise en œuvre pratique de la politique de la concurrence fait l'objet d'un intérêt croissant⁽⁴⁾. Le débat porte sur la part respective de la règle *per se* et de la règle de raison, mais aussi sur le contenu précis de ces règles. Concernant les règles *per se*, il s'agit de les faire évoluer en accord avec les enseignements de la théorie économique. Concernant la règle de raison, les réflexions actuelles visent à définir des règles de raison « structurées », conciliant flexibilité, simplicité de mise en œuvre, et prévisibilité.

Avant de présenter l'état actuel du débat, il convient de nuancer l'idée selon laquelle la règle de raison serait nécessairement synonyme de moins

(1) Parmi les nombreux textes illustrant cette approche, cf. notamment un discours de John Vickers, président de l'Office of Fair Trade (autorité de concurrence britannique), « Abuse of Market Power » (<http://www.ibanet.org>). Ce texte préconise l'évolution du droit de la concurrence européen vers une pratique fondée sur l'analyse économique au cas par cas (« *economics-based* ») plutôt que sur la forme (« *form-based* »). En Europe, le débat est parfois formulé en termes d'opposition entre des règles « *form-based* » et « *effects-based* » plutôt qu'entre « règle *per se* » et « règle de raison », ces expressions étant parfois considérées comme propres aux débats américains (l'expression « règle de raison » appliquée au droit de la concurrence date de l'arrêt *Standard Oil* de la Cour suprême, en 1911).

(2) Conseil de la concurrence, décision n° 05-D-13, 18 mars 2005, relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage (cf. <http://www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/05d13.pdf>).

(3) L'évolution de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence communautaire n'est toutefois pas linéaire. Ainsi, la décision « Michelin II » de la Commission européenne et l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes, qui la confirme, ont pu être perçus comme marquant un recul de l'analyse économique et la réaffirmation d'une règle *per se* sur la question des rabais de fidélité.

(4) Pour une approche générale, cf. Rey (2003). Voir également les articles mentionnés plus loin sur la recherche de règles de raison structurées.

dre sécurité juridique. Dans le domaine des concentrations, le passage de règles *per se*, fondées avant tout sur des critères de parts de marché, à une règle de raison fondée sur l'estimation de l'impact d'une fusion sur les prix peut plutôt s'interpréter comme la substitution d'une incertitude à une autre : le critère de la part de marché, aussi clair soit-il, dépend dans son application de la délimitation du marché pertinent, exercice marqué le plus souvent par une grande imprévisibilité⁽⁵⁾. Dans le domaine des abus de position dominante, l'application des règles *per se* peut se révéler très complexe en pratique. Par exemple, la jurisprudence « Akzo » sur les prix prédateurs, selon laquelle des prix inférieurs aux coûts variables seraient anticoncurrentiels, peut se heurter à des questions délicates : comment mesurer les prix lorsque la tarification met en jeu des rabais et des forfaits liant plusieurs produits ? Comment mesurer les coûts lorsque ceux-ci dépendent du volume des ventes, en raison d'effets de réseau ou d'apprentissage ?

1. Aperçu historique : l'utilisation des théories économiques depuis la critique de Chicago

La critique adressée par l'École de Chicago à l'égard de la politique américaine de la concurrence telle qu'elle était mise en œuvre jusqu'aux années soixante-dix était double. D'une part, les tenants de cette critique ont montré que les raisonnements invoqués par les tribunaux, qu'il s'agisse d'accusations de prix prédateurs ou d'« effets de levier » au moyen de ventes liées, étaient entachés d'erreurs logiques, et qu'en conséquence l'effet anticoncurrentiel de ces pratiques n'était nullement démontré⁽⁶⁾. Mais la critique de Chicago repose sur un second argument, relatif quant à lui à la plausibilité d'une explication proconcurrentielle des pratiques contestées. Tout d'abord, certaines des pratiques souvent dénoncées comme anticoncurrentielles peuvent en réalité avoir des explications proconcurrentielles : par exemple, des clauses de distribution exclusive assurent à un producteur que les efforts de formation dispensés à ses distributeurs pour améliorer leur connaissance des produits ne seront pas utilisés par les distributeurs pour promouvoir des produits concurrents ; elles augmentent donc les incitations des producteurs à fournir de tels efforts, ce qui est en général proconcurrentiel (Marvel, 1982). Ce type d'argument ne constitue cependant pas le cœur de la critique de Chicago concernant le caractère proconcurrentiel possible des pratiques contestées. Au-delà des théories économiques spécifiques, les tenants de cette critique ont surtout relevé que certaines des pratiques dénon-

(5) Cf. la question de la délimitation du marché pertinent dans le cas de la tentative de rachat d'Orangina par Coca-Cola, les critères invoqués pour délimiter le marché pertinent ayant concerné aussi bien la mesure des élasticités de substitution entre les différentes catégories de boissons que... les différences de goût !

(6) Cf. le complément d'Anne Perrot dans le présent rapport pour une présentation détaillée de ces critiques et Bork (1993).

cées comme anticoncurrentielles lorsqu'elles sont le fait d'entreprises détenant une part de marché élevée (comme les ventes liées ou les rabais de fidélité) sont aussi mises en œuvre, souvent, par des petites entreprises intervenant sur des marchés très concurrentiels. Dans ces cas, elles ne peuvent à l'évidence pas s'interpréter comme des éléments d'une stratégie de monopolisation, et relèvent sans doute d'explications proconcurrentielles, même si la théorie économique n'est pas toujours en mesure d'identifier avec précision le mécanisme en jeu.

La critique de Chicago comprend donc une dimension hayékienne : les observateurs extérieurs, économistes ou juristes, ne sont pas en mesure de comprendre la rationalité de toutes les pratiques observées, mais la faible plausibilité des explications anticoncurrentielles d'une part, et la mise en œuvre des pratiques contestées dans des contextes dans lesquels les explications anticoncurrentielles sont à l'évidence exclues, doivent conduire à un certain scepticisme à l'égard d'une politique trop interventionniste. Les tenants de la critique de Chicago se sont donc opposés à toute interdiction *per se* et ont préconisé une règle de raison fondée sur un *a priori* sceptique à l'égard des accusations de pratiques anticoncurrentielles, ce qui conduit à faire porter une part importante de la charge de la preuve sur les plaignants. La critique de Chicago a pénétré le système judiciaire américain lentement et incomplètement⁽⁷⁾, conduisant à établir des règles plus favorables aux entreprises défenderesses. C'est le cas par exemple dans le domaine des prix prédateurs : la règle issue de l'arrêt Brooke de la Cour suprême en 1996, qui impose au plaignant de démontrer que la structure de marché permet le recouvrement futur des pertes subies pendant la période de prix prédateurs au moyen de prix élevés, a conduit à des décisions en moyenne beaucoup plus favorables aux entreprises défenderesses que les règles en vigueur antérieurement (qui consistaient essentiellement en une comparaison des prix et des coûts), (Bolton, Brodley et Riordan, 2000).

À partir de la fin des années soixante-dix, la théorie de l'organisation industrielle a construit un corpus de résultats parfois résumé par l'appellation de « théories post-Chicago ». Ces théories ont montré que selon le détail des hypothèses faites sur la technologie des entreprises (présence ou non d'économies d'échelle, éventuellement intertemporelles), la nature de la demande (complémentarité ou substituabilité entre les biens liés, hétérogénéité ou homogénéité de la demande), les éventuelles asymétries d'information (sur les coûts des entreprises concurrentes, sur les chocs de demande agrégés, sur les caractéristiques individuelles de chaque acheteur, sur le niveau d'effort mis en œuvre par un distributeur), les modalités de la concurrence (par les quantités, par les prix, avec ou sans possibilité d'engagement crédible sur les prix futurs) les pratiques examinées par la politique de la concurrence peuvent être anticoncurrentielles ou proconcurrentielles. Pour prendre l'exemple des ventes liées, les développements récents ont mis en évidence un grand nombre d'explications proconcurrentielles (amé-

(7) Par exemple, la fixation de prix de revente minimaux est toujours interdite *per se* aux États-Unis (comme dans l'Union européenne).

liorer la qualité, éviter la double marginalisation, adapter les prix aux disponibilités à payer des différents segments de demande), mais aussi beaucoup d'explications anticoncurrentielles possibles⁽⁸⁾ : les ventes liées peuvent servir à une entreprise pour s'engager à l'avance à fixer des prix bas et à exercer une concurrence vigoureuse afin d'évincer ses concurrents ou de dissuader l'entrée (Whinston, 1990) ; dans d'autres circonstances elles peuvent à l'inverse, permettre à des entreprises d'atténuer la vigueur de la concurrence (Carbajo, de Meza et Seidman, 1990), ou encore défendre un monopole face à une menace d'entrée en présence d'effets de réseau (Carlton et Waldman, 2002).

La très grande variété des résultats de la théorie de l'organisation industrielle a parfois provoqué un certain scepticisme au sujet de sa pertinence pour la politique de la concurrence. Ainsi, selon plusieurs auteurs, les deux « principes organisateurs » de la théorie de l'organisation industrielle seraient les suivants : « *Organizing principle 1: industrial organization has no organizing principles (except for those that are subcases of this one)* » et « *Organizing principle 2: the principal result of theory is to show that nearly anything can happen* » (« 1^{er} principe organisateur : l'organisation industrielle n'a pas de principes organisateurs » et « 2^e principe organisateur : le résultat principal de la théorie est de montrer que tout peut arriver ») (Fisher, Bresnahan et Farrell, 1991, Fisher, 1989 et Shapiro, 1989). Ce scepticisme a pu être renforcé par le développement de modèles *ad hoc*, à l'occasion d'affaires de concurrence spécifiques, comme si la flexibilité de la théorie permettait de démontrer que n'importe quelle pratique est anticoncurrentielle, sous certaines hypothèses. Par exemple, l'une des théories précitées sur les ventes liées, celles de Dennis Carlton et Michael Waldman, a été développée à l'appui d'un plaignant dans l'affaire Microsoft américaine. De même, lors de la tentative de fusion entre General Electric et Honeywell, l'interdiction par la Commission européenne s'est appuyée sur des théories *ad hoc*, en particulier au sujet du risque de renforcement d'une position dominante dû à des « effets de portefeuille »⁽⁹⁾. L'usage des théories économiques « post-Chicago » par les autorités de concurrence européennes a été critiqué récemment : selon certains observateurs (Evans et Padilla, 2004), la Commission aurait tendance à s'appuyer sur des résultats théoriques pour condamner certaines pratiques, sans vérifier si les hypothèses des modèles invoqués sont réunies, et sans examiner la plausibilité d'explications proconcurrentielles. Ceci serait d'autant plus dommageable que les théories « post-Chicago » ne sont que des métaphores, qui reposent sur des représentations très simplifiées des marchés en cause (par exemple, l'hétérogénéité de la demande est en général résumée soit par la présence de deux types d'acheteurs, soit par une distribution uniforme d'un paramètre unique, voire, au maximum, deux).

(8) Pour un panorama complet des explications pro- et anticoncurrentielles des ventes liées, cf. Nalebuff (2003).

(9) Le modèle général de Nalebuff (2000) avait dû être adapté, au moyen du développement de modèles tenant compte des spécificités de l'affaire en question lorsqu'elles s'écartaient des hypothèses du modèle initial. Cf. aussi Emch (2004).

L'usage des théories économiques dans la définition et la mise en œuvre de la politique de la concurrence fait donc l'objet de débats très vifs. Ces débats sont inséparables des réflexions sur le degré de discrétion souhaitable des autorités de concurrence (règles *per se* ou règles de raison) et sur l'allocation de la charge de la preuve.

2. Théories économiques et règles *per se*

La prise en compte de raisonnements économiques n'est pas nécessairement synonyme d'un abandon des règles *per se* au profit des règles de raison. Elle peut aussi conduire à améliorer les règles *per se* pour rendre la délimitation des pratiques prohibées plus pertinente économiquement.

Un préalable s'impose : la définition de règles *per se* ne suppose pas que l'on considère que certaines pratiques sont néfastes dans toutes les circonstances, mais simplement qu'elles sont néfastes avec une assez forte probabilité pour qu'une interdiction générale n'impose pas un coût trop élevé à la société, au regard notamment du coût qu'induirait une règle de raison d'administration plus lourde. À titre d'exemple, la pratique de prix de revente minimaux imposés par les producteurs aux distributeurs fait l'objet d'une interdiction très stricte des deux côtés de l'Atlantique. Pourtant, cette pratique est non seulement autorisée, mais même obligatoire dans le secteur du livre, puisque plusieurs pays européens, dont la France, se sont donné des lois sur le prix unique du livre, afin de maintenir un réseau de petits libraires. Ainsi, le droit français reconnaît que l'imposition de prix de revente minimaux peut dans certains cas être justifiée, mais, parce que ces pratiques peuvent aussi, dans beaucoup de cas, faciliter la collusion ou du moins atténuer la concurrence, il paraît plus simple de formuler une interdiction générale sans examiner dans chaque cas si des justifications analogues à celles qui ont motivé la loi sur le prix du livre pourraient être pertinentes.

Dans beaucoup de cas, la prise en compte de raisonnements économiques simples permettrait d'améliorer le droit des abus de position dominante en modifiant les règles *per se* en vigueur. Cette possibilité peut être illustrée par l'exemple des contrats de distribution exclusive. La jurisprudence communautaire interdit de tels contrats dès lors qu'une entreprise dominante impose à un client d'effectuer au moins 80 % de ses achats auprès d'elle (Whish, 2003). Cette règle est manifestement sans rapport avec le risque d'éviction des concurrents ou d'érection de barrières à l'entrée. Pour appréhender ce risque, la grandeur pertinente est le pourcentage de la demande totale « forclos » par les clauses d'exclusivité, et non le pourcentage de la demande de chaque acheteur individuel : en effet, la capacité des concurrents à couvrir leurs coûts fixes par un volume de ventes suffisant dépend de la taille totale du marché contestable (non forclos). Ce raisonnement de bon sens permettrait de modifier la règle *per se* dans un sens plus pertinent économiquement.

Mais l'exemple des clauses d'exclusivité illustre aussi les limites des règles *per se*, aussi bien conçues soient-elles. Une première limite provient de la grande difficulté à tenir compte au moyen d'une règle *per se* des justifications proconcurrentielles de ces pratiques. Celles-ci sont souvent fondées sur des mécanismes d'incitation : par exemple, des clauses d'exclusivité peuvent augmenter l'incitation des producteurs à fournir des services de formation à leurs distributeurs. Mais il n'est pas possible de définir à l'avance des critères quantitatifs permettant de tenir compte de ces effets, qui sont relativement subtils : seule une démonstration au cas par cas, donc au moyen d'une règle de raison, le permettrait. Une seconde limite est liée à la très grande diversité des pratiques en cause. Les clauses d'exclusivité ne sont que la forme extrême et simplifiée de mécanismes de tarification plus complexes qui mettent en jeu des rabais en fonction des parts de marché. Or les règles de tarification concevables peuvent se distinguer les unes des autres selon une myriade de détails : les rabais peuvent dépendre des volumes d'achats absolus ou relatifs, la durée de référence peut varier, les prix peuvent être continus ou discontinus selon que les rabais s'appliquent aux quantités incrémentales ou totales, etc. Or il paraît très difficile à une règle *per se* de distinguer entre les différentes possibilités, tant celles-ci sont nombreuses, sauf à énoncer une règle extrême et peu pertinente économiquement, comme celle qui semble résulter de certaines lectures du récent arrêt « Michelin II » du Tribunal de première instance des Communautés européennes, selon lesquelles tout mécanisme de rabais serait interdit à une entreprise en position dominante, sauf s'il est justifié par la structure de coût de l'entreprise⁽¹⁰⁾.

3. Critique de la règle de raison pure

Les limites des règles *per se* ne signifient pas pour autant que l'application de règles de raison « pures », laissant aux autorités de concurrence le soin de peser le pour et le contre sans être encadrées par aucune règle, sont nécessairement souhaitables. De prime abord, la flexibilité inhérente à ce type de règle paraît optimale car elle permet de prendre des décisions conformes aux prescriptions l'analyse économique. Mais l'application d'une règle de raison pure se heurte en pratique à plusieurs difficultés.

3.1. La difficulté pratique du « *balancing* »

Tout d'abord, l'application d'une règle de raison exigerait que les autorités de concurrence pèsent dans chaque affaire le pour (les effets proconcurrentiels) et le contre (les effets anticoncurrentiels), c'est-à-dire évalue et agrège un ensemble d'éléments factuels très complexes. On peut illustrer cette diffi-

(10) Arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes, 30 septembre 2003, Michelin contre Commission, cas T 203/01.

culté à partir de l'exemple de la décision récente du Conseil de la concurrence dans l'affaire précitée portant sur la vente couplée d'abonnements à deux offres de télévision payante. Le Conseil avait remarqué d'une part qu'aucun effet d'éviction n'avait eu lieu, et il avait d'autre part relevé que l'offre couplée pouvait avoir des avantages pour les consommateurs, parce qu'elle était plus simple que la juxtaposition de deux offres distinctes. En l'espèce, ces observations allaient toutes deux dans le même sens (le rejet de la plainte visant la pratique de couplage) et ne posaient pas de difficulté particulière. Mais cette affaire illustre *a contrario* les difficultés susceptibles de survenir lorsque les différents éléments empiriques vont dans des sens différents : le bilan global peut alors être très difficile à effectuer, d'autant que ces différents éléments se présentent souvent sous une forme hétérogène. Ainsi, l'ampleur d'éventuels effets d'éviction est souvent quantifiable à partir de données relatives au chiffre d'affaires des victimes alléguées, alors que les justifications proconcurrentielles, lorsqu'elles sont liées aux préférences des consommateurs, tendent à reposer sur des éléments empiriques plus qualitatifs. En outre, l'évaluation de l'effet – proconcurrentiel ou anticoncurrentiel – de nombreuses pratiques (comme les prix discriminatoires ou les ventes liées) dépend le plus souvent d'une analyse très fine de la demande (c'est-à-dire de son élasticité-prix, mais aussi par exemple de son degré d'homogénéité).

3.2. La difficulté théorique à définir un principe clair pour l'application de la règle de raison

Une autre difficulté, plus fondamentale, peut conduire à un certain scepticisme à l'égard de la généralisation d'une règle de raison pure. Il s'agit de l'incertitude inévitable sur le principe même en vertu duquel l'appréciation de chaque affaire selon la règle de raison serait effectuée. Dans un texte récent⁽¹¹⁾, John Vickers, alors président de l'Autorité de concurrence britannique, discute des mérites de trois critères possibles pour l'application de l'article 82. Le premier critère évoqué est celui du « sacrifice » : une pratique serait anticoncurrentielle si sa profitabilité ne résulte que de son effet d'éviction de concurrents (ce qui signifie que l'entreprise dominante a accepté de sacrifier une partie de ses profits présents à des fins d'éviction). Ce critère a été critiqué pour son imprécision, car il suppose implicitement d'évaluer la profitabilité des actions observées à l'aune d'un point de comparaison difficile à définir⁽¹²⁾. Selon le deuxième critère proposé, une pratique serait abusive si elle avait pour résultat l'élimination de concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante qui met en œuvre la pratique

(11) « Abuse of Market Power », cf. *supra*.

(12) Une autre critique possible porterait sur le caractère artificiel de l'exercice. Par exemple, dans certaines industries marquées par des effets de réseau très importants, le succès d'une entreprise est synonyme d'élimination des concurrents, et la question de la profitabilité d'une pratique indépendamment de l'éviction des concurrents n'a pas nécessairement une grande pertinence économique.

contestée. Mais la notion de « concurrent aussi efficace », si elle est aisée à définir dans le cas de produits homogènes (l'efficacité se confondant alors avec des coûts bas)⁽¹³⁾, n'a pas de signification claire dans les marchés de produits différenciés. Le troisième critère est celui du bien-être des consommateurs : une pratique serait abusive si elle conduit à évincer des concurrents (ou à empêcher leur entrée) d'une manière qui réduit le bien-être des consommateurs. Cette notion est cohérente logiquement et permet en outre d'éviter la confusion entre protection des concurrents et protection des consommateurs, mais elle demanderait à être précisée pour être véritablement opératoire. Il conviendrait notamment de préciser le critère en vigueur lorsque les pratiques contestées profitent à certains consommateurs mais nuisent à d'autres, ou lorsque leur effet varie dans le temps – ce qui est fréquent pour les pratiques de ventes liées, ou de prix discriminatoires ou prédateurs.

4. Les réflexions actuelles sur les règles de raison structurées

Les limites aussi bien des règles *per se* que des règles de raison ont suscité une réflexion sur la définition de règles de raison structurées, procédures intermédiaires susceptibles de concilier la flexibilité des règles de raison pures et les avantages des règles *per se* (simplicité d'administration et prévisibilité). La structuration des règles de raison proposées consiste à organiser la confrontation des arguments et l'examen des éléments empiriques au moyen d'un processus séquentiel, en définissant des filtres successifs qui permettent de décider du traitement de certaines affaires sans avoir à évaluer la totalité des éléments empiriques – l'objectif étant de limiter autant que possible le nombre d'affaires dans lesquelles les autorités de concurrence sont amenées à effectuer l'exercice de « *balancing* ». Cette structuration définit aussi, à chaque étape, l'allocation de la charge de la preuve⁽¹⁴⁾.

(13) Même dans ce cas, il n'est pas nécessairement possible de dire qu'une entreprise est plus ou moins efficace qu'une autre. Si une entreprise a des coûts fixes plus élevés et des coûts variables plus bas qu'un de ses concurrents, elle est plus efficace pour les volumes importants mais moins pour les volumes faibles.

(14) La réflexion sur les règles de raison structurées conduit en fait à atténuer l'opposition entre règles *per se* et règles de raison « pures », pour préférer raisonner au sein d'un continuum de procédures. On trouverait ainsi, outre les règles de raison structurées, des « règles *per se* modifiées » (dites aussi règles de présomption réfutable), qui établissent une présomption d'illégalité ou de légalité sur la base de critères simples définis à l'avance, mais avec une possibilité de réfutation. Par exemple, l'article 420-4 du Code du Commerce, selon lequel les pratiques interdites aux articles 420-1 (ententes) et 420-2 (pratiques unilatérales pouvant constituer un abus, comme les ventes liées) sont autorisées si « les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique » peut être considéré comme établissant une règle *per se* modifiée (la présomption *a priori* d'illégalité portant sur des pratiques définies à l'avance pouvant être réfutée au moyen d'une analyse au cas par cas.)

L'un des premiers exemples de règles structurées a été formulé par Joel Klein, alors *Assistant Attorney General*, au sujet de l'appréciation des accords horizontaux comportant des restrictions de concurrence⁽¹⁵⁾. La règle proposée était la suivante : dans une première étape, il s'agit de déterminer si l'accord examiné est équivalent à la fixation des prix ou à un partage du marché. En cas de réponse positive, l'accord est interdit sans plus d'investigations. En cas de réponse négative, la deuxième étape de la procédure s'applique : il s'agit de déterminer les éventuelles justifications proconcurrentielles. Pour cette étape, la charge de la preuve incombe aux parties à l'accord, et l'absence de justifications pro concurrentielles suffisamment étayées conduit à l'interdiction de l'accord. En présence de telles justifications, l'autorité de concurrence passe à la troisième étape de la procédure, qui consiste à peser les effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels afin de déterminer lesquels l'emportent.

Le choix d'une règle de raison spécifique dépend des croyances *a priori* sur la probabilité qu'une pratique donnée soit anticoncurrentielle plutôt que proconcurrentielle, sur la disponibilité relative de l'information sur les effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels, et enfin sur la fréquence et le coût moyen de chaque type d'erreur (interdiction de pratiques proconcurrentielles d'une part, autorisation de pratiques anticoncurrentielles d'autre part). Si l'on croit qu'une certaine pratique est rarement anticoncurrentielle, et qu'en outre la démonstration des effets proconcurrentiels risque d'être malaisée en raison du caractère souvent qualitatif et intangible des éléments de preuve possible, on sera tenté de proposer une règle de raison dont la première étape exige la démonstration par le plaignant de la plausibilité d'un effet anticoncurrentiel, c'est-à-dire du risque d'une hausse des prix (ou d'une diminution de la qualité ou de la variété) au détriment des consommateurs. Selon cette logique, l'absence d'une telle démonstration conduirait à autoriser la pratique en cause. Si au contraire cette démonstration était faite, l'entreprise défenderesse devrait dans une deuxième étape présenter les effets proconcurrentiels de cette pratique, faute de quoi la pratique serait interdite. Enfin, si le plaignant et l'entreprise défenderesse parvenaient à démontrer, pour l'une, la plausibilité d'effets anticoncurrentiels, et pour l'autre, la plausibilité d'effets proconcurrentiels, l'autorité de concurrence devrait se livrer au délicat exercice de « *balancing* ». Au contraire, pour les pratiques dont on considère *a priori* qu'elles sont le plus souvent anticoncurrentielles, il peut être souhaitable d'inverser la charge de la preuve et d'imposer dans une première étape, comme condition nécessaire à leur autorisation, la démonstration par l'entreprise qui les met en œuvre de ses effets proconcurrentiels.

(15) « A Stepwise Approach to Antitrust Review of Horizontal Agreements », <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/0979.htm>. La première défense théorique du principe de la règle de raison structurée comme moyen de pallier les imperfections des règles *per se* et de la règle de raison pure est due à Easterbrook (1984).

Sans entrer dans le détail des propositions de règles de raison structurées⁽¹⁶⁾, il convient de faire plusieurs remarques sur les caractéristiques souhaitables de telles règles. Tout d'abord, afin d'éviter l'instrumentalisation des modèles économiques « post-Chicago », il paraît nécessaire que les autorités de concurrence soient tenues d'expliquer pourquoi, dans les affaires de pratiques unilatérales, la critique de Chicago ne s'applique pas – ce qui suppose non seulement l'existence d'une théorie « post-Chicago » mais également la démonstration de son adéquation aux faits concernés.

Ensuite, la définition de règles de raison structurées pourrait être l'occasion d'une clarification de la notion même d'abus, par une distinction plus nette entre l'atteinte aux concurrents et l'atteinte aux consommateurs. Il a souvent été reproché à la politique de la concurrence européenne (et nationale) de considérer comme anticoncurrentielles des pratiques commerciales agressives qui, si elles nuisaient aux concurrents de l'entreprise qui les mettait en œuvre, profitaient aux consommateurs⁽¹⁷⁾. Or l'analyse économique peut aider à distinguer, au moyen de filtres assez simples, les situations dans lesquelles une atteinte aux concurrents risque de nuire aux consommateurs des situations dans lesquelles ce risque est faible. La notion pertinente à cet égard est l'opposition théorique entre deux modèles : la concurrence en quantités et la concurrence en prix. Ce dernier modèle s'applique aux situations dans lesquelles la principale variable concurrentielle porte sur la fixation des prix. Au contraire, le modèle de la concurrence en quantités s'applique aux situations dans lesquelles les entreprises sont amenées à choisir au préalable des variables qui ont un impact sur la quantité et la qualité des produits qu'elles seront en mesure de proposer sur le marché, comme l'ampleur de l'investissement en capital, des dépenses de recherche et développement ou de marketing (lequel stimule la demande et non l'offre, mais est équivalent d'un point de vue économique à une amélioration de la qualité). Pour simplifier, dans un marché caractérisé par une concurrence en prix, une entreprise ne choisit que ses prix, tout le reste (ses coûts, la qualité de ses produits) étant donné. Dans un marché caractérisé par une

(16) Pour la définition d'une règle de raison structurée sur les pratiques de ventes liées, voir la discussion entre Jean Tirole (« The Analysis of Tying Cases: A Primer ») et Barry Nalebuff (« Tied and True Exclusion ») dans le premier numéro de *Competition Policy International* (printemps 2005). Tirole défend une règle unifiée pour les pratiques de ventes liées et de prix prédateurs, alors que Nalebuff préconise deux traitements distincts. Une règle de raison structurée générale pour les pratiques unilatérales est par ailleurs proposée par David Evans et Jorge Padilla (« Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach », précité).

(17) Cette critique a un équivalent dans le contrôle des concentrations : jusqu'à la réforme récente du contrôle des concentrations, certains observateurs ont affirmé que la Commission appliquait une doctrine d'« *efficiency offense* » par laquelle les gains d'efficacité dus à une fusion, qui profitent aux consommateurs, étaient invoqués pour interdire une concentration, au nom de la protection des concurrents menacés par l'efficacité de l'entité issue de la concentration projetée. Sur ce point, cf. Noël (1997).

concurrence en quantités, une entreprise choisit le niveau des coûts fixes qu'elle accepte de supporter (pour améliorer la qualité de son produit, sa distribution, ou pour diminuer ses coûts marginaux de production), ce qui a dans un deuxième temps un impact sur le rapport qualité-prix qu'elle peut proposer. Naturellement, cette opposition simplifie la réalité. En particulier, le modèle pertinent dépend de l'horizon temporel et géographique retenu. Par exemple, le modèle de la concurrence en quantités peut être pertinent pour l'analyse mondiale d'un marché (si les entreprises sont amenées à faire, régulièrement, des choix d'investissement importants à l'échelle mondiale) alors que le modèle pertinent à l'échelle de la France est celui de la concurrence en prix : en effet, des développements du marché propres à la France pourraient avoir un effet sur la fixation du niveau des prix en France sans affecter les décisions d'investissement (et donc la capacité à offrir un certain rapport qualité-prix en France) si celles-ci sont prises au niveau mondial.

Cette distinction est essentielle pour l'analyse des allégations d'abus liées à un risque d'éviction car l'impact sur la concurrence d'une pratique (prix bas, ventes liées, remises de fidélités) par laquelle l'entreprise A diminue la demande adressée à l'entreprise B dépend de la nature de la concurrence (en prix ou en quantités). Si le modèle pertinent est celui de la concurrence en prix, alors l'entreprise B, face à une baisse de la demande qui lui est adressée, doit logiquement diminuer son prix, ce qui augmente la pression concurrentielle qu'elle exerce sur l'entreprise A. Au contraire, si le modèle pertinent est celui de la concurrence en quantités, l'entreprise B réagira à une baisse de demande en diminuant l'ampleur de ses investissements et de ses coûts fixes (par exemple en diminuant son effort de recherche, ou, dans le cas extrême, en quittant un marché afin de ne plus payer les coûts fixes associés à la formulation d'une offre). Une telle réaction conduit à diminuer la pression concurrentielle exercée sur l'entreprise A (Bulow, Geanakoplos et Klemperer, 1985 et Fudenberg et Tirole, 1984).

La prise en compte de cette distinction dans la mise en œuvre du droit des pratiques abusives, en particulier au travers de règles de raison structurées, permettrait d'affiner l'analyse de l'effet des pratiques unilatérales sur les victimes alléguées : pour démontrer un risque d'effet anticoncurrentiel, il ne suffirait pas de démontrer que le chiffre d'affaires des plaignants a diminué ; il faudrait également démontrer que la réponse rationnelle des plaignants à cette diminution ne consiste pas à exercer une concurrence agressive en baissant leurs prix (ce qui serait proconcurrentiel) mais au contraire à diminuer la pression concurrentielle qu'ils exercent, en restreignant leur offre de produits (par un effort d'innovation ou de présence commerciale moindre). En particulier, dans le cas de pratiques limitées à un marché national, un effet anticoncurrentiel paraît peu probable si les victimes alléguées supportent leurs coûts fixes à un niveau mondial ou européen. On pourrait donc imaginer que, pour apprécier des pratiques dénoncées comme abusives en raison de leurs effets d'éviction, l'un des filtres appliqués, avant

l'analyse de la justification de ces pratiques, porte sur la plausibilité d'une atteinte à la concurrence au regard de la structure des coûts des plaignants⁽¹⁸⁾.

L'évolution vers des règles de raison structurées pourrait contribuer à rendre plus efficace l'application de droit de la concurrence, mais seulement si leur application ne conduit pas à un biais en faveur des plaignants ou, inversement, des entreprises mises en cause. Or même des règles justifiées dans leur principe peuvent se heurter à cet écueil dans leur application pratique par les autorités de concurrence et les tribunaux – ce que seul le temps peut révéler. Par exemple, la règle de raison suivie aux États-Unis pour les affaires de prix prédateurs depuis l'arrêt *Brooke* de la Cour suprême, qui subordonne la condamnation des prix contestés à la démonstration de la possibilité pour l'entreprise défenderesse de récupérer ses pertes à long terme au moyen de prix de monopole, est souvent approuvée dans son principe, mais critiquée dans son application parce que le niveau de preuve exigé des plaignants rend très difficile la répression des prix prédateurs⁽¹⁹⁾. La définition de règles conciliant les objectifs de rationalité économique, d'allocation claire de la charge de la preuve, de sécurité juridique, et de simplicité d'administration constituera donc vraisemblablement un long chantier pour les autorités de concurrence et nécessitera des révisions périodiques.

(18) L'argument présenté ici illustre les limites de la notion de position dominante. L'existence de différences importantes en termes de demande peut conduire à définir des marchés nationaux en dépit d'une forte substituabilité entre pays du point de vue de l'offre (ce critère étant rarement considéré comme suffisant par les autorités de concurrence pour définir des marchés géographiques larges). Mais une entreprise dominante sur le marché national (en raison d'une part de marché élevée en France) peut n'avoir aucun moyen de limiter la pression concurrentielle exercée par ses rivaux si les investissements de ces derniers sont effectués à un niveau européen et mondial et si la présence en France n'induit pas de coûts fixes supplémentaires significatifs. Dans un tel contexte, il n'existe pas de lien clair entre l'effet d'une pratique sur les parts de marché en France et son effet sur l'intensité de la concurrence en France.

(19) Cf. l'article précité de Bolton, Brodley et Riordan.

Références bibliographiques

- Bolton P., Brodley J. et M. Riordan (2000) : « Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy », *Georgetown Law Review*, n° 88, pp. 2239-2330.
- Bork R. (1993) : *The Antitrust Paradox*, Free Press.
- Bulow J., J. Geanakoplos et P. Klemperer (1985) : « Multimarket Oligopoly: Strategic Substitutes and Complements », *Journal of Political Economy*, vol. 93.
- Carbajo J., D. de Meza et D.J. Seidman (1990) : « A Strategic Motivation for Commodity Bundling », *Journal of Industrial Economics*, vol. 38.
- Carlton D. et M. Waldman (2002) : « The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries », *Rand Journal of Economics*, vol. 33.
- Easterbrook F. (1984) : « The Limits of Antitrust », *Texas Law Review*, vol. 63.
- Emch E. (2004) : « Portfolio Effects in Merger Analysis: Differences Between EU and US Practice and Recommendations for the Future », *Antitrust Bulletin*.
- Evans D. et J. Padilla (2004) : « Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach », *University of Chicago Law Journal*, vol. 72.
- Fisher F. (1989) : « Games Economists Play », *Rand Journal of Economics*, vol. 19.
- Fisher F., T. Bresnahan et J. Farrell (1991) : « Organizing Industrial Organization: Reflections on the Handbook of Industrial Organization », *Brookings Papers on Economic Activity*, Microeconomics.
- Fudenberg D. et J. Tirole (1984) : « The Fat-Cat Effect, the Puppy-Dog Ploy and the Lean and Hungry Look », *American Economic Review*, vol. 74.
- Marvel H. (1982) : « Exclusive Dealing », *Journal of Law and Economics*, vol. 25.
- Nalebuff B. (2000) : « Competing Against Bundles » in *Incentives, Organizations and Public Economics*, Hammond et Myles (eds), Oxford University Press.
- Nalebuff B. (2003) : « Bundling, Tying, and Portfolio Effects, Parts 1 and 2 », *Dpt. of Trade and Industry Economics Paper*, n° 1. Disponible sur <http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/pdf2/bundle1.pdf>

- Noël P.E. (1997) : « Efficiency Considerations in the Assessment of Mergers », *European Competition Law Review*, n° 8, pp. 498-519.
- Reye P. (2003) : « Towards a Theory of Competition Policy » in *Advances in Economics and Econometrics: Theory and Applications*, Dewatripont, Hansen et Turnovsky (dir.), Cambridge University Press.
- Shapiro C. (1989) : « The Theory of Business Strategy », *Rand Journal of Economics*, vol. 19.
- Whinston M. (1990) : « Tying, Foreclosure, and Exclusion », *American Economic Review*, vol. 80.
- Whinston M. et I. Segal (2000) : « Exclusive Contracts and the Protection of Investments », *Rand Journal of Economics*, vol. 31 (4).
- Whish R. (2003) : *Competition Law*, Oxford University Press.

Résumé

Les politiques de concurrence ont connu une importance croissante dans tous les pays occidentaux. Ce rapport en détaille les origines et les différents domaines d'intervention. Il présente de manière pédagogique et très complète les formes et intensité optimales de la concurrence, les complémentarités des politiques de la concurrence avec d'autres politiques, l'hétérogénéité des registres d'intervention et des outils et la cohérence interne de ces systèmes de gouvernance. Il propose un certain nombre de recommandations, en particulier une meilleure coordination des politiques de concurrence avec celles assurant la promotion de la compétitivité et de l'innovation. Il préconise également de clarifier les objectifs assignés à ces politiques et aux autorités qui les mettent en œuvre.

1. Origines et fondements des politiques de concurrence

Dans une première partie, les auteurs mettent en perspective les politiques actuelles de concurrence en faisant appel aussi bien à l'histoire qu'aux fondements intellectuels de la discipline. Les politiques de concurrence sont tout d'abord décrites comme produits de l'histoire. Les auteurs opposent l'émergence de ces politiques à la fin du XIX^e siècle aux États-Unis, puis au milieu du XX^e siècle en Allemagne.

Les premières lois nord-américaines sont apparues avec le Sherman Act en 1890 et le Clayton Act en 1914 pour lutter contre les trusts, tout en reconnaissant les aspects positifs de la concentration des moyens de production pour exploiter des économies d'échelle. Ces premiers textes sont des lois fédérales dont les objectifs sont de prohiber les restrictions au commerce entre États de l'Union. Les auteurs décrivent le mouvement de balancier qu'a suivi la mise en œuvre de ce droit. À une phase de mise en sommeil entre 1915 et 1936, qui a vu la promotion de l'État Providence, a succédé une période activiste de 1936 à 1972 sous l'influence de l'école structuraliste de Harvard. La forte suspicion à l'encontre des grandes entreprises et la volonté de simplification à l'extrême des charges de la preuve incombant aux autorités de concurrence, ont conduit à la promotion et à la recherche de marchés composés de petites structures atomisées. La période de 1973 à 1992 a connu une transformation radicale, sous l'influence

de l'École de Chicago, qui a montré les possibles effets positifs sur le bien-être de certaines pratiques restrictives de concurrence. L'accent a été mis sur les gains d'efficacité et la prise en compte d'une nécessaire promotion de l'innovation. Ces arguments ont été ensuite repris dans un cadre plus formel par la synthèse post Chicago utilisant les outils de la théorie des jeux.

L'évolution de la politique de concurrence en Allemagne est fort différente. Après 1945, elle a été influencée par deux facteurs. Le premier, d'ordre intellectuel, est associé à la doctrine de l'ordo-libéralisme. Le second, d'ordre politique, traduit la pression des forces alliées pour démanteler le régime des cartels. Dès 1958, une loi relative aux restrictions de concurrence, désignée sous le sigle de GWB, fut votée en RFA. Dans ce texte, la concurrence est un objet de droit qu'il convient de protéger en soi. L'objectif diffère ainsi de celui qui a fini par prévaloir aux États-Unis, à savoir la défense de l'efficacité économique. La défiance vis-à-vis de la dominance économique joue ainsi un rôle plus important en Allemagne qu'aux États-Unis.

Les auteurs explicitent ensuite les fondements intellectuels de la politique de la concurrence en soulignant la complexité et en les reliant aux développements de l'analyse économique. Si la montée en puissance du raisonnement économique ne garantit pas une stabilisation des formes d'intervention, comme le confirme l'expérience historique, elle a néanmoins favorisé une certaine convergence contemporaine des politiques de la concurrence entre les deux continents.

2. Registres et modes d'action

Dans une deuxième partie, les auteurs analysent les enjeux et les limites de la politique communautaire de la concurrence en passant en revue les principaux registres d'intervention, à savoir l'antitrust et le contrôle des concentrations. Cette partie rappelle les arbitrages constants entre concurrence et coopération, qui sous tendent, au nom de la recherche de l'efficacité économique, la conduite des politiques de concurrence. Les instruments disponibles permettent d'opérer un contrôle *ex ante* sur les structures de marché ou les relations contractuelles et un contrôle *ex post* sur les comportements des entreprises. La politique optimale doit utiliser au mieux l'articulation entre ces deux modes d'action. Ces contrôles sont également soumis au délicat arbitrage entre la recherche d'une plus grande sécurité juridique que procurent des règles d'interdiction en soi ou dites « *per se* » et d'une plus grande efficacité permise par l'application de règles dites « de raison » qui permettent un examen au cas pas cas, avec l'inévitable incertitude que cela comporte. Les auteurs rappellent que la politique communautaire de la concurrence, depuis le Traité de Rome en 1957 jusqu'aux réformes récentes mises en œuvre en 2004, est marquée par la coexistence et la juxtaposition de trois objectifs. Le premier objectif, hérité de la conception ordo-libérale allemande, est la défense de la concurrence, conçue comme un objet de droit à protéger en soi. Le second objectif, prédominant dans la

période initiale mais qui n'a pas disparu pour autant, est celui de l'intégration du marché commun. Le troisième objectif est celui de l'efficacité, selon lequel ne sont répréhensibles que les pratiques qui réduisent le bien-être des consommateurs ou dans certains cas le bien-être global. Cet objectif, plus explicitement économique, rejoint la conception américaine de la politique de la concurrence.

3. L'antitrust

Est ensuite traité l'antitrust, noyau dur de la politique de la concurrence. Sont abordées successivement la lutte contre les ententes, les pratiques d'exclusion et les pratiques restrictives. La lutte contre les ententes et l'examen des accords trace la frontière de ce qui est toléré entre la concurrence et la coopération. Les auteurs rappellent les différences de sanctions qui existent de chaque côté de l'Atlantique. Aux États-Unis, les auteurs d'une entente sont passibles d'une sanction pénale (peines de prison) mais pas en Europe. Les contrevenants s'exposent à des amendes égales au triple des dommages subis. La matérialité des preuves nécessaires à sanctionner une entente est ensuite étudiée. Ceci revient à distinguer la collusion tacite de celle explicite. La collusion explicite désigne les accords et pratiques dont des preuves matérielles ont été découvertes. La détection de la collusion tacite, au contraire, repose sur un faisceau d'indices. Le degré de matérialité des preuves nécessaire pour sanctionner une entente conduit à réprimer uniquement des accords explicites ou également des accords tacites. Cette difficulté a été à l'origine de divergences entre les décisions de la Commission et les jugements en appel de la Cour de Justice. La Commission a parfois cherché à condamner des comportements lui semblant aller à l'encontre de l'efficacité économique sans preuves matérielles. La Cour de Justice a cherché, au contraire, à préserver d'avantage la liberté économique en exigeant des standards de preuves plus contraignants. La Commission a ainsi parfois retenu le parallélisme de comportements ou de prix comme indice d'une collusion tacite, la Cour de Justice étant plus réticente à admettre de tels raisonnements. Les programmes de clémence, récemment introduits aux niveaux communautaire et nationaux sont également détaillés. Ils permettent à un membre d'une entente d'être amnistié de toute ou partie des amendes en l'échange d'informations permettant de prouver celle-ci. Ces programmes sont une illustration d'une politique optimale cherchant à faire révéler et à détecter à moindre coût des pratiques illicites.

Dans certaines situations, une coopération entre entreprises peut être bénéfique du point de vue de l'efficacité économique. De tels accords sont rendus possibles par un régime d'exemption légale s'ils respectent deux conditions : être bénéfiques aux consommateurs et ne pas éliminer entièrement la concurrence. C'est notamment le cas de certains accords de R&D, de spécialisation ou de transfert de technologie qui peuvent favoriser l'innovation. C'est également le cas de certaines restrictions verticales entre fournis-

seurs et distributeurs. Le droit communautaire a introduit intensivement le mécanisme dit de l'exemption en bloc, qui se décline par catégories d'activités. Un accord entre entreprises ne détenant pas un pouvoir de marché excessif (en général une part de marché inférieure à 20 ou 30 %) et n'incluant pas des restrictions caractérisées de concurrence (spécifiques à chaque catégorie d'activités) bénéficie d'une exemption en bloc. Jusqu'en mai 2004, lorsque l'une de ces conditions n'était pas satisfaite, le régime de la notification obligatoire s'appliquait et la Commission décidait alors au cas par cas. Depuis mai 2004, le régime en vigueur est celui de l'exception légale. Ces accords sont réputés licites tant que la Commission ne les condamne pas. C'est donc aux entreprises elles-mêmes d'évaluer les gains d'efficacité permis par les restrictions de concurrence et donc de supporter le risque juridique.

Les auteurs passent ensuite en revue la pratique de lutte contre les stratégies d'exclusion ou plus généralement d'abus de position dominante. Ce domaine est réputé l'un des plus délicats car les preuves sont difficiles à fournir. L'utilisation de prix abusivement bas ou de clauses contractuelles comme des rabais, des ventes liées ou des prix discriminants sont autant d'instruments qui peuvent être utilisés comme outils de prédation envers des concurrents mais qui en tant que tels ne sont pas néfastes aux consommateurs, au moins à court terme. Les autorités de concurrence se trouvent confrontées à des asymétries d'information importantes quant à l'évaluation des coûts pertinents ou de finalité de telles pratiques. La séquentialité de la charge de la preuve au cours des différentes phases de l'instruction peut être optimisée de façon à limiter ces contraintes informationnelles. C'est l'objet de l'élaboration de *règles de raison structurées* en discussion dans le cadre de la réforme de l'article 82 du Traité. De même, certaines pratiques restrictives de concurrence dans les relations verticales entre fournisseurs et distributeurs restent interdites *per se*. La théorie économique suggère pourtant de possibles effets positifs à chacune d'entre elles. La règle de raison devrait donc s'imposer face aux règles *per se*. Il s'agit notamment en France de l'interdiction de revente à perte dont les auteurs revendiquent la suppression.

4. Le contrôle des concentrations

Est ensuite détaillé le contrôle des opérations de concentrations. Il s'agit là d'un contrôle des structures qui fait appel à une logique prospective par opposition à la logique rétrospective ou répressive, qui domine le registre précédent des règles de concurrence. Jusqu'en 2004, la Commission pouvait interdire une fusion si celle-ci conduisait à la création ou au renforcement d'une position dominante individuelle ou collective, créant par là même un risque de pratiques anticoncurrentielles. Ne pouvant interdire une fusion qui induirait un risque trop grand d'ententes, la Commission a utilisé un concept fragile du point de vue de l'analyse économique, celui de position dominante collective. Dans de nombreuses décisions, le Tribunal de première

instance (TPI) a contesté les décisions de la Commission, non seulement sur des questions de forme mais également sur le fonds. Le TPI est ainsi passé d'un rôle de contrôle des erreurs manifestes d'appréciation à un contrôle du raisonnement économique de la Commission. La réforme de mai 2004 modifie à la fois la mise en œuvre du contrôle des concentrations et le critère d'appréciation. La nouvelle procédure est fondée sur une coopération renforcée entre la Commission et les autorités nationales de concurrence. Sur le fond, le test de dominance économique a été remplacé par le test de l'entrave significative de concurrence effective, équivalent du test anglo-saxon dit de réduction substantielle de concurrence. Ce test substitue donc une règle de raison correspondant à ce qu'on appelle l'effet unilatéral d'une fusion, qui doit être évalué au cas par cas, à la règle *per se* correspondant à la notion de dominance individuelle. Il est plus contraignant que le test basé sur la dominance puisqu'une entrave significative à la concurrence peut exister en l'absence d'une dominance économique individuelle. Deuxièmement, le nouveau règlement introduit la notion d'effet coordonné d'une fusion qui renvoie à la plausibilité renforcée d'un comportement collusif sur le marché après la fusion. Cette plausibilité dépend d'un certain nombre de facteurs censés faciliter la collusion. Les gains d'efficacité permis par la fusion pourront être pris en considération et mis en balance des possibles réductions de concurrence. Ce dernier point n'était pas possible auparavant puisqu'au contraire une efficacité accrue de la nouvelle entité fusionnant était interprétée comme renforçant la position dominante sur le marché. Enfin, les auteurs examinent les remèdes structurels (cession d'actifs) qui peuvent être imposés par une autorité de concurrence comme mesure corrective à certaines opérations de concentration.

5. Politique de concurrence et politique d'innovation

Le rapport porte également une attention particulière aux problèmes à l'interface de la politique de la concurrence, de l'innovation et de la propriété intellectuelle. Ces problèmes sont d'importance croissante dans nos sociétés contemporaines où les actifs immatériels jouent un rôle de plus en plus déterminant et l'on peut se demander si les spécificités des secteurs où l'innovation est dominante et permanente commandent une application différenciée du droit de la concurrence. Selon les auteurs, une meilleure articulation entre le droit et l'économie est ici nécessaire : d'une part, la propriété intellectuelle convenablement accordée constitue une incitation efficace à l'investissement en recherche, d'autre part, ses droits ne sauraient excéder le niveau nécessaire. Témoigne de cette tension les exemples contrastés des États-Unis et de l'Europe. Une extension abusive des champs du brevetable suggère certaines dérives la propriété intellectuelle aux États-Unis et va de pair avec un renforcement des droits des détenteurs et un plus grand laxisme dans l'attribution de ces droits. La situation est très différente en Europe où même l'unification communautaire d'un droit de la propriété intellectuelle est loin d'être réalisée.

6. Les aides publiques

Enfin, le contrôle des aides publiques est détaillé. C'est un domaine sensible et controversé qui couvre certains aspects de politique industrielle, notamment au travers des aides aux entreprises en difficulté. Ces aides peuvent créer des distorsions de concurrence qui affectent significativement le commerce entre États membres ou bien le maintien sur le marché, grâce à l'aide publique, d'une entreprise momentanément en difficulté. Mais ceci peut dans certains cas être paradoxalement proconcurrentiel. Le rapport s'interroge sur les critères retenus pour la qualification d'une aide publique (avantage net au bénéficiaire, sélectivité de l'aide, ressources publiques pour financer l'aide) et sur leur pertinence au regard des objectifs du droit de la concurrence, sur le caractère suffisant de l'obligation de remboursement en cas de succès. Sur ces thèmes, le rapport plaide en faveur d'une subsidiarité renforcée et encadrée. La question est ensuite élargie à celle des différences entre pays membres en termes de fiscalité, de normes sociales ou d'environnement, sachant que ces différences sont à l'origine d'asymétries de concurrence accentuées après l'élargissement.

7. Les recommandations

La troisième partie prend un point de vue plus synthétique et comprend un certain nombre de recommandations. En préambule, le rapport relève une certaine indétermination des objectifs des politiques de la concurrence, quelque peu tiraillées entre le surplus du consommateur et le bien-être du citoyen économique, entre le court terme et le moyen terme. Les recommandations sont regroupées selon deux chantiers principaux.

Le premier chantier consiste à exploiter les complémentarités entre la politique de la concurrence et les politiques en faveur de la compétitivité et de l'innovation. L'écart entre l'Europe et les États-Unis en termes des moyens consacrés à la politique de la recherche et de l'innovation est considérable, alors même que les politiques de la concurrence convergent à présent fortement entre les deux continents. Le premier chantier renvoie aux déséquilibres que la prééminence européenne de la politique de la concurrence induit. Il s'agit à la fois de redonner un espace et des moyens aux politiques de la compétitivité et de l'innovation et de mieux exploiter les complémentarités avec la politique de la concurrence. Les auteurs proposent que le Conseil Européen s'engage à gonfler chaque année le budget communautaire de la recherche et de l'innovation d'un montant égal au niveau des « recettes » de la politique de la concurrence (le montant collecté des amendes). Ils suggèrent également un renforcement des mécanismes d'incitation dont la protection par la propriété intellectuelle.

Le deuxième chantier consiste à atténuer certaines tensions dans la mise en œuvre de la politique de la concurrence. En matière d'interventions prospectives, les tests pratiqués pour le contrôle des concentrations privilégient

le court terme, là où l'accent devrait plutôt être mis sur le moyen et long terme. Pour diminuer les tensions au niveau communautaire, les auteurs proposent d'instaurer une coordination entre la DG Concurrence, la DG Entreprise et Industrie et la DG Recherche pour l'évaluation des opérations de concentration comportant des enjeux marqués de compétitivité industrielle. Ils suggèrent également que les engagements conditionnant les autorisations de concentrations ne soient pas uniquement de nature structurelle, comme c'est le cas actuellement. Des mesures correctives conduisant à des engagements de nature comportementale peuvent parfois suffire, s'ils sont assortis de sanctions en cas de non-respect *ex post*. Au plan français, le rapport préconise deux alternatives pour améliorer le contrôle des concentrations. La première est une remise en question du régime actuel de contrôle des concentrations : la notification serait faite au Conseil de la Concurrence qui en assurerait l'instruction, la décision finale revenant au Ministre au nom de considérations éventuellement autres que la concurrence. Cette solution, conforme au régime allemand, permettrait de lever la suspicion selon laquelle il serait plus facile aux entreprises de trouver des solutions acceptables en négociant avec les services du ministère qu'avec le Conseil de la Concurrence. La deuxième solution propose d'assumer la logique du statu quo en la rationalisant. Un dualisme raisonné consisterait à séparer la fonction répression des fraudes de la fonction contrôle des concentrations et à encadrer cette dernière de façon plus systématique en prenant en compte à la fois le point de vue de la concurrence et des éléments d'appréciation portant sur d'autres critères.

En matière d'interventions répressives, le rapport fait deux propositions. La première cherche à rétablir une certaine cohérence entre les dispositions spécifiques à la concurrence et la pléthore de dispositions législatives et réglementaires qui régissent par ailleurs les relations commerciales. Le rapport propose de supprimer l'interdiction de la revente à perte en confiant aux autorités de concurrence le soin de distinguer si une revente à perte constitue ou non une stratégie de prédation. La deuxième proposition porte sur l'équilibre entre la sécurité juridique et la flexibilité économique, en plaçant pour un recours à une règle de raison structurée en fonction de l'abus présumé de chaque pratique. Les principes d'une telle règle devraient être précisés dans des lignes directrices, en explicitant les étapes successives de l'examen, l'allocation à chaque étape de la charge de la preuve et enfin les pondérations accordées aux arguments anticoncurrentiels et proconcurrentiels selon la gravité présumée de la pratique en question.

8. Commentaires

Michel Mougeot souligne le contraste frappant entre la minutie, la subtilité et le caractère nuancé de l'analyse de la concurrence proposée par le rapport et la présentation simpliste, manichéenne et souvent erronée des questions de marché dans les médias et dans les discours politiques en France.

Les débats concernant le référendum de 2005 sur la constitution européenne ont montré combien la société française, souvent mal informée, craint l'extension du champ de la concurrence. À cet égard, le premier mérite du rapport est de rappeler qu'une économie de marché a besoin d'une régulation et de règles du jeu. La politique de la concurrence est l'un des instruments de cette régulation et le rapport en fournit une présentation érudite. Le second mérite de ce texte est la mise en évidence des différentes conceptions de cette politique et de leurs liens avec la théorie économique. La concurrence vue comme un processus n'a pas les mêmes implications que la concurrence vue comme un état d'équilibre. Les conceptions à court terme et à long terme diffèrent, notamment quant à la pertinence des politiques d'innovation. Les formes de la concurrence pour le marché se substituent ou au contraire sont des compléments de la concurrence dans le marché.

Hervé Lorenzi revient sur l'absence d'objectif précis assigné aux politiques de concurrence. S'agit-il de défendre le surplus des consommateurs ou le bien-être social défini de façon plus large ? Il souligne l'importance accordée à la relation entre concurrence et innovation. Il s'interroge sur une stabilisation éventuelle des politiques de concurrence, sur la place d'une politique industrielle ou de compétitivité et sur la hiérarchisation au niveau de l'Union européenne entre les politiques de concurrence, industrielles et commerciales. Enfin, il conclut sur la place aujourd'hui centrale des politiques de concurrence, au cœur de l'évolution des économies modernes.

Summary

Competition Policies

Competition policies have experienced increasing importance in all western countries. This report details their origins and the different fields of intervention. It gives an educational and exhaustive overview of the optimal forms and intensity of competition, the complementarities of competition policies with other policies, the diversity of the areas and mechanisms of implementation and the internal coherence of these governance systems. It offers a certain number of recommendations, in particular to improve the coordination of competition policies with those policies promoting competition and innovation. It also recommends that the objectives assigned to these policies and to the authorities who implement them be clarified.

1. Origins and foundations of competition policies

In the first part, the authors put into perspective current competition policies with reference to the discipline's intellectual and historic foundations. Competition policies are firstly described as being historic products. The authors contrast the emergence of these policies at the end of the nineteenth century in the US and subsequently in the middle of the twentieth century in Germany.

The first North American laws saw light with the Sherman Act in 1890 and Clayton Act in 1914 to fight against trusts, while acknowledging the positive aspects of concentrating production means to capitalize on economies of scale. These first texts were federal laws aimed at prohibiting interstate trading restrictions. The authors describe the shift in the balance after the implementation of this law. After the dormant years between 1915 and 1936, which saw the promotion of the providence State, came the activist years of 1936 to 1972 under the influence of the structuralist school, Havard. Strong suspicions against large companies and the determination to simplify to

extremes the burden of proof incumbent on competition authorities, led to the promotion and quest for small, highly fragmented market structures. 1973 to 1992 was a period of radical transformation, under the influence of the School of Chicago, which demonstrated the possible positive impacts that certain restrictive competition practices could have on well-being. Emphasis was placed on efficiency gains and taking account of the need to promote innovation. These arguments were then developed more formally by the post-Chicago synthesis using game theory techniques.

The evolution of competition policy in Germany is rather different. After 1945, it was influenced by two factors. The first, of an intellectual nature, is associated with the *ordo-liberalism* doctrine. The second, of a political nature, reflects the pressure from alliance forces to dismantle the cartels regime. In 1958, the Restraint of Trade Law, known as *GWB*, was voted in the Federal Republic of Germany. In this text, competition is a rightful object which must be protected itself. The objective therefore differs from that prevalent in the US, that is the defense of economic efficiency. Suspicions regarding economic dominance therefore play a more important role in Germany than in the US. The authors then explain the different intellectual reasoning behind competition policy, emphasizing its complexity and relating it to developments in economic analysis. Even if increased economic reasoning has not stabilized the way in which competition policies are implemented, as past experience confirms, at least it will have favored a certain contemporary convergence of competition policies between two continents.

2. Areas and method of implementation

Secondly, the authors analyze the issues and limits of community competition policy by reviewing the main areas of implementation, that is antitrust and control of concentrations. This part recalls the constant tug of war between competition and cooperation, with a view to enhancing economic efficiency, which influences the implementation of competition policies. The mechanisms enable the implementation of *ex ante* control over market structures or contractual relations and *ex post* control over companies' behavior. The optimal policy should use at best a mix of both these methods. These controls are also subject to the delicate tug of war between a quest for greater legal protection provided by prohibition rules themselves or '*per se*' and improved efficiency by applying so-called 'rules of reason', which enable a case by case examination, with the inevitable uncertainty that this carries. The authors recall that since the Treaty of Rome in 1957 and until recent reforms implemented in 2004, the community competition policy has been characterized by the coexistence and juxtaposition of three objectives. The first objective, inherited from the German *ordo-liberal* concept, is defense of competition, designed as an object of law to be protected in itself. The second objective, which was initially predominant but still exists nonetheless, is that of common market integration. The third objective is that of efficiency,

according to which only practices that reduce the well-being of consumers or in certain cases global well-being are reprehensible. This objective, more explicitly economic, is on a par with the American concept of competition policy.

3. Antitrust

The core issue of competition policy is then discussed: antitrust. The themes of fighting against cartels, exclusion practices and restrictive practices are dealt with successively. The battle against cartels and the examination of agreements draws a line between what is tolerated between competition and cooperation. The authors recall the differences in sanctions that exist on both sides of the Atlantic. In the US, cartelists are liable to a prison sentence, but not in Europe. The offenders expose themselves to fines equal to triple the amount of the damages. The materiality of proof necessary to penalize cartels is then examined. This leads to the distinction between tacit and explicit collusion. Explicit collusion designates agreements and practices of which material proof has been found. Conversely, the detection of tacit collusion depends on a range of evidence. The degree of materiality of the proof necessary to penalize cartels leads to cracking down solely on explicit agreements or also tacit agreements. This difficulty has been at the origin of the differences between the Commission's decisions and judgments on appeal at the Court of Justice. The Commission has often sought to condemn behavior it considered to be going against economic efficiency without material proof. In contrast, the Court of Justice has sought to further preserve economic freedom by demanding tighter standards on proof. The Commission has often used parallel behavior or prices as evidence of tacit collusion, the Court of Justice being more reticent to accept such arguments. Leniency programs, recently introduced at community and national levels are also detailed. They provide for granting amnesty to a member of a cartel for all or part of their fines in return for information that make possible to prove its existence. These programs illustrate optimal policy seeking to reveal and detect illicit practices at lower costs. In certain circumstances, cooperation between companies can prove beneficial from an economic efficiency standpoint. Such agreements are made possible through a legal exemption regime provided that two conditions are respected: to be beneficial to consumers and not to totally eliminate competition. This is notably the case of certain R&D, specialization or technology transfer agreements which can favor innovation. This also holds true for certain vertical restrictions between suppliers and distributors. Community legislation intensively introduced the mechanism called block exemption, based on business category. An agreement between companies that do not have excessive market power (generally market share of less than 20 or 30%) and that does not include competition restraints (specific to each business category) can benefit from block exemption. Until May 2004, when one of these con-

ditions was not fulfilled, the regime of obligatory notification was applied and the Commission then decided on a case-by-case basis. Since May 2004, the regime in effect is that of legal exemption. These agreements are considered licit unless proved otherwise by the Commission. It is therefore down to the companies themselves to evaluate efficiency gains enabled by competition restrictions and therefore to bear the legal risk.

The authors then review the practice of fighting against exclusion strategies, or more generally the abuse of a dominant position. This domain is reputed for being one of the most delicate because evidence is difficult to provide. The use of excessively low prices or contractual clauses such as discounts, related sales or discriminatory prices are instruments which can be used as mechanisms of predation against competitors, but are not as such harmful to consumers, at least not in the short term. Competition authorities are faced with considerable information asymmetries as to the evaluation of pertinent costs or the purpose of such practices. The sequentiality of the burden of proof during the different phases of investigation can be optimized in order to limit these informational constraints. This is the purpose for drawing up the *structured rules of reason* that are under discussion as part of the reform of article 82 of the Treaty. Likewise, certain restrictive competition practices in vertical relations between suppliers and distributors remain prohibited *per se*. Yet, the economic theory suggests possible positive impacts of each of them. The rule of reason should therefore prevail over *per se* rules. In France, this concerns mainly the prohibition of reselling at a loss, which the authors would like to see removed.

4. The control of concentrations

The control of merger transactions is then discussed. This concerns a control of structures, which requires a prospective logic, as opposed to a retrospective or repressive logic, which overrides the previous implementation of competition rules. Until 2004, the Commission could prohibit a merger if the latter were to lead to the creation or the reinforcement of an individual's or collective's dominant position, thus creating a risk of anti-competitive practices. As mergers cannot be prohibited — which would increase the risk of cartels too much — the Commission used to implement a fragile concept (from an economic analysis standpoint), which is that of a collective dominant position. In several of its judgments, the County Court contested the Commission's decisions, not only on the issue of form but also substance. The County court has thus moved from playing a role of controlling manifest assessment errors to controlling the Commission's economic reasoning. The reform of May 2004 changes both the implementation of the control of concentrations and the assessment criterion. The new procedure is founded on stronger cooperation between the Commission and national competition authorities. Basically, the test of economic dominance has been replaced by the test of actual significant obstacle to competition, equivalent

to the Anglo-Saxon so-called test of considerable reduction in competition. This test therefore substitutes a rule of reason – corresponding to what is known as the unilateral impact of a merger, which must be evaluated on a case by case basis — for the *per se* rule corresponding to the notion of individual dominance. It is more restrictive than the test based on dominance since a significant obstacle to competition can exist in the absence of individual economic dominance. Secondly, the new regulation introduces the concept of the coordinated aspect of a merger, implying increased chances of collusive behavior on the market after the merger. This depends on a certain number of factors supposedly facilitating the collusion. The efficiency gains generated by the merger could be taken into account and weighed up against possible competition restraints. This was not possible before because, on the contrary, the improved efficiency of the newly merged entity was seen as reinforcing its dominant position on the market. Finally, the authors examine the structural remedies (asset disposals) which can be imposed by a competition authority as a corrective measure for some merger transactions.

5. Competition policy and innovation policy

This report also pays particular attention to the problems in the interface of competition, innovation and intellectual property policy. These problems are of increasing importance in our contemporary societies, where immaterial assets play an increasingly decisive role, and raise the question as to whether the specificities of sectors, where innovation is dominant and permanent, demand special treatment with regard to the enforcement of competition law. According to the authors, greater coherence between legislation and the economy is necessary here: on the one hand, intellectual property appropriately granted is a great incentive to invest in research; on the other hand, intellectual property rights should not be excessive. The contrasting examples of the US and Europe testify to this tension. The excessive extension of patentable fields suggests a certain abuse of intellectual property in the US and this goes hand in hand with the increased rights of the holder and greater laxity in granting these rights. The situation is very different in Europe where even community unification of intellectual property rights is far from being attained.

6. State aid

Finally, the control of state aid is discussed. This is a sensitive and controversial area that covers certain aspects of industrial policy, notably through the aid granted to companies in difficulty. This aid can distort competition and considerably affect trading between EU member countries, or even maintain in the market (thanks to public aid) a company temporarily in difficulty. But in certain cases, this can be paradoxically pro-competitive.

The report questions the criteria used to qualify for state aid (net advantage to the beneficiary, selective nature of the aid, public funds to finance the aid), the pertinence of these criteria given the objectives of the competition law, and the adequacy of the repayment obligation in the event of success. On these issues, the report pleads in favor of reinforced and controlled subsidiarity. The question is then widened to that of differences between member states in terms of tax, social or environmental standards, bearing in mind that such differences are the origin of increased competition asymmetries further to the expansion of the EU.

7. Recommendations

The third part takes a more global perspective and includes a certain number of recommendations. In the preamble, the report points to a certain indecisiveness regarding the objectives of competition policies which seem to be torn between consumer surplus and the well-being of the economic citizen, between the short and medium term. The recommendations are divided into two main categories.

The first consists of exploiting complementarities between competition policy and competitiveness and innovation policies. The gap between Europe and the US in terms of financial resources dedicated to research and innovation policy is considerable, while even competition policies are currently converging strongly between both continents. The first category refers to the imbalances caused by European preeminence of competition policy. This entails both giving back space and resources to competitiveness and innovation policies and making better use of complementarities with competition policy. The authors suggest that the European Council commits itself to boosting the community budget for research and innovation each year by an amount equivalent to the 'revenue' from the competition policy (i.e. collections from fines). They also suggest strengthening innovation incentive mechanisms, including intellectual property protection.

The second category consists in smoothing out certain tensions created when implementing competition policy. As regards future implementations, the tests carried out on the control of concentrations favor the short term, whereas emphasis should rather be on the medium to long term. To reduce tensions at community level, the authors suggest establishing coordination between the Competition DG, Enterprise and Industry DG and the Research DG to evaluate merger transactions involving significant industrial competitiveness issues. They also suggest that the commitments governing concentration authorizations should not be only of a structural nature, as is the case at present. Corrective measures leading to behavioral commitments may suffice, if they are accompanied by sanctions in the event of *ex post* non-compliance. As for France, the report recommends two alternatives to improve the control of concentrations. The first is calling into question the

current regime for the control of concentrations: notification would be submitted to the Competition Council (Conseil de la concurrence) which would investigate, the final decision being made by the minister for considerations other than those of competition. This solution, consistent with the German regime, means that companies would no longer be suspected of negotiating with the ministry departments rather than finding acceptable solutions with the Competition Council. The second solution would be to adopt a 'rationalized' status quo stance. A well thought out dualism would consist in separating the repression of fraud function from that of the control of concentrations and controlling the latter in a more systematic way taking account of the competition standpoint and elements of evaluation on other criteria.

In terms of repressive implementations, the report contains two suggestions. The first would be to reestablish a certain coherence between measures specific to competition and the plethora of legislative and regulatory measures governing, amongst other things, trading relations. The report suggests removing the ban on reselling at a loss, entrusting the competition authorities with the task of determining whether reselling at a loss does or does not constitute a predation strategy. The second suggestion involves the balance between legal protection and economic flexibility, demanding recourse to a structured rule of reason depending on the presumed abuse of each practice. The principles of such a rule should be specified in guidelines, explaining the successive stages of the examination, the allocation of the burden of proof at each stage and finally, the importance given to anti-competition and pro-competition arguments according to the presumed seriousness of the practice in question.

8. Comments

Michel Mougeot underlines the striking contrast between the meticulousness, subtlety and the nuanced character of the competition analysis discussed in the report and the simplistic, Manichean and often erroneous presentation of market issues in the media or in political speeches in France. Debates on the 2005 European constitution referendum showed how the French, often misinformed, fear the extension of the scope of competition. In light of this, the prime merit of the report is to recall that a market economy requires rules and regulations. Competition policy is one of the mechanisms of this regulation and the report gives a learned overview. The second merit of this text is that it highlights the different concepts of this policy and their ties with economic theory. Regarding competition as a process does not have the same implications as regarding it as a state of balance. The short and long-term concepts differ, especially regarding the pertinence of innovation policies. The forms of competition for the market can be substituted or, on the contrary, are complementary to competition in the market.

Hervé Lorenzi refers to the fact that competition policies have no particular objective. Is the objective to defend consumer surplus or social well-being in a broader sense? He underlines the importance given to the relation between competition and innovation. He raises questions about the possible stabilization of competition policies, the place of an industrial or competitiveness policy and the hierarchical organization of competition, industrial and trading policies within the European Union. Finally, he concludes that the evolution of modern economies today revolves around competition policies.

PREMIER MINISTRE

Conseil d'Analyse Économique

66 rue de Bellechasse 75007 PARIS

Téléphone : 01 42 75 53 00

Télécopie : 01 42 75 51 27

Site Internet : www.cae.gouv.fr

Cellule permanente

Christian de Boissieu

Président délégué du Conseil d'analyse économique

Hervé Bonnaz

Secrétaire général

Isabelle Bensidoun

Conseillère scientifique

Commerce international

Laurent Flochel

Conseiller scientifique

Microéconomie

Jérôme Glachant

Conseiller scientifique

Macroéconomie

Théorie de la croissance

Fabrice Lenseigne

Conseiller scientifique

Macroéconomie

Politiques structurelles

Christine Carl

Chargée des publications et de la communication

01 42 75 77 47

christine.carl@cae.pm.gouv.fr

Agnès Mouze

Chargée d'études documentaires

01 42 75 77 40

agnes.mouze@cae.pm.gouv.fr

