

POLITIQUE DE CONCURRENCE ET POLITIQUE INDUSTRIELLE : FRERES ENNEMIS ?

Christian Huveneers*

I. INTRODUCTION : GOUVERNER L'ÉCONOMIE PAR LA CONCURRENCE – POURQUOI ET COMMENT ?

Le point de départ est un constat d'une tendance à gouverner l'économie par la concurrence. Des exemples récents sont l'affaire Alstom et General Electric, dont le dénouement dépend en grande partie de décisions à prendre par les autorités de concurrence; ou encore les enquêtes ouvertes par la Direction générale Concurrence de la Commission européenne contre Gazprom, Google et Androïd, Motorola ...

Il n'est dès lors guère étonnant que se pose la question du conflit ou de la complémentarité entre la politique de concurrence et la politique industrielle.

La politique de concurrence se manifeste par l'application du droit de la concurrence par les autorités de concurrence européenne et nationales et les cours et tribunaux¹.

A titre introductif, les grands volets de la politique de concurrence au niveau européen sont :

1. Répression des pratiques restrictives de concurrence (Politique antitrust au sens strict)
 - a. Interdiction des ententes et cartels, pratiques concertées, décisions d'associations d'entreprises (article 101, § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; en abrégé : TFUE) : l'interdiction de principe des ententes figurait déjà dans le traité de Rome. Certaines dispositions réglementaires mentionnent encore l'ancien article 81 du traité CE qui est identique à l'article 101 TFUE.
 - b. Répression des abus de position dominante (article 102 TFUE dont le texte, de même que l'article 101 TFUE, date du traité de Rome ; certaines dispositions réglementaires mentionnent encore l'article 82 du traité CE qui est identique à l'article 102 TFUE) :
 - i. Abus d'exploitation (« exploitative abuse ») : prix ou marges excessifs
 - ii. Abus d'exclusion (« exclusionary abuse ») : par exemple les prix prédateurs.
2. Contrôle des concentrations (fusions, acquisitions, création d'entreprises communes) depuis fin 1989/ début 1990. Ce contrôle européen des concentrations a fait l'objet d'une réforme en 2004. En 2014, la Commission européenne a publié un « White Paper » notamment en vue de pouvoir contrôler les prises de participation minoritaires (une « cause célèbre » à cet égard est la prise de participation de Ryan Air dans Aer Lingus).
3. Contrôle des aides d'Etat (articles 107 et 108 TFUE, dispositions qui datent aussi du Traité de Rome) : « State aid is a kind of drug. Fighting it is the toughest battle of competition policy » (Karel Van Miert, De Morgen, 24/06/2009, p. 6).

Gouverner l'économie par la concurrence : Pourquoi ?

*Associate Oxera et assesseur de l'Autorité belge de concurrence. Ce texte est basé sur une conférence donnée à l'assemblée générale de l'ADEL (UCL, Louvain-la-Neuve) et n'engage que son auteur.

¹ L'autorité européenne de concurrence est la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne (DG COMP), ou plus exactement la Commission européenne siégeant comme collège. L'appel contre les décisions de la Commission peut être introduit au Tribunal de l'Union européenne à Luxembourg, puis devant la Cour de Justice de l'Union européenne, également à Luxembourg.

Le fondement de la politique de la concurrence est la théorie microéconomique du bien-être (“Welfare Economics”) selon laquelle, très schématiquement, une économie de marché et des marchés caractérisés par une concurrence effective mènent à l’efficacité, et il existe un lien étroit entre l’efficacité et le bien-être. C’est le théorème de la main invisible, selon lequel les marchés caractérisés par la concurrence parfaite mènent à une situation optimale du point de vue du bien-être, sans aucune intervention de l’Etat (premier théorème de l’économie du bien-être).

Il y a plusieurs concepts d’efficacité.

Efficacité allocative statique

La concurrence effective devrait mener à des quantités consommées à des prix proches des coûts des entreprises, assurant un bien-être maximal au consommateur (surplus du consommateur). A l’inverse, le pouvoir de monopole mène à des prix supérieurs aux coûts et à une réduction de la demande, et par là, à une perte de quantités produites par rapport à une situation de concurrence effective. La perte de bien-être correspondant à ces prix trop élevés et à la diminution des quantités est représenté graphiquement par le triangle mort (ou perte sèche, “deadweight loss”).

La perte de bien-être est estimée à au moins 0,1 % PIB (estimation ancienne de Harberger). Il est possible d’opérer une conversion en emplois de cette perte de PIB sur la base d’un coefficient moyen de valeur ajoutée par emploi (environ 40 à 50.000 euros en Belgique), ce qui donne environ 7.000 emplois dans le cas de l’économie belge . Une estimation plus réaliste et plus prudente de l’efficacité de la politique de concurrence se base sur le calcul du seul effet en prix (diminution de prix ou évitement d’une hausse de prix) des décisions constatant une infraction (entente ou abus de position dominante). Par exemple, dans le cas de la Belgique , les décisions prises par l’autorité belge de concurrence en 2012 et 2013 ont eu un effet en prix qui, appliqué aux ventes réalisées par les entreprises ayant fait l’objet des instructions, a représenté en 2013 un montant de 52,5 millions euros (alors que le coût de l’autorité belge de concurrence n’était que d’environ 4,5 millions d’euros).

Efficacité productive

La concurrence devrait-elle non seulement être effective au bénéfice du consommateur, au sens de l’efficacité allocative statique ou devrait-elle aussi promouvoir une structure productive efficace (efficacité productive) ? Ceci peut poser un problème d’arbitrage. Ainsi, l’augmentation du nombre de concurrents sur un marché permet d’atteindre un niveau de prix plus bas qui optimise l’efficacité allocative statique, mais peut dégrader l’efficacité productive parce que cette augmentation du nombre de concurrents peut empêcher d’exploiter totalement les économies d’échelle et oblige les producteurs à étaler leurs coûts fixes sur un volume de production plus limité, pouvant même amener certaines firmes à encourir des pertes.

Efficacité dynamique

Il y a une prise de conscience grandissante que la politique de concurrence poursuit aussi l’innovation et, de façon générale, l’efficacité dynamique, mesurée par exemple par la productivité totale des facteurs (en abrégé : PTF). La PTF est considérée généralement comme une bonne approximation de l’efficacité technologique et comme un déterminant important du bien-être (Bernadette Biatour, Michel Dumont et Chantal Kegels, “The determinants of industry-level total factor productivity in Belgium”, Working Paper 7-11 du Bureau fédéral du Plan, avril 2011).

Ainsi, l'ancienne autorité britannique de concurrence, l'Office of Fair Trading, avait pris explicitement en compte la PTF dans ses objectifs et dans l'évaluation de son action. Et une étude académique convaincante a pu quantifier l'effet positif d'un renforcement de la politique de concurrence sur la PTF dans plusieurs pays industrialisés². A titre d'exemple des résultats de cette étude, sur la période 2001-2004, au Royaume-Uni où la politique de concurrence a fait l'objet d'une intensification, la croissance de productivité moyenne de 2,23 % ne se serait élevée qu'à 1,92 % à politique de concurrence inchangée.

Cependant, cette présentation schématique de la politique de la concurrence à partir de l'économie du bien-être appelle au moins deux remarques fondamentales.

Premièrement, il est bien connu que le théorème du bien-être qui vient d'être évoqué requiert des hypothèses restrictives : pas de rendements croissants (ou alors les marchés sont contestables : pas de barrières à l'entrée et à la sortie, accès de tout entrant à la meilleure technologie, pas d'anticipation de baisse de prix par l'entreprise installée après l'entrée d'un concurrent), pas d'indivisibilité, pas d'externalités, information parfaite et donc symétrique Lorsque ces hypothèses ne sont pas respectées, on parle d'échecs ou défaillances du marché ("market failures"). Ces défaillances du marché rendent nécessaires des politiques de régulation dans certains secteurs (industries de réseau, banques ...)³ et des mesures de politiques industrielles⁴.

Deuxièmement, face à cette vision technique économique de la politique de concurrence, il faut considérer d'autres objectifs de politique économique, ou d'autres considérations politiques tout court. Historiquement, par exemple, certaines anciennes législations européennes de la concurrence visaient la protection de l'indépendance des petits acteurs et commerçants (exemple en France : l'abus de dépendance économique qui permet à de petits fabricants fournisseurs de grandes surfaces, d'aller en justice contre de grandes entreprises de la distribution).

La question des objectifs de la politique de concurrence est donc complexe et de nature politique. Il y a néanmoins unanimité sur un point : il ne s'agit pas pour les autorités de concurrence de protéger les concurrents. Mais s'agit-il de protéger le processus concurrentiel ou le consommateur ?⁵ Et s'il

² Buccirossi, Ciari, Duso, Spagnolo, Vitale, "Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment", CEPR/GESY (Governance and the Efficiency of Economic Systems), Discussion Paper N° 283, October 2009 (<http://www.sfbtr15.de/dipa/61.html>).

Buccirossi, Ciari, Duso, Spagnolo, Vitale, "Measuring the Deterrence Properties of Competition Policy: The Competition Policy Indexes", *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 7, Number 1, March 2011, pages 165 – 204.

³ Pour un aperçu de ces politiques de régulation sectorielle en Belgique et leur lien avec la politique de concurrence, voir par exemple Alexandre de Streel et Christian Huveneers, « Quel Etat pour quelles performances économiques dans le champ de la régulation sectorielle ? Une introduction », Introduction aux contributions de la commission « Régulation sectorielle » du 18ème congrès des économistes belges de langue française, Bruxelles, 26 novembre 2009, p. 335 – 361.

⁴ Voir par exemple Elisabeth de Ghellinck, « La politique industrielle européenne : un concept creux ? », dans « Quelles politiques industrielle et sociale pour l'Europe du 21ème siècle ? Which industrial and social policies for 21st century Europe ? » (sous la direction de Jean-Christophe Defraigne et Virginie de Moriamé), XIIème Chaire AGC (ex-Glaverbel) d'études européennes, paru dans *Etudes européennes Louvain*, N° 2, UCL, Academia Bruylant, 2007, p. 107 – 129.

⁵ Voir par exemple Laura Parret, « Shouldn't we know what we are protecting ? Yes we should ! A plea for a comprehensive and solid debate on the objectives of EU competition law », 2010, *European Competition Journal*, 6(2), 339-376.

s'agit du processus concurrentiel, comment faut-il le définir ? La réponse usuelle est : certainement pas par la notion de concurrence pure et parfaite, mais plutôt par le concept de concurrence effective (« workable competition »).

En outre, la concurrence est-elle un objectif en soi ? Non, la concurrence effective est un des instruments en vue d'atteindre les objectifs ultimes de la politique économique. Cette approche est ce qu'on appelle l'approche à objectifs multiples (« multiple objective approach ») de la politique de concurrence⁶.

Le Traité instituant la Communauté européenne mentionnait la politique de concurrence comme un des moyens pour atteindre les objectifs généraux du Traité (objectifs cités dans l'article 3 du Traité : croissance durable et équilibrée, cohésion économique et sociale, taux d'emploi élevé, progrès social) : « L'action de la Communauté comporte un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ». On renvoie aussi à cet égard à l'article 120 TFUE : « Les États membres conduisent leurs politiques économiques en vue de contribuer à la réalisation des objectifs de l'Union, tels que définis à l'article 3 du traité sur l'Union européenne, et dans le contexte des grandes orientations visées à l'article 121, paragraphe 2. Les États membres et l'Union agissent dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources, conformément aux principes fixés à l'article 119 » (nous soulignons).

La concurrence n'est donc pas le moyen exclusif, et le maintien de la concurrence ne se justifie que tant que les objectifs généraux du Traité sont mieux atteints par le processus concurrentiel que par d'autres formes de contrôle comme la réglementation, ou par la coopération entre agents économiques privés ou publics, surtout si la concurrence ou l'intensification de la concurrence a des effets pervers. C'est ce que les théoriciens de l'économie appellent la théorie du second best⁷. Ainsi, la mise sur pied d'un cartel de crise pourrait être préférable à une concurrence exacerbée si celle-ci résulte en une course aux investissements débouchant sur d'énormes surcapacités, comme ce fut le cas par exemple dans le secteur des fibres synthétiques à partir de 1975 et dans la sidérurgie européenne durant les années 1970 (Plans Davignon)⁸. Des exemples récents à cet égard sont les cartels dans le secteur de la transformation de la viande en Irlande et en France.

De même, les aides d'État peuvent non seulement viser à remédier aux échecs/défaillances du marché, par exemple en soutenant les investissements des PME (victimes premières des problèmes

⁶ Voir par exemple Christian Huvencers, « Les multiples objectifs de la politique de concurrence : un système de N équations à N+1 inconnues ? », Reflets et perspectives de la vie économique, numéro spécial « La politique de concurrence à la croisée des chemins », sous la direction de Alexandre de Streel, Tome XLVII, 2008, N° 1, p. 9 – 37.

⁷ Voir par exemple Alexis Jacquemin, « Economie industrielle européenne - structures de marché et stratégies d'entreprise », seconde édition, Dunod, Paris, 1979.

⁸ Elisabeth de Ghellinck et Christian Huvencers, "Community Policies in the Commercial, Industrial and Competition Fields: Complementarity and Conflicts. Application to Chemical Fibers", dans "Consistency between Competition Policy, Industrial Policy and Trade Policy", édité par Pierre Buigues, Alexis Jacquemin et André Sapir, Edward Elgar, 1995.

d'information asymétrique et de rationnement de crédit, au sens de Stiglitz et Weiss⁹), en subventionnant les investissements générant des externalités, notamment les investissements dans la formation et ceux ayant un effet favorable sur l'environnement, mais peuvent aussi être justifiées par un objectif de cohésion sociale ou de développement régional.

En outre, la référence à la politique de concurrence dans les premiers articles du Traité traduit l'objectif du marché unique. La politique européenne de concurrence doit par exemple empêcher que des comportements d'entreprises ne reconstituent des barrières internes entre les pays composant l'Union européenne. Ainsi, dans le texte des articles 101 et 102 TFUE, une des conditions d'application est l'affectation du commerce entre les États membres, ce qui traduit bien l'objectif des premiers articles du Traité. C'est cette condition d'affectation du commerce entre les États membres qui différencie les articles 101 et 102 du Traité par rapport aux dispositions équivalentes réprimant les ententes et les pratiques abusives reprises dans les législations nationales de concurrence des États membres de l'Union européenne.

A cet égard, on pourrait transposer à la politique de concurrence et à la politique industrielle la distinction entre objectifs finaux et intermédiaires pratiquée en politique monétaire (voir par exemple les travaux anciens de Benjamin Friedman sur les « intermediate targets » de la politique monétaire). La protection de la concurrence effective serait l'objectif intermédiaire, et la maximisation de la somme du surplus du producteur et du consommateur (ou du seul surplus du consommateur) serait un des objectifs ultimes. D'autres objectifs finaux seraient la croissance, le taux d'emploi ... (« public interest objectives »).

L'idée des premiers articles du Traité que la concurrence n'est pas une fin en soi, constitue ainsi la base, en droit européen de la concurrence, de ce qu'on appelle le critère d'intérêt public et de sa forme minimale, l'efficiency defence. L'efficiency defence peut conduire les autorités de concurrence à admettre la licéité de restrictions à la concurrence : le recours au critère d'intérêt public est donc destiné à assouplir en faveur des entreprises, une interdiction de principe¹⁰.

Juridiquement, l'efficiency defence a toujours été d'application pour l'interdiction des cartels : il s'agit du § 3 de l'article 101 TFUE qui énonce les conditions sous lesquelles des ententes favorisant le progrès technique et économique peuvent bénéficier d'une exception au principe d'interdiction de l'article 101 TFUE.

Concernant l'article 102 TFUE, il n'y avait pas d'efficiency defence à l'origine, mais il y a maintenant une forme de « business justification » pour des comportements réputés abusifs, depuis ce qu'on appelle le « Guidance Paper », c'est-à-dire la « Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 102 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes » (Journal officiel de l'Union européenne (en abrégé : JO) du 24 février 2009, 2009/C 45/02 ; voir infra).

⁹ Joseph Stiglitz and Andrew Weiss, « Credit Rationing in Markets with Imperfect Information », *The American Economic Review*, Vol. 71, N° 3, Juin 1981, pp. 393-410 (<http://links.jstor.org/sici?sici=0002-8282%28198106%2971%3A3%3C393%3ACRIMWI%3E2.0.CO%3B2-0>).

¹⁰ Paul de Bijl en Theon van Dijk, « Mededingingsbeleid en publieke belangen: een economisch perspectief », *Markt en Mededinging*, 2012, nr. 4.

L'efficiency defence n'est d'application au contrôle européen des concentrations que depuis 2004 (voir infra).

La législation allemande sur la concurrence mérite une mention spéciale parce qu'elle confie l'application du critère d'intérêt public à une autorité distincte de l'autorité de concurrence (le Bundeskartellamt). En effet, le ministre de l'Economie a le pouvoir de lever une interdiction que l'autorité de concurrence, le Bundeskartellamt, aurait décidée à l'égard de concentrations (parce que le ministre estime que la concentration procure des avantages d'économie générale, par exemple les fusions E.ON – Ruhrgas et MBB (Messerschmitt)- DornierFokker) ou de cartels parce que le ministre estime que l'entente est favorable à l'intérêt général (Gesamtwirtschaft, Gemeinwohl). C'est ce qu'on appelle le système de « Minister Erlaubnis »

Dans ce contexte du "Pourquoi?" de la politique de concurrence et de l'efficiency defence, deux questions d'actualité au moins suscitent des débats passionnés.

D'abord, l'efficiency defence permet d'invoquer l'argument de compétitivité internationale. Ainsi, la fusion entre Alcatel et Lucent a pu être approuvée alors qu'en 1985-86, donc avant l'instauration du contrôle de concentration au niveau européen, la prise de contrôle de la Bell Telephone (à Anvers) par Alcatel avait suscité l'inquiétude du commissaire européen à la concurrence de l'époque qui avait utilisé notamment ce cas comme argument pour convaincre des Etats membres réticents de déléguer vers le niveau européen le pouvoir de contrôler les concentrations. Un autre exemple est le rapprochement entre De Tijd et L'Echo qui a été autorisé par l'autorité belge de concurrence il y a une dizaine d'années. Dans de tels cas, la concurrence par les importations est une considération importante, même si la part de marché des importations n'est pas très élevée : ce peut être en effet la vigueur de la concurrence qui a précisément permis aux entreprises domestiques (belges, européennes) de contenir la pénétration des importations.

Ensuite, la survenance de la crise en 2008 a suscité bien des doutes sur le bien-fondé d'une politique de concurrence vigoureuse. Ainsi, des entreprises mises en cause dans des ententes ont fait appel de manière croissante à l'argument de cartels de crise et des entreprises condamnées à des amendes ont invoqué de plus en plus souvent leur incapacité financière à payer les lourdes amendes ("Inability to Pay").

Les autorités de concurrence ont répondu à ces doutes en affirmant la nécessité de maintenir la politique de concurrence selon le principe "business as usual" ("competition policy is part of the solution, not of the problem"). Dans ce débat, les autorités de concurrence aiment se référer au livre que Galbraith a consacré à la crise de 1929 où il fustige le laxisme des pouvoirs publics américains de l'époque en matière de répression des ententes et cartels de crise¹¹.

¹¹ A cet égard, une interprétation possible d'une des erreurs de politique économique commises durant les années 30 est la suivante. Le gouvernement américain aurait eu la volonté de mener une politique de déflation des prix (et des salaires) en tablant sur l'effet Pigou selon lequel une baisse du niveau général des prix augmente la valeur réelle des actifs détenus par les ménages et permet ainsi de relancer la consommation agrégée (effet de richesse). Le laxisme des pouvoirs publics en matière de répression des ententes n'aurait pas permis d'avoir la baisse des prix souhaitée, ce qui aurait "enrayé" l'effet Pigou.

Quant aux modèles de rationnement (Quantity Rationing Models), ils nous enseignent que la principale cause du chômage keynésien est la rigidité nominale des prix et des salaires en présence d'un choc négatif de la demande. La suspension ou l'atténuation de la politique de concurrence en période de crise ne ferait que renforcer cette rigidité à la baisse des prix.

Gouverner l'économie par la concurrence : Comment ?

On a déjà évoqué le concept de concurrence effective ("workable") préféré à la notion académique de concurrence pure et parfaite.

Une autre modalité importante pour rendre opérationnelle et crédible la mise en oeuvre de la politique de concurrence est une conception qu'on pourrait appeler conservatrice, ou minimaliste, du rôle des autorités de concurrence : empêcher une détérioration des comportements des acteurs sur le marché, en particulier une hausse de prix, étant donné les structures de marché existantes. Il y a en effet des situations où il n'est ni souhaitable ni possible que les prix de vente des entreprises soient égaux à leurs coûts. On pense aux efforts des entreprises pour différencier leurs produits et échapper à la concurrence en prix. Dans ce cas, les prix de ces entreprises sont et restent supérieurs à leurs coûts, mais pour autant, cela ne signifie pas que les profits ainsi réalisés devraient provoquer l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents. Selon certains économistes, un tel processus d'entrées serait source de gaspillages et mènerait à l'offre d'un trop grand nombre de produits sur le marché. Dans ce type de situation, la politique de concurrence se doit d'être plutôt conservatrice ou préventive, c'est-à-dire ne pas se focaliser sur les coûts des entreprises et ne pas vouloir aligner les prix sur les coûts, mais se référer aux prix pratiqués par les entreprises et faire en sorte que le pouvoir de marché du secteur privé et les prix n'augmentent pas¹².

La politique de concurrence contemporaine est aussi caractérisée par le débat sur les sanctions. Traditionnellement, les sanctions en cas d'infraction au droit de la concurrence sont des amendes¹³. Mais en dépit d'amendes toujours plus importantes, les entreprises forment toujours des cartels. Vu le manque d'effet dissuasif des sanctions financières, certaines législations nationales de concurrence envisagent des sanctions pénales (prison, interdiction d'exercice de mandats).

Une autre caractéristique de la politique de concurrence est le rôle croissant des juges nationaux dans l'application des règles de concurrence. Ce rôle sera encore renforcé par ce qu'on appelle le Private Enforcement .

Par Private Enforcement, on entend le droit de toute personne ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit national ou européen de la concurrence de demander réparation intégrale de ce préjudice. Ce droit est consacré par la récente directive européenne relative aux actions en dommages pour infractions au droit de la concurrence ("Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union", 24 octobre 2014).

Concernant le "comment" de la politique de concurrence, la place spéciale que réservent aux PME certaines législations et réglementations mérite d'être mentionnée. Par exemple, dans la directive européenne relative aux actions en dommages, une disposition allège la responsabilité des entreprises ayant enfreint les règles de concurrence lorsque leur part de marché est inférieure à 5 %.

¹² Patrick Van Cayseele (1994), « De Belgische Wet op de Mededinging : concentraties in een Industrieel Economisch en Internationaal Juridisch perspectief », Antwerpen, Maklu.

¹³ Afin d'être dissuasive, l'amende multipliée par la probabilité d'être pris et poursuivi (P) doit être supérieure ou au moins égale au profit illégitime réalisé par l'entreprise grâce à son infraction. L'amende doit donc être supérieure ou égale à ce profit multiplié par l'inverse de P.

II. CADRE INSTITUTIONNEL ACTUEL

1. Pratiques restrictives (ententes et abus de position dominante)

Dans l'Union européenne :

Comme vu plus haut, les dispositions réprimant les pratiques restrictives de concurrence sont en vigueur depuis le Traité de Rome et sont contenues dans les articles 101 et 102 TFUE.

Depuis le 1er mai 2004, la politique de concurrence dans l'Union européenne a fait l'objet d'une modernisation et décentralisation de la répression des pratiques restrictives : les autorités nationales de concurrence et les juges nationaux non seulement sont chargés d'appliquer leur législation nationale sur la concurrence, mais doivent aussi appliquer les articles 101 et 102 TFUE dès qu'il y a affectation du commerce entre Etats membres.

En Belgique :

Ce n'est que depuis 1993 qu'une autorité de concurrence est opérationnelle. Pourtant, dès 1976, il existait un projet de loi très élaboré réalisé par le ministre de l'économie Fernand Herman¹⁴.

L'Autorité belge de concurrence reste handicapée par la faiblesse de ses moyens. Ainsi, si on compare le ratio du nombre d'équivalents temps plein par rapport au PIB dans des petites économies ouvertes , on obtient :

- Danemark et Pays-Bas : 0,66
- Autriche : 0,11
- Belgique : 0,20.

2. Contrôle des concentrations

Dans l'Union européenne

Il existait un projet de contrôle des concentrations au niveau européen dès 1973. Mais le règlement organisant ce contrôle européen n'a été adopté qu'à la fin de 1989. Cela illustre les difficultés politiques rencontrées pour obtenir cette délégation de pouvoir des Etats membres vers la Commission européenne. Le règlement européen sur le contrôle des concentrations de 1989 a fait l'objet d'une réforme en 2004 avec notamment l'introduction d'une efficiency defence; ce second règlement européen sur le contrôle des concentrations est le Règlement 139/2004.

¹⁴ Pour une évaluation économique de ce projet de loi, voir "La concurrence économique en Belgique, situation et perspectives de politique économique", (sous la direction d'Alexis Jacquemin, avec Elisabeth de Ghellinck, Thierry Faut, Danielle Dubois , Anne-Marie. Lejeune et Christian Huveneers), CRIDE, UCL, 1978.

Le contrôle des concentrations dans l'Union européenne est organisé selon le système de "guichet unique" (One stop shop) via les seuils de chiffres d'affaires définissant les concentrations ayant une dimension dite communautaire. Il existe en outre des procédures de renvoi ("Referral") vers les autorités nationales de concurrence : le paragraphe 4 de l'article 21 du Règlement 139/2004 permet aux États membres d'invoquer des motifs d'intérêt général pour prendre des mesures nationales à l'égard de concentrations dont le contrôle est normalement du ressort de la Commission européenne. Ainsi, alors que cet article 21 prévoit que la Commission européenne a compétence exclusive pour prendre les décisions en matière de contrôle de concentrations de dimension communautaire (paragraphe 2 de l'article 21) et que les États membres n'appliquent pas leur législation nationale sur la concurrence aux concentrations de dimension communautaire (paragraphe 3 de l'article 21), le paragraphe 4 énonce:

« Nonobstant les paragraphes 2 et 3, les États membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire.

Sont considérés comme intérêts légitimes, au sens du premier alinéa, la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles.

Tout autre intérêt public doit être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire avant que les mesures visées ci-dessus puissent être prises. La Commission notifie sa décision à l'État membre concerné dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à dater de ladite communication ».

III. Exemples de concepts économiques utilisés dans la mise en oeuvre de la politique de concurrence¹⁵

De façon générale, le soubassement microéconomique nécessaire pour les analyses de droit et d'économie de la concurrence est fourni par l'économie industrielle (Industrial Organisation), tant l'approche structurelle dite traditionnelle de Harvard (Structure-Comportement-Performance) que l'approche par la théorie des jeux et la théorie des contrats rendue célèbre notamment par Jean Tirole et l'école de Toulouse.

Des exemples de concepts utilisés par l'Autorité belge de concurrence sont les indices de concentration d'Herfindhal-Hirschmann (HHI), les barrières à l'entrée, la théorie des marchés

¹⁵ Gunnar Niels, Helen Jenkins, James Kavanagh (Oxera), "Economics for Competition Lawyers", Oxford University Press, 2011.

Christian Huveneers, « Rol van economische analyse in de toepassing van de wet tot bescherming van de economische mededinging », dans "De nieuwe Belgische Mededingingswet 2006", actes de la journée d'étude du 8 septembre 2006 « De nieuwe Belgische mededingingswet » organisé par le 'Studiecentrum voor Consumentenrecht', Faculté de Droit (KULeuven), Kluwer, 2007, pages 201 – 233.

contestables, les élasticités au prix, des concepts de coût (Long Run Average Incremental Cost ou LRAIC, coûts joints, coûts communs, économies d'échelle et de gamme), la théorie des plates-formes biface ou multiface (Rochet – Tirole), le modèle de Hotelling (notamment les travaux de Claude D'Aspremont, Jacques Thisse et Jean Gabszewicz publiés dans *Econometrica*), les systèmes géographiques de prix (travaux de Louis Philips et Jean Paelinck), l'évaluation des gains d'efficacité et capacité d'exportation (modèle de Basevi et Frenkel) etc.

IV. POLITIQUE DE CONCURRENCE ET POLITIQUES INDUSTRIELLES¹⁶

Perception de conflit

Des condamnations de grandes entreprises pour abus de position dominante suite à une politique de prix jugée trop agressive (cas Michelin, British Airways ...) ou la simple existence d'instructions à l'encontre de telles entreprises sont perçues comme une entrave aux stratégies commerciales de ces grandes firmes, les plaçant dans une position désavantageuse par rapport à leurs concurrents américains ou leurs concurrents plus petits et les contraignant à limiter la concurrence en prix.

Même la condamnation de cartels est perçue comme un obstacle à la mise en œuvre de stratégies de développement de produits (exemple des cartes bancaires : Groupement des Cartes bancaires, VISA, MasterCard) ou de mise en œuvre de plans de restructuration (cartel de la transformation de la viande en Irlande).

Il en va ainsi *a fortiori* en cas de refus de concentration (par exemple, le refus de la concentration entre Volvo Trucks et Scania et le très ancien cas De Havilland)

Résurgence du patriotisme économique

Les gouvernements des États membres prennent parfois leurs décisions de politique microéconomique sur la base des seules considérations de politique industrielle, la protection de champions nationaux par exemple, en faisant fi de toute analyse menée dans le cadre du droit de la concurrence. Ainsi, un gouvernement a tendance à s'opposer à la prise de contrôle étranger d'une entreprise ou d'une industrie réputée stratégique ou prestigieuse pour des raisons de sécurité publique/nationale ou de régulation : opposition du gouvernement espagnol à la prise de contrôle d'Endesa par E.ON, entraves politiques et administratives des régulateurs italiens à la fusion entre leur champion Autostrade et l'espagnol Alberti, pour la gestion d'autoroutes, opposition des

¹⁶ Alex Chisholm (directeur général de la « Competition and Markets Authority », l'autorité de concurrence britannique), « public interest and competition-based merger control », discours prononcé à la « Fordham Competition Law Institute Annual Conference », 11 septembre 2014 (<https://www.gov.uk/government/speeches/alex-chisholm-speaks-about-public-interest-and-competition-based-merger-control>)

Ch. Huvener, « Politique de la concurrence : soutien ou carcan pour la politique industrielle ? », dans « Quelles politiques industrielle et sociale pour l'Europe du 21^{ème} siècle ? Which industrial and social policies for 21st century Europe ? » (sous la direction de Jean-Christophe Defraigne et Virginie de Moriamé), XI^{ème} Chaire AGC (ex-Glaverbel) d'études européennes, paru dans *Etudes européennes Louvain*, N° 2, Université Catholique de Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, p. 107 – 129.

autorités nationales contrôle bancaire à l'achat de banques leur ressort par des banques étrangères (par exemple rachat de Banco Antonveneta par ABN-Amro).

La Commission européenne a dû défendre énergiquement sa compétence exclusive de contrôle en matière de concentrations de dimension communautaire, par exemple en utilisant l'argument que le fait pour des États membres d'invoquer le respect des règles prudentielles, par exemple en matière bancaire, dans le cadre du paragraphe 4 de l'article 21 du Règlement 139/2004, constitue dans le chef de ces États membres – la Pologne et le Portugal – un abus de pouvoir au sens d'une violation des règles du Marché intérieur, en particulier des articles du Traité relatifs à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux.

Le secteur de l'énergie est un secteur sensible à cet égard, comme l'atteste le débat entourant la formation d'une entreprise jointe entre Alstom et l'américain General Electric.

L'ancien commissaire européen à la concurrence, Joachim Almunia, a répété lors de son discours de sortie de charge, que le patriotisme économique et les conflits entre la Commission européenne et les États membres qu'il engendrerait, constitueraient le défi principal de son successeur, Madame Vestager, dans les années à venir.

Efficiency defence – Interaction entre politique de concurrence et politique industrielle dans le cadre de la stratégie 2020 (et auparavant de Lisbonne)

Au niveau du discours des responsables des politiques économiques européennes, il y a l'affirmation d'une complémentarité entre les deux politiques. En particulier, la politique de concurrence est présentée comme un instrument pour la réalisation des objectifs de croissance de l'Union européenne, par exemple : "I am committed to ensuring that competition policy makes a full contribution to the European agenda for growth and jobs" (Neelie Kroes, Economic and Monetary Affairs Committee, 31 janvier 2006).

Ce type de discours suggère que non seulement les considérations de politique industrielle peuvent être prises en compte dans l'analyse concurrentielle menée par les Autorités de concurrence dans le cadre du droit communautaire ou national de la concurrence, mais aussi que la politique de concurrence a un rôle à jouer dans la politique industrielle.

Techniquement, cela se traduit par le fait que l'efficiency defence peut impliquer la prise en compte des gains d'efficacité tant statique que dynamique. Les gains d'efficacité statique dans des fusions ou des accords de coopération entre entreprises sont par excellence les économies d'échelle (economies of scale) et de gamme (economies of scope) de nature technologique, et réduisent le niveau du coût par unité produite. Par contre, les gains d'efficacité dynamique sont des synergies qui permettent aux entreprises d'améliorer leur performance, tant en termes de coûts, de qualité, de service ou de variété, et ce de manière continue. Le rôle des gains d'efficacité dynamique est surtout souligné pour les produits et les marchés qui se développent rapidement et pour lesquels la concurrence autre qu'en matière de prix est importante (non price competition), parce que les consommateurs peuvent avoir beaucoup plus à gagner par l'innovation et par la qualité que par la baisse des prix des produits existants.

On se réfère à cet égard aux travaux et résultats empiriques susmentionnés de Bucirossi et al. sur les effets de la politique de concurrence sur la PTF.

Ces résultats suggèrent qu'une politique moderne de concurrence peut incorporer un objectif de promotion de la compétitivité et de la croissance ou que, à tout le moins, si l'objectif prédominant de la politique de concurrence est le bien-être du consommateur, l'intérêt du consommateur est difficilement compatible avec le soutien et la protection d'entreprises inefficaces.

La littérature relative aux intangibles est également pertinente à cet égard. L'analyse des intangibles constitue une vision plus large que la seule R&D et s'étend aux effets des dépenses en matière de publicité, de commercialisation et de capital humain sur la croissance et la rentabilité des entreprises¹⁷. Ces dépenses importantes consacrées à des actifs incorporels, qui peuvent être des coûts fixes et irrécupérables (« coûts coulés », « sunk costs ») considérables, devraient, selon la littérature scientifique récente, être prises en compte dans la mise en œuvre de l'efficiency defence : les gains d'efficacité même statiques ne se limitent pas aux économies d'échelle de nature technologique, mais peuvent aussi porter sur les économies de coûts fixes que pourrait entraîner la concentration. Outre la pertinence des investissements intangibles pour la politique de concurrence et la politique industrielle, cette littérature souligne que la hauteur des investissements intangibles requis peut entraîner un accroissement de la taille minimale optimale des entreprises (cfr le post-fordisme) ce qui, pour les autorités de concurrence, devrait laisser la porte ouverte à des fusions menant éventuellement à des tailles, et à des parts de marché, fort élevées.

A cet égard, il est très intéressant de souligner que l'activité réglementaire de l'Union européenne en matière de politique de concurrence et même la jurisprudence en droit de la concurrence reflètent bien cette volonté d'inscrire la politique européenne de concurrence dans la logique des impératifs de la politique industrielle, en particulier de l'innovation, ou à tout le moins de tenir compte de ces impératifs, comme en témoignent les exemples suivants.

1. Règlement (UE) n°1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement (JO L 335/36 du 18.12.2010).

Ce règlement prévoit une exemption à l'interdiction des ententes pour certains accords de recherche et de développement ou pour l'exploitation en commun des résultats des activités de recherche et de développement menées par les parties.

La Commission a ensuite publié des lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (JO 2011/C 11/01). En particulier, le paragraphe 138 énonce : "...En général, toutefois, la coopération en matière de R&D consacrée à des produits tout à fait nouveaux est peu susceptible de restreindre la concurrence, sauf s'il n'existe qu'un nombre limité d'autres pôles de R&D crédibles. Ce principe reste valable, dans une large mesure, si la coopération s'étend à l'exploitation en commun des résultats, voire à la commercialisation conjointe....".

Ce règlement et les lignes directrices sont inspirés par la littérature académique relative aux externalités positives des activités de R&D. En effet, outre les effets des investissements en recherche et développement sur la capacité d'innovation et la croissance de productivité de la firme qui a investi, les entreprises peuvent aussi bénéficier des dépenses en R&D d'autres firmes et pôles de recherche. De telles externalités positives ou effets spill-over impliquent que les entreprises ne peuvent s'approprier la totalité des bénéfices résultant de leurs propres activités de recherche et

¹⁷ Pierre Buigues, Alexis Jacquemin et Jean-François Marchipont, 2000, « Competitiveness and the Value of Intangible Assets », actes de la conférence "Intangible Assets and the Competitiveness of the European Economy" organisée à Louvain-la-Neuve les 29 et 30 avril 1999.

développement et peuvent dès lors être amenées à adopter un niveau d'investissement qui est sous-optimal du point macroéconomique ou du point de vue de l'industrie.

On se réfère en particulier aux publications suivantes :

d'Aspremont Claude and Jacquemin Alexis (1988), "Cooperative and non-cooperative R&D in duopoly with spillovers", *American Economic Review* 78, 5, 1133-7.

d'Aspremont Claude and Jacquemin Alexis (1988), "Cooperative and non-cooperative R&D in duopoly with spillovers: erratum", *American Economic Review* 80, 3, 641-2.

2. Le Règlement N° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie. Ce Règlement est également fondé sur l'importance de l'innovation pour le bien-être et sur l'idée que la concurrence est un moteur de l'innovation. La philosophie de ce règlement s'appuie sur le caractère généralement pro-concurrentiel des accords de licence qui doivent donc être encouragés, mais à condition d'éviter les clauses restrictives de concurrence (voir en particulier les considérants 4 et 15 du Règlement).

3. La Communication de la Commission du 27 avril 2004 contenant les Lignes Directrices concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3, du traité (2004/C 101/08) est fondée sur les mêmes principes. Par exemple, le considérant 71 de ces Lignes directrices prend en compte la qualité des produits et, en particulier, le fait que la mise en commun d'actifs peut créer des synergies qui entraîneront des gains d'efficacité de nature qualitative¹⁸.

La possibilité d'invoquer l'innovation pour exempter certains accords (c'est-à-dire pour justifier que ces accords ne violent pas l'article 101 TFUE) a aussi été admise dans la jurisprudence. Ainsi, dans le cas d'accords passés par l'entreprise pharmaceutique GSK avec des grossistes espagnols pour limiter le commerce parallèle de médicaments, la Commission européenne avait refusé d'appliquer l'efficiency defence. GSK avait été en appel devant le Tribunal de Luxembourg qui a annulé la décision de la Commission. Le Tribunal a souligné que l'industrie pharmaceutique est fondée sur la R&D, que la concurrence est très rude sur le plan de l'innovation dans le secteur des médicaments sous brevet, que l'innovation est assurée par un niveau de dépenses de R&D à la fois substantiel et supérieur à celui d'autres industries, et que le commerce parallèle engendre une perte d'efficacité pour la concurrence entre marques, c'est-à-dire affaiblit la capacité d'innovation (puisque ce sont des grossistes distribuant des médicaments sous brevet à partir de pays où les prix sont bas vers des pays où les prix sont élevés, qui bénéficient des « rentes d'innovation », plutôt que l'entreprise pharmaceutique innovante). Le Tribunal a conclu que GSK « aurait tout intérêt, compte tenu de la vivacité de la concurrence entre marques, du rôle central de l'innovation dans cette concurrence et des modalités de financement de la R&D, à investir une partie de ce surplus dans la R&D pour devancer ses concurrents ou ne pas se laisser devancer par eux » (§300 de l'arrêt du Tribunal de

¹⁸ "... C'est ainsi que la réunion d'actifs de production peut entraîner la production de produits de meilleure qualité ou de produits ayant des caractéristiques nouvelles. De tels gains d'efficacité peuvent par exemple être produits par des accords de licence et par des accords prévoyant une production en commun de produits et services nouveaux ou améliorés. Les accords de licence peuvent notamment assurer la diffusion plus rapide d'une nouvelle technologie dans la Communauté et permettre aux licenciés de mettre de nouveaux produits sur le marché ou d'utiliser de nouvelles techniques de production entraînant des améliorations qualitatives. Les accords de production en commun peuvent notamment permettre une mise sur le marché plus rapide, ou à un coût moindre, de nouveaux produits et services ou de produits et services améliorés... ».

l'Union européenne, 26 septembre 2006, T-168/01, GlaxoSmithKline c./ Commission) (nous soulignons)¹⁹. Cet arrêt a été confirmé par la Cour de Justice (C-501/06 P, 6 octobre 2009).

4. La reconnaissance des considérations de politique industrielle et de l'efficacité de la concurrence dans le contrôle européen des concentrations depuis l'entrée en vigueur du second Règlement sur le contrôle des concentrations de 2004 (Règlement 139/2004). La consécration de préoccupations de politique industrielle apparaît dans le considérant (4) du Règlement : « De telles restructurations [des entreprises] 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 croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté ». La prise en compte des gains d'efficacité est consacrée dans les Lignes Directrices de 2004 de la Commission sur les concentrations horizontales, aux considérants 76 et suivants. C'est au fond la réponse à la controverse soulevée par le cas De Havilland. La jurisprudence récente a donc pu autoriser des concentrations horizontales où la part de marché cumulée des entreprises s'élevait à plus de 70%. L'admissibilité de concentrations pour des parts de marché aussi impressionnantes a été rendue possible aussi par une modification importante que le second Règlement sur le contrôle des concentrations de 2004 a introduite par rapport au premier Règlement de 1989, à savoir l'introduction du test SIEC (Substantial Impediment to Effective Competition), c'est-à-dire que le critère de l'admissibilité ou non d'une concentration est l'entrave d'une concurrence effective sur le marché commun, et non plus la création ou le renforcement d'une position dominante (par exemple, les cas Linde/BOC, Johnson&Johnson/Guidant, Seagate/Maxtor, Rica/Dyno).

En ce qui concerne en particulier les considérations d'efficacité dynamique, les lignes directrices de la Commission européenne concernant l'application du règlement 139/2004 aux concentrations horizontales, énonce au considérant 38: « a merger may increase the ability and the incentive to bring innovative products on the market. Inversely, a merger between two innovating firms (especially firms having new products 'in the pipeline') may lessen competition”.

La jurisprudence concernant l'effet des concentrations horizontales sur l'efficacité dynamique contient dès lors tant des décisions d'autorisation que des refus de concentrations :

- D'une part, des fusions ont été autorisées, même parfois sans conditions en dépit de parts de marché très élevées, grâce au caractère innovant des produits et marchés concernés²⁰. De même, l'acquisition d'un rival dont la capacité d'innovation est en déclin peut être considérée comme pro-concurrentielle si l'opération de concentration donne lieu à un acteur plus fort davantage capable d'innover (cas M.5727 Microsoft/Yahoo, 18/02/2010).
- D'autre part, une fusion est susceptible de diminuer les incitants à l'innovation si la cible est une pionnière (“maverick”) en matière de recherche et développement (cas M.7018 Telefonica Deutschland/E-Plus, 02/07/2014), ou dans le cas où la fusion, en éliminant toute concurrence effective ou potentielle entre les parties à la fusion, réduit l'incitant qu'aurait la nouvelle entité à innover, à investir dans sa technologie, ses réseaux etc (cas M.6166 Deutsche Börse/NYSE, 01/02/2012).

¹⁹ Dans le même sens, voir la décision en mesures provisoires du Président du Conseil belge de la concurrence du 2 avril 2009 (Beslissing nr. 2009-V/M-04 van 2 april 2009. Zaak MEDE-V/M-07/0038 – Beroep van Bofar nv bij de voorzitter van de Raad voor de Mededinging tegen Beslissing nr. 2008-V/M-12-AUD van 26 maart 2008) : http://economie.fgov.be/fr/binaries/Beslissing_nr_2009-V_M-04_van_2_april_2009_tcm326-67429.pdf.

²⁰ Par exemple les cas M.4854 TomTom/TeleAtlas (16/09/2008), M.6281 Microsoft/Skype (7/10/2011), M.3014 Logica/CMG (16/01/2003), M.7217 Facebook/WhatsApp (3/10/2010), M.3304 GE/Amersham (24/03/2004).

Un beau cas de prise en compte de l'innovation dans l'appréciation des effets d'une opération de concentration est un avis du Conseil français de la concurrence lors de la fusion entre deux laboratoires (Avis n° 05-A-01 du Conseil de la concurrence, Laboratoires Dolisos/Boiron, 7 janvier 2005). Malgré des parts de marché très élevées (80-90% en combiné), le Conseil de la concurrence avait considéré que le bilan de l'opération était neutre, notant notamment que l'opération permettrait de dégager des ressources financières pour la R&D :

- « l'opération permettra de dégager des capacités financières pour l'investissement, et notamment pour la R&D » (§127)
- « les efforts de mutualisation de la R&D consentis par l'entité fusionnée autoriseront des capacités d'innovation au service de la collectivité » (§130)
- « Cette activité [de R&D] est difficile à évaluer puisqu'elle comporte par nature un certain aléa quant à ses résultats. [...] Cependant, l'augmentation des moyens financiers consacrés à cette activité est de nature à accroître la probabilité d'obtention de résultats, et ce faisant la probabilité de transmission des gains aux consommateurs » (§134).

Cet avis du Conseil français de la concurrence apparaît marqué par les conceptions schumpéteriennes de la relation entre concurrence et innovation (ceci vaut aussi pour l'arrêt précité du Tribunal de l'Union européenne dans le cas GSK).

Dans la littérature empirique récente concernant les effets des opérations d'acquisition sur les investissements en R&D et sur l'innovation, un survol récent conclut²¹:

- Il y a des indications de diminutions d'activités d'innovation après fusions et acquisitions dans des industries très intensives en R&D telles que la pharmacie.

- Les effets globaux des fusions et acquisitions internationales sur la R&D et l'innovation semblent positifs dans beaucoup de cas et ne diffèrent pas sensiblement des effets des opérations de concentration nationales²².

5. La place des intangibles dans le contrôle des concentrations est reconnue dans des lignes directrices de la Commission européenne concernant les aspects juridictionnels et procéduraux du contrôle européen des concentrations. Ainsi, une opération d'acquisition portant uniquement sur des actifs incorporels peut être assimilée à une concentration si ces éléments d'actifs constituent une activité économique à laquelle est rattaché un chiffre d'affaires (Communication juridictionnelle consolidée de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, numéro 24, juillet 2007).

6. La communication de la Commission européenne sur les « Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes » (le « Guidance Paper », cfr supra), contient une forme d'efficiency defence

²¹ Joel Stiebale (DICE, University of Düsseldorf), "Effects of foreign takeovers - Firm-level evidence", présentation au workshop "Economic Patriotism, National Champions and Merger Control", Bruegel, Bruxelles, Novembre 12, 2014 : http://www.bruegel.org/fileadmin/bruegel_files/Events/Event_materials/2014/November/National_Champions_12Nov/Bruegel_Stiebale.pdf.

²² Pour des considérations plus critiques concernant la théorie des effets des concentrations horizontales sur les dépenses en R&D et autres "coûts coulés" (sunk costs), voir : Johan Stennek et Frank Verboven, "Merger Control and Enterprise Competitiveness: Empirical Analysis and Policy Recommendations", chapitre 4 dans "The Efficiency Defence and the European System of Merger Control", édité par F. Ilzkovitz et R. Meiklejohn, Edward Elgar Publishing Company, 2006.

au paragraphe 30 : « La Commission considère qu'une entreprise dominante peut aussi justifier des pratiques aboutissant à évincer les concurrents par des gains d'efficacité d'une ampleur suffisante pour qu'il soit peu probable que les consommateurs en subissent un préjudice net ».

Parmi les conditions qui doivent être remplies pour l'application de cette efficacité de défense au bénéfice de l'entreprise dominante, le 4ème alinéa de ce paragraphe 30 mentionne la condition que : “ le comportement n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle. La rivalité entre entreprises est un moteur essentiel de l'efficacité économique, qui comprend notamment les gains d'efficacité dynamiques sous forme d'innovation. En son absence, l'entreprise dominante ne sera pas suffisamment incitée à continuer de créer et de répercuter les gains d'efficacité. Lorsqu'il n'y a pas de concurrence résiduelle et pas de menace prévisible d'entrée, la protection de la rivalité et le processus concurrentiel l'emportent sur les gains d'efficacité éventuels...” (nous soulignons).

La Commission, en tant qu'autorité de concurrence, prendra donc en compte l'innovation au stade de la caractérisation de l'abus en cas de disparition de la pression concurrentielle sur l'entreprise dominante. Elle prendra aussi en compte la disparition de concurrents en tant que source d'innovation potentielle : « La Commission considère que les consommateurs peuvent être lésés par exemple lorsque « les concurrents évincés [...] sont dans l'impossibilité de mettre sur le marché des produits ou des services innovants et/ou lorsque l'innovation subséquente est susceptible d'être freinée...» (Guidance Paper, § 87).

A l'inverse, un opérateur dominant peut justifier un refus de vente sur base d'un argument d'innovation s'il démontre « l'incidence négative qu'une obligation de fourniture est susceptible d'avoir sur son propre niveau d'innovation ...» (Guidance Paper, § 90).

7. En matière de contrôles d'aides d'Etat, la Commission européenne a introduit des réformes qui, outre les règles de la politique de concurrence (l'aide d'état notifiée à la Commission européenne risque-t-elle d'introduire une distorsion de concurrence ?), participent de la logique de la politique industrielle.

Ainsi, le « plan d'action en matière d'aides d'Etat » (SAAP) pour la période 2005 - 2009 donne priorité aux objectifs de Lisbonne (R&D, innovation, capital investissements pour les PME...). Ce Plan d'action a introduit aussi, notamment, un « encadrement communautaire des aides d'état à la recherche, au développement et à l'innovation » (JO, 2006/C 323/01 du 30 décembre 2006).

La « modernisation des aides d'Etat » (« State Aid Modernisation » (SAM)), dont les dispositions réglementaires ont été publiées entre 2012 et 2014, vise notamment à mettre les aides en adéquation avec les objectifs 2020 (environnement, R&D, calendrier numérique), par exemple en créant de nouvelles catégories d'aides pouvant bénéficier d'une exemption : aides pour les infrastructures, les réseaux à large bande, les énergies renouvelables)²³.

Conclusion

Sur la base de ces initiatives réglementaires de l'Union européenne et de la jurisprudence concernant le droit européen de la concurrence, il n'est pas permis d'affirmer que la politique de concurrence et la politique industrielle sont des frères ennemis. Il n'est pas permis d'affirmer non plus que la politique de concurrence poursuivrait un objectif unique, le bien-être des consommateurs, qui serait découplé des considérations de la politique industrielle.

²³ En ce qui concerne les aides à la recherche & développement & innovation, voir la récente communication de la Commission “Encadrement des aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'innovation”, JO 2014/C 198/01 du 27 juin 2014.