

Politique de concurrence et politique industrielle : pour une réforme du droit européen

Bruno DEFFAINS | Professeur en sciences économiques Panthéon-Assas,
Directeur Paris Center for Law and Economics, CRED.

Olivier d'ORMESSON | Avocat spécialisé en droit de la concurrence,
enseignant en droit de la concurrence à SciencesPo, HEC et Paris 2 Panthéon
Assas.

Thomas PERROUD | Professeur en Droit public Panthéon-Assas,
Directeur, Institut de préparation à l'administration générale de Paris.

RESUME

La période récente est marquée en Europe par l'émergence d'un débat sur les modalités et les objectifs de la politique de la concurrence. Les échecs de certains projets de fusion du type Alstom/Siemens questionnent sur le caractère inadapté, voire dépassé, des dispositifs existants et, surtout, la place du droit de la concurrence par rapport aux autres objectifs de politique publique.

D'autres défis sont aussi posés au droit de la concurrence, qu'il faut aborder frontalement : d'une part, le droit actuel est confronté aux défis soulevés par l'économie numérique (en particulier la puissance des GAFAs) ; d'autre part, le droit de la concurrence européen ne prend pas suffisamment en compte la concurrence que les entreprises européennes subissent de la part de pays tiers qui ne respectent pas les mêmes principes.

En d'autres termes, lorsque l'Europe décide d'ouvrir son marché, elle se rend rapidement compte que les autres pays ne sont pas soumis aux mêmes contraintes et disposent souvent de marges de manœuvre plus importantes pour soutenir la mise en œuvre de projets industriels susceptibles de contrevenir aux règles de la concurrence. Car, en Europe, le droit de la concurrence prévaut sur toutes autres approches nationales ou communautaires de politique industrielle. D'un côté, ceci est certes dû à la structure des textes européens, dans la mesure où les dispositions du Traité sur la concurrence ont quasiment un « rang constitutionnel ». De l'autre côté, les instruments du droit de la concurrence sont utilisés par la Commission européenne pour poursuivre des objectifs éloignés de la notion classique de concurrence. Ne faudrait-il pas effectuer un rééquilibrage entre politique de concurrence et politique industrielle afin que les objectifs de cette dernière puissent se déployer ?

En outre, notre analyse vise à aborder des questions de structure institutionnelle en deux temps : des améliorations et modifications à droit constant, et des améliorations et modifications requérant la modification du Règlement Concentration ou du Traité. Peut-on conserver le système actuel dans lequel la Commission, soit un acteur politique, prend une décision impliquant des acteurs privés sur les marchés alors même que le Collège des commissaires n'a jamais entendu les parties concernées ? Ne devrait-on pas donner son indépendance à la DG Concurrence « COMP » et la laisser décider seule, le Collège des commissaires bénéficiant d'un pouvoir d'évocation lui permettant de mettre en balance les objectifs de concurrence avec d'autres objectifs de politique publique ?

Il serait aussi souhaitable de réfléchir à la façon dont ces autres objectifs devraient être pris en compte. Doit-il s'agir d'un processus purement politique ou d'une réflexion experte ? Ne devrait-on pas proposer que le Collège de commissaires base sa décision d'évocation sur une réflexion nourrie par exemple dans le cadre d'une analyse coût-bénéfice ?

TABLE DES MATIERES

1.	INTRODUCTION	1
1.1	LA PLACE DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE DANS LA CONSTRUCTION EUROPEENNE.....	2
1.2	LE ROLE DE L'ORDO-LIBERALISME DANS L'ELABORATION D'UN DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE SPECIFIQUE.....	3
1.3	LA FRANCE ET L'ALLEMAGNE : DEUX CAPITALISMES DIFFERENTS QUI EXPLIQUENT DEUX RAPPORTS A LA POLITIQUE INDUSTRIELLE.....	4
1.4	LES FONDEMENTS ECONOMIQUES DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE.....	5
2	LES DIFFICULTÉS ACTUELLES : UN DROIT DÉPASSÉ / INADAPTÉ ?.....	7
2.1	LES SPECIFICITES DU DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE DANS LA CONCURRENCE INTERNATIONALE	7
2.1.1	Les États-Unis : le droit de la concurrence ne gêne pas la politique industrielle.....	7
2.1.1.1	Droit des aides d'État.....	12
2.1.1.2	Analyse comparée du droit des aides d'État en Europe et aux États-Unis	12
2.1.2	LA CHINE AIDE SES CHAMPIONS NATIONAUX SANS CONTRAINTE	14
2.2	LA PRIMAUTE DU DROIT DE LA CONCURRENCE SUR LA POLITIQUE INDUSTRIELLE EN EUROPE	16
2.2.1	Comment en est-on arrivé là ?.....	16
2.2.2	Quelle solution ?.....	17
2.2.3	La Commission utilise-t-elle les instruments du droit de la concurrence pour atteindre des objectifs étrangers à ce droit, et notamment des objectifs de politique industrielle ?.....	18
3	LE MANQUE D'AMBITION DE LA PLUPART DES PROJETS DE REFORME (MODIFICATIONS À DROIT CONSTANT).....	22
3.2	PROPOSITION DE MODIFICATION DANS L'APPLICATION DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS EUROPEEN... 23	
3.2.3	Modifier l'horizon temporel et géographique de la définition de marchés.....	23
3.2.3.1	L'horizon temporel des marchés.....	23
3.2.3.2	L'horizon géographique des marchés.....	24
3.2.3.3	Aller au-delà de la définition de marchés pertinents : autres critères.....	25
3.2.4	Accepter plus souvent des engagements comportementaux.....	26
3.2.5	Prendre en considération les aides et le soutien étatique dont bénéficient les concurrents des pays tiers (asiatiques).....	27
3.2.6	Mieux prendre en compte les gains d'efficacité.....	28
3.2.7	Accepter une « compensation » entre les aspects positifs et négatifs de la concentration du point de vue de la concurrence.	28
3.2.8	Renforcer la prise en compte par la Commission des orientations politiques définies par le Conseil.	29
3.2.9	Améliorer la procédure de contrôle des concentrations et d'abus de position dominante.....	29
3.3	PROPOSITION DE MODIFICATION DES REGLES SUR LES AIDES D'ÉTAT.....	30
3.3.3	Raccourcir les délais des procédures d'aides d'État et alléger les procédures PIIEC	30
3.3.4	Élargir les exemptions de notification et les présomptions de légalité de certaines aides d'État.....	31
3.4	POLITIQUE COMMERCIALE EXTERIEURE DE L'UNION	31
3.4.3	UN RENFORCEMENT DE LA POLITIQUE COMMERCIALE DE L'EUROPE PEUT ETRE ILLUSOIRE.....	32
3.4.4	PROPOSITIONS EN MATIERE DE DEFENSE COMMERCIALE	33
4-	EXPLORER DES NOUVELLES PISTES	34
4.1	MISER SUR LA PRISE EN COMPTE DES GAINS D'EFFICIENCE.....	35
4.2	CHANGEMENTS DE NATURE PROCEDURALE	37
4.3	CHANGEMENTS STRUCTURELS.....	38
	CONCLUSION.....	40

1. INTRODUCTION

La période récente est marquée en Europe par l'émergence d'un débat sur les modalités et les objectifs de la politique de la concurrence. Ce débat est né d'un double constat : d'une part, les échecs de certains projets du type Alstom/Siemens et, d'autre part, le constat posé par nombre d'experts sur le caractère inadapté, voire dépassé des dispositifs existants.

Des prises de position récentes de personnalités reflètent assez bien les enjeux de ce débat. Il est notamment intéressant de constater l'évolution dans le discours de Margrethe Vestager, commissaire à la Concurrence. Dans un discours de 2016, « *Competition in a big data world* », elle déclarait que : « ... *I hope it makes clear that we don't need a whole new competition rulebook for the big data world* ». Dans un discours de 2019, « *Defining markets in a new age* », elle précisait que : « *The challenges we're facing, at the start of this new decade, mean that we need to look again at the tools we use to enforce the competition rules* » et concluait « *Keeping the rulebook up to date* ».

À l'occasion d'une conférence organisée par l'OCDE en décembre 2019, « *Competition Under Fire* », Jean Tirole, prix Nobel d'Économie, évoque les relations entre politique industrielle et politique de la concurrence et évoque la question d'un antitrust « participatif »¹.

Philip Lowe, ancien Directeur général de la concurrence, insiste sur le fait que « *The economic and political environment in which competition law is enforced and applied has changed extensively over the last decade. Globalisation and a renewed focus on industrial policy have generated calls for more flexible competition policy* ». Il conclut en particulier sur le fait que : « *There are strong arguments in favour of an active industrial policy at European and national level. Both state aid control and competition policy need to take account of the international dimension of markets, and a dynamic assessment of competitive pressures in markets is essential...* »².

Les constats faits par nombre d'experts rejoignent l'analyse faite à propos des défis soulevés par l'économie numérique, en particulier la puissance des GAFAs, et par l'observation que lorsque l'Europe décide d'ouvrir son marché, on constate que d'autres régions de la planète ne sont pas soumises aux mêmes contraintes et disposent souvent de marges de manœuvre plus importantes pour soutenir la mise en œuvre de projets de politique industrielle.

La décision dans le dossier Alstom-Siemens est apparue, pour certains, comme le produit d'un droit économique européen qui ignore que, sur des marchés globalisés, tout le monde ne joue pas avec les mêmes règles du jeu, les mêmes intérêts, la même fiscalité. Penser que l'OMC sera le lieu où la Chine, les États-Unis, le Japon ou la Corée se soumettront aux règles des Européens apparaît totalement improbable, surtout à un moment où le multilatéralisme cède le pas face à la politique commerciale américaine ou aux *routes de la soie* chinoises. Il conviendra ainsi, pour nous, de partir du constat réaliste, partagé par de nombreux acteurs, que l'OMC n'est plus en mesure de remplir son rôle, et pour longtemps. Aussi certaines propositions tendant à ce que l'OMC sanctionne le dumping réglementaire de certains États ne sont tout simplement pas réalistes³. Force est également de souligner que la « DG COMP » est devenue le principal — pour ne pas dire l'unique — instrument de régulation économique au niveau européen. La crise financière de la fin des années 2000-début des années 2010 l'a parfaitement illustré. Les

¹ Jean TIROLE. "Competition policy at a crossroad" (Video en ligne). YouTube, 28 novembre 2019.

² Philip LOWE. "Competition and industrial policy in Europe: how can they work together?" Oxera, October 2019.

³ Voir Annexe.

questions soulevées par la régulation de l'économie numérique ne font que renforcer encore un peu plus cette tendance. Une des conséquences importantes est que la DG COMP - et sans doute est-ce vrai également de la plupart des autorités de concurrence en Europe - est surchargée de travail et se trouve contrainte de s'occuper non seulement de concurrence mais aussi de nombreux autres sujets parfois éloignés de son activité première.

Dans un tel contexte se pose également la question des objectifs de la politique de la concurrence en termes de bien-être du consommateur et d'une réflexion plus globale autour de la notion d'intérêt général. Si le droit de la concurrence écarte à raison les autres objectifs d'intérêt général de son objet et de ses raisonnements, le décideur politique ne peut en faire de même. La décision politique finale doit être éclairée d'une réflexion experte sur le bien-être global généré par la décision de concurrence en intégrant aussi bien les préoccupations de politique industrielle, que d'emploi, d'innovation, d'environnement. C'est l'opinion de Philip Lowe: « *assessment cannot be based on hunch or fantasy; it must be rigorous and realistic. And it needs to be carried out by an administrative authority that is subject to control by the courts but is free from political interference and independent of business interests* »⁴. La protection, légitime, du processus concurrentiel semble parfois prendre le pas sur la question du résultat/bilan de ce processus. Ces observations conduisent à s'interroger sur les rapports entre autorités de marché et le pouvoir politique.

À cet égard, il est sans doute utile de revenir sur le projet européen tel qu'il a été conçu il y a quelques dizaines d'années. Quel est le modèle européen, s'il existe vraiment ? Comment s'affirme-t-il à la fois par rapport aux modèles nationaux et par rapport à ceux de l'économie mondialisée ? Les grandes étapes de la construction juridique peuvent nous éclairer.

1.1 LA PLACE DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE DANS LA CONSTRUCTION EUROPEENNE

La Communauté économique européenne (CEE) née en 1957 a longtemps été dénommée « Marché Commun ». Pourtant, la CEE n'est pas qu'une organisation commerciale. Elle vise à fusionner les économies des États membres par un processus d'intégration économique. Pour comprendre la nature de la CEE, il est donc fondamental de s'intéresser à son mode de régulation économique, c'est-à-dire aux rapports qu'entretiennent les autorités publiques nationales et communautaires, les entreprises et les acteurs non-étatiques dans la gestion de l'activité économique⁵.

La Communauté s'est attaquée à l'intervention des États dans l'économie sur trois fronts depuis sa construction. D'abord, en interne, en contrôlant de manière très précise la façon dont les États européens pouvaient entraver la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes. En ce sens, elle est parvenue à créer un véritable marché. La jurisprudence de la Cour de Justice sur la libre circulation, depuis l'arrêt *Cassis de Dijon*, est parvenue à saisir l'ensemble des techniques étatiques constituant des entraves dans le but de privilégier les productions nationales. Les entreprises européennes bénéficient désormais d'un « *level playing field* » pour vendre leurs productions dans l'ensemble du marché commun.

⁴ Op. Cit. note 2.

⁵ Voir en particulier, Laurent WARLOUZET (2018), « *Governing Europe in a Globalizing World* ». *Neoliberalism and its Alternatives following the 1973 Oil Crisis*, Oxon; New York, Routledge, coll. « Routledge Studies on Government and the European Union ».

Ensuite, en externe, si les débats sur la nature libérale ou protectionniste de la CEE ont occupé le devant de la scène dans les années 1956-1959, ils sont devenus secondaires car la Communauté européenne a très vite apporté la preuve de son ouverture extérieure.

Les controverses de fond portent en réalité bien plus sur la régulation macroéconomique au sein de la CEE, d'une part, et sur la régulation des structures industrielles d'autre part. Ce dernier sujet a longtemps été ignoré par l'historiographie alors qu'il recouvre une controverse fondamentale dans l'histoire de la CEE et au-delà, dans l'histoire économique, celle de l'opposition entre politique de la concurrence et politique industrielle, la première étant devenue hégémonique à partir du « tournant public » du droit de la concurrence dans les années 1980⁶.

La politique de la concurrence désigne une forme de régulation économique qui repose sur une intervention des États dans les relations entre les entreprises, pour encourager ou réprimer les ententes (accords entre deux entreprises indépendantes), les abus de position dominante et les concentrations (ou fusions). Même si cette politique publique peut être appliquée en suivant des doctrines politiques et économiques variées, c'est le courant ordo-libéral allemand qui a très fortement influencé sa définition au sein de la CEE et, notamment dans l'inscription de ces règles dans le traité⁷ : dans aucun autre pays, le droit de la concurrence ne se trouve placé à un tel niveau « constitutionnel ».

1.2 LE RÔLE DE L'ORDO-LIBÉRALISME DANS L'ÉLABORATION D'UN DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE SPÉCIFIQUE

L'ordo-libéralisme donne un rôle très important à l'État dans la constitution d'un cadre pour l'activité économique assurant le libre exercice des lois du marché. Les autorités publiques doivent donc recevoir des prérogatives fortes pour surveiller les comportements des entreprises et interdire ceux qui pourraient s'avérer néfastes pour le respect des libertés économiques. Par contre, l'État doit se cantonner strictement à cette fonction d'arbitre impartial. Il ne doit pas intervenir dans le fonctionnement des structures industrielles pour stimuler un secteur ou une entreprise en particulier.

Au contraire, la politique industrielle encourage ce type d'action spécifique des autorités publiques. Ces interventions sont justifiées par des considérations purement économiques, mais aussi pour soutenir des objectifs de cohésion sociale ou territoriale (aide à un secteur en crise) ou bien des objectifs de politique industrielle, d'innovation (soutien à un secteur stratégique ou à des industries de pointe par exemple).

Dans le cadre de la construction européenne, ces deux formes de régulation économique ont un rôle fondamental. La politique de la concurrence doit, en effet, assurer la constitution d'un marché commun aux États membres de la CEE. Elle doit empêcher que les barrières tarifaires

⁶ V. Mélanie VAY La mise en problème européen de l'économie publique (Socio-histoire des mondes de l'entreprise publique au contact de la politique européenne (1957-1997)), Thèse de science politique, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), passim., not. p. 334.

⁷ Comme le montre Mélanie Vay dans la thèse précitée, c'est la France qui a produit un intense effort de persuasion pour faire introduire dans le traité les règles relatives aux services publics. L'auteure tente de montrer « comment l'attitude du Gouvernement Guy Mollet dans la poursuite des négociations de la Relance européenne □après l'échec de la CED□, qui rend possible les mobilisations d'un monde français de l'économie publique, conduit la délégation française à faire valoir la cause des entreprises et services publics dans le futur Marché commun, ce qui se traduit par le dépôt, le 4 Janvier 1957, à la table des négociations de la Conférence intergouvernementale de Val Duchesse, d'une proposition d'ajout d'articles relatifs aux « entreprises publiques, services publics et monopoles d'État » au traité CEE ». Elle examine « ensuite comment la position française, qui revendique la reconnaissance d'un statut singulier de l'économie publique dans le Marché commun, s'insère dans ces premiers débats européens qui aboutissent sur ce point spécifique à une forme de compromis entre deux lectures opposées, l'une dirigiste, l'autre libérale, des traités communautaires. » (P. 36).

et contingentaires ne soient remplacées par des obstacles constitués par des ententes ou des monopoles. L'exemple des cartels de l'entre-deux-guerres, lorsque de très grands cartels internationaux contrôlaient de nombreux marchés, et ce de manière publique, justifie le développement de leur surveillance. La politique industrielle, de son côté, peut renforcer la puissance industrielle européenne et donc son influence internationale. Elle peut aussi faciliter la constitution d'entreprises plus européennes que nationales, et affirmer ainsi l'identité de l'Europe.

Dans le Traité de Rome, les institutions communautaires ont des prérogatives importantes en matière de politique de concurrence. En termes de politique industrielle, le traité est beaucoup plus vague, mais l'article 173 sur la coordination des politiques économiques nationales peut légitimer de tels développements. L'Europe de la concurrence et l'Europe de la politique industrielle sont donc deux interprétations possibles du Traité de Rome, à la fois complémentaires et incompatibles. Elles répondent à des doctrines économiques, mais aussi à des visions sociales et politiques différentes de la CEE.

Entre 1958, le début de l'application du Traité de Rome, et 1970, date d'un important mémorandum sur la politique industrielle communautaire, un débat nourri se met en place sur la définition et l'articulation entre l'Europe de la concurrence et l'Europe de la politique industrielle. Dans cette période cruciale pour la définition et l'affirmation de la CEE, c'est toute la spécificité de l'Europe communautaire qui est en jeu. Dans un premier temps, une politique de la concurrence d'inspiration ordo-libérale est définie très rapidement mais sa mise en place est décevante. Ensuite, à partir de 1965, des approches relevant de la politique industrielle sont développées. Un affrontement entre ces deux interprétations du Traité de Rome a même lieu dans la deuxième moitié des années 1960, posant les bases d'un débat toujours actuel.

Il ne faut certainement pas sous-estimer, malgré une certaine convergence entre la France et l'Allemagne sur le sujet de la politique industrielle, ce qui nous sépare, et qui explique une assez large incompréhension.

1.3 LA FRANCE ET L'ALLEMAGNE : DEUX CAPITALISMES DIFFERENTS QUI EXPLIQUENT DEUX RAPPORTS A LA POLITIQUE INDUSTRIELLE

La divergence entre la France et l'Allemagne sur le sujet tient à des capitalismes très différents. La politique industrielle française est centrée, depuis l'après Deuxième Guerre mondiale, sur l'État central qui a mis en place un certain nombre de grands champions nationaux, que Michel Aglietta appelle un « *système d'innovation industrialo-étatique* »⁸ et qui s'est illustré entre autres dans l'aéronautique, les transports terrestres, le nucléaire, la chimie ; le système allemand, lui, est centré sur un tissu dense de PME très innovantes. Le *Mittelstand* allemand est ainsi devenu « *la référence de l'excellence compétitive en Europe* »⁹. Or, ce tissu de PME très compétitives dépend beaucoup moins de l'État fédéral pour innover.

Cette différence de capitalisme permet de comprendre la divergence sur le sujet entre les deux pays pendant longtemps. De même, une compréhension des fondements économiques de la politique de concurrence permet de comprendre la situation actuelle.

⁸ M. AGLIETTA, Europe. Sortir de la Crise et inviter l'avenir, Michalon, 2014, p. 102.

⁹ Ibidem.

1.4 LES FONDEMENTS ECONOMIQUES DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

De façon générale, les outils nécessaires pour la politique de la concurrence sont fournis par l'économie industrielle, tant l'approche structurelle dite traditionnelle de Harvard (Structure-Comportement-Performance) que l'approche par la théorie des jeux et la théorie des contrats.

Il convient de souligner que, dans un tel cadre, la plupart des analyses sont généralement réalisées en équilibre partiel et non en équilibre général ce qui peut sembler assez paradoxal dès lors que l'on cherche à comprendre les effets des stratégies d'entreprises en termes d'efficacité, c'est-à-dire au regard de leur capacité à promouvoir ou à réduire le bien-être économique et social¹⁰.

Le fondement de la politique de la concurrence est en effet la théorie microéconomique du bien-être (*Welfare Economics*) selon laquelle une économie de marchés concurrentiels doit permettre de promouvoir le bien-être maximal de la société comme l'exprime le premier théorème de l'économie du bien-être.

Il est à noter que cette approche de la politique de la concurrence repose sur 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. On admet généralement que si ces hypothèses ne sont pas respectées, on parle d'échecs ou défaillances du marché. Ces défaillances rendent nécessaires des politiques de régulation dans certains secteurs (industries de réseau, banques) et des mesures de politiques industrielles.

Par ailleurs, il convient de remarquer que cette perspective microéconomique en termes d'efficacité des marchés pour fonder la politique de la concurrence pose inéluctablement la question des relations avec d'autres objectifs de politique économique ou d'autres considérations sociales ou, plus généralement, politiques.

Se pose également la question de savoir si la concurrence est un objectif en soi. Dans le cadre de la construction européenne, la réponse est négative dans la mesure où la concurrence est d'abord conçue comme un instrument en vue d'atteindre les objectifs ultimes de la politique économique.

Le Traité instituant la Communauté européenne mentionnait en effet 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* »¹¹. 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*

¹⁰ La somme d'équilibres partiels la réalisation de l'équilibre général et l'allocation optimale des ressources par le marché ne signifie pas que les objectifs en termes de justice sociale et d'équité sont réalisés.

¹¹ Rédaction antérieure au Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 ; reprise dans son principe par le Protocole n°27 sur le marché intérieur et la concurrence annexé aux traités.

économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources, conformément aux principes fixés à l'article 119 ».

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 best*. 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.

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, 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 (ci-après le « Traité »), 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.

2 LES DIFFICULTÉS ACTUELLES : UN DROIT DÉPASSÉ / INADAPTÉ ?

Pour comprendre le besoin de réforme du droit européen de la concurrence, il faut d'abord réaliser que ce droit ne se déploie pas dans un environnement vide. Les entreprises européennes sont en concurrence avec les entreprises d'autres régions qui n'ont pas adopté une conception du droit de la concurrence aussi englobante et exigeante que la nôtre.

Le droit européen de la concurrence a été utilisé pour traiter des problèmes qui ne sont pas des problèmes économiques, mais pour remédier, bien souvent, aux déficiences du processus politique européen. De surcroît, d'autres régions avec lesquelles nous sommes en compétition n'ont pas une conception aussi étendue du droit de la concurrence, ce qui nous place dans une position défavorable et impose de réfléchir à des remèdes pour prendre en compte ce désavantage que le droit du commerce international ne parviendra pas à régler.

2.1 LES SPECIFICITES DU DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE DANS LA CONCURRENCE INTERNATIONALE

Pour prendre deux exemples, la Chine et les États-Unis ne connaissent pas de contraintes similaires à celles résultant du droit de la concurrence européen.

Comme le notent David Bosco et Catherine Prieto¹², les tentatives d'harmonisation des droits de la concurrence au niveau international sont un échec, en partie imputable aux États-Unis. Or, on voudrait montrer ici que le champ d'application très extensif du droit européen de la concurrence, dans ses différents aspects, limite l'action des entreprises européennes confrontées à celle de groupes étrangers qui ne sont pas soumis à de telles limitations.

Les États-Unis qui ont été des pionniers en matière d'Antitrust¹³, ont peu à peu atténué leur contrôle des concentrations en laissant se concentrer des pans entiers de leur économie¹⁴. Les autorités et tribunaux américains ont également plus ou moins renoncé à poursuivre les abus de position dominante. En Chine, la politique affichée de l'État consistant à soutenir par tous les moyens, notamment financiers, leurs champions nationaux a permis la création d'énormes groupes sous contrôle de l'État. Ces groupes sont actifs mondialement et de plus en plus en Europe. En outre, lorsque des groupes publics sont concernés, l'application du contrôle des concentrations est subordonnée aux objectifs de « politique industrielle » définis par l'état chinois. Alors que tout est garanti en Europe pour que les interventions de l'État ne puissent pas fausser le jeu de la concurrence, tel n'est pas le cas aux États-Unis (1), et *a fortiori* pas le cas non plus dans des pays comme la Chine (2).

2.1.1 LES ÉTATS-UNIS : LE DROIT DE LA CONCURRENCE NE GENE PAS LA POLITIQUE INDUSTRIELLE

Le droit de la concurrence fournit une autre illustration de la manière dont l'action publique dans l'économie est traitée dans les deux blocs. Ce traitement est profondément différent. Le droit américain de la concurrence n'a pas vocation à s'appliquer pas aux activités publiques, à contrôler l'action des États qui aurait un effet anticoncurrentiel. Ce n'est pas le cas en Europe. D'abord, les États peuvent choisir d'immuniser certaines activités de l'application du droit de la concurrence. La doctrine américaine qui permet d'immuniser les États de l'application du

¹² D. BOSCO, C. PRIETO, Droit européen de la concurrence, Bruylant, 2013, spéc. Chapitre 3.

¹³ Le Sherman Act date de 1890 et le Clayton Act de 1914.

¹⁴ Thomas Philippon, *The Great Reversal*, Harvard University Press, 2019.

droit de la concurrence, appelée la *state action doctrine*, est directement inspirée du fédéralisme et de l'idée qu'il faut respecter la volonté de chaque État. On va voir à cet égard à quel point la Cour suprême américaine est plus respectueuse de la souveraineté des États que ne l'est son homologue européenne. Pour reprendre les termes d'Eleanor Fox, « *les États-Unis... ont donné la préférence à la souveraineté des États sur la gouvernance nationale, alors que le choix inverse aurait permis d'augmenter le bien-être national* »¹⁵. À ce choix, il faut ajouter un autre élément, relatif à la finalité du droit de la concurrence aux États-Unis, qui vise à sanctionner les pratiques anticoncurrentielles privées, et non les activités d'entités rattachées à l'État¹⁶.

L'arrêt qui fonde la doctrine du *State action* est l'arrêt de la Cour suprême *Parker v. Brown*¹⁷ de 1943, dans lequel celle-ci pose que le *Sherman Act* — qui est la loi prohibant certaines pratiques anticoncurrentielles aux États-Unis — n'a pas pour objet de s'appliquer à l'action des États. Au fur et à mesure, la Cour suprême a réduit le champ de cette théorie, si bien que l'immunité ne s'applique plus que dans l'hypothèse où l'État a clairement manifesté son intention, dans la loi, et où l'État opère un contrôle étroit de l'activité en question. Cette évolution fut influencée par la théorie de la capture du régulateur, des recherches ayant ainsi montré que les agences comme les parlements des États pouvaient être amenés à prendre des dispositions dans l'intérêt de certains groupes et non dans l'intérêt général.

Le dernier arrêt de la Cour suprême dans le domaine est de 2015, *North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC*¹⁸. Dans cet État, tout dentiste doit, pour pouvoir exercer, être autorisé par l'ordre. L'activité de blanchiment des dents s'est développée en marge de la profession, si bien que l'ordre, estimant que cette activité relève du métier de dentiste, a ordonné à ces professionnels de cesser cette activité. Est-ce qu'il y a ici violation du droit de la concurrence ? La *Federal Trade Commission (FTC)*, une des agences chargées de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, a estimé qu'il y avait bien une violation de ce droit, tandis que l'ordre estimait être protégé par la *State action doctrine*. La Cour suprême est allée dans le sens de la FTC. Pour bénéficier de l'immunité, une entreprise doit exercer les pouvoirs souverains de l'État, alors que l'ordre est composé de personnes privées régulant leur propre profession. Il faut pouvoir démontrer un contrôle étroit par l'État de cette activité.

Que l'ordre soit considéré comme une agence de l'État n'est pas pertinent pour la Cour, qui s'intéresse seulement au « *risque que des acteurs actifs sur le marché cherchent à poursuivre une fin d'intérêt privé en limitant le commerce* », ce qui est exactement le cas puisque l'ordre est composé d'acteurs sur le marché. Quel degré de contrôle faut-il ? L'État doit conserver un pouvoir d'instruction sur l'agence en question. La démarche de la Cour suprême se démarque un peu des critères énoncés plus haut (intention et contrôle). Elle se concentre sur un élément objectif, le fait que les membres de l'ordre sont aussi des acteurs du marché. Savoir si l'agence sera capturée par des intérêts privés est, pour Sasha Volokh, difficile à déterminer. C'est pourquoi le juge Alito, dans son opinion dissidente, relève qu'il faudrait davantage se concentrer sur la nature de l'agence : est-elle une agence de l'État ou pas ? Les critères ne sont donc pas totalement assurés.

Ce que l'on voit bien cependant, c'est la différence d'approche avec le droit de l'Union européenne.

¹⁵ V. E. FOX, "What if Parker v. Brown were Italian?", Chap. 19 in 2003 Fordham Corp. L. Inst., International Antitrust Law & Policy (B. Hawk ed. 2004) at p. 463.

¹⁶ V. P. E. AREEDA, H. HOVENKAMP, Antitrust Law, "An Analysis of Antitrust Principles and Their Application", Aspen, 2nd ed., vol. I, p. 140.

¹⁷ 317 U.S. 341 (1943).

¹⁸ 574 U. S. (2015).

Le droit de l'Union européenne utilise des critères exclusivement objectifs pour déterminer la soumission d'une activité au droit de la concurrence : implique-t-elle l'utilisation de prérogatives de puissance publique ? Constitue-t-elle une activité liée à la sécurité sociale ? Dans tous les cas, la nature de l'activité est déterminée concrètement par le juge. Un cas typique de l'application du droit de la concurrence en France est le concessionnaire d'un service public. Or, celui-ci est activement contrôlé par la personne publique. Si le concessionnaire est un établissement public, la personne publique détient un pouvoir de tutelle. On peut donc penser que, dans cette hypothèse, l'établissement pourrait être considéré comme faisant partie de l'État.

Ainsi Eleanor Fox peut conclure : « *Dans la décision Parker v. Brown, l'État gagna ; en droit de l'Union européenne, il aurait perdu* »¹⁹. En outre, le droit de la concurrence américain ne s'applique pas aux entreprises détenues par l'État fédéral, comme le service postal²⁰ et il ne s'applique pas non plus aux entreprises régulées, alors que c'est le cas en Europe.

Les États-Unis ont donc un droit de la concurrence beaucoup moins intrusif que son homologue européen. Il faut ajouter à cela le fait que beaucoup d'activités majeures bénéficient d'une immunité législative au regard du droit de la concurrence.

Le législateur a pu exempter certaines conduites au regard du droit de la concurrence. Ces comportements ne seront donc pas justiciables des agences en charge de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, le Department of Justice et la FTC.

Le secteur de l'assurance en fournit un exemple²¹. Dans ce cas, l'exemption législative exprès empêche toute action contre les sociétés d'assurance. Il s'agit d'un cas d'exemption explicite. L'exemption peut aussi être implicite, dans le cas où les juges considèrent que l'encadrement juridique du secteur régulé empêche l'application concurrente du droit de la concurrence. On trouve un exemple de ce raisonnement dans l'arrêt *United States v. National Association of Securities Dealers*²². Dans cette affaire, le gouvernement avait introduit une action contre la *National Association of Securities Dealers* (NASD), certains fonds communs de placement, les souscripteurs de fonds mutuels et des courtiers, les accusant d'avoir violé l'article 1 du *Sherman Act*, en réalisant une entente destinée à restreindre la vente et de fixer les prix de revente de certains instruments financiers.

La Cour suprême rappelle d'abord qu'en principe, en l'absence de disposition expresse contraire dans la loi, le juge ne doit pas refuser d'appliquer le droit de la concurrence en dégageant l'existence d'une exemption implicite : « Exempter un secteur de l'application du droit de la concurrence n'est pas une solution qui a la faveur de la Cour, elle ne peut être justifiée qu'après la démonstration convaincante d'une incompatibilité claire entre les lois antitrust et le

¹⁹ V. E. FOX, "What if Parker v. Brown were Italian?" préc. ; E. M. Fox, D. Healey, When the State Harms Competition — The Role for Competition Law, April 10, 2013, NYU Law and Economics Research Paper n° 13-11. V. aussi H. Hovenkamp, Rediscovering Capture: Antitrust Federalism and the North Carolina Dental Case, CPI Antitrust Chronicle, April 2015 (2) : « How much can a state default on its sovereign obligations and continue to be called sovereign? The standard that the Supreme Court has developed is actually not all that high. The final decision must come from a government decision-maker with power to review and disapprove, but largely under any standard that the state wishes to articulate. What the state cannot do, however, is simply paste the label "sovereign" or "agency" on a purely private actor ».

²⁰ *Postal Service v. Flamingo Indus. (USA) Ltd.*, 540 U.S. 736 (2004).

²¹ « No Act of Congress shall be construed to invalidate, impair, or supersede any law enacted by any State for the purpose of regulating the business of insurance, or which imposes a fee or tax upon such business, unless such Act specifically relates to the business of insurance: Provided, That after June 30, 1948, the Act of July 2, 1890, as amended, known as the Sherman Act, and the Act of October 15, 1914, as amended, known as the Clayton Act, and the Act of September 26, 1914, known as the Federal Trade Commission Act, as amended [15 U.S.C. 41 et seq.], shall be applicable to the business of insurance to the extent that such business is not regulated by State Law. » (*McCarran-Ferguson Act*, 15 U.S.C. '1012(b)).

²² 422 U.S. 694 (95 S.Ct. 2427., 45 L.Ed.2d 486).

système de régulation mis en place »²³. Cependant, dans cette affaire, le contrôle étroit de la SEC sur les activités des acteurs en question permet de conclure à l'existence d'une exemption implicite. Quel est le raisonnement de la Cour ? Elle argumente ainsi sa solution : « *Le contrôle de la SEC sur le NASD est étendu. Non seulement la loi Maloney impose à la SEC de déterminer si une association satisfaite aux conditions légales posées dans la loi et par conséquent peut être autorisée à surveiller les activités commerciales de ses membres, mais en outre elle exige que l'association agréée soumette pour approbation à la SEC toute proposition de modification de ses règles. La loi Maloney autorise de surcroît la SEC à demander des changements ou des ajouts aux règles qui lui sont soumises. Dans l'exercice de son autorité sur les règles et les pratiques de l'association, la SEC est en charge de la protection de l'intérêt public ainsi que des intérêts des actionnaires et elle a répété à de nombreuses reprises qu'elle prend en compte les impératifs de la concurrence dans l'exercice de son contrôle. Comme cette Cour l'a reconnu auparavant, le fait de conférer à la SEC un tel pouvoir de surveillance suggère que le Congrès avait l'intention d'exempter les activités de l'association agréée de l'application du Sherman Act* »²⁴.

Les cas dans lesquels la Cour suprême dégage une exemption implicite sont rares. Dans de nombreux arrêts, la Cour a appliqué le droit de la concurrence à des secteurs régulés²⁵ et refusé de dégager une exemption. Dans l'arrêt *Philadelphia National Bank*, la Cour suprême affirme ainsi que : « *Il est de jurisprudence constante qu'une exemption dans l'application du droit de la concurrence n'est pas dérogée implicitement à la légère* »²⁶. Le juge ajoute : « *Cette méthode d'interprétation, qui reflète le rôle indispensable de la politique de la concurrence dans le maintien d'une économie libre, nous lie ici. En l'absence d'une indication dans l'histoire législative de l'amendement de 1950 au § 7 de la volonté du Congrès d'accorder une dispense spéciale à l'industrie bancaire* », cette exemption implicite ne peut être reconnue.²⁷

Ces arrêts montrent que les juges tiennent compte de la lettre de la loi ainsi que de l'histoire législative du texte ou, enfin, de l'ensemble des cadres réglementaires pour dégager une intention du Congrès, explicite ou implicite, d'exempter certains secteurs de la rigueur du droit de la concurrence.

De même, dans l'arrêt de principe *Otter Tail Power Co. v. United States*, dans lequel il s'agissait d'un refus d'interconnexion et de fourniture d'électricité, la Cour suprême rejette l'argument selon lequel le rôle de l'autorité de régulation rendrait superflue le recours au droit de la concurrence. L'argument est balayé : « *Le tribunal de District a jugé que le refus persistant d'Otter Tail de vendre de l'électricité en gros [...] à ses clients municipaux constituait une pratique illégale de monopolisation. Otter Tail soutient ici que son refus de vente bénéficie d'une exemption au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles parce que la Federal Power Commission a le pouvoir de forcer les interconnexions involontaires d'électricité en vertu du § 202 (b) du Federal Power Act. Le but de cette disposition est cependant d'encourager les interconnexions d'électricité sur une base volontaire. C'est seulement si une entreprise refuse l'interconnexion que la Federal Power Commission peut ordonner l'interconnexion, dans des limites qui n'ont pas de lien avec le droit de la concurrence. Le standard qui doit*

²³ *United States v. National Association of Securities Dealers*, 422 U.S. 694, 719-720, 95 S.Ct. 2427, 2442-2443, 45 L.Ed.2d 486 (1975); *Gordon v. New York Stock Exchange*, 422 U.S. 659, 682, 95 S.Ct. 2598, 2611, 45 L.Ed.2d 463 (1975); *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 350-351, 83 S.Ct. 1715, 1734, 10 L.Ed.2d 915 (1963).

²⁴ *US v. National Association of Securities Dealers* 422 U.S. 694.

²⁵ V. les développements dans: *Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Accommodating Regulatory Approaches In An Antitrust Universe: The U.S. Experience In Harmonizing Antitrust With Laws That Restrain Competition*.

²⁶ *People of State of California v. Federal Power Comm'n*, 369 U.S. 482, 485, 82 S.Ct. 901, 903—904, 8 L.Ed.2d 54. Cf. *United States v. Borden Co.*, 308 U.S. 188, 198-199, 60 S.Ct. 182, 188—189, 84 L.Ed. 181; *United States v. Southern Pac. Co.*, 259 U.S. 214, 239—240, 42 S.Ct. 496, 501—502, 66 L.Ed. 907.

²⁷ *United States v. The Philadelphia National Bank et al.* 374 U.S. 321 (83 S.Ct. 1715, 10 L.Ed.2d 915).

guider sa décision est de savoir si son action est « nécessaire et appropriée dans l'intérêt public ». Même si des considérations tirées du droit de la concurrence peuvent être pertinentes dans la formation de son opinion, elles ne sont pas déterminantes. Rien dans l'histoire législative n'indique une volonté d'exempter les entreprises d'électricité de l'application du droit de la concurrence. Au contraire, l'histoire de la Partie II du Fédéral Power Act indique un objectif politique prépondérant visant à développer le degré de concurrence maximum compatible avec l'intérêt public. [...] Il est clair que le Congrès a rejeté un système de régulation envahissant pour contrôler le commerce de la distribution de l'électricité entre les États et favorisé un système basé sur l'établissement de relation commerciale sur une base volontaire. À partir du moment où ces relations sont gouvernées d'abord par un jugement commercial et non par des obligations réglementaires, les tribunaux doivent hésiter à conclure que le Congrès avait l'intention de neutraliser les politiques nationales fondamentales contenues dans le droit de la concurrence »²⁸.

Il ressort du dernier paragraphe de cet arrêt que l'encadrement des relations commerciales par l'autorité de régulation, pour donner naissance à une exemption, doit être de nature à ôter à ces relations leur caractère volontaire. Le but du droit de la concurrence étant de contrôler les relations commerciales des entreprises privées et non les choix politiques des agences fédérales, le droit de la concurrence trouvera à s'appliquer lorsque le cadre réglementaire laisse encore suffisamment de place à la liberté commerciale pour que les juges puissent considérer qu'une véritable concurrence s'exerce. Dans le cas contraire, une exemption implicite pourra être inférée.

On peut comparer facilement les situations européenne et américaine à partir du secteur des communications électroniques. Aux États-Unis, la Cour suprême a exclu l'application concurrente du droit de la concurrence et du droit de la régulation dans deux arrêts importants : *Verizon*²⁹ et *Pacific Bell Telephone*³⁰. En Europe, au contraire, le droit de la concurrence s'applique parallèlement au droit de la régulation. C'est ce qui ressort des arrêts *Deutsche Telekom*³¹ et *Telefonica*³².

Dans le cadre du commerce transatlantique, l'Europe ne sera donc pas particulièrement à son avantage. On le voit aussi, et de manière encore plus nette, en matière d'aide d'État.

²⁸ *Otter Tail Power Company v. United States*, 410 U.S. 366 (93 S.Ct. 1022, 35 L.Ed.2d 359). V. aussi *United States v. Radio Corporation of America*, supra, at 351, 79 S.Ct. 457, 467.

²⁹ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko LLP* (02-682) 540 U.S. 398 (2004) : « 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 are both technical and extremely numerous, and hence difficult for antitrust courts to evaluate. Applying §2's requirements to this regime can readily result in "false positive" mistaken inferences that chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect ».

³⁰ *Pacific Bell Telephone Co. v. Linklinecommunications Inc.* (No. 07-512) 503 F. 3d 876.

³¹ TPICE, 10 avril 2008, T 271/03, *Deutsche Telekom AG v Commission of European Communities*; CJCE, CoJ 14 octobre 2010, C-280/08 P.

³² CJUE, 10 juillet 2014, C-295/12 P, *Telefónica SA*.

2.1.1.1 DROIT DES AIDES D'ÉTAT

À la suite de la crise de 2008, alors qu'en Europe les concurrents de Peugeot-Citroën traquaient la moindre aide donnée au groupe PSA pour la dénoncer à la Commission européenne, l'État américain soutenait sans contrainte General Motors (GM) à hauteur de 50 milliards \$!

Le Trésor américain a récupéré, dans cette opération, 60,8% du capital de GM et a imposé un plan de restructuration drastique. GM a dû fermer 16 usines sur 47, a dû céder de nombreuses marques (notamment Saab, Hummer, Pontiac, Saturn) et 11 000 postes ont été supprimés aux États-Unis.

Très vite, GM s'est redressée et a commencé à réembaucher. Dès 2010-2011, l'entreprise a enregistré des bénéfices record – elle est devenue le groupe industriel le plus rentable du monde (pendant une année) et, en 2011, le premier constructeur automobile au monde³³.

Une telle aide d'État de 50 milliards \$, mise en place dans des délais record, accompagnée d'une nationalisation³⁴ et octroyée dans un marché extrêmement concurrentiel³⁵, n'aurait sans doute pas été possible en Europe, car contraire aux règles découlant des articles 107 et 108 du Traité.

L'étude de ce cas nous amène naturellement à préciser le cadre juridique du droit des aides d'État de part et d'autre de l'Atlantique.

2.1.1.2 ANALYSE COMPAREE DU DROIT DES AIDES D'ÉTAT EN EUROPE ET AUX ÉTATS-UNIS

C'est dans le domaine du droit des aides d'État que l'on perçoit le mieux la différence radicale de gouvernance économique entre les États-Unis et l'Europe.

Quelle est la situation aux États-Unis ? Le thème n'est absolument pas étudié, car il n'y a pas de contentieux. Apparemment, la question ne fait pas débat. Comment peut-on envisager de faire du commerce avec un partenaire aussi puissant et qui n'obéit pas aux mêmes règles du jeu ? Nous n'avons ainsi trouvé qu'un article qui traite de la question³⁶.

Abraham Bell et Gideon Parchomovsky commencent leur analyse en montrant l'importance de fait des aides d'État aux États-Unis, qu'ils appellent les *givings* (par opposition à l'expropriation, *takings*). Il n'y a en effet pas de fondement textuel à l'interdiction des aides dans la Constitution américaine, le cinquième amendement de la Constitution ne fait que garantir l'indemnisation des expropriations. Pour ces auteurs, le fondement d'une interdiction des aides serait à rechercher du côté du fondement de l'interdiction des expropriations. L'exemple qu'il développe est celui d'une expropriation opérée au bénéfice d'une entreprise : dans l'affaire *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit* (304 N.W.2d 455 [Mich. 1981]), la ville de Detroit avait procédé à des expropriations au bénéfice de General Motors, l'expropriation fut jugée légale mais les auteurs estiment que l'issue eût pu être différente avec une interdiction des aides. Ils continuent leur argumentation par un recours à l'analogie : l'interdiction des expropriations a ainsi pour but d'empêcher une faction de s'enrichir au

³³ Avec 9,02 millions de véhicules en 2011, 8% de plus qu'en 2010. GM a perdu ce premier rang depuis.

³⁴ Depuis l'état américain a revendu ses parts dans GM ; dans l'opération, l'état US a perdu 11,2 milliards de dollars, mais a sauvé un pan entier de l'industrie américaine qui aurait été dévastée en cas de liquidation de GM.

³⁵ Ford et les autres principaux concurrents de GM n'ont pas été aidés.

³⁶ V. A. BELL, Gideon PARCHOMOVSKY, *Givings*, Yale Law Journal, Vol. 111, No. 3 (Dec., 2001), pp. 547-618.

détriment de la collectivité. Or, si le but de la prohibition des expropriations est d'empêcher l'enrichissement de quelques-uns au détriment de tous, tel serait aussi la prohibition des aides. Dernier argument avancé par ces auteurs : l'équité et l'efficacité, qui justifient l'interdiction de l'expropriation, peuvent aussi fonder une prohibition des aides.

Curieusement, ces auteurs n'utilisent pas l'exemple européen pour développer leur argumentation. Le fondement de l'interdiction des aides en droit européen n'est pas à rechercher du côté de l'expropriation, il est à rechercher du côté de l'égalité : un critère de l'aide en droit de l'Union est la faveur sélective accordée à une entreprise au détriment des concurrents. En droit administratif français, la prohibition des aides procède de la protection des deniers publics et du droit de propriété publique. Sur ce dernier point d'ailleurs, on remarque que le fondement textuel sur lequel le Conseil constitutionnel s'appuie pour prohiber la vente de biens publics à un prix inférieur à leur valeur est l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, lequel protège la propriété privée des expropriations³⁷.

Il y a cependant une jurisprudence qui permet de réguler les aides des États aux entreprises poursuivant des fins d'intérêt privé. La grande majorité des États possèdent en effet une disposition dans leur Constitution connue sous le nom « d'exigence d'intérêt public » (*public purpose requirement*). Par exemple, la Constitution de l'État de New York dispose que « *les deniers de l'État ne pourront être donnés, prêtés ou servir à aider une société ou une association, ou une entreprise privée* » (article 7 § 8). Ces dispositions datent du XIXe siècle et constituent une réaction contre les aides massives accordées à l'époque pour la construction des services publics en réseau, si bien qu'à l'époque neuf États firent défaut et quatre annulèrent tout ou partie de leur dette.

Mais, de l'avis de la doctrine, ces dispositions n'ont jamais réellement empêché les aides d'État aux entreprises privées, car l'intention ayant présidé à l'adoption de ces articles dut céder face à la crise des années trente, notamment, crise pendant laquelle les États ont massivement subventionné des industries privées³⁸. À la fin du XXe siècle, les « *tribunaux des États ont étendu le champ des buts d'intérêts publics susceptibles de faire l'objet d'une aide de l'État, si bien que la presque totalité des Cours suprêmes des États avait reconnu la légalité d'au moins un type de programme économique impliquant une assistance directe à des entreprises particulières (des subventions, des prêts à intérêts bonifiés, et des réductions d'impôts)* »³⁹. Les positions européennes et américaines ne peuvent donc être plus différentes.

Pourquoi n'y a-t-il pas de contrôle des aides d'État aux États-Unis, alors même que ces aides sont très importantes ? Aux États-Unis, on estime que c'est le processus démocratique qui doit corriger ce problème. Tout porte à croire que la question de la protection des deniers publics n'est pas une question aux États-Unis. Le droit de *common law* de manière générale ne s'intéresse pas à la propriété publique et au bien commun, et ce point est reflété dans l'absence de prohibition des aides.

Au terme de cette analyse, on voit bien que sur de nombreux points, la manière dont les États-Unis et l'Europe encadrent l'intervention de l'État dans l'économie est profondément divergente et pourrait causer un préjudice aux Européens en les privant de moyens de droit pour faire respecter un principe d'équité entre les acteurs économiques qui ne doivent pas bénéficier d'avantages indus par la puissance publique

³⁷ V. Décision dite Privatisation de 1986.

³⁸ V. R. BRIFFAULT, *Disfavored Constitution: State Fiscal Limits and State Constitutional Law* 34 Rutgers L.J. 907 (2002-2003), spéc. p. 912.

³⁹ V. R. BRIFFAULT, *Disfavored Constitution: State Fiscal Limits and State Constitutional Law*, préc., p. 913.

On retrouve le même problème avec la Chine, à un degré, évidemment, bien supérieur.

2.1.2 LA CHINE AIDE SES CHAMPIONS NATIONAUX SANS CONTRAINTE

La Chine soutient sans contrainte ses champions nationaux qui — du fait de ces aides étatiques — exercent une concurrence déloyale sur les marchés mondiaux et notamment à l'égard des groupes européens.

C'est ainsi que le Wall Street Journal affirme dans un article du 25 décembre 2019, que Huawei a bénéficié de quelques 75 milliards de dollars d'aides d'Etat, sous forme d'allègements fiscaux, financements et ressources étatiques bon marché, ce qui lui a permis de devenir le premier équipementier mondial des télécoms⁴⁰. Huawei conteste avoir reçu de telles subventions.

L'aide financière apportée par l'État chinois aux grands groupes nationaux est indéniable. Elle peut prendre la forme de subventions, d'augmentation de capital, de prêts de banques d'État, etc. Elle peut aussi prendre des aspects plus déguisés difficilement identifiables par les acteurs européens et, notamment la Commission européenne qui manque souvent de preuve. C'est ainsi que certains auteurs ont suggéré de doter la Commission d'un véritable service d'intelligence économique⁴¹.

La subtilité de l'aide chinoise peut être illustrée par le développement de la société CATL qui, grâce au soutien du gouvernement chinois, est devenue le plus grand fabricant au monde de batteries pour véhicules électriques (par la capacité de production installée)⁴².

La batterie électrique représente entre 30 et 40% du coût d'un véhicule électrique ("VE"), celui qui maîtrise ce composant essentiel exerce une emprise significative sur le secteur. Or, selon certaines prévisions, les VE devraient représenter, en 2040, 57% des ventes de véhicules passagers et 30% de la flotte mondiale de véhicules⁴³.

En 2013, CATL, qui fabriquait des batteries d'une qualité inférieure, était fortement concurrencé en Chine par les fabricants de batteries coréen, LG Chem et japonais, Panasonic⁴⁴. En 2015, le gouvernement chinois a annoncé aux constructeurs automobiles qu'ils ne pourraient vendre leur VE en Chine avec les subventions prévues, que si ces VE étaient équipés de batteries chinoises. Les constructeurs automobiles établis en Chine (groupes internationaux et chinois) ont arrêté d'acheter leurs batteries à LG Chem et à Panasonic notamment. CATL a fini par construire d'énormes usines en Chine et a, peu à peu, comblé son retard technologique jusqu'à se hisser dans le peloton de tête des fabricants mondiaux de batteries électriques. CATL vend également ses batteries en Europe.

La mesure chinoise, consistant à conditionner l'octroi des subventions pour l'achat de VE à la présence de batteries de producteurs chinois, n'aurait pas pu être transposée en Europe. En effet, la préférence nationale est incompatible avec les règles européennes sur les aides d'État.

⁴⁰ Article du Wall Street Journal du 25 décembre 2019, repris dans l'Opinion du 26 décembre 2019 « Comment l'Etat chinois a financé l'essor mondial de Huawei ».

⁴¹ Les Echos du 6 novembre 2019, Tribune de François Brunet et Patrice Gassenbach, « *Il faut doter Bruxelles d'un vrai service d'intelligence économique* ».

⁴² L'Opinion/WallStreet Journal, 5 novembre 2019, « *Véhicules électriques : cette firme chinoise qui a la mainmise sur les batteries* »

⁴³ Bloomberg New Energy Outlook report.

⁴⁴ Il n'y a pas de fabricants européens de batteries pour VE (pour l'instant)

Par ailleurs, l'application du contrôle des concentrations en Chine est « à géométrie variable ». Il s'applique (presque) normalement, et parfois avec sévérité, aux groupes étrangers⁴⁵ et aux groupes privés chinois. Il s'applique peu (ou pas) aux entreprises étatiques chinoises⁴⁶. Selon une étude portant sur les années 2008 à 2013, seulement 15% des concentrations notifiées en Chine concernaient des rapprochements entre des sociétés purement chinoises, alors que 45% concernaient des concentrations entre des sociétés non-chinoises. Par comparaison, sur la même période, 47% des concentrations notifiées à la Commission européenne concernaient des sociétés purement européennes, tandis que 16% concernaient des rapprochements entre des groupes non-européens.⁴⁷

Les groupes industriels publics, relevant du gouvernement central, sont soumis — en théorie — au contrôle des concentrations. Mais en pratique, quand deux groupes publics fusionnent, il arrive qu'ils se dispensent de notification à l'autorité de concurrence chinoise. Ainsi la fusion entre les deux géants des télécoms China Unicom et China Telecom en 2009 n'a pas été notifiée.

Sur la base de purs critères de droit de la concurrence, on se demande comment les deux groupes ferroviaires chinois CSR et CNP ont pu créer le leader mondial CRRC, dont il a tant été question dans le cadre de l'affaire Alstom/Siemens⁴⁸. Cette concentration a été autorisée par le MOFCOM⁴⁹ mais semble-t-il sur la base de « *l'intérêt national* » et donc sur le fondement de critères de politique industrielle.

De même, la fusion entre deux géants de la construction navale, « China Shipbuilding Industry Corporation » (CSIC) et « China State Shipbuilding Corporation » (CSSC) a été approuvée le 25 octobre 2019 par le SASAC⁵⁰ et la fusion entre deux géants de l'industrie chimique « Chem China » et « Sinochem » est en cours.

Ces concentrations géantes sont décidées au plus haut niveau de l'État. L'Autorité chinoise de la concurrence⁵¹ statue sur ces transactions avec des critères d'« intérêt national » et de « politique industrielle » qui complètent les purs critères de concurrence et ne peut, *de facto*, s'opposer à la volonté du gouvernement central.

Nous avons donc vu à quel point le droit européen de la concurrence met l'Union dans une position défavorable pour mener une politique industrielle ambitieuse face à ses concurrents. Comment en sommes-nous arrivés là ? Comment en sommes-nous arrivés à abdiquer toute ambition européenne en matière de politique industrielle ? Il faut largement attribuer cela au caractère « constitutionnel » du droit de la concurrence en Europe, qui n'a pas d'équivalent ailleurs.

⁴⁵Voir le projet d'acquisition de NXP (Pays-Bas) par Qualcomm (USA), abandonné faute d'avoir obtenu l'autorisation des autorités chinoises.

⁴⁶Ces entreprises étatiques représentant entre 25 et 30% de la production industrielle chinoise.

⁴⁷ M. MARINIELLO, « *The Dragon Awakes: Is Chinese Competition Policy a Cause for Concern?* », Bruegel Policy Contribution, 2013/2014.

⁴⁸ CRRC a été mentionné comme un concurrent potentiel en Europe, propre à éviter la domination du nouveau groupe Alstom/Siemens.

⁴⁹ Remplacé en 2018 par le SAMR.

⁵⁰ *Assets Supervision and Administration Commission* du Conseil d'État chinois

⁵¹ Maintenant le SAMR remplaçant le MOFCOM.

2.2 LA PRIMAUTE DU DROIT DE LA CONCURRENCE SUR LA POLITIQUE INDUSTRIELLE EN EUROPE

Le droit de la concurrence européen, qui était un « droit émergent » dans les années 1970-80 est devenu un « droit dominant » au début de XXIème siècle.

Le droit de la concurrence est relativement récent⁵², le premier règlement d'application des articles 101 et 102 date de 1962, le règlement instituant le contrôle des concentrations de 1989. Le premier règlement de procédure en matière d'aide d'État date de 1999.

Toutefois, ce droit est peu à peu devenu dominant en raison du principe de primauté du droit européen sur les droits nationaux et des larges pouvoirs de la Commission européenne en matière de concurrence, qui n'ont d'ailleurs pas cessé d'être élargis avec le soutien actif de la jurisprudence de la Cour de Justice européenne.

Les articles 101 à 109 du Traité relatifs au droit de la concurrence donnent d'importants pouvoirs à la Commission : pouvoirs de sanctions des ententes et abus de position dominante, pouvoir d'ordonner la récupération des aides d'État, etc.

En revanche, l'article 173 du Traité qui évoque des politiques industrielles de l'Union ne confère pas de pouvoirs directs à la Commission. Comme dans les autres domaines, ce sont le Conseil et le Parlement européen qui décident, la Commission n'ayant qu'un pouvoir de coordination. En outre, l'article 173 précise *in fine* que toute mesure de politique industrielle ne saurait « entraîner des distorsions de concurrence ».

Il est donc clair, au vu de ces articles du Traité, qu'une éventuelle politique industrielle européenne est subordonnée à la politique de concurrence.

De même, toute loi et toute mesures nationales sont subordonnées aux décisions de la Commission en matière de concurrence, en raison du principe de primauté. Le fait qu'en 2007, à la suite du Traité de Lisbonne (et à la demande de la France représentée par Nicolas Sarkozy), la « concurrence libre et non faussée ne soit plus un objectif de l'Union européenne⁵³ » n'a pas changé grand-chose. La Cour de Justice, invoquant le protocole n°27 annexé au Traité de Lisbonne, a précisé dans ses arrêts⁵⁴ que cette « rétrogradation » ne modifiait pas la poursuite de l'application des règles de concurrence telle qu'elle existait avant le Traité de Lisbonne.

2.2.1 COMMENT EN EST-ON ARRIVE LA ?

Pendant la négociation du Traité en 1956-57, les règles de concurrence étaient défendues principalement par l'Allemagne, imprégnée de pensée ordo-libérale, traumatisée par l'expérience des cartels sous le régime nazi et prévoyant d'adopter le droit de la concurrence national le plus avancé en Europe⁵⁵. Pendant la négociation du Règlement d'application 17/62 en 1962, la France privilégiait ses intérêts agricoles (adoption de la Politique agricole commune (PAC) le 14 janvier 1962) et donnait certaines contreparties à l'Allemagne dans le domaine de la concurrence⁵⁶.

⁵² Par rapport au droit de la concurrence américain, par exemple.

⁵³ Voir Art. 3§3 du Traité sur l'Union Européenne.

⁵⁴ Voir notamment, Arrêt CJUE du 17 février 2011, C-52/09, points 20 à 22.

⁵⁵ Laurent Warlouzet, *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, n°3 p.729 et 730 – La Concurrence, Olivier Freget, Editions Odile Jacob, 2015.

⁵⁶ Warlouzet, *Ibid.*, p. 731

La politique de concurrence pouvait dès lors se développer indépendamment de la politique industrielle et avec une voix seulement consultative des États membres. Durant la négociation du règlement Concentration en 1989, de nombreuses voix s'étaient élevées, notamment en France, pour qu'une concentration restrictive de concurrence puisse être « sauvée » par des considérations de « politique industrielle » comme, par exemple, compétitivité internationale, sauvegarde de l'emploi.

Le Commissaire à la concurrence de l'époque, Sir Leon Brittan⁵⁷, et plusieurs États membres, dont le Royaume-Uni, ont bataillé ferme pour que le règlement Concentration ne contienne pas de référence à la « politique industrielle »⁵⁸, ce qui fut le cas dans le texte adopté le 21 décembre 1989. Lors de la révision de ce règlement Concentration en janvier 2004, aucune référence à la « politique industrielle » n'a été introduite et le test de compatibilité d'une concentration figurant à l'article 2 du règlement est resté purement concurrentiel.⁵⁹

On voit donc que lors de l'adoption du Traité, du règlement 17/62 et du règlement Concentration - à l'unanimité des États membres pour les trois textes - les critères de concurrence ont toujours supplanté ceux de « politique industrielle ». Dans divers arrêts, la Cour de Justice a tiré les conséquences de ces dispositions issues d'un marchandage politique.

Ceci semble être dû au fait qu'un certain consensus s'est formé entre les États membres au sujet de la politique de concurrence, alors qu'il n'y avait pas de consensus en matière de politique industrielle, ni de volonté de déléguer des pouvoirs à la Commission européenne en la matière.

Ce déséquilibre entre le droit de la concurrence et les objectifs de politique industrielle a été récemment illustré par l'affaire Alstom/Siemens, qui peut être résumée comme un choix entre, d'une part, permettre la création d'un leader du ferroviaire qui serait en position de concurrencer plus efficacement le géant chinois CRRC sur les marchés asiatiques, américains ou africains ou, d'autre part, protéger les consommateurs européens contre un pouvoir de marché trop important sur certains marchés européens. Il convient de se demander si, compte tenu des termes du Traité, du règlement Concentration et des Lignes directrices, la Commission aurait pu faire autrement.

2.2.2 QUELLE SOLUTION ?

Pour introduire plus de critères de « Politique industrielle », il faudrait un « rééquilibrage » du Traité et du règlement Concentration qui ne peuvent être modifiés qu'à l'unanimité des États membres. Pour obtenir un équilibre entre politique industrielle et politique de concurrence en Europe, il faudrait soit élever la politique industrielle au même niveau juridique que les dispositions de concurrence, soit rétrograder les règles de concurrence à un niveau inférieur.

Dans le premier cas, l'article 173 du Traité devrait être modifié et complété pour donner les moyens à la Commission de promouvoir une véritable politique industrielle européenne.

Le droit de la concurrence ne cède le pas que devant d'autres politiques ayant un statut égal ou supérieur dans la hiérarchie du Traité. C'est ainsi que la Cour de Justice, dans une rare décision⁶⁰, n'a pas imposé la primauté des règles de concurrence en matière agricole. Mais ceci

⁵⁷ Voir the Early Days of EC Merger Control dans EC Merger Control: Ten Years On, IBA, 2000

⁵⁸ BUHART et HENRY, Industrial Policy...and Siemens/Alstom, Concurrences, n°2 – 2019, §3, 6

⁵⁹ L'art. 2(i)(b) du Règlement 139/2004 vise cependant « l'évolution du progrès technique et économique » toutefois il est ajouté juste après ces mots « pour autant que celle-ci [...] ne constitue pas un obstacle à la concurrence »

⁶⁰ Voir Arrêt « Endives » de la CJUE, du 14 novembre 2017, affaire C-671/15

uniquement parce que les articles 39 à 44 du Traité limitent l'application des règles de concurrence dans le secteur agricole. Ainsi l'article 42 du Traité reconnaît la primauté de la politique agricole commune (« PAC ») sur le droit de la concurrence dans les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs. Il n'existe pas, actuellement, de dispositions identiques concernant les objectifs de politique industrielle européenne. En matière de service public, le Traité et la Cour tentent d'établir un équilibre entre les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général et le droit de la concurrence, car le Traité lui-même en a décidé ainsi.

2.2.3 LA COMMISSION UTILISE-T-ELLE LES INSTRUMENTS DU DROIT DE LA CONCURRENCE POUR ATTEINDRE DES OBJECTIFS ETRANGERS A CE DROIT, ET NOTAMMENT DES OBJECTIFS DE POLITIQUE INDUSTRIELLE ?

La Commission européenne a essentiellement un pouvoir de proposition d'actes législatifs ou réglementaires qui sont adoptés par le Conseil et le Parlement européen. Elle ne dispose de pouvoirs directs qu'en matière de politique agricole commune, de politique commerciale et politique de concurrence.

En matière de concurrence, la Commission peut prendre des décisions directes sanctionnant les entreprises, imposant la cessation d'infraction ou ordonnant le remboursement d'aides d'État. Elle dispose aussi d'une compétence exclusive en matière de concurrence⁶¹. Ceci explique la puissance de la DG COMP et le fait que le Commissaire à la concurrence est souvent perçu comme la personnalité la plus puissante du Collège, au moins en matière économique, à parité avec le/la Président(e).

L'ensemble de ces pouvoirs a eu pour conséquence que les instruments du droit de la concurrence et, en particulier, les règles sur les aides d'État ont été utilisés pour mener des politiques paneuropéennes dans plusieurs secteurs, notamment dans le domaine bancaire et dans celui de l'énergie, et pour réaliser une certaine harmonisation fiscale en éliminant les « *tax rulings* » les plus agressifs. Ils ont été aussi utilisés, dans une certaine mesure, pour mettre en œuvre un embryon de politique industrielle au niveau européen

2.2.3.1 L'UTILISATION DES REGLES D'AIDES D'ÉTAT POUR HARMONISER CERTAINES REGLES BANCAIRES

Pendant la « crise bancaire » qui a éclaté en 2007-2008, le besoin s'est fait sentir d'un régulateur au niveau européen, qui n'existait pas à l'époque. La DG COMP a joué ce rôle en utilisant ses pouvoirs en matière d'aide d'État car les États membres ont été amenés à intervenir pour sauver les banques dans le but de restaurer la confiance dans le système bancaire et éviter une crise systémique. Toutes les mesures de soutien et toutes les aides accordées par les États ont dû être approuvées par la Commission européenne sur la base de l'article 108 du Traité relatif à la procédure en matière d'aide d'État. Dans ce cadre, 112 banques européennes ont reçu des aides d'État ; soit 30% du système bancaire européen (en actifs). Les aides en numéraire ont représenté 5,4% du PIB de l'Union (671 milliards €) et les aides en garanties 10,3% du PIB (1288 milliards €)⁶².

⁶¹ Article 3(1)(b) du Traité.

⁶² Competition State aid brief, Commission européenne, février 2015 (« State aid to European banks »)

La Commission a examiné et autorisé toutes ces aides (peu d'aides ont été interdites, car les États membres ont accepté les conditions imposées par la Commission). On observe que les décisions de la Commission, qui a dû adapter ses règles à la situation des banques et établissements financiers en faillite, ont été prises très rapidement et parfois en quelques jours ; alors qu'avant la crise les procédures impliquant d'importantes aides d'État s'étendaient en général sur plus d'un an.

De plus, des règles édictées dans cette période sont devenues applicables sur tout le territoire européen. C'est ainsi qu'entre 2008 et 2011, la Commission a publié 7 communications ou lignes directrices sur l'application des règles d'aides d'État aux mesures prises par les États membres, en faveur des établissements financiers dans le contexte de la crise financière.

La Commission a précisé les conditions des restructurations financières des banques et les modalités du rétablissement de leur viabilité, allant jusqu'à imposer des critères stricts concernant la rémunération des dirigeants des banques recevant des aides d'État⁶³. On note ainsi que pendant cette période, la Commission a joué - *de facto* - le rôle d'un régulateur bancaire paneuropéen définissant les mesures de redressement acceptables, les critères de viabilité des banques, les rémunérations maximales pouvant être perçues par les dirigeants de banques aidées. La Commission a mis en place une politique industrielle applicable au secteur bancaire. Par la suite, l'Union, sur la base des propositions de la Commission, a adopté de nombreuses directives destinées à assainir le secteur bancaire et à éviter, autant que possible, une nouvelle crise financière.

2.2.3.2 L'UTILISATION DES REGLES DES AIDES D'ÉTAT POUR REFORMER LE SECTEUR DE L'ÉNERGIE.

Près de 60% de toutes les aides accordées en Europe à l'industrie et aux services sont destinées à la protection de l'environnement, à l'efficacité énergétique et à la production d'énergie renouvelable (« l'électricité verte » essentiellement)⁶⁴. Elles sont examinées et approuvées en fonction des critères fixés par la Commission, notamment dans ses Lignes directrices⁶⁵. Cela l'a amené à adopter une « Politique industrielle » paneuropéenne qui vise à favoriser les aides aux « bonnes » sources d'énergie (« verte ») et à dissuader le soutien aux énergies polluantes. Le caractère directif des orientations paneuropéennes dans le secteur de l'énergie peut être illustré par les décisions de la Commission en matière de « mécanismes de capacité », instaurées par les autorités publiques pour garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et s'assurer que la fourniture d'électricité réponde à tout moment à la demande à moyen et court terme. La Commission a imposé dans ce domaine sa propre vision aux États membres qui n'ont pas toujours partagé le point de vue de Bruxelles.

Le 7 février 2018, la Commission a simultanément autorisé six mécanismes de capacité dans le secteur de l'électricité pour garantir la sécurité d'approvisionnement en Allemagne, en Belgique, en France, en Grèce, en Italie et en Pologne⁶⁶. Ces mécanismes de capacité négociés avec la Commission concernent six États représentant plus de la moitié de la population de l'Union. La Commission a demandé aux États membres de modifier leurs projets lorsque ces

⁶³ Communiqué de Presse de la Commission du 10 juillet 2013, IP/13/672

⁶⁴ Production of Green electricity, par Phedon NICOLAIDES, State aid blog, 22 octobre 2019 ; selon le «*State Aid Scoreboard 2018*», 53% des aides accordées en 2017 (hors agriculture) ont été attribuées pour la protection de l'environnement et l'efficacité énergétique ;

⁶⁵ Voir notamment lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 (2014/C 200/01).

⁶⁶ Voir décisions du 7 février 2018 et communiqué de presse du 7 février 2018, IP/18/682.

derniers ne répondaient pas aux critères qu'elle a fixés.⁶⁷ On observe ainsi que dans ce domaine, comme en général dans le domaine de l'énergie renouvelable, la Commission a joué le rôle d'un régulateur européen du secteur de l'énergie.

2.2.3.3 L'UTILISATION DES REGLES D'AIDES D'ÉTAT POUR LUTTER CONTRE LES « TAX RULINGS » LES PLUS AGRESSIFS.

La Commission tente, depuis des décennies, d'harmoniser certains aspects de la fiscalité directe dans les États membres, pour éviter des surenchères fiscales dont la presse se fait l'écho et qui scandalisent l'opinion publique dans les plus grands pays européens.

Jusqu'à présent, les tentatives d'harmonisation de la Commission ont été vouées à l'échec et cela risque de persister. En effet, aucun progrès n'est enregistré en matière d'harmonisation des règles de fiscalité directe parce que toute réforme en la matière doit être adoptée à l'unanimité et qu'il y a toujours un ou plusieurs États membres pour bloquer toute évolution⁶⁸.

Afin de contourner (en partie) cet obstacle, la Commission a imaginé d'utiliser les règles sur les aides d'État pour attaquer les « *tax rulings* »⁶⁹ les plus agressifs dans certains États membres.

C'est ainsi qu'elle a déjà adopté huit décisions condamnant des « *tax rulings* » et imposant à des grands groupes de restituer les aides reçues au moyen de ces avantages fiscaux discriminatoires et créateurs de distorsions de concurrence au sein du marché européen. La décision la plus emblématique est celle qui a imposé au groupe Apple de rembourser 14,3 milliards € (avec intérêts) à l'Irlande⁷⁰.

La Commission a ouvert douze procédures d'aide d'État⁷¹ contre les avantages fiscaux reçus par cinq groupes au Luxembourg, trois groupes aux Pays-Bas, un groupe en Irlande (Apple) et contre les régimes belge⁷², britannique et de Gibraltar en faveur des multinationales. En appel, devant le Tribunal de l'Union, la Commission a déjà perdu deux fois (régime belge et Starbucks) et a gagné une fois (Fiat).

Mais la Commission a essentiellement gagné son pari politique puisque l'Irlande, le Luxembourg et surtout les Pays-Bas ont réformé leur législation fiscale pour aménager les dispositions qui avaient permis l'adoption des « *tax rulings* ». Ainsi elle a effectué, indirectement, une véritable harmonisation de la fiscalité directe en Europe en obtenant la suppression des dispositions fiscales les plus agressives destinées à attirer l'installation des multinationales dans certains pays à la taxation clémente.

Pour résumer, ce qu'elle n'a pas pu obtenir selon les règles du Traité, qui ne peuvent être modifiées qu'à l'unanimité des États membres, en matière de fiscalité directe, elle a pu

⁶⁷ Notamment : appels d'offres ouverts à tout type de fournisseurs de capacité, dispositions permettant aux fournisseurs de capacité d'autres États membres de participer, etc...

⁶⁸ Les pays qui appliquent des taux de taxation directe souvent très intéressants pour les multinationales et qui ont intérêt à un statu quo, sont notamment : l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas.

⁶⁹ « Rescrits » en français. Il s'agit essentiellement d'accords des autorités nationales sur des schémas fiscaux présentés par des multinationales.

⁷⁰ Décision de la Commission du 30 août 2016, recours devant le Tribunal UE pendant.

⁷¹ Neuf de ces procédures ont abouti à des décisions, 3 sont en cours.

⁷² A la suite de l'annulation de la décision de la Commission concernant le régime belge par le Tribunal de l'UE, la Commission a ouvert des procédures contre les 39 aides reçues en Belgique par 39 multinationales sur la base de dispositions fiscales identiques (Communiqué de presse de la Commission du 16 septembre 2019, IP/19/5578).

l'obtenir, en partie seulement, au moyen de l'utilisation des règles d'aides d'État inscrites dans le chapitre « *les Règles de Concurrence* » du Traité.

Ces différents exemples illustrent l'utilisation par la Commission de ses pouvoirs en matière de concurrence et, en particulier, en matière d'aide d'État en décidant quelles sont les « bonnes » et « mauvaises » aides - pour modeler ou recomposer certains secteurs de l'économie. Ceci n'est pas nouveau, elle avait déjà dans le passé utilisé l'instrument des aides d'État pour mener une politique industrielle européenne notamment dans les secteurs de l'acier, du charbon et de la construction navale.⁷³

La Commission a récemment exprimé le souhait d'utiliser ses pouvoirs en matière d'aides aux Projets Importants d'Intérêt Européen Commun⁷⁴ (« PIIEC ») pour mener une politique industrielle ambitieuse dans plusieurs domaines de haute technologie⁷⁵. A tel point qu'on peut se demander si le « Commissaire à la concurrence » ne devrait pas aussi s'appeler « Commissaire à l'industrie » ?

Mais il convient de s'interroger sur cette méthode. La Commission n'ayant pas été dotée de pouvoirs directs en matière de politique industrielle, elle utilise ses importants pouvoirs paneuropéens dans le domaine des aides d'État, afin de poursuivre des objectifs de politique industrielle⁷⁶. Cela pourrait être vu comme un pis-aller mais cela révèle surtout comme un dysfonctionnement pour remédier aux déficiences du processus décisionnel européen. Dans ces conditions et s'il existe (apparemment) un accord sur les objectifs — qui devraient être définis par le Conseil au niveau européen — ne serait-il pas temps de donner à la Commission plus de compétences en matière industrielle ?

Par ailleurs, la Commission s'est-elle dotée d'un organe indépendant pour évaluer la pertinence de ces projets, sur le modèle des agences qui existent aux États-Unis ou en Corée dans ce domaine ?

N'est-il pas temps de réaliser une clarification en donnant des pouvoirs renforcés, et si possible « directs », à la Commission pour mener la politique industrielle dont les objectifs seront déterminés par le Conseil ?

⁷³ Voir notamment “The Interplay Between Industrial Policy and State Aid: Natural Continuation or Strange Bedfellows?” par Pim Jansen, *European State Aid Law Quarterly*, EStAL 4/2016 p. 575.

⁷⁴ Communication du 20/06/2014, JOUE C188/4.

⁷⁵ Voir notamment “Strengthening Strategic Value Chains for a future-ready EU Industry”, Report of the Strategic Forum for Important Projects of Common European Interest, European Commission, 5 novembre 2019.

⁷⁶ L'approbation du PIIEC batteries le 9 décembre 2019 par la Commission a été qualifié de « *premier succès d'une ambitieuse politique industrielle européenne* » par Peter ALTMAIER, le Ministre de l'Economie allemand (*Financial Times*, 10 décembre 2019)

3 LE MANQUE D'AMBITION DE LA PLUPART DES PROJETS DE REFORME (MODIFICATIONS À DROIT CONSTANT)

L'interdiction de la concentration Alstom/Siemens, le 6 février 2019, a provoqué de nombreuses réactions de la part d'entreprises, de spécialistes de la concurrence (juristes et économistes), d'hommes politiques. Nous examinerons dans cette partie les principales suggestions de modifications « à droit constant », c'est-à-dire sans modification -à l'unanimité des États membres - du Traité ou du règlement Concentration⁷⁷, qui ont été proposées dans des rapports, articles et autres communiqués.

Moins de deux semaines après l'interdiction Alstom/Siemens le 19 février 2019, les ministres allemand et français de l'Économie ont publié un « *Manifeste franco-allemand pour une politique industrielle européenne adaptée au XXIème siècle* »⁷⁸. Ce manifeste propose des modifications aux règles sur le contrôle des concentrations et les aides d'État. Il fait suite à une déclaration commune du 18 décembre 2018, de dix-huit États membres regroupés dans le cadre des « Amis de l'Industrie »⁷⁹, qui appelaient déjà à la mise en place d'une politique industrielle et à certaines modifications des règles de concurrence. Le discours de Bruno Le Maire à l'OCDE le 3 juin 2019 précise les souhaits du gouvernement français⁸⁰. La Pologne s'est jointe à l'initiative franco-allemande le 4 juillet 2019 et les trois pays ont publié un communiqué « *pour une politique de concurrence modernisée* »⁸¹. Ces prises de position ont été confirmées et développées par la suite par les ministres français, souvent en association avec l'Allemagne⁸².

En outre, de nombreuses études, prises de position, articles ont été publiés essentiellement sur les règles du contrôle de concentration, mais aussi sur les aides d'État et la procédure. Ce sont ces propositions de modifications que nous résumerons et examinerons, pour autant qu'elles ne requièrent pas de modifications du Traité ou du Règlement Concentration.

⁷⁷ Règlement n°139/2004 du Conseil, JOUE du 29/01/2004, L24 p1.

⁷⁸ Bruno LE MAIRE et Peter ALTMAIER, « Manifeste franco-allemand pour une politique industrielle européenne adaptée au XXIème siècle », 19 février 2019, Paris.

⁷⁹ Final declaration, Friends of the Industry, 6th Ministerial Meeting, 18th of December 2018, Paris.

⁸⁰ Anne PERROT, Victor BLONDE, « Les politiques de concurrence et les intérêts stratégiques de l'Union Européenne », Inspection générale des finances (IGF) et Conseil Général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, avril 2019.

⁸¹ Jadwiga EMILEWICZ, Bruno LE MAIRE, Peter ALTMAIER, « Pour une politique européenne de la concurrence modernisée, Communiqué de presse du ministère de l'Économie et des Finances », 4 juillet 2019.

⁸² Discours de Bruno Le MAIRE au Bruegel Institute (Eurozone agreement...), 8 juillet 2019 ; 50^e Conseil franco-allemand, communiqué de presse Ministère de l'économie n°1429, 19 septembre 2019 et Franco-German priorities for the next European institutional cycle on economic, financial and trade matters ; Amis de l'industrie, communiqué de presse Ministère de l'économie n°1462, 4 octobre 2019.

3.2 PROPOSITION DE MODIFICATION DANS L'APPLICATION DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS EUROPEEN

3.2.3 MODIFIER L'HORIZON TEMPOREL ET GEOGRAPHIQUE DE LA DEFINITION DE MARCHES

Il s'agirait essentiellement de modifier la communication de la Commission sur la « définition du marché en cause » qui date de décembre 1997⁸³ — le monde ayant bien changé depuis la fin des années 1990 — et de modifier les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales du 5 février 2004⁸⁴.

3.2.3.1 L'HORIZON TEMPOREL DES MARCHES

Les Lignes directrices sur les concentrations horizontales prévoient dans les paragraphes 74 et 75 que la concurrence potentielle d'un acteur qui prévoit de rentrer sur un marché ne peut être pris en compte pour « contrebalancer » le pouvoir de marché des parties à la concentration, que si cette nouvelle entrée est (i) crédible, (ii) d'une ampleur suffisante et (iii) rapide. Sur ce dernier point, la Commission précise au paragraphe 74 que l'entrée doit (normalement) intervenir dans les deux ans. C'est ce point qui a été très critiqué après l'interdiction Alstom/Siemens⁸⁵. Il semble nécessaire de modifier ce délai de deux ans et donc le paragraphe 74 des Lignes directrices.

Il faut toutefois souligner qu'il existe de nombreuses exceptions à ce principe et que la Commission n'a nullement appliqué ce délai de deux ans dans l'affaire Alstom/Siemens. Après la publication tardive, en septembre 2019, du texte quasi-intégral de la décision, on s'est aperçu malgré les polémiques sur ce sujet, que la Commission a examiné la possibilité pour le géant ferroviaire chinois CRRC de gagner des appels d'offre en Europe au cours des 5 années à venir et même au cours de dix années suivant la concentration⁸⁶.

Ceci dit, comme tous les économistes l'admettent, il est extrêmement difficile de prévoir l'évolution d'un marché à plus de 3-5 ans. Cela dépend essentiellement du secteur économique en cause⁸⁷. Au-delà d'un certain nombre d'années, le travail de la Commission s'apparenterait à de la divination et pourrait être contesté devant les juridictions de Luxembourg par les concurrents qui se plaignent souvent lorsque leurs compétiteurs fusionnent.

Il n'en reste pas moins que la communication sur la « définition du marché en cause » de 1997 et les Lignes directrices sur les « concentrations horizontales » de 2004 méritent une sérieuse refonte pour s'adapter aux réalités du monde actuel. La Commissaire Margrethe Vestager a d'ailleurs

⁸³ JOCE 9 décembre 1997, C372/5

⁸⁴ JOUE 5 février 2004, C31/3

⁸⁵ Voir notamment PERROT Anne, BLONDE Victor, ROPARS Axel, CATOIRE Serge et MARITON Hervé, « La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE », *Rapport de l'Inspection générale des finances & Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies*, Avril 2019, point 5 ; BUHART Jacques, FUNKE Thomas G., HEIM Mathew, HENRY David..., "Which competition and industrial policies for the new EU Commission after Siemens / Alstom?", *Revue des droits de la concurrence n°2-2019* pp.266-269, 1^{er} mai 2019, point 2 ; Ioannis Lianos, The future of competition policy in Europe, *Concurrences*, n°2, 2019 §40 ; Rapport Fondapol, recommandation n°3 ; Rapport de l'Assemblée Nationale, proposition 12.

⁸⁶ Décision Siemens/Alstom, Aff. M. 8677 du 06/02/2019 §498 p. 99.

⁸⁷ Par exemple : dans le domaine de la « construction navale » ou de la « construction d'avions », l'horizon temporel est plus long que dans les secteurs de produits technologiques ou de produits de grande consommation.

annoncé, le 9 décembre 2019, son intention de revoir et de modifier la communication de 1997 sur la « définition du marché en cause »⁸⁸

3.2.3.2 L'HORIZON GEOGRAPHIQUE DES MARCHES

Dans le cadre de l'affaire Alstom/Siemens, la définition du marché géographique retenue par la Commission a été également critiquée, beaucoup de commentateurs pensant que le marché à retenir aurait dû être le marché mondial, y compris l'Asie⁸⁹. De nombreuses voix se sont élevées pour que la Commission cesse de définir des marchés étroits -nationaux ou infranationaux et, même, européens - et retienne des marchés mondiaux lorsque les produits ou services sont vendus partout sur le « globe »⁹⁰.

Une manière d'élargir la définition des marchés géographiques serait de définir les marchés du point de vue de l'offre. Mais depuis plus d'une cinquantaine d'années, les marchés sont traditionnellement définis du point de vue de la demande⁹¹.

Ceci entraîne souvent une incompréhension de la part des dirigeants de grands groupes. Il y a souvent un *hiatus* entre l'horizon géographique pour les entreprises et pour les autorités de concurrence. C'est ainsi que dans le domaine de la téléphonie mobile, les dirigeants des grands opérateurs ont le sentiment que la concurrence se joue au niveau européen (Orange se voit comme concurrent de Deutsche Telecom, Vodafone, BT, Telefonica, Telecom Italia, KPN, etc.). Toutefois, selon la Commission, le marché reste national, essentiellement du fait des réglementations des États membres et du fait qu'un particulier ne pourra souscrire un abonnement au téléphone mobile qu'auprès d'un acteur national. Dans la mesure où le contrôle de concentration a pour objectif principal de protéger les consommateurs, il est logique que le marché soit défini du point de vue de la demande des consommateurs, que ces derniers soient des personnes physiques ou des sociétés.

Une autre critique faite à la définition traditionnelle du marché géographique, surtout après l'affaire Alstom/Siemens, est la réticence de la Commission à prendre en compte la concurrence potentielle et, en particulier, la concurrence asiatique.

Il est vrai que les conditions posées dans les Lignes directrices sur l'« appréciation des concentrations horizontales » pour admettre une concurrence potentielle sont trop restrictives⁹². Ces critères devraient être assouplis, pour prendre en considération, notamment, la puissance des groupes publics chinois.

Il serait utile à cet égard de faire des audits « *ex-post* », consistant à prendre une dizaine de décisions relatives aux concentrations de la Commission où les parties et la Commission n'étaient pas du même avis sur l'arrivée de concurrents asiatiques sur le marché et regarder cinq ou dix ans après la décision de la Commission si ces concurrents ont effectivement gagné des parts de marché en Europe⁹³.

⁸⁸ Discours à la Chilin' Competition Conference, Bruxelles, le 9 décembre 2019.

⁸⁹ La Chine, le Japon, la Corée ont été exclus du marché pertinent dans la décision Alstom/Siemens compte tenu du fait que ces marchés sont « fermés ».

⁹⁰ SELLAL Pierre, WIEGEL Michaela, GINESOTTO Nicole et BOURLANGES Jean-Louis, « La politique de concurrence de l'Union européenne », *Le nouvel esprit (podcast)*, 2019, points 1 et 3 ; HEIM Mathew, "Modernizing European Competition Policy : a brief review of Member States' proposals", *Bruegel*, 24 juillet 2019, points 6 et 7.

⁹¹ Communication du 09/12/1997 sur la « définition des marchés en cause » §13 et s.

⁹² Voir ci-dessus et §69 à 75 des Lignes directrices sur les concentrations horizontales du 5 février 2004.

⁹³ Cet exercice est suggéré dans le Rapport de l'Assemblée Nationale, proposition 10.

Cet exercice a déjà été fait en partie par des Autorités de concurrence et, semble-t-il, l'arrivée sur le marché de concurrents potentiels n'a pas toujours été confirmée⁹⁴.

Enfin, il a beaucoup été reproché à la Commission, après la décision d'interdiction de la fusion Alstom/Siemens, de ne pas avoir étudié (et d'avoir ignoré) le risque d'entrée sur le marché européen du géant chinois CRRC. Maintenant que le texte de la décision Alstom/Siemens est (enfin) disponible, on peut constater que le risque lié à l'entrée sur le marché européen de CRRC est analysé sur plusieurs pages, pour être finalement considéré comme faible.

3.2.3.3 ALLER AU-DELA DE LA DEFINITION DE MARCHES PERTINENTS : AUTRES CRITERES⁹⁵.

Dans le cadre de la politique de la concurrence, la définition de marché pertinent est un préalable nécessaire à l'analyse de tous les cas d'abus de position dominante, entente⁹⁶ ou concentration. En se référant simplement au droit français, on pourra rappeler la définition donnée par l'ancien Conseil de la concurrence, reprise explicitement dans nombre de décisions⁹⁷ : « *Un marché pertinent est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché pertinent, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché pertinent n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* ».

En dépit de l'apparente simplicité de cette définition et de la position centrale de la notion de marché pertinent dans le droit de la concurrence, les fondements analytiques de ce concept sont pour le moins flous, pour ne pas dire ambigus, ce qui suscite régulièrement d'importantes controverses lors de l'instruction des cas par les autorités de la Concurrence. Même si les travaux économiques portant sur le sujet des marchés pertinents sont nombreux, il n'est probablement pas inutile de revisiter en profondeur la « pertinence » du concept de marché pertinent du point de vue de l'analyse économique⁹⁸.

Lorsque de nombreuses données de marché sont disponibles, il n'est plus nécessaire de définir précisément les « marchés pertinents » pour évaluer le risque d'effet unilatéral d'une concentration. Cette évaluation peut être obtenue en procédant à des tests quantitatifs tels que les tests « UPP » (« *upward pricing pressure* ») ou « GUPPI » (« *gross upward pricing pressure index* »). Ces tests

⁹⁴ Voir étude commandée par la Commission européenne à l'Université d'East Anglia, Norwich, « Geographic Market Definition in European Commission Merger Control » par Amelia Fletcher et Bruce Lyons ; voir également étude ex-post de KPMG en 2017 pour l'Autorité anglaise de concurrence (CMA), où sur les 4 décisions étudiées, les prévisions d'entrée de nouveaux concurrents faites par la CMA ne se sont pas réalisées.

⁹⁵ Voir Rapport de l'Assemblée Nationale, proposition 13.

⁹⁶ A l'exception des cartels, où la « définition des marchés » n'est pas un préalable à une condamnation.

⁹⁷ La définition est reprise notamment dans les décisions suivantes : Décision n°04-D-66 du 1er décembre 2004, Décision n°04-D-28 du 2 juillet 2004, Décision n°07-D-12 du 28 mars 2007

⁹⁸ DEFFAINS B. et J. PELLEFIGUE (2018), « Une analyse économique des marchés pertinents », Revue Trimestrielle de Droit Commercial, septembre 2018, 555-575.

permettent une première approche du risque de hausse des prix qui pourrait résulter d'une concentration.⁹⁹

Une autre raison nécessitant de réviser la notion de marché pertinent est que l'économie a profondément changé du fait de la mondialisation et du numérique. D'une part, l'absence de frontières impose d'actualiser cette notion. D'autre part, l'émergence de l'économie numérique conduit à insister (i) sur l'impossibilité d'utiliser le test SSNIP quand le produit est gratuit et (ii) sur le fait que les entreprises du numérique offrent souvent plusieurs produits et services à travers un « écosystème » et qu'il faut donc étudier si les consommateurs ne sont pas verrouillés au sein de cet écosystème. Une telle proposition de réforme du marché pertinent est explicitement évoquée dans le rapport « *A new competition framework for the digital economy* » par le groupe de travail allemand « *Competition 4.0* » (proposition n°1).

3.2.4 ACCEPTER PLUS SOUVENT DES ENGAGEMENTS COMPORTEMENTAUX

Après la décision Alstom/Siemens, de nombreuses voix ont suggéré que la Commission admette plus souvent les engagements comportementaux¹⁰⁰. Actuellement la Commission européenne privilégie systématiquement les engagements structurels (vente de filiales, d'usines, etc.)¹⁰¹. Dans les concentrations horizontales, c'est-à-dire entre concurrents, la Commission refuse, par principe, les engagements comportementaux. Les exceptions à ce principe sont très rares¹⁰².

L'Autorité française de concurrence admet, pour sa part, bien plus souvent les engagements comportementaux. Entre 2008 et 2018, 36% des décisions françaises, approuvant des concentrations avec engagements, comportaient des engagements comportementaux, alors qu'ils représentaient moins de 20% des cas dans la pratique de la Commission¹⁰³.

Pourtant les engagements comportementaux présentent des avantages :

- Ils sont moins « traumatiques » et « définitifs » que les engagements structurels qui, bien souvent en imposant la revente d'une portion importante de l'activité acquise, diminuent ou suppriment les synergies recherchées par la concentration.
- Ils peuvent être révisés et ajustés en fonction de l'évolution du marché¹⁰⁴.

La réticence de la Commission européenne vient de ce qu'il est souvent reproché aux engagements comportementaux d'entraîner un suivi très coûteux en temps et en moyens (que les Autorités de concurrence pourraient mieux employer) et de donner lieu à plus de violations d'engagements dans la mesure où — contrairement aux engagements structurels — ils s'étendent sur plusieurs années.

⁹⁹ Voir Projet de lignes directrices sur les concentrations, publié par l'Autorité française de concurrence le 16 septembre 2019, para. 628 et s.

¹⁰⁰ Proposition France-Allemagne-Pologne du 04/07/2019, point 7 ; Rapport IGF / CGE, précité, proposition 6 ; JEAN Sébastien, PERROT Anne et PHILIPPON Thomas, « Concurrence et commerce : quelles politiques pour l'Europe ? », *Les notes du Conseil d'analyse économique*, Mai 2019, proposition 1 ; ENCAOUA David et GUESNERIE Roger, « Politiques de la concurrence », *Les rapports du Conseil d'analyse économique*, 2016, proposition 4 ; « Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne », Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne, été 2019, proposition 7 ; Rapport de l'Assemblée Nationale, proposition 11.

¹⁰¹ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables, JO C267, 22/10/2008.

¹⁰² Il y a rarement des exceptions : voir cependant une décision très récente Telia/Bonnier, M. 9064, du 12 novembre 2019, où plusieurs engagements comportementaux ont été acceptés pour une durée de 10 ans.

¹⁰³ Les engagements comportementaux représentent 16% des décisions avec engagements au Royaume-Uni et en Allemagne, ce type d'engagement n'est accepté qu'à titre exceptionnel. Voir Etienne CHANTEREL : *Poursuivre la réforme du contrôle des concentrations*, Concurrences n°3 – 2019, pp. 14 – 18.

¹⁰⁴ Voir – dans la pratique de l'Autorité française de concurrence – la révision des engagements comportementaux souscrits par Canal+ (décision du 22 juin 2017) et souscrit par Altice/SFR (décision du 28 octobre 2019), dans les deux cas pour prendre en considération l'évolution des marchés plusieurs années après la concentration.

Toutefois, il semblerait opportun que la Commission modifie sa politique¹⁰⁵ et admette plus souvent les engagements comportementaux dans le cadre de son contrôle des concentrations.

3.2.5 PRENDRE EN CONSIDERATION LES AIDES ET LE SOUTIEN ETATIQUE DONT BENEFICIENT LES CONCURRENTS DES PAYS TIERS (ASIATIQUES)

À la suite de l'affaire Alstom/Siemens, il a été proposé que la Commission prenne en considération les aides et le soutien étatiques dont bénéficient les concurrents établis dans les pays tiers et, principalement, les concurrents chinois¹⁰⁶. Il a été notamment avancé que la Commission européenne devrait être dotée du pouvoir d'autoriser la constitution de positions dominantes transitoires dès lors que l'entrée probable sur le marché d'un acteur chinois de premier plan était de nature à rééquilibrer le jeu concurrentiel à moyen terme.

L'idée serait d'admettre une pression concurrentielle « majorée » si les concurrents du nouveau groupe fusionné sont des entreprises de pays tiers soutenues financièrement par leur État. Cette prise en compte d'une « concurrence majorée » serait justifiée par la concurrence déloyale de ces entreprises étrangères (bien souvent chinoises) qui reçoivent des soutiens étatiques alors que les groupes européens sont soumis à la discipline des aides d'État.

En matière de contrôle des concentrations, des modifications des Lignes directrices sur les « concentrations horizontales » du 5 février 2004 et « non-horizontales » du 18 octobre 2008, devraient suffire pour mettre en œuvre une telle réforme¹⁰⁷.

Une telle « compensation » ressemble à la « *Matching Clause* » applicable en matière d'aide d'État. Ce mécanisme de clause d'alignement permet, en théorie, de verser des aides plus importantes aux entreprises et des montants supérieurs aux seuils autorisés, quand il est prouvé qu'une entreprise concurrente hors de l'Union bénéficie d'aides de la part d'un État tiers. Une telle « *Matching Clause* » existe dans la communication sur les « aides à la recherche, au développement et à l'innovation »¹⁰⁸ et dans la communication sur les « projets importants d'intérêt européen commun » (PIIEC)¹⁰⁹.

Toutefois, depuis 2014, ce mécanisme n'a jamais été invoqué ni appliqué !

Il est donc suggéré que la Commission adopte un mécanisme qui permettrait de « compenser » la concurrence déloyale exercée par les entreprises publiques soutenues par des États tiers, et ce tant dans le cadre du contrôle des concentrations que dans celui des aides d'État. Plus important encore, il faudra que la Commission applique effectivement ce mécanisme. Il semblerait que la Commission prépare un « *policy paper* » sur ce sujet qui serait intitulé « *Instrument on Foreign Subsidies* » et qui pourrait être publié en mars 2020¹¹⁰.

¹⁰⁵ Et donc sa communication « *concernant les mesures correctives recevables* » (précitées).

¹⁰⁶ Proposition France-Allemagne-Pologne du 04/07/2019, point 1 ; Rapport IGF/CGE, proposition 7 ; Rapport Fondapol, recommandation n°3 ; Rapport de l'Assemblée Nationale, proposition n°15 ; Représentation de la France auprès de l'UE 2019, proposition 1 ; Mathew HEIM-BRUEGEL, proposition 12.

¹⁰⁷ Une modification du Règlement concentration n°139/2004 ne serait pas a priori nécessaire.

¹⁰⁸ Point 92 de cette communication du 27 juin 2014 (JOUE C198/1 du 27 juin 2014).

¹⁰⁹ Point 34 de cette communication du 20 juin 2014 (JOUE C188/4 du 20 juin 2014).

¹¹⁰ MLex du 4 décembre 2019 : « *EU preps options for tackling Chinese companies backed by state subsidies* » ; voir également section ci-après sur « La Politique Commerciale Extérieure de l'Union ».

En matière d'abus de position dominante de groupes publics soutenus par des États tiers, les prix prédateurs peuvent être condamnés mais encore faut-il démontrer une position dominante en Europe de ces groupes étrangers, ce qui est loin d'être évident¹¹¹.

De plus, le gouvernement néerlandais a diffusé un « *Non-Paper* » le 4 décembre 2019 qui suggère un contrôle renforcé contre toute acquisition, fusion ou comportement, qui émanerait de groupes qui seraient subventionnés par un pays tiers ou qui bénéficierait d'une position dominante dans ce pays tiers. De tels groupes auraient des obligations de transparence et se verraient interdire des comportements abusifs. Il va jusqu'à parler d'une « sixième branche » du droit de la concurrence. La Commission rencontre souvent des difficultés pour détecter et démontrer les soutiens étatiques, parfois dissimulés, dont bénéficient les groupes publics chinois. Il convient dès lors de se demander s'il ne serait pas opportun de doter la Commission européenne d'un véritable « service d'intelligence économique » afin de fournir une meilleure base d'informations lorsque la Commission prend des décisions de concentrations ou d'aides d'État dans des marchés où des groupes chinois sont, actuellement ou potentiellement, actifs¹¹².

3.2.6 MIEUX PRENDRE EN COMPTE LES GAINS D'EFFICACITE

Beaucoup de commentateurs considèrent, à juste titre, que la Commission européenne est trop restrictive pour prendre en considération des gains d'efficacité résultant d'une concentration et susceptibles de contrebalancer les effets sur la concurrence de cette concentration¹¹³.

La plupart du temps, la Commission considère que les gains d'efficacité ne sont pas démontrés¹¹⁴ ou, cas plus rare, qu'ils existent mais ne sont pas suffisants pour contrebalancer les effets négatifs sur la concurrence¹¹⁵.

Le règlement Concentration contient des références aux gains d'efficacité (notamment considérant 29 et article 2 (1-b)), mais elles sont interprétées trop restrictivement dans les Lignes directrices sur « l'appréciation des concentrations horizontales ». Il faudrait donc les modifier.

3.2.7 ACCEPTER UNE « COMPENSATION » ENTRE LES ASPECTS POSITIFS ET NEGATIFS DE LA CONCENTRATION DU POINT DE VUE DE LA CONCURRENCE.

Il arrive qu'une concentration soit positive sur un marché, en renforçant, par exemple, la concurrence à l'égard d'une société dominante, et crée des problèmes de concurrence sur un autre marché.

Actuellement, la Commission analyse cet autre marché isolément et va demander des engagements pour résoudre les problèmes de concurrence sur cet autre marché. Elle refuse d'adopter un point de

¹¹¹ Voir cependant l'affaire concernant le groupe russe Gazprom, condamné par la Commission européenne pour avoir fait obstacle à la libre circulation du gaz et avoir appliqué des conditions non-équitables dans certains pays européens, voir affaire AT 39816 du 24 mai 2018, communiqué de presse du 24 mai 2018, IP/18/392 ; voir, pour l'application des règles de concurrence aux groupes publics soutenus par des États tiers : Mathew HEIM-BRUEGEL « *How can European Competition law address market distortions caused by state-owned enterprises?* », Bruegel, issue n°18, December 2019.

¹¹² Voir article des Echos du 6 novembre 2019, « *Il faut doter Bruxelles d'un vrai service d'intelligence économique* » par F. BRUNET et P. GASSENBACH.

¹¹³ Proposition France-Allemagne-Pologne du 4 juillet 2019, point 3 ; Rapport Fondapol, recommandation 2 ; IGF/CGE, proposition 9 ; Rapport de l'Assemblée Nationale, proposition 16 ; Belmin Concurrences, proposition 9 ; Mathew HEIM-BRUEGEL, propositions 8 et 10.

¹¹⁴ Voir §76 à 88 des Lignes directrices sur « l'application des concentrations horizontales » du 5 février 2004, où la Commission impose des conditions très restrictives pour admettre des gains d'efficacité.

¹¹⁵ Voir notamment l'interdiction UPS/TNT Express, Décision M. 6570 du 30 janvier 2013.

vue global où l'aspect positif sur un marché peut contrebalancer l'aspect négatif sur l'autre marché¹¹⁶.

Il est suggéré que la Commission s'inspire de la réglementation suisse sur les concentrations qui dispose dans son article 10.2-b¹¹⁷ : « *La Commission de la concurrence peut interdire la concentration ou l'autoriser moyennant des conditions et charges lorsqu'il résulte de l'examen que la concentration [...] b) ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante* ».

L'article 2 du Règlement 139/2004 étant rédigé de manière générale, il semblerait qu'une compensation entre les aspects positifs et négatifs d'une concentration puisse être prévue moyennant une modification des Lignes directrices sur « l'appréciation des concentrations horizontales » et « non horizontales ».

3.2.8 RENFORCER LA PRISE EN COMPTE PAR LA COMMISSION DES ORIENTATIONS POLITIQUES DEFINIES PAR LE CONSEIL.

La Commission devrait traiter favorablement les projets de concentration ou d'aides d'État qui apporteraient une contribution positive aux objectifs de politique européenne, notamment dans le secteur industriel¹¹⁸.

Le « Conseil Compétitivité » fixe actuellement et fixera encore plus à l'avenir des objectifs pour les politiques européennes contribuant à l'industrie. Il devrait être prévu que la Commission, et, en particulier la DG COMP, devra prendre en compte ces objectifs.

De même, le rôle du « Comité consultatif » qui donne la position de chaque État membre sur toutes les décisions de concentrations, d'ententes et d'abus de position dominante pourrait être utilement renforcé.

3.2.9 AMELIORER LA PROCEDURE DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS ET D'ABUS DE POSITION DOMINANTE.

Les entreprises considèrent que la procédure d'examen des concentrations par la Commission européenne est trop longue et, notamment, la durée de pré-notification qui n'est pas encadrée par des délais légaux, comme la phase 1 et la phase 2 dont les durées sont prévues au règlement Concentration.

C'est ainsi qu'il est suggéré de supprimer les pré-notifications dans les cas les plus simples¹¹⁹ et d'imposer des délais maximums pour les autres cas de pré-notification¹²⁰.

Le Rapport de l'Assemblée nationale du 27 novembre 2019 propose, pour sa part, de suivre l'exemple britannique et de remplacer la notification obligatoire par un système de notification volontaire¹²¹. Une telle réforme requerrait cependant une modification, à l'unanimité des États membres, du règlement Concentration.

¹¹⁶ Cette position actuelle du droit européen semble différente de celle adoptée par la Cour Suprême des USA qui admet une certaine « compensation », notamment dans la décision *Ohio v. American Express* du 25 juin 2018 (voir sur ces différences : Cyril RITTER, *Journal of European Competition Law in Practice*, volume 10, Issue 3, March 2019, pp. 172 – 179).

¹¹⁷ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995, Article 10.2.b

¹¹⁸ Proposition de la France-Allemagne-Pologne du 4 juillet 2019, point 6 ; Friends of Industry, propositions 1 et 5 ; Mathew HEIM-BRUEGEL, proposition 14 ; Belmin Concurrences, proposition 9.

¹¹⁹ Comme en France.

¹²⁰ Business Europe, “*Improving EU Competition and State Aid Policy*”, 4 septembre 2019, p5 ; ERT “*Competing at scale*”, 6 octobre 2019, p 12

¹²¹ Rapport de l'Assemblée Nationale, proposition 7.

Dans le domaine des « abus de position dominante » et afin, de lutter, notamment, contre certaines pratiques dans le domaine numérique, il est suggéré que la Commission fasse un usage beaucoup plus courant des mesures provisoires¹²².

En effet, sans procédure accélérée, les décisions de la Commission, dans les secteurs de haute technologie interviennent bien souvent trop tard. La Commission n'a pris que neuf décisions de « mesures provisoires » depuis 1962, mais le 16 octobre 2019, elle a adopté la première mesure provisoire depuis 18 ans, à l'encontre de Broadcom¹²³.

L'Autorité française utilise beaucoup plus souvent cet instrument¹²⁴.

Il faudrait donc, si la Cour de Justice le permet, que la Commission utilise plus souvent l'instrument des mesures provisoires et que leurs conditions d'application soient assouplies, si nécessaire, en passant par une révision de l'article 8 du Règlement 1/2003¹²⁵.

3.3 PROPOSITION DE MODIFICATION DES REGLES SUR LES AIDES D'ÉTAT

3.3.3 RACCOURCIR LES DELAIS DES PROCEDURES D'AIDES D'ÉTAT ET ALLEGER LES PROCEDURES PIIEC

Il est généralement considéré que les procédures des aides d'État sont trop longues et constituent un frein à la mise en place, par les États membres, de mesures de politique industrielle¹²⁶.

Ainsi le rapport de l'Inspection des Finances et du CGE suggère qu'il soit inscrit, dans les règles de procédure d'aides d'État, une durée maximale recommandée de douze mois pour l'instruction des dossiers¹²⁷.

Les procédures d'aides pour les « Projets Importants d'Intérêt Européen Commun » (PIIEC) sont également trop longues¹²⁸. Rappelons que les PIIEC jouent et devraient jouer à l'avenir un rôle central dans la mise en œuvre d'une politique industrielle européenne¹²⁹. La décision PIIEC microélectronique a été prise rapidement après la notification, mais les discussions de pré-notification avec la Commission ont été sans fin¹³⁰.

La décision PIIEC sur les batteries a été prise plus rapidement, mais la procédure est toujours longue et contraignante¹³¹. Les PIIEC ne seront des succès que si la procédure de contrôle par la

¹²² Rapport IGF / CGE, précité, proposition 3 ; Rapport CAE 2019, proposition 2. ; Rapport de l'Assemblée Nationale, proposition 9

¹²³ Dans le domaine des jeux de puces pour télévision et modems, décision du 16 octobre 2019, AT. 40608.

¹²⁴ L'Autorité française de concurrence a statué dans 44 affaires de mesures conservatoires depuis 2009 et a prononcé 8 mesures conservatoires.

¹²⁵ Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 JOCE L1/1 du 4 janvier 2003.

¹²⁶ Notamment : Rapport IGF / CGE, précité, propositions 15 et 16 ; Friends of Industry, proposition 7.

¹²⁷ Rapport IGF / CGE, précité, proposition 15, page 53. Notons qu'il existe déjà dans le Règlement de procédure aide d'État une durée maximale recommandée de 18 mois pour les « Phase 2 » (après l'ouverture de procédure).

¹²⁸ Rapport IGF/CGE, précité, propositions 16 et 17 ; Amis de l'Industrie, 4 octobre 2019, point 2.

¹²⁹ Report of the Strategic Forum for IPCEI/PIIEC, European Commission, DG GROW, 5 novembre 2019.

¹³⁰ Dans cette affaire, les discussions avec la Commission européenne ont duré 20 mois environ. Décision PIIEC Microélectronique, 18 décembre 2018, SA-46705 (France) plus décisions Allemagne, Italie, Royaume-Uni, Communiqué de presse IP/18/6862.

¹³¹ Décision PIIEC sur les batteries, 9 décembre 2019, SA-54794 (France) plus décisions Allemagne, Belgique, Finlande, Italie, Pologne, Suède, Communiqué de presse IP/19/6705 ; dans ce communiqué de presse, la Commission indique que la durée entre la « pré-notification » et la décision a été de 5 mois, en fait les discussions avec la Commission ont duré près d'un an.

Commission n'est pas trop longue. En effet ils interviennent dans des secteurs de haute technologie où des actions doivent être prises rapidement.

De plus, certaines conditions figurant dans la communication PIIEC¹³² semblent superflues. Il s'agit de conditions figurant aux points 17 et 29 concernant d'une part, les retombées du projet au-delà des entreprises ou secteurs concernés ; celles-ci pourraient être présumées et, d'autre part, l'analyse du « *scenario contrefactuel* » sans l'aide d'État : analyse superflue, puisque sans l'aide d'État ce type de projet ne verrait tout simplement pas le jour ou alors sous une forme bien moins ambitieuse.

Les deux conditions (points 17 et 29) devraient donc être présumées comme satisfaites¹³³.

Un porte-parole de la Commission a déclaré en décembre 2019 que la Communication PIIEC était en cours de révision et que les conditions d'application pourraient être assouplies¹³⁴.

3.3.4 ÉLARGIR LES EXEMPTIONS DE NOTIFICATION ET LES PRESOMPTIONS DE LEGALITE DE CERTAINES AIDES D'ÉTAT

Sur le fond, l'appréciation d'aides d'État devrait être basée essentiellement sur le concept économique de « défaillance de marché ». Les aides à la Recherche et au Développement (R&D&I) devraient bénéficier d'une présomption positive et la plupart d'entre elles — sinon toutes — devraient être dispensées de contrôle *ex ante*¹³⁵, c'est-à-dire de notification¹³⁶.

Il pourrait également être prévu une présomption de légalité pour toutes les mesures de soutien aux entreprises qui seraient mises en œuvre de façon coordonnée entre 3 États membres minimum représentant un certain pourcentage du PIB de l'Union européenne¹³⁷.

3.4 POLITIQUE COMMERCIALE EXTERIEURE DE L'UNION

La politique commerciale de l'Union est aussi une compétence exclusive de la Commission européenne¹³⁸. Celle-ci dispose d'instruments de défense commerciale qui devraient permettre de

¹³² Communication de la Commission sur les « projets importants d'intérêt européen commun » du 20 juin 2014, JOUE C188/4 du 20/6/2014.

¹³³ Rapport IGF / CGE, précité, proposition 17 ; Business Europe : Position Paper du 4 septembre 2019 ; Belmin Concurrences, proposition 11 ; Friends of Industry, proposition 2 et 9.

¹³⁴ Jorge VALERO, « Commission ponders state aid review to support 'Airbus of the Future' », Euractiv, 20th December 2019.

¹³⁵ Rapport IGF / CGE, précité, proposition 14 : absence de notification, éventuellement contrôle *ex post* pour voir si les conditions assez peu contraignantes sont remplies.

¹³⁶ Toutefois, le State Aid Scoreboard 2018 indique que déjà 96% des nouvelles mesures R&D&I ont été dispensées de notification sur la base du Règlement d'exemption par catégorie. Une exemption, plus large qu'actuellement, pourrait également être envisagée pour les aides à la protection de l'environnement et à l'énergie « verte ».

¹³⁷ Les Echos du 12/02/2019 et Institut Montaigne, J.P. Tran THIET et Sophie GEDOND.

¹³⁸ Article 3 du Traité.

remédier aux pratiques déloyales trouvant leur origine dans les États tiers : il s'agit essentiellement des règlements sur les droits anti-dumping¹³⁹ et sur les mesures compensatoires aux subventions¹⁴⁰.

Dans leur rapport, l'Inspection des Finances et le CGE considèrent, au sujet des difficultés rencontrées par les groupes européens dans la compétition industrielle internationale, que « *le problème principal réside non dans des standards concurrentiels trop élevés en Europe, mais dans le fait que les entreprises extra-européennes échappent en partie à ces règles tout en bénéficiant, dans le même temps, de l'accès au marché européen* »¹⁴¹.

Ce rapport laisse entendre que la solution serait de renforcer les instruments de politique commerciale dont dispose l'Europe, plutôt que réformer le droit de la concurrence.¹⁴² Il pourrait cependant s'agir d'un vœu illusoire.

3.4.3 UN RENFORCEMENT DE LA POLITIQUE COMMERCIALE DE L'EUROPE PEUT ETRE ILLUSOIRE

Le problème essentiel avec la solution déjà évoquée -renforcer la politique commerciale et ne réformer qu'à la marge la politique de concurrence - réside dans le fait que la politique commerciale européenne est, jusqu'à présent, très peu efficace.

L'OMC est totalement paralysée. Le Président américain Donald Trump a refusé de renouveler ou de nommer les juges à l'Organe d'appel de l'OMC, qui est paralysé depuis décembre 2019, pour une période encore inconnue. De plus, toutes les tentatives d'adopter des règles communes sur la concurrence dans le cadre de l'OMC ont échoué¹⁴³.

Il est bien connu également que les règles de l'OMC ne s'appliquent qu'aux biens/marchandises alors qu'une part importante des échanges mondiaux portent sur les services¹⁴⁴.

Le règlement européen du 8 juin 2016 contre les subventions n'a pas été un véritable succès. À la fin de 2018, une douzaine de mesures compensatoires (antisubventions) étaient en vigueur, dont la moitié concernant la Chine¹⁴⁵. Il semblerait que l'utilisation de ce règlement soit difficile, il faut démontrer notamment un préjudice des producteurs européens représentant 25% de l'industrie européenne et que les mesures envisagées ne se feront pas au détriment de l'« intérêt de l'Union »¹⁴⁶.

Mais les obstacles principaux sont l'interprétation laxiste des notions par l'OMC et surtout l'absence de volonté politique en Europe d'utiliser ces instruments.

¹³⁹ Règlement (UE) 2016/1036 du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping..., JOUE L176/21 du 30/06/2016.

¹⁴⁰ Règlement (UE) 2016/1037 du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non-membre de l'Union européenne, JOUE L176/55 du 30/06/2016.

¹⁴¹ Rapport IGF / CGE, précité, page 38.

¹⁴² Voir Rapport IGF / CGE, précité, p 38 et s. ainsi que p. 5 et 9.

¹⁴³ Notamment à Cancun en 2003.

¹⁴⁴ Les services représentent 22% des échanges aujourd'hui et l'OMC considère qu'ils représenteront le tiers du commerce mondial en 2050 (source OMC, « World Trade Report 2019 »)

¹⁴⁵ On peut citer récemment l'affaire des « Pneus » avec la subvention chinoise pour l'acquisition de Pirelli ; l'affaire des « Fibres de verre » avec des subventions chinoises et égyptiennes ; l'affaire de l'« Acier » avec les investissements chinois en Indonésie.

¹⁴⁶ Alors que ce critère n'est pas imposé par les règles de l'OMC. Il s'agit de prendre en considération les intérêts des consommateurs finaux, des importateurs, des acheteurs intermédiaires, etc. Voir article 31 du Règlement 2016/1037.

En effet, pendant longtemps, certains « pays du Nord¹⁴⁷ » de l'Europe se sont opposés à l'utilisation active de mesures compensatoires contre les subventions. Désormais l'atmosphère a changé et compte tenu des évolutions aux États-Unis et en Chine, il semble se créer un consensus pour l'utilisation plus active, à l'avenir, des instruments de défense commerciale de l'Union européenne. Toutefois, le nombre de fonctionnaires européens s'occupant de ces questions (environ 150) reste bien modeste par rapport aux centaines de fonctionnaires américains chargés de la politique commerciale¹⁴⁸.

3.4.4 PROPOSITIONS EN MATIERE DE DEFENSE COMMERCIALE

Une des solutions serait de trouver un consensus entre les États membres et la Commission pour mieux utiliser les instruments existants et, en particulier, les mesures antisubventions¹⁴⁹. L'évolution des politiques commerciales américaine et chinoise devrait aider à créer ce consensus.

Une autre solution serait la nomination d'un « Procureur Commercial » ou « *Chief Enforcer* » chargé de coordonner toutes les actions entreprises par la Commission pour le compte de l'Union en faveur du respect des règles commerciales¹⁵⁰. Cette personne pourrait diriger un pôle « *enforcement* » au sein de la DG TRADE.

En outre, il serait souhaitable d'adopter l'instrument imposant la réciprocité dans l'accès aux marchés publics qui a été proposé par la Commission mais qui est bloqué au Conseil depuis 2012¹⁵¹. Les marchés publics européens sont actuellement accessibles aux entreprises des pays tiers, même si les entreprises européennes ne peuvent pas soumissionner - en droit ou en fait - aux marchés publics dans ces pays.

Il semblerait que, sur ce point également, les lignes pourraient bouger et que la proposition de la Commission sur la réciprocité dans les marchés publics pourrait trouver la majorité nécessaire au Conseil.

Enfin, il semble indispensable que tout accord commercial bilatéral qui sera signé entre l'Union européenne et un État tiers contienne des clauses précises, contraignantes et faciles à mettre en œuvre visant à protéger les entreprises d'un État contre les subventions abusives qui seraient accordées dans l'autre État¹⁵².

On peut constater que les « modifications à droit constant » présentées sont assez modestes et risquent de ne pas avoir beaucoup d'impact sur l'application du droit de la concurrence en Europe.

On doit donc envisager des modifications plus importantes, qui devraient requérir des amendements du Traité ou du règlement Concentration.

¹⁴⁷ Voir Rapport Fondapol, novembre 2019, partie 2, p. 13, 14.

¹⁴⁸ Selon le Rapport Fondapol, 125 agents à la Commission et 400 dans les administrations américaines (ITA et ITC), Rapport Fondapol, novembre 2019, partie 3, p. 25.

¹⁴⁹ Règlement (UE) 2016/1037 précité ; voir Rapport CAE 2019 précité, proposition 7.

¹⁵⁰ Rapport IGF / CGE, précité, proposition 11 ; Rapport CAE 2019, recommandation 5.

¹⁵¹ Rapport IGF / CGE, précité, proposition 13 ; Rapport CAE 2019, recommandation 4.

¹⁵² L'accord de libre échange qui sera signé entre l'Angleterre et l'UE, après le Brexit, pourra servir de modèle en la matière...

4 EXPLORER DES NOUVELLES PISTES

Le droit de la concurrence est une « politique » à part entière. Nous avons constaté un certain déséquilibre entre une politique de concurrence qui apparaît dominante dans le contexte européen et une politique industrielle européenne qu'il est difficile de mettre en place. Les explications relèvent à la fois de l'histoire économique de la construction européenne mais aussi de la rédaction et de la structure du Traité.

En réalité, l'idée de développer des politiques industrielles européennes n'est pas absente du paysage dès lors que la Commission souhaite utiliser ses pouvoirs en matière d'aides aux Projets Importants d'Intérêt Européen Commun (« PIIEC ») pour aller sur le terrain de la politique industrielle dans des domaines de haute technologie. Pour autant, au-delà de telles déclarations, la question est surtout une question de moyens. Or, tant sur le plan financier que sur le plan juridique, ces moyens font défaut. Cette situation contribue à elle seule à expliquer que la stratégie utilisée pour porter des projets de politique industrielle passe essentiellement par les aides d'État. Cette stratégie pose néanmoins plus de difficultés qu'elle n'en résout puisqu'elle consiste en définitive à détourner un outil juridique qui n'est *a priori* pas conçu pour cela.

La question essentielle consiste dès lors à réfléchir à d'autres solutions visant à doter l'Union européenne de véritables instruments juridiques permettant de développer des politiques industrielles.

Différentes modalités sont théoriquement possibles. Une première solution consisterait à intégrer d'autres objectifs au droit de la concurrence. On connaît les débats autour des objectifs de la politique de la concurrence, notamment autour de l'opposition entre le bien-être du consommateur et le bien-être global¹⁵³ ou encore le processus concurrentiel. Cette première solution semble toutefois difficile à mettre en œuvre. D'une part, la poursuite de l'efficacité pose elle-même une question de multiplicité d'objectifs qui n'est pas simple à traiter comme le montre la prise en compte des gains d'efficacité dans la politique de la concurrence (*efficiency defence*). D'autre part, parce que cette approche se heurte inévitablement à toute une série de difficultés pratiques, à commencer par l'existence de biais de perception tenant au fait qu'une autorité de la concurrence chargée d'instruire un dossier aura forcément du mal à se départir des conditions de l'instruction si elle est également en charge de la décision finale.

Ces constats conduisent inévitablement à s'interroger sur d'autres solutions visant à placer à un autre niveau la prise en compte des objectifs de politique industrielle. Nous distinguerons les solutions procédurales parmi lesquelles la question du droit de veto du Conseil, le renforcement des missions du « Comité Consultatif » ou d'un modèle s'inspirant du « Comité des instruments de défense commerciale », avant de nous concentrer sur le rôle du Collège des commissaires et, plus précisément, sur la manière de redonner tout son sens au rôle d'origine du Collège.

Une dernière série de solutions consisterait à réfléchir plus directement aux modalités de mise en place d'une politique industrielle européenne dans le cadre des institutions européennes en passant par une modification de l'article 173 du Traité et par une DARPA européenne.

¹⁵³ T. CHRISTOFOROU souligne ainsi dans une interview récente que la jurisprudence des juridictions de Luxembourg s'est éloignée du critère traditionnel de "*protection of the competitive process*" pour rejoindre le critère américain de "*protection of the consumer welfare*". Or ce critère de "*consumer welfare*" pose notamment des problèmes quand les services sont gratuits, à l'image de ce que propose une partie des acteurs de l'économie numérique puisqu'il n'y a pas de risque d'augmentation de prix pour les consommateurs. Th. Christoforou estime qu'il faudrait choisir entre le critère européen traditionnel de "*protection of the competitive process*" et celui de "*protection of the consumer welfare*", qui est de plus en plus utilisé en Europe.

4.1 MISER SUR LA PRISE EN COMPTE DES GAINS D'EFFICIENCE

L'argument des gains d'efficacité peut être relié aux débats sur le lien entre politique de concurrence et politique industrielle puisque l'*efficiency defence* pose la question de la définition de l'efficacité qui est poursuivie par la politique de concurrence¹⁵⁴ et, par conséquent, de la possibilité de prendre en compte des objectifs en termes de politique industrielle.

Comme le souligne Huveneers, « *la concurrence devrait-elle non seulement être effective au bénéfice du consommateur, au sens de l'efficacité allocative ou devrait-elle aussi promouvoir une structure productive efficace (efficacité productive) ? Ceci pose 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, 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* »¹⁵⁵.

Dans une perspective d'inspiration schumpétérienne, l'*efficiency defence* peut ainsi conduire les autorités de concurrence à admettre la licéité de restrictions à la concurrence en faisant appel à un critère d'efficacité dynamique visant à assouplir une interdiction de principe au nom de l'intérêt général. En droit, l'*efficiency defence* a toujours été d'application pour l'interdiction des ententes à travers 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 TFUE¹⁵⁶.

C'est dans ce contexte que l'on peut s'interroger sur la place de l'*efficiency defence* au regard des possibles interactions entre politique de concurrence et politique industrielle.

Comme le souligne Huveneers dans le cas de l'Union, « *il y a eu dans le passé une volonté d'affirmer une certaine complémentarité entre les deux politiques, notamment lorsque la politique de concurrence est présentée comme un instrument pour la réalisation des objectifs de croissance de l'Union européenne. Cela 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 pourrait jouer un rôle dans la politique industrielle* »¹⁵⁷.

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 statiques dans des fusions ou des accords de coopération entre entreprises sont les économies d'échelle et de gamme de nature technologique. En revanche, les gains susceptibles d'être observés d'un point de vue 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

¹⁵⁴ Voir notamment David ENCACOUA et Roger GUESNERIE. Politiques de la Concurrence. Conseil d'Analyse Economique. La Documentation française, 2006.

¹⁵⁵ C. HUVENEERS, « Les multiples objectifs de la politique de concurrence : un système de N équations à N+1 inconnues ? », Reflets et perspectives de la vie économique 2008/1 (Tome XLVII).

¹⁵⁶ 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 2009 et 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 ».

¹⁵⁷ C. HUVENEERS, « Les multiples objectifs de la politique de concurrence : un système de N équations à N+1 inconnues ? », Reflets et perspectives de la vie économique 2008/1 (Tome XLVII).

pour lesquels la concurrence autre qu'en matière de prix est importante, 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.

Sur cette base, un certain nombre d'auteurs estiment que l'activité réglementaire de l'Union européenne en matière de politique de concurrence, et même la jurisprudence en droit de la concurrence, traduiraient la prise en compte possible de certains impératifs de la politique industrielle (en particulier de l'innovation). C'est le cas du règlement de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101 § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement. Il y a aussi une certaine reconnaissance de l'*efficiency defence* dans le contrôle européen des concentrations depuis l'entrée en vigueur du second règlement sur le contrôle des concentrations de 2004 (règlement 139/2004). De même, on peut noter que des préoccupations de politique industrielle peuvent ponctuellement apparaître, par exemple 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* ».

En réalité, si la question de l'*efficiency defence* permet de soulever la question des relations entre politique de la concurrence et politique industrielle, la plupart des auteurs s'accordent en effet pour reconnaître que le dispositif est très imparfait. Anne Perrot résume bien la situation : « *Les enjeux de ces divergences sont considérables. Le point de vue européen, en effet, ignore assez largement les gains d'efficacité qui accompagnent certaines concentrations et transforme même l'argument d'« efficiency defence » mis en avant par les entreprises parties prenantes à la fusion en argument d'« efficiency offence »* : la décision de la Commission nie ici l'existence d'une demande propre pour les produits globaux proposés par l'entité fusionnée. Ces offres globales, qui sont dans les fusions conglomerales l'un des principaux sujets d'inquiétude de la part des autorités, permettent en effet aux acheteurs d'économiser des coûts de transaction en négociant une fois là où ils avaient plusieurs interlocuteurs, en économisant des coûts liés à la variété des systèmes et des produits, etc. On est donc ici dans un cas où la fusion peut comporter des gains d'efficacité, qui profitent à la fois aux entreprises qui fusionnent et aux acheteurs. Un critère prenant en compte la seule position dominante de l'entité fusionnée est donc incapable d'en tenir compte. On voit donc illustrée, au travers de cet exemple, la façon dont la mise en œuvre de la politique de la concurrence, à travers les objectifs poursuivis et des critères utilisés, peut constituer un frein à la croissance ». Et l'auteur de constater : « *... une fusion interdite en Europe parce que créant ou renforçant la domination d'un concurrent, peut être autorisée aux États-Unis du fait de gains d'efficacité suffisamment importants pour compenser l'atteinte à la concurrence* »¹⁵⁸.

Ajoutons à cela que s'agissant du contrôle des concentrations, la Commission est en réalité plus que réticente à appliquer l'*efficiency defence*. L'arrêt du Tribunal dans *UPS v. Commission* n'a rien amélioré. Les seules références aux gains d'efficacité dans le règlement 139/2004 sont dans le considérant 29 et l'article 2(1)(b) qui parle de « *l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci... ne constitue pas un obstacle à la concurrence* ». Par ailleurs, cela a été interprété de manière extrêmement restrictive par la Commission dans ses Lignes directrices sur les concentrations horizontales (§ 76 et suivants). En définitive une véritable prise en compte des

¹⁵⁸ Anne PERROT, « La politique de la concurrence contribue-t-elle à la croissance économique ? Une analyse à partir des cas américains et européens », *Économie publique/Public economics* [En ligne], 12 | 2003/1, mis en ligne le 03 janvier 2006.

gains d'efficacité dans ce domaine requerrait vraisemblablement une modification du règlement « Concentration ».

4.2 CHANGEMENTS DE NATURE PROCEDURALE

Au niveau des procédures, plusieurs solutions peuvent être envisagées de manière à favoriser la prise en compte d'objectifs de politique industrielle¹⁵⁹. Une première option consisterait à donner un droit de veto au Conseil¹⁶⁰. Ce droit de veto est prévu en matière d'aide d'État à l'article 108-2 alinéa 3 du Traité¹⁶¹. Une telle option apparaît toutefois délicate car le Conseil est un lieu de « marchandage » entre États et les concentrations entre entreprises ne peuvent pas pâtir d'un tel marchandage. De plus, la réforme devrait être approuvée à l'unanimité¹⁶².

Une seconde option serait de renforcer le rôle du « Comité consultatif » des États membres en matière d'ententes, d'abus de position dominante ou de contrôle des concentrations. Un tel renforcement ne semble toutefois pas très satisfaisant car le Comité consultatif ne donne qu'un avis qui peut ne pas être suivi par la Commission.

Une troisième option porterait sur la transposition en droit de la concurrence du « Comité des instruments de défense commercial » prévu dans les règlements anti-dumping et anti-subsidiation, où les représentants des États membres formant ce Comité peuvent s'opposer à la majorité qualifiée, à une décision de la Commission¹⁶³.

Les trois premières options procédurales envisageables apparaissent toutefois insuffisantes ou très difficiles à mettre en œuvre.

Reste alors la possibilité de redonner au Collège des commissaires le rôle qui était le sien à l'origine en matière de décisions stratégiques au niveau européen. L'idée consisterait à déléguer en pratique à un nombre limité de commissaires « spécialisés » (par exemple cinq à dix commissaires) de manière à ce qu'ils puissent réaliser une véritable analyse coûts/avantages en s'appuyant sur le travail d'une équipe d'experts. Rappelons qu'en ce qui concerne les règles et procédures en matière de contrôle des concentrations, la Commission a pour mission d'apprécier les fusions et les acquisitions entre entreprises dont le chiffre d'affaires dépasse certains seuils¹⁶⁴ et d'empêcher les concentrations qui entraveraient de manière significative l'exercice d'une concurrence effective dans l'Union ou une partie substantielle de celui-ci. La grande majorité des concentrations notifiées ne posent pas de problème de concurrence et sont autorisées après un examen de routine. À partir de la date de notification d'une opération, la Commission dispose en général d'un délai de vingt-cinq jours ouvrables pour décider d'autoriser cette opération (phase I) ou d'ouvrir une enquête approfondie (phase II). Dans le dispositif envisagé, le groupe de commissaires spécialisés aurait ainsi pour mission d'entendre les parties avant que le Collège ne se prononce. Dans ce cadre, la

¹⁵⁹ Proposition Franco-Allemande du 19/02/2019 mais ne figurant plus dans la proposition Franco-Allemande-Polonaise du 4/07/2019

¹⁶⁰ Proposition Franco-Allemande du 19/02/2019 mais ne figurant plus dans la proposition Franco-Allemande-Polonaise du 4/07/2019

¹⁶¹ L'article 108(2)3^e alinéa du Traité prévoit que le Conseil, statuant à l'unanimité, peut décider qu'une aide doit être considérée comme compatible avec le marché intérieur, en dérogation des dispositions de l'article 107 du Traité. Compte tenu de l'interprétation restrictive de cet article par la Cour de Justice et de l'exigence d'un vote unanime des États Membres, cet article 108(2) a été très peu utilisé. Voir pour une utilisation approuvée par la Cour de Justice les affaires Commission c/ Conseil du 4 décembre 2013, C-117/10 (Pologne), C-118/10 (Lituanie), C-121/10 (Hongrie), C-111/10 (Lituanie).

¹⁶² Jacques BUHART, « Concentration communautaires : politique industrielle et contrôle des concentrations dans l'UE », Le club des juristes, 9 décembre 2019.

¹⁶³ Voir le Règlement (UE) 2016/1037 du 8 juin 2016 (anti-subsidiation) et le Règlement (UE) 2016/1036 du 8 juin 2016 (anti-dumping) qui font tous deux références aux articles 4 et 5 du Règlement (UE) 182/2011 du 16 février 2011 sur le fonctionnement des Comités.

¹⁶⁴ Voir l'article 1er du Règlement n°139/2004 précité.

Commission (DG COMP) reste totalement aux commandes en phase 1 et c'est uniquement dans la phase 2 qu'une entreprise pourrait « plaider » son affaire devant le Collège. Il s'agirait de redonner son rôle d'origine au Collège des commissaires en prévoyant que, dans les cas difficiles (phase 2) la DG COMP fait une proposition au Collège (basée sur les règles de concurrence), alors que le Collège pourrait statuer éventuellement sur d'autres critères que la concurrence, en consultant les autres DG et les experts. Le Collège fait une analyse « coût-bénéfice » et prend ainsi une décision.

C'est précisément parce que cette option est ouverte en phase 2 que l'on peut parler d'un véritable retour à la philosophie d'origine du rôle du Collège des commissaires¹⁶⁵. Il est à souligner qu'au vu des statistiques relatives à la phase 2, l'ampleur du travail n'apparaîtrait pas démesurée¹⁶⁶. Au terme de cette procédure, la décision finale du collège devrait être motivée précisément sur la base des expertises réalisées de manière à pouvoir justifier de fondements solides et transparents. Cette évaluation globale des coûts et des bénéfices devrait par ailleurs pouvoir commencer sans attendre dès le début de la phase 2¹⁶⁷.

4.3 CHANGEMENTS STRUCTURELS

Parmi les voies de réformes possibles au plan institutionnel, il semble également utile d'explorer de nouvelles pistes devant aboutir à la possibilité de rééquilibrage dans le cadre du Traité entre politique de la concurrence et politique industrielle.

Un constat s'impose : tant que l'on ne changera pas l'article 173, on aura du mal à avancer dans la mise en œuvre de décisions de politique industrielle au niveau européen. Pour l'heure, cet article est rédigé de la manière suivante :

« 1. L'Union et les États membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de l'Union 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 l'Union, et notamment des petites et moyennes entreprises ;*
- 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.*

2. Les États membres se consultent mutuellement en liaison avec la Commission et, pour autant que de besoin, coordonnent leurs actions. La Commission peut prendre toute initiative utile pour promouvoir cette coordination, notamment des initiatives en vue d'établir des orientations et des indicateurs, d'organiser l'échange des meilleures pratiques et de préparer les éléments nécessaires à la surveillance et à l'évaluation périodiques. Le Parlement européen est pleinement informé.

3. L'Union contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 au travers des politiques et actions qu'elle mène au titre d'autres dispositions des traités. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après

¹⁶⁵ On notera que dans la période récente, toutes les décisions d'interdiction de concentration ont été prises sans débat au sein du Collège, dans le cadre d'une procédure essentiellement écrite. Une exception a été faite pour la concentration Alstom/Siemens où une discussion a eu lieu au sein du Collège.

¹⁶⁶ On notera que dans la période récente, toutes les décisions d'interdiction de concentration ont été prises sans débat au sein du Collège, dans le cadre d'une procédure essentiellement écrite. Une exception a été faite pour la concentration Alstom/Siemens où une discussion a eu lieu au sein du Collège.

¹⁶⁷ La Commission procède à des études d'impact régulièrement mais celles-ci sont souvent longues et incompatibles avec la nécessité d'agir vite dans le domaine des décisions stratégiques impliquant des entreprises européennes.

consultation du Comité économique et social, peuvent décider de mesures spécifiques destinées à appuyer les actions menées dans les États membres afin de réaliser les objectifs visés au paragraphe 1, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

Le présent titre ne constitue pas une base pour l'introduction, par l'Union, de quelque mesure que ce soit pouvant entraîner des distorsions de concurrence... »

Selon les termes de la rédaction actuelle, il est essentiellement question de coordination entre États membres et non de définition d'objectifs de politique industrielle. Il conviendrait donc d'ajouter un alinéa au paragraphe 173 sous la forme suivante :

« 4. Le Conseil Compétitivité fixe chaque année des objectifs de politique industrielle dont la Commission doit tenir compte dans ses décisions »

Les pouvoirs directs de la Commission, pourront être définis par un règlement en s'inspirant des dispositions de l'article 103 du Traité en matière de concurrence¹⁶⁸.

À côté de cet ajustement de l'article 173, une seconde réforme devrait être réalisée au plan institutionnel en envisageant la création d'une DARPA européenne¹⁶⁹, une agence européenne consacrée à entreprendre des actions de politique industrielle, notamment celles susceptibles de porter des projets innovants, disruptifs et compétitifs à l'échelle européenne¹⁷⁰. Cela supposerait en pratique la création d'un fonds d'innovation de rupture européen à l'image de l'agence américaine *Defense Advanced Research Projects Agency* qui dispose de 3 milliards \$. Une telle mesure, à condition de disposer des moyens adéquats aurait pour ambition de protéger et de stimuler l'industrie européenne. Il s'agirait ainsi de faire financer sur fonds publics une sélection de projets industriels dans le cadre d'une structure « agile » et « légère », capable de travailler avec des start-ups, des universités ou des entreprises privées afin de porter notamment des projets innovants sur le marché. On imagine en pratique un fonctionnement de la DARPA européenne à l'image du modèle ERC qui ferait appel à des experts scientifiques et industriels travaillant dans un souci d'impartialité et d'efficacité¹⁷¹.

De surcroît, il conviendrait de définir avec précision les relations entre le Conseil de compétitivité et la DARPA au niveau européen. Dans un premier temps, il s'agirait, du côté du Conseil, pour les ministres de l'Économie des États membres de se rassembler chaque année de manière à définir les priorités¹⁷². Dans un second temps, il appartiendrait à la DARPA de mettre en œuvre les recommandations du Conseil.

¹⁶⁸ Et de l'article 109 du Traité pour les règles d'aides d'État.

¹⁶⁹ Il est à noter qu'en février 2019, le ministre français de l'Économie Bruno LE MAIRE évoquait la possibilité de "Créer une Europe souveraine et indépendante dans le domaine industriel" dans le cadre d'une réunion du Conseil national de l'industrie (CNI). Pour le ministre, la puissance industrielle européenne doit s'appuyer sur trois piliers : la construction de champions industriels européens, la capacité à questionner les politiques européennes transversales et la protection du secteur.

¹⁷⁰ Voir Annexe 3.

¹⁷¹ Voir en ce sens les recommandations du Prix Nobel d'économie , Jean TIROLE, "Competition Policy at a Crossroad" (Video en ligne), YOUTUBE, 28th November 2019.

¹⁷² Voir Rapport *Strengthening Strategic Value Chains for a future-ready EU Industry*", Report of the Strategic Forum for Important Projects of Common European Interest, European Commission, 5 novembre 2019.

CONCLUSION

Le propos de ce rapport n'est pas de se cantonner à des constats. Il se veut constructif et tourné vers la recherche de solutions opérationnelles afin de rendre compatibles le cadre concurrentiel européen avec des objectifs de politique industrielle.

Il nous a semblé utile de rappeler les principes sur lesquels l'Europe s'est construite et de ne pas perdre de vue cet héritage lorsque l'on s'interroge sur les conditions de modernisation du système en place. Pour l'heure, la quasi-totalité des rapports se concentre sur des questions essentiellement de nature technique qui se recourent largement : idée d'un « *prosecutor* » européen, modification de la communication sur la définition des marchés pertinents, idée de développer les remèdes comportementaux, mieux prendre en compte les gains d'efficacité, développer une politique européenne de l'innovation, rechercher des solutions en matière de droit du commerce international pour favoriser des stratégies industrielles, etc.

Ces mesures sont sinon accessoires, à tout le moins insuffisantes quand elles ne sont pas tout simplement utopiques, par exemple en faisant appel au droit de l'OMC. Elles sont également de nature assez « conservatrice » puisqu'elles adoptent comme principe premier que la politique de la concurrence se suffit à elle-même et qu'aucune réforme en profondeur - notamment au regard du Traité - n'est ni nécessaire ni souhaitable.

Cette question mérite pourtant d'être discutée. Bien évidemment, on peut considérer que la politique de la concurrence est globalement satisfaisante et que l'important est de la compléter sur d'autres fronts à l'image d'un droit des données que d'aucuns appellent de leurs vœux pour faire face aux défis de la puissance des entreprises du numérique ou bien encore d'un droit du commerce international renouvelé pour renforcer les outils nécessaires en matière de traitement des aides d'État. Mais une telle position paraît difficilement soutenable tant les dispositifs sont imbriqués et fragiles à la fois.

En outre, le droit de la concurrence est utilisé à tout propos et hors de son domaine traditionnel. Grâce aux importants pouvoirs conférés par la Commission par les règles sur les aides d'État, il est devenu l'instrument de la mise en œuvre d'une politique industrielle paneuropéenne. Il est également invoqué pour réglementer l'usage des données par les GAFAs, pour lutter contre la concurrence déloyale des groupes soutenus par des États tiers et, en particulier, la Chine, etc.

Pourquoi se priver d'une réflexion qui aille plus loin ? Ne pourrait-on pas imaginer de réformer le système au-delà d'un simple toilettage ? Pourquoi ne pas imaginer de « soulager » le travail de la DG COMP en lui demandant d'instruire les dossiers en laissant le soin à une autre autorité indépendante le pouvoir de décision ? On éviterait ainsi les biais de confirmation et on irait dans le sens des enseignements tirés des recherches en économie). Pourquoi ne pas accorder, dans des cas exceptionnels, un droit d'évocation au politique sur certains sujets comme les fusions ou les aides d'État ?

On peut aussi se demander s'il ne serait pas possible de transposer à la politique de concurrence et à la politique industrielle la distinction entre objectifs finaux et intermédiaires pratiquée en 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 serait un des objectifs ultimes. D'autres objectifs finaux pourraient être définis dans l'intérêt général comme la croissance, l'emploi, l'environnement, etc.

Pour aller plus loin, les conclusions du présent rapport explorent ces différentes pistes en privilégiant la voie de réformes à la fois au plan procédural - redonner un rôle important au Collège des commissaires - et institutionnel -la révision de l'article 173 TFUE et la création d'une DARPA européenne.

C'est la combinaison de ces réformes qui devrait permettre de réconcilier les problématiques de politique de la concurrence et de politique industrielle.

ANNEXE 1

Liste des Rapports et Études publiés récemment et cités dans ce rapport, concernant la Politique de Concurrence et la Politique industrielle ainsi que la réforme du droit européen de la concurrence¹⁷³.

- Non-Paper « [Strengthening the level playing field on the internal market](#) », The Netherlands, *Non-paper des Pays-Bas*, 4 décembre 2019.
- [Projet de rapport sur le rapport annuel sur la politique de concurrence de l'Union européenne](#) (2019/2131[INI]), *Rapport Parlement européen 2019*, Parlement européen, Commission des affaires économiques et monétaires, YON-COURTIN Stéphanie (rapporteuse), 26 novembre 2019.
- [Rapport d'information n°2451 sur le droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation](#), *Rapport Assemblée nationale Fr 2019*, Assemblée nationale, Commission des Affaires européennes, présenté par les députés ANATO Patrice et LE GRIP Constance, 27 novembre 2019.
- « [Report of the Strategic Forum for Important Projects of Common European Interest](#) », *Report of the Strategic Forum for IPCEI*, European Commission, GROW F1, 5 novembre 2019.
- « [L'Europe face aux nationalistes économiques américains et chinois](#) », *Rapport Fondapol*, COMBE Emmanuel, HYPPOLITE Paul-Adrien et MICHON Antoine, Fondation pour l'innovation politique, Novembre 2019.
- Position Paper de l'Autriche « [on National and European Champions in Merger Control](#) », *Position Paper Autriche*, Novembre 2019.
- « [Competition and industrial policy in Europe: how can they work together?](#) », Philip Lowe, *Oxera 2019*, Octobre 2019.
- « [EU Competition Policy fit for the Global Stage](#) », *Rapport ERT*, European Round Table for Industry, 7 octobre (et 9 décembre) 2019.
- « [50^e Conseil économique et financier franco-allemand](#) », *Communiqué Ministère de l'économie et des finances*, 19 septembre 2019.
- « [Improving EU Competition and State Aid Policy](#) », *Business Europe*, 4 septembre 2019.
- « [La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'Union européenne](#) », *Perrot et Blonde – Concurrences*, PERROT Anne et BLONDE Victor, *Revue des droits de la concurrence n°3-2019* pp.2-4, 1^{er} septembre 2019.
- « [Possible reform of competition law: Food for thought to improve the interplay between merger control and other EU policies](#) », *Belmin - Concurrences*, BELMIN Pascal, *Revue des droits de la concurrence n°3-2019* pp.2-4, 1^{er} septembre 2019.
- « [Cinq mesures pour une Europe plus forte](#) », *Kaeser – Les échos*, KAESER Joe, *Les Echos*, 9 août 2019.
- « [Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne](#) », *Représentation de la France auprès de l'UE 2019*, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie — Ministère de l'Économie et des finances — Ministerstwo Przesiedbiorczosci i Technologii, *Représentation de la France auprès de l'Union européenne*, été 2019.
- « [Modernizing European Competition Policy: a brief review of Member States' proposals](#) », *Mathew Heim – Bruegel*, HEIM Mathew, *Bruegel*, 24 juillet 2019.
- « [How should the relationship between competition policy and industrial policy evolve in the European Union?](#) », *Petropoulos – Bruegel*, PETROPOULOS Georgios, *Bruegel*, 15 juillet 2019.
- « [Proposition de la France, de l'Allemagne et de la Pologne pour une politique européenne de la concurrence modernisée](#) », *Proposition France-Allemagne-Pologne du 4/07/2019*, 4 juillet 2019.
- « [Redefining Europe's economic sovereignty](#) », *Bruegel*, LEONARD Mark, PISANI-FERRY Jean, RIBAKOVA Elina, SHAPIRO Jeremy, WOLFF Guntram, *Bruegel (Policy Contribution Issue n°9)*, Juin 2019.

¹⁷³ Ces rapports et études sont classés par ordre chronologique, les plus récents d'abord. Ils sont cités comme indiqué en italique.

- « [Politique de la concurrence et champions européens](#) », *Winckler – RJSP*, WINCKLER Antoine, *Revue des juristes de Science Po*, 6-17, p.35, Juin 2019.
- « [Competitiveness Council](#) », *Communiqué Conseil de l'Union européenne*, 27 et 28 mai 2019.
- « [Le Conseil préconise une stratégie globale à long terme, dotée d'une vision à l'horizon 2030](#) », *Communiqué Conseil européen*, 27 mai 2019.
- « [An EU industrial policy strategy: a vision for 2030 – Council conclusions](#) », *Communiqué Conseil de l'Union européenne*, 27 mai 2019.
- « [Concurrence et commerce : quelles politiques pour l'Europe ?](#) », *Rapport CAE 2019*, JEAN Sébastien, PERROT Anne et PHILIPPON Thomas, *Les notes du Conseil d'analyse économique*, Mai 2019.
- « [L'industrie a-t-elle besoin de l'industrie européenne ?](#) », *OFCE 2019*, ALSIF Anne-Sophie, BALME Richard, CHARLET Vincent, COHEN Elie..., *Note de l'OFCE*, Mai 2019.
- « [Which competition and industrial policies for the new EU Commission after Siemens / Alstom?](#) », *After Simens / Alstom – Concurrences*, BUHART Jacques, FUNKE Thomas G., HEIM Mathew, HENRY David..., *Revue des droits de la concurrence n°2-2019* pp.266-269, 1er mai 2019.
- « [La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE](#) », *Rapport IGF / CGE*, PERROT Anne, BLONDE Victor, ROPARS Axel, CATOIRE Serge, MARITON Hervé, *Inspection générale des finances & Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies*, Avril 2019.
- « [The Return of the Policy That Shall Not Be Named: Principles of Industrial Policy](#) », *IMF Working Paper 2019*, CHERIF Reda et HASANOV Fuad, *IMF Working Paper (WP/19/74)*, Mars 2019.
- « [EU Industrial Policy after Siemens-Alstom: Finding a new balance between openness and protection](#) », *Rapport Centre européen de la stratégie politique Commission européenne*, 18 mars 2019.
- « [Keep Politics out of Europe's Competition Decisions](#) », *Rey-Tirole*, REY Patrick et TIROLE Jean, *Competition Policy International*, 5 mars 2019.
- « [Joint statement by France, Austria, Croatia, Czech Republic, Estonia, Finland, Germany, Greece, Hungary, Italy, Latvia, Luxembourg, Malta, Netherlands, Poland, Romania, Slovakia, Spain](#) », *Friends of Industry*, 6ème reunion ministérielle, 18 décembre 2018.
- « [Politiques et concurrence](#) », *Rapport CAE 2016*, ENCAOUA David et GUESNERIE Roger, *Les rapports du Conseil d'analyse économique*, 2016.

ANNEXE 2

Les personnes auditionnées dans le cadre de ce travail

David BOSCO, Professeur de droit de la concurrence et de droit européen à l'Université d'Aix-Marseille.

Anna DIAS, Avocat aux Barreaux de Brasília et de Paris, Gide Bruxelles, spécialisée en droit du commerce international et en droit européen de la concurrence.

Alan HERVÉ, Professeur agrégé, responsable du Master Europe et affaires mondiales à l'Institut d'études politique de Rennes.

Vincent MARTENET, Professeur à l'Université de Lausanne et président de la Commission fédérale suisse de la concurrence.

Catherine PRIETO, Membre de l'Autorité de la concurrence depuis le mars 2019 elle est professeur de droit à Sorbonne Université.

Olivier PROST, Avocat, Associé/Responsable au bureau de Bruxelles du cabinet Gide, Vice-Président de la section Trade & Investment de l'ICC.

Laurent WARLOUZET, Professeur d'histoire de l'Europe à Sorbonne Université.

ANNEXE 3

Vers la création d'une DARPA européenne ?

Créée en 1958 suite à la « crise du Spoutnik », la DARPA¹⁷⁴ rattachée au département de la Défense des États-Unis est en charge de la recherche et du développement des nouvelles technologies destinées à un usage militaire. Par exemple, elle a développé ARPANET devenu par la suite internet. Sa mission est d'investir dans des technologies révolutionnaires pour la sécurité nationale. Ses principales caractéristiques de fonctionnement sont une forte autonomie et une importante flexibilité ; des programmes concentrés sur les missions ; des projets comprenant des travaux de recherche fondamentale mais également de recherche appliquée (forte prise de risque et tolérance aux échecs).

La nécessaire création d'une DARPA à l'échelle européenne

Face aux États-Unis et à la Chine, les européens ont un retard dans le domaine des technologies. La mise en place d'un puissant instrument de soutien aux innovations au niveau européen est souhaitable car il pourrait conduire à une politique industrielle plus forte, promouvoir les avancées technologiques dans les secteurs stratégiques de l'économie européenne ou encore développer les marchés publics¹⁷⁵. Au niveau européen, quelques instruments ont été mis en place. Le Conseil européen de la recherche¹⁷⁶ dont l'actuel programme-cadre (2014-2020) vise à intégrer la recherche et l'innovation en établissant un soutien sans interruption tout au long du processus ; mettre les financements de la recherche et de l'innovation au service de la réponse aux grands défis de société ; soutenir l'innovation et les activités proches du marché de façon à créer de nouvelles opportunités commerciales. L'Institut européen d'innovation et de technologie vise à renforcer la capacité de l'Europe à innover en réseau ; contribue à la formation des chercheurs à l'entrepreneuriat et aux bonnes pratiques pour décloisonner la recherche et l'innovation. La BEI apporte un appui au financement du capital-risque (par le biais de prêts individuels directs ou indirects ; de solutions de financement mixte et de conseils pour optimiser la rentabilité des investissements ; le financement des fonds de capital-risque et des mécanismes de garantie pour des fonds à travers sa filiale - FEI).

Le bilan de ces instruments est mitigé en pratique¹⁷⁷. Des propositions politiques ont été formulées. En 2017, le Président français Emmanuel Macron a donné une dimension politique à ce sujet en exprimant son souhait d'instituer une Agence européenne pour l'innovation de rupture sur le modèle de la DARPA qui aurait pour but le financement en commun des technologies et sciences émergentes comme l'intelligence artificielle. L'idée a été réaffirmée notamment par Bruno Le Maire en 2018¹⁷⁸. Il existe d'ores et déjà un fonds pour l'innovation de rupture en France qui pourrait préfigurer un fonds au niveau européen et devrait avoir la même puissance que la

¹⁷⁴ DARPA: Defense Advanced Research Projects Agency.

¹⁷⁵ MACRON E., 26 septembre 2017, discours présenté à La Sorbonne, Paris.

¹⁷⁶ Créé lors du 7^{ème} programme-cadre pour la recherche et le développement technologique pour la période 2007-2013.

¹⁷⁷ Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur la politique européenne en matière d'innovation de rupture, présenté par Mme. Christine HENNION et Sophie AUCONIE (députées), pp. 30 à 32.

¹⁷⁸ Myriam RIVET, « Paris plaide pour un fonds européen pour l'innovation de 2,5 milliards d'euros », Reuters, 28 février 2018.

DARPA¹⁷⁹. L'établissement d'une telle agence européenne pourrait prendre deux formes soit celle d'une agence supranationale de la Commission avec une ligne budgétaire attribuée par l'Union ; soit d'une agence intergouvernementale financée directement par les États membres.

L'initiative franco-allemande : Joint European Disruptive Initiative (JEDI)

JEDI est un collectif franco-allemand imaginé en 2017 par une centaine de dirigeants de grands groupes, startups ou organismes de recherche français et allemands¹⁸⁰. Il défend la création d'une Agence d'innovation de rupture inspirée de la DARPA, qui tendrait non pas à atteindre des objectifs précis et restreints mais à résoudre des problèmes de développements. C'est sur ce point qu'elle s'inspire de la DARPA. Cependant, contrairement à la DARPA, elle ne se consacrerait qu'au financement de projets civils. En effet, elle se rapprocherait d'une start-up, avec un fonctionnement dit « agile », des projets limités dans le temps, renouvelables une seule fois, non rentables à court terme, assurant d'ici à dix ans ou plus des innovations révolutionnaires permettant surtout à l'Europe de retrouver son rang, sa compétitivité, et son indépendance dans les cycles de développement technologiques, toujours plus courts. « *La JEDI est créée pour encourager une mentalité gagnante en modifiant radicalement le financement des projets à risque et leur temps d'exécution. Le but est de retrouver notre place de meneur technologique et donc de restaurer notre indépendance stratégique et économique* »¹⁸¹.

A terme, l'objectif serait d'étendre cette initiative franco-allemande à l'ensemble de l'Union, ce qui dans les faits semble compromis car le projet ne fait pas l'unanimité. A titre d'exemple, Carlos Moedas, le commissaire européen à la recherche, a estimé que l'idée était semblable au pilote du Conseil européen de l'innovation. En réalité, la plupart des outils de ce pilote se concentrent sur l'innovation de marché.

Le projet pilote d'un Conseil européen de l'innovation (CEI)

Un CEI a été proposé par la Commission européenne en 2018¹⁸². Un pilote a été lancé pour la période 2019-2020 afin d'organiser une transition progressive vers la nouvelle structure du futur programme Horizon Europe, succédant à Horizon 2020 à partir de 2021. C'est un dispositif de financement public destiné à des projets et des entreprises qui développent ou lancent la commercialisation d'une innovation de rupture ou radicale. Il doit conduire à « *faire passer des innovations radicales et disruptives de l'étape du laboratoire à celle de la commercialisation et d'aider les jeunes pousses et les PME à développer leurs idées* »¹⁸³. Le CEI dispose de deux instruments de financement : le Pathfinder qui vise à soutenir des projets en phase initiale qui cherchent à développer des technologies avancées ; et l'Accelerator qui vise à développer les technologies de rupture sur le marché jusqu'à atteindre une phase de développement attractive pour les investisseurs privés (destiné à des idées commercialement viables à terme mais qui revêtent un

¹⁷⁹ Myriam RIVET, « Paris plaide pour un fonds européen pour l'innovation de 2,5 milliards d'euros », Reuters, 28 février 2018.

¹⁸⁰ Le projet rassemble des personnalités telles que le président du CNES Jean-Yves Le Gall, le directeur de la recherche technologique du CEA Stéphane Siebert, le PDG d'Airbus Defense and Space Dirk Hoke, ou encore Guillaume Poupard, le numéro un de l'Anssi, l'agence de lutte contre les cyberattaques.

¹⁸¹ Daniela VINCENTI, « Le JEDI veut révolutionner l'innovation en Europe », Euractiv, 15 mars 2018.

¹⁸² L'idée de créer un CEI a été initiée par le commissaire européen Carlos MOEDAS en 2015. Selon lui, la CEI sur le modèle du Conseil européen de la recherche (CER) favoriserait l'émergence d'innovations porteuses de croissance.

¹⁸³ Communiqué de Presse, « Budget de l'UE pour 2021-2027 : la Commission se félicite de l'accord provisoire sur Horizon Europe, le futur programme de recherche et d'innovation de l'UE », 20 mars 2019, Commission Européenne (EUROPA).

risque élevé pour les investisseurs privés). Concernant son fonctionnement, la Commission devra nommer des responsables de l'innovation au sein d'un Conseil consultatif du CEI chargé de superviser le projet pilote, de préparer le futur CEI et devra recruter un premier groupe de responsables de programmes dotés d'une expertise de pointe en matière de nouvelles technologies, afin de superviser et soutenir les projets.

Cet outil se concentre principalement sur les innovations proches du marché, sans réellement tenter de pousser la recherche dans une direction déterminée. Sa structure ne semble pas permettre à son personnel d'être autant impliqué que les agents de la DARPA le sont, ni même de piloter des projets de façon aussi directe. Ainsi, il est peu probable que la mise en place d'un tel Conseil permette d'atteindre un niveau égal à celui de l'agence américaine en termes de prise de risques et de réalisations de missions.

Sans plus tarder, l'Union européenne doit s'armer en matière d'innovation. Au même titre que ses concurrents, elle doit consolider son autonomie stratégique ainsi qu'asseoir un certain *leadership* économique en termes d'innovation. Si la JEDI semble ambitieuse, elle ne concerne que deux États membres : la France et l'Allemagne. Quant au CEI, il est principalement axé sur les innovations propres au marché, dès lors son champ se voit quelque peu restreint. Le besoin d'instituer une « Euro-DARPA » se fait grandement sentir, mais amène également plusieurs interrogations notamment quant à sa structure, son mode de financement, les secteurs concernés, l'articulation des programmes, ou encore la conciliation des priorités industrielles divergentes d'un État membre à un autre.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Cette annexe a été rédigée par Myriam Dziewit Benallaoua.

FONDATION ROBERT SCHUMAN

Créée en 1991, après la chute du mur de Berlin, reconnue d'utilité publique, la Fondation Robert Schuman œuvre en faveur de la construction européenne. Centre de recherche de référence, la Fondation développe des études sur l'Union européenne et ses politiques et en promeut le contenu en France, en Europe et à l'étranger. Elle provoque, enrichit et stimule le débat européen par la qualité de ses recherches, de ses publications et de ses conférences.

203 bis Boulevard Saint-Germain, 75007, Paris

Tél : +33 (0) 1 53 63 83 00

info@robert-schuman.eu

11 rue d'Egmont B-1000 Bruxelles

Tél : +32 (0)2 502 47 13

bruxelles@robert-schuman.eu

