

ÉDITORIAL

Ce rapport met en perspective, au regard de l'histoire et de l'analyse économique, les politiques de la concurrence.

Les leçons, en l'espèce, de l'histoire et de la géographie servent à éclairer les grandes options de toute politique de la concurrence, en particulier celle mise en œuvre dans l'Union européenne. Où placer le curseur entre l'exigence de compétitivité et le souci de la protection des consommateurs ? Quel équilibre accepter ou favoriser entre la logique de la concurrence et celle de la coopération ? Comment articuler la politique de la concurrence et la politique de la R&D et de l'innovation ?

Les recommandations du rapport sont riches, pragmatiques, rapidement opérationnelles. On retiendra la série de propositions à mettre en vigueur au plan communautaire. Sans oublier, bien sûr, les réformes franco-françaises exigées par l'évolution du contexte général et légitimées par le rôle qui reste dévolu, sur tous ces sujets, au principe de subsidiarité.

Christian de Boissieu

n° 2/2006

MARS 2006

Politiques de la concurrence

Rapport de David Encaoua et Roger Guesnerie

Une économie de marché a besoin d'une régulation et de règles du jeu. La politique de la concurrence est l'un des instruments de cette régulation. Ce rapport fournit une présentation détaillée des fondements intellectuels et historiques de ces politiques. Il présente ensuite leurs domaines d'intervention allant du contrôle des structures de marché par le biais du contrôle des opérations de concentration à celui des comportements par l'application des règles antitrust. Le rapport souligne et détaille par ailleurs l'importance croissante prise par l'analyse économique à la fois dans l'application des politiques mais également dans le design réglementaire et institutionnel.

Ce rapport a été présenté au Premier ministre le 14 septembre 2005. Cette Lettre publiée sous la responsabilité de la cellule permanente, reprend les principales conclusions tirées pas les auteurs.

Les politiques de concurrence ont connu une importance croissante dans tous les pays occidentaux. Ce rapport en détaille les origines et les différents domaines d'intervention. Il présente de manière pédagogique et très complète les formes et intensité optimales de la concurrence, les complémentarités des politiques de la concurrence avec d'autres politiques, l'hétérogénéité des registres d'intervention et des outils et la cohérence interne de ces systèmes de gouvernance. Il propose un certain nombre de recommandations, en particulier une meilleure coordination des politiques de concurrence avec celles assurant la promotion de la compétitivité et de l'innovation. Il préconise également de clarifier les objectifs assignés à ces politiques et aux autorités qui les mettent en œuvre.

Origines et fondements des politiques de concurrence

Dans une première partie, les auteurs mettent en perspective les politiques actuelles de concurrence en faisant appel aussi bien à l'histoire qu'aux fondements intellectuels de la discipline. Les politiques de concurrence sont tout d'abord décrites comme produits de l'histoire. Les auteurs opposent l'émergence de ces politiques à la fin du XIX^e siècle aux États-Unis, puis au milieu du XX^e siècle en Allemagne.

Les premières lois nord-américaines sont apparues avec le Sherman Act en 1890 et le Clayton Act en 1914 pour lutter contre les trusts, tout en reconnaissant les aspects positifs de la concentration des moyens de production pour exploiter des économies d'échelle. Ces premiers textes sont des lois fédérales dont les objectifs sont de prohiber les restrictions au commerce entre États de l'Union. Les auteurs décrivent le mouvement de balancier qu'a suivi la mise en œuvre de ce droit. À une phase de mise en sommeil entre 1915 et 1936, qui a vu la promotion de l'État providence, a succédé une période activiste de 1936 à 1972 sous l'influence de l'école structuraliste de Harvard. La forte suspicion à l'encontre des grandes entreprises et la volonté de simplification à l'extrême des charges de la preuve incombant aux autorités de concurrence, ont conduit à la promotion et à la recherche de marchés composés de petites structures atomisées. La période de 1973 à 1992 a connu une transformation radicale, sous l'influence de l'École de Chicago, qui a montré les possibles effets positifs sur le bien-être de certaines pratiques restrictives de concurrence. L'accent a été mis sur les gains d'efficacité et la prise en compte d'une nécessaire promotion de l'innovation. Ces arguments ont été ensuite repris dans un cadre plus formel par la synthèse post Chicago utilisant les outils de la théorie des jeux.

L'évolution de la politique de concurrence en Allemagne est fort différente. Après 1945, elle a été influencée par deux facteurs. Le premier, d'ordre intellectuel, est associé à la doctrine de l'ordo-libéralisme. Le second, d'ordre politique, traduit la pression des forces alliées pour démanteler le régime des cartels. Dès 1958, une loi relative aux restrictions de concurrence, désignée sous le sigle de GWB, fut votée en RFA. Dans ce texte, la concurrence est un objet de droit qu'il convient de protéger en soi. L'objectif diffère ainsi de celui qui a fini par prévaloir aux États-Unis, à savoir la défense de l'efficacité économique. La défiance vis-à-vis de la dominance économique joue ainsi un rôle plus important en Allemagne qu'aux États-Unis.

Les auteurs explicitent ensuite les fondements intellectuels de la politique de la concurrence en soulignant la complexité et en les reliant aux développements de l'analyse économique. Si la montée en puissance du raisonnement économique ne garantit pas une stabilisation des formes d'intervention, comme le confirme l'expérience historique, elle a néanmoins favorisé une certaine convergence contemporaine des politiques de la concurrence entre les deux continents.

Registres et modes d'action

Dans une deuxième partie, les auteurs analysent les enjeux et les limites de la politique communautaire de la concurrence en passant en revue les principaux registres d'intervention, à savoir l'antitrust et le contrôle des concentrations. Cette partie rappelle les arbitrages constants entre concurrence et coopération, qui sous tendent, au nom de la recherche de l'efficacité économique, la conduite des politiques de concurrence. Les instruments disponibles permettent d'opérer un contrôle *ex ante* sur les structures de marché ou

les relations contractuelles et un contrôle *ex post* sur les comportements des entreprises. La politique optimale doit utiliser au mieux l'articulation entre ces deux modes d'action. Ces contrôles sont également soumis au délicat arbitrage entre la recherche d'une plus grande sécurité juridique que procurent des règles d'interdiction en soi ou dites « *per se* » et d'une plus grande efficacité permise par l'application de règles dites « de raison » qui permettent un examen au cas par cas, avec l'inévitable incertitude que cela comporte. Les auteurs rappellent que la politique communautaire de la concurrence, depuis le Traité de Rome en 1957 jusqu'aux réformes récentes mises en œuvre en 2004, est marquée par la coexistence et la juxtaposition de trois objectifs. Le premier objectif, hérité de la conception ordo-libérale allemande, est la défense de la concurrence, conçue comme un objet de droit à protéger en soi. Le second objectif, prédominant dans la période initiale mais qui n'a pas disparu pour autant, est celui de l'intégration du marché commun. Le troisième objectif est celui de l'efficacité, selon lequel ne sont répréhensibles que les pratiques qui réduisent le bien-être des consommateurs ou dans certains cas le bien-être global. Cet objectif, plus explicitement économique, rejoint la conception américaine de la politique de la concurrence.

L'antitrust

Est ensuite traité l'antitrust, noyau dur de la politique de la concurrence. Sont abordées successivement la lutte contre les ententes, les pratiques d'exclusion et les pratiques restrictives. La lutte contre les ententes et l'examen des accords trace la frontière de ce qui est toléré entre la concurrence et la coopération. Les auteurs rappellent les différences de sanctions qui existent de chaque côté de l'Atlanti-

que. Aux États-Unis, les auteurs d'une entente sont passibles d'une sanction pénale (peines de prison) mais pas en Europe. Les contrevenants s'exposent à des amendes égales au triple des dommages subis. La matérialité des preuves nécessaires à sanctionner une entente est ensuite étudiée. Ceci revient à distinguer la collusion tacite de celle explicite. La collusion explicite désigne les accords et pratiques dont des preuves matérielles ont été découvertes. La détection de la collusion tacite, au contraire, repose sur un faisceau d'indices. Le degré de matérialité des preuves nécessaire pour sanctionner une entente conduit à réprimer uniquement des accords explicites ou également des accords tacites. Cette difficulté a été à l'origine de divergences entre les décisions de la Commission et les jugements en appel de la Cour de Justice. La Commission a parfois cherché à condamner des comportements lui semblant aller à l'encontre de l'efficacité économique sans preuves matérielles. La Cour de Justice a cherché, au contraire, à préserver d'avantage la liberté économique en exigeant des standards de preuves plus contraignants. La Commission a ainsi parfois retenu le parallélisme de comportements ou de prix comme indice d'une collusion tacite, la Cour de Justice étant plus réticente à admettre de tels raisonnements. Les programmes de clémence, récemment introduits aux niveaux communautaire et nationaux sont également détaillés. Ils permettent à un membre d'une entente d'être amnistié de tout ou partie des amendes en l'échange d'informations permettant de prouver celle-ci. Ces programmes sont une illustration d'une politique optimale cherchant à faire révéler et à détecter à moindre coût des pratiques illicites.

Dans certaines situations, une coopération entre entreprises

peut être bénéfique du point de vue de l'efficacité économique. De tels accords sont rendus possibles par un régime d'exemption légale s'ils respectent deux conditions : être bénéfiques aux consommateurs et ne pas éliminer entièrement la concurrence. C'est notamment le cas de certains accords de R&D, de spécialisation ou de transfert de technologie qui peuvent favoriser l'innovation. C'est également le cas de certaines restrictions verticales entre fournisseurs et distributeurs. Le droit communautaire a introduit intensivement le mécanisme dit de l'exemption en bloc, qui se décline par catégories d'activités. Un accord entre entreprises ne détenant pas un pouvoir de marché excessif (en général une part de marché inférieure à 20 ou 30 %) et n'incluant pas des restrictions caractérisées de concurrence (spécifiques à chaque catégorie d'activités) bénéficie d'une exemption en bloc. Jusqu'en mai 2004, lorsque l'une de ces conditions n'était pas satisfaite, le régime de la notification obligatoire s'appliquait et la Commission décidait alors au cas par cas. Depuis mai 2004, le régime en vigueur est celui de l'exception légale. Ces accords sont réputés licites tant que la Commission ne les condamne pas. C'est donc aux entreprises elles-mêmes d'évaluer les gains d'efficacité permis par les restrictions de concurrence et donc de supporter le risque juridique.

Les auteurs passent ensuite en revue la pratique de lutte contre les stratégies d'exclusion ou plus généralement d'abus de position dominante. Ce domaine est réputé l'un des plus délicats car les preuves sont difficiles à fournir. L'utilisation de prix abusivement bas ou de clauses contractuelles comme des rabais, des ventes liées ou des prix discriminants sont autant d'instruments qui peuvent être utilisés comme outils de prédation envers des concurrents mais

qui en tant que tels ne sont pas néfastes aux consommateurs, au moins à court terme. Les autorités de concurrence se trouvent confrontées à des asymétries d'information importantes quant à l'évaluation des coûts pertinents ou de finalité de telles pratiques. La séquentialité de la charge de la preuve au cours des différentes phases de l'instruction peut être optimisée de façon à limiter ces contraintes informationnelles. C'est l'objet de l'élaboration de *règles de raison structurées* en discussion dans le cadre de la réforme de l'article 82 du Traité. De même, certaines pratiques restrictives de concurrence dans les relations verticales entre fournisseurs et distributeurs restent interdites *per se*. La théorie économique suggère pourtant de possibles effets positifs à chacune d'entre elles. La règle de raison devrait donc s'imposer face aux règles *per se*. Il s'agit notamment en France de l'interdiction de revente à perte dont les auteurs revendiquent la suppression.

Le contrôle des concentrations

Est ensuite détaillé le contrôle des opérations de concentrations. Il s'agit là d'un contrôle des structures qui fait appel à une logique prospective par opposition à la logique rétrospective ou répressive, qui domine le registre précédent des règles de concurrence. Jusqu'en 2004, la Commission pouvait interdire une fusion si celle-ci conduisait à la création ou au renforcement d'une position dominante individuelle ou collective, créant par là même un risque de pratiques anticoncurrentielles. Ne pouvant interdire une fusion qui induirait un risque trop grand d'ententes, la Commission a utilisé un concept fragile du point de vue de l'analyse économique, celui de position dominante collective. Dans de nombreuses décisions, le Tribunal de première

instance (TPI) a contesté les décisions de la Commission, non seulement sur des questions de forme mais également sur le fond. Le TPI est ainsi passé d'un rôle de contrôle des erreurs manifestes d'appréciation à un contrôle du raisonnement économique de la Commission. La réforme de mai 2004 modifie à la fois la mise en œuvre du contrôle des concentrations et le critère d'appréciation. La nouvelle procédure est fondée sur une coopération renforcée entre la Commission et les autorités nationales de concurrence. Sur le fond, le test de dominance économique a été remplacé par le test de l'entrave significative de concurrence effective, équivalent du test anglo-saxon dit de réduction substantielle de concurrence. Ce test substitue donc une règle de raison correspondant à ce qu'on appelle l'effet unilatéral d'une fusion, qui doit être évalué au cas par cas, à la règle *per se* correspondant à la notion de dominance individuelle. Il est plus contraignant que le test basé sur la dominance puisqu'une entrave significative à la concurrence peut exister en l'absence d'une dominance économique individuelle. Deuxièmement, le nouveau règlement introduit la notion d'effet coordonné d'une fusion qui renvoie à la plausibilité renforcée d'un comportement collusif sur le marché après la fusion. Cette plausibilité dépend d'un certain nombre de facteurs censés faciliter la collusion. Les gains d'efficacité permis par la fusion pourront être pris en considération et mis en balance des possibles réductions de concurrence. Ce dernier point n'était pas possible auparavant puisqu'au contraire une efficacité accrue de la nouvelle entité fusionnant était interprétée comme renforçant la position dominante sur le marché. Enfin, les auteurs examinent les remèdes structurels (cession d'actifs) qui peuvent être imposés par une autorité de concu-

rence comme mesure corrective à certaines opérations de concentration.

Politique de concurrence et politique d'innovation

Le rapport porte également une attention particulière aux problèmes à l'interface de la politique de la concurrence, de l'innovation et de la propriété intellectuelle. Ces problèmes sont d'importance croissante dans nos sociétés contemporaines où les actifs immatériels jouent un rôle de plus en plus déterminant et l'on peut se demander si les spécificités des secteurs où l'innovation est dominante et permanente commandent une application différenciée du droit de la concurrence. Selon les auteurs, une meilleure articulation entre le droit et l'économie est ici nécessaire : d'une part, la propriété intellectuelle convenablement accordée constitue une incitation efficace à l'investissement en recherche, d'autre part, ses droits ne sauraient excéder le niveau nécessaire. Témoigne de cette tension les exemples contrastés des États-Unis et de l'Europe. Une extension abusive des champs du brevetable suggère certaines dérives la propriété intellectuelle aux États-Unis et va de pair avec un renforcement des droits des détenteurs et un plus grand laxisme dans l'attribution de ces droits. La situation est très différente en Europe où même l'unification communautaire d'un droit de la propriété intellectuelle est loin d'être réalisée.

Les aides publiques

Enfin, le contrôle des aides publiques est détaillé. C'est un domaine sensible et controversé qui couvre certains aspects de politique industrielle, notamment au travers des aides aux entreprises en difficulté. Ces aides peuvent créer des distorsions de concurrence qui affectent significativement le commerce entre

États membres ou bien le maintien sur le marché, grâce à l'aide publique, d'une entreprise momentanément en difficulté. Mais ceci peut dans certains cas être paradoxalement proconcurrentiel. Le rapport s'interroge sur les critères retenus pour la qualification d'une aide publique (avantage net au bénéficiaire, sélectivité de l'aide, ressources publiques pour financer l'aide) et sur leur pertinence au regard des objectifs du droit de la concurrence, sur le caractère suffisant de l'obligation de remboursement en cas de succès. Sur ces thèmes, le rapport plaide en faveur d'une subsidiarité renforcée et encadrée. La question est ensuite élargie à celle des différences entre pays membres en termes de fiscalité, de normes sociales ou d'environnement, sachant que ces différences sont à l'origine d'asymétries de concurrence accentuées après l'élargissement.

Les recommandations

La troisième partie prend un point de vue plus synthétique et comprend un certain nombre de recommandations. En préambule, le rapport relève une certaine indétermination des objectifs des politiques de la concurrence, quelque peu tiraillées entre le surplus du consommateur et le bien-être du citoyen économique, entre le court terme et le moyen terme. Les recommandations sont regroupées selon deux chantiers principaux.

Le premier chantier consiste à exploiter les complémentarités entre la politique de la concurrence et les politiques en faveur de la compétitivité et de l'innovation. L'écart entre l'Europe et les États-Unis en termes des moyens consacrés à la politique de la recherche et de l'innovation est considérable, alors même que les politiques de la concurrence convergent à présent fortement entre les deux continents. Le premier chantier ren-

Les Rapports du Conseil d'Analyse Économique

- 30. Plein emploi
- 31. Aménagement du territoire
- 32. Prix du pétrole
- 33. Inégalités économiques
- 34. Enchères et gestion publique
- 35. Démographie et économie
- 36. Enjeux économiques de l'UMTS
- 37. Gouvernance mondiale
- 38. La Banque centrale européenne
- 39. Kyoto et l'économie de l'effet de serre
- 40. Compétitivité
- 41. Propriété intellectuelle
- 42. Les normes comptables et le monde post-Enron
- 43. Crises de la dette : prévention et résolution
- 44. Protection de l'emploi et procédures de licenciement
- 45. Ségrégation urbaine et intégration sociale
- 46. Éducation et croissance
- 47. La société de l'information
- 48. Productivité et croissance
- 49. Productivité et emploi dans le tertiaire
- 50. Les crises financières
- 51. Réformes structurelles et coordination en Europe
- 52. Réformer le Pacte de stabilité et de croissance
- 53. Financer la R&D
- 54. Politiques environnementales et compétitivité
- 55. Désindustrialisation, délocalisations
- 56. Croissance équitable et concurrence fiscale
- 57. La famille, une affaire publique
- 58. Les seniors et l'emploi en France
- 59. Politique économique et croissance en Europe
- 60. Politiques de la concurrence (à paraître)

Ces rapports sont disponibles à La Documentation française
29 quai Voltaire
75344 PARIS Cedex 07
Téléphone : 01 40 15 70 00
Télécopie : 01 40 15 72 30
et sur : www.cae.gouv.fr

La documentation Française



voie aux déséquilibres que la prééminence européenne de la politique de la concurrence induit. Il s'agit à la fois de redonner un espace et des moyens aux politiques de la compétitivité et de l'innovation et de mieux exploiter les complémentarités avec la politique de la concurrence. Les auteurs proposent que le Conseil européen s'engage à gonfler chaque année le budget communautaire de la recherche et de l'innovation d'un montant égal au niveau des « recettes » de la politique de la concurrence (le montant collecté des amendes). Ils suggèrent également un renforcement des mécanismes d'incitation à l'innovation dont la protection par la propriété intellectuelle.

Le deuxième chantier consiste à atténuer certaines tensions dans la mise en œuvre de la politique de la concurrence. En matière d'interventions prospectives, les tests pratiqués pour le contrôle des concentrations privilégient le court terme, là où l'accent devrait plutôt être mis sur le moyen et long terme. Pour diminuer les tensions au niveau communautaire, les auteurs proposent d'instaurer une coordination entre la DG Concurrence, la DG Entreprise et Industrie et la DG Recherche pour l'évaluation des opérations de concentration comportant des enjeux marqués de compétitivité industrielle. Ils suggèrent également que les engagements conditionnant les autorisations de concentrations ne soient pas uniquement de nature structurelle, comme c'est le cas actuellement. Des mesures correctives conduisant à des engagements de nature comportementale peuvent parfois suffire, s'ils sont assortis de sanctions en cas de non-respect *ex post*. Au plan français, le rapport préconise deux alternatives pour améliorer le contrôle des concentrations. La première est une remise en question du régime actuel de contrôle des concentrations : la notification serait faite au

Conseil de la Concurrence qui en assurerait l'instruction, la décision finale revenant au Ministre au nom de considérations éventuellement autres que la concurrence. Cette solution, conforme au régime allemand, permettrait de lever la suspicion selon laquelle il serait plus facile aux entreprises de trouver des solutions acceptables en négociant avec les services du ministère qu'avec le Conseil de la Concurrence. La deuxième solution propose d'assumer la logique du statu quo en la rationalisant. Un dualisme raisonné consisterait à séparer la fonction répression des fraudes de la fonction contrôle des concentrations et à encadrer cette dernière de façon plus systématique en prenant en compte à la fois le point de vue de la concurrence et des éléments d'appréciation portant sur d'autres critères.

En matière d'interventions répressives, le rapport fait deux propositions. La première cherche à rétablir une certaine cohérence entre les dispositions spécifiques à la concurrence et la pléthore de dispositions législatives et réglementaires qui régissent par ailleurs les relations commerciales. Le rapport propose de supprimer l'interdiction de la revente à perte en confiant aux autorités de concurrence le soin de distinguer si une revente à perte constitue ou non une stratégie de prédation. La deuxième proposition porte sur l'équilibre entre la sécurité juridique et la flexibilité économique, en plaçant pour un recours à une règle de raison structurée en fonction de l'abus présumé de chaque pratique. Les principes d'une telle règle devraient être précisés dans des lignes directrices, en explicitant les étapes successives de l'examen, l'allocation à chaque étape de la charge de la preuve et enfin les pondérations accordées aux arguments anticoncurrentiels et pro concurrentiels selon la gravité présumée de la pratique en question.

Commentaires

Michel Mougeot souligne le contraste frappant entre la minutie, la subtilité et le caractère nuancé de l'analyse de la concurrence proposée par le rapport et la présentation simpliste, manichéenne et souvent erronée des questions de marché dans les médias et dans les discours politiques en France. Les débats concernant le référendum de 2005 sur la constitution européenne ont montré combien la société française, souvent mal informée, craint l'extension du champ de la concurrence. À cet égard, le premier mérite du rapport est de rappeler qu'une économie de marché a besoin d'une régulation et de règles du jeu. La politique de la concurrence est l'un des instruments de cette régulation et le rapport en fournit une présentation érudite. Le second mérite de ce texte est la mise en évidence des différentes conceptions de cette politique et de leurs liens avec la théorie économique. La concurrence vue comme un processus n'a pas les mêmes implications que la concurrence vue comme un état d'équilibre. Les conceptions à court terme et à long terme diffèrent, notamment quant à la pertinence des politiques d'innovation. Les formes de la concurrence pour le marché se substituent ou au contraire sont des compléments de la concurrence dans le marché.

Hervé Lorenzi revient sur l'absence d'objectif précis assigné aux politiques de concurrence. S'agit-il de défendre le surplus des consommateurs ou le bien-être social défini de façon plus large ? Il souligne l'importance accordée à la relation entre concurrence et innovation. Il s'interroge sur une stabilisation éventuelle des politiques de concurrence, sur la place d'une politique industrielle ou de compétitivité et sur la hiérarchisation au niveau de l'Union européenne entre les politiques de concurrence, industrielles et commerciales. Enfin, il conclut sur la place aujourd'hui centrale des politiques de concurrence, au cœur de l'évolution des économies modernes. ■