

Politique de concurrence et stratégie industrielle

Par Jean-Paul TRAN THIET

Avocat au Barreau de Paris

Politique industrielle et politique de concurrence sont souvent considérées comme un oxymore, notamment au niveau de l'Union européenne. Cet article, sans remettre en cause l'existence même d'une politique de concurrence qui a contribué à l'intégration économique de nos pays, appelle à une révision de certaines des disciplines imposées par Bruxelles lesquelles constituent des obstacles au développement d'une stratégie industrielle lucide, à l'heure d'une mondialisation qui tourne à l'affrontement économique. Sont principalement visés le contrôle des concentrations et celui des aides publiques, mais aussi l'insuffisante prise en compte du principe de réciprocité dans l'accès aux marchés. Enfin, la prégnance forte de l'économie digitale suppose un aggiornamento indispensable à la restauration d'une influence des pouvoirs publics.

La politique de concurrence est aujourd'hui essentiellement d'inspiration européenne. C'est d'ailleurs la seule politique significative qui relève de la compétence exclusive de la Commission européenne, laquelle ne dispose généralement que d'un pouvoir de proposition et d'exécution. C'est la raison pour laquelle cette institution est si méfiante chaque fois que l'on tente de la réformer.

Un récent rapport du Parlement européen⁽¹⁾ souligne pourtant ses insuffisances et ses effets délétères pour l'industrie européenne, faisant écho au rapport d'information des députés Olivier Marleix et Thierry Michels⁽²⁾ sur l'évaluation de la politique industrielle.

Ce sont principalement le contrôle des concentrations et celui des aides publiques qui suscitent des critiques. Sans remettre en cause l'existence même d'une politique de concurrence qui a contribué à l'intégration économique de l'Union européenne (UE), les disciplines imposées par Bruxelles sont perçues comme des obstacles au développement d'une stratégie industrielle européenne.

Le contrôle *a priori* des concentrations

Statistiques et polémiques

Plusieurs polémiques sont apparues depuis l'entrée en vigueur de ce contrôle :

- l'interdiction, en 1991, du rapprochement entre Aérospatiale, Alenia et De Havilland, sous prétexte d'un risque

de domination par cette nouvelle entité du marché des avions régionaux de 20 à 70 sièges, a eu pour résultat le fait que l'Europe ne produit plus aucun jet sur ce segment, abandonné au Canadien Bombardier et au Brésilien Embraer ;

- le refus, en 2000, d'un accord égalitaire entre Péchiney, Alcan et Alusuisse a conduit à la vassalisation de Péchiney, puis à sa quasi-disparition ;
- à la même époque, le blocage de plusieurs autres opérations, empêchant notamment la fusion Schneider/Le-grand ;
- l'opposition au rapprochement Alstom-Siemens, en février 2019.

Les tenants d'une application stricte des règles de concurrence relèvent que les interdictions sont très rares. Les opposants rétorquent que ces refus ont un effet dissuasif et ont conduit au passage de plusieurs de nos champions (Pirelli, Alstom-énergie, Volvo, etc.) sous le contrôle d'acteurs non européens, notamment parce que nos entreprises (Michelin, Renault, Siemens et d'autres encore) ont refusé d'engager des mois de négociations, avec pour perspective d'essayer finalement un refus ou de devoir accepter des désinvestissements faisant perdre au projet une partie significative de son intérêt.

Certes, sur les 8 170 décisions arrêtées par la Commission en trente-et-un ans, seules 30 se sont traduites par une interdiction de l'opération de concentration (y compris celle d'Alstom avec Siemens), soit moins de 0,4 %.

Cependant, ces données n'intègrent pas les opérations auxquelles les parties ont renoncé. 224 notifications ont ainsi été retirées en cours de procédure. Les cas où des entreprises n'ont même pas voulu affronter les coûts et les délais d'une notification sont impossibles à évaluer.

(1) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0168_FR.html

(2) https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cec/15b3794_rapport-information# (21 janvier 2021).

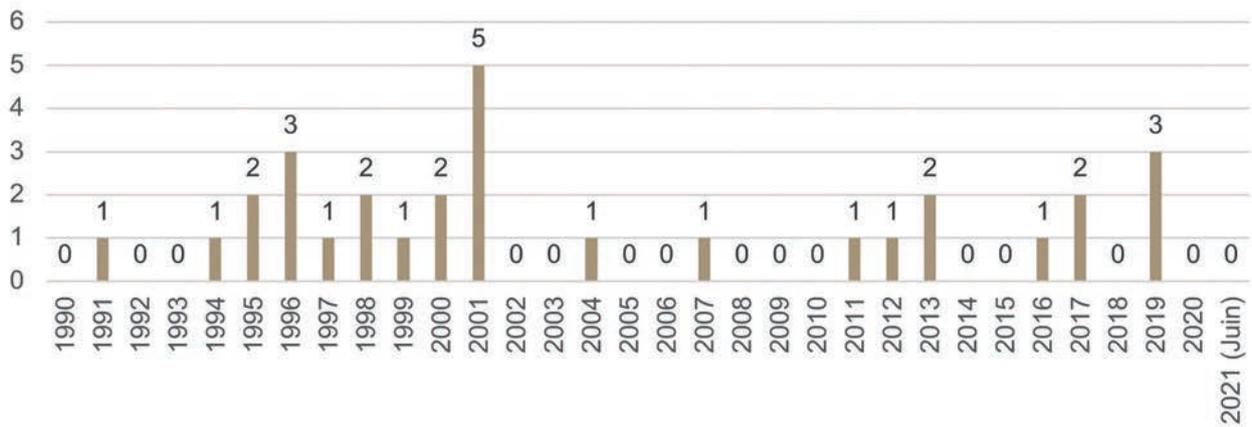


Figure 1 : Concentrations interdites par la Commission depuis 1990 (source : https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics_en).

De même, elles ne couvrent pas les 474 cas où, pour éviter une opposition, les parties ont modifié le périmètre de l'opération ou souscrit des engagements destinés à lever les réserves de Bruxelles (modification du périmètre, désinvestissements, obligations comportementales en termes de prix ou d'investissement, etc.).

Au total, si le bilan statistique est nuancé, le contrôle des concentrations a incontestablement conduit à défavoriser les consolidations.

Une appréciation géographique trop limitée des marchés

Les appréciations sont trop souvent limitées à un marché de référence national, voire local⁽³⁾. Cela n'est plus raisonnable à l'heure de la mondialisation des échanges. La Commission doit être conduite à se fonder, pour toutes ses décisions, sur des marchés de dimension mondiale, sauf cas exceptionnels d'opérations de faible dimension qu'elle devrait alors renvoyer vers les autorités nationales concernées, qui sont mieux à même d'en évaluer les effets. Elle devrait ainsi être conduite à tenir compte de la situation ac-

tuelle et future des entreprises concurrentes situées hors de l'UE. Si une partie importante de la concurrence mondiale s'exerce sur des marchés non européens et qu'un refus de rapprochement pourrait handicaper la position des entreprises européennes, la Commission devrait alors accepter le projet.

Des évaluations prospectives de trop court terme

La Commission admet ne procéder à une analyse de l'évolution des marchés qu'à une échéance de deux années environ. Certes, la faible disponibilité de données fiables limite la possibilité d'une appréciation de plus long terme. Mais les décisions négatives ou les conditions restrictives imposées par la Commission peuvent être si destructrices pour l'industrie européenne, que cette institution, avant toute interdiction ou autorisation conditionnelle, devrait être contrainte de procéder à une évaluation complète des rapports de force à moyen terme (cinq à sept années) et d'admettre, en cas d'incertitude, que le doute doit profiter aux entreprises ayant notifié une opération de prise de contrôle.

Le recours quasi exclusif à des remèdes structurels

En cas de risque de domination, la Commission recourt quasi exclusivement à des remèdes structurels et impose des désinvestissements. C'est évidemment la solution

(3) Selon Emmanuel Combes, vice-président de l'ADLC, la Commission n'a retenu un marché européen ou mondial que dans 61 % de ses décisions : <http://www.latribune.fr/opinions/tribunes/20141117trib6e051344c/la-politique-de-la-concurrence-est-elle-trop-severe.html>

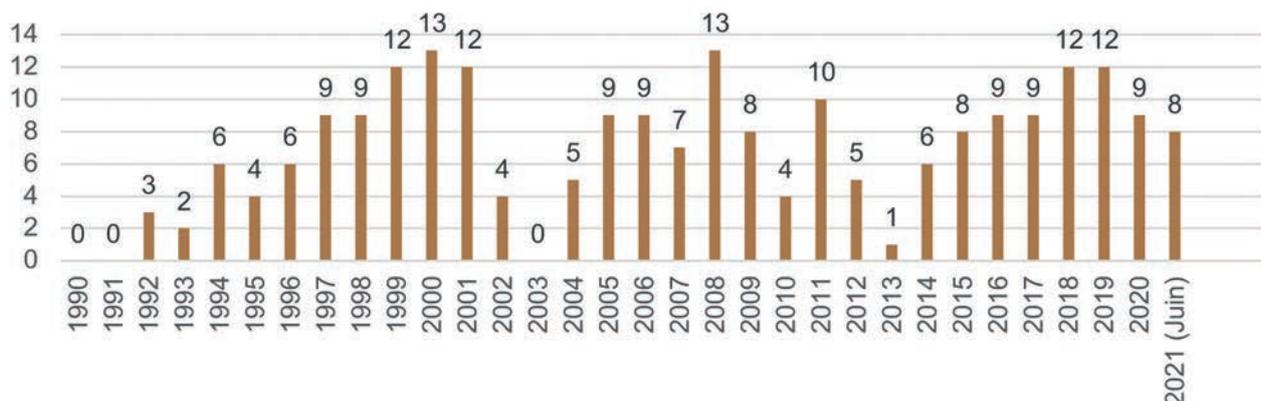


Figure 2 : Concentrations retirées depuis 1990 (source : https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics_en).

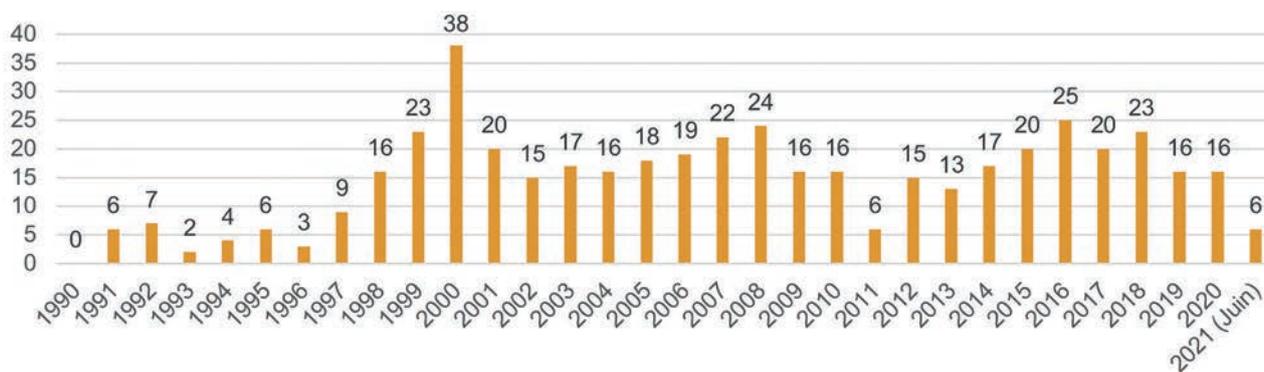


Figure 3 : Concentrations autorisées sous conditions (source : https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics_en).

la plus facile, puisqu'elle conduit à supprimer tout risque de domination et évite à l'autorité de la concurrence de surveiller, après que les cessions d'actifs sont réalisées, l'évolution des entreprises concernées. Le problème est que les réductions de coûts attendues de la fusion s'amenuisent de façon significative et que le potentiel technologique tiré de la réunion des équipes de R&D s'estompe, tandis que les effets de marques ou liés à d'autres actifs immatériels mis en commun disparaissent largement.

Éviter le recours quasi systématique à de tels désinvestissements supposerait d'imposer un recours prioritaire à des remèdes d'ordre comportemental afin de réduire les possibilités d'abus, sans réduction des efficacités. De tels remèdes pourraient porter sur l'évolution des capacités, à la lumière de la position des autres acteurs existants ou entrants dans ce ou ces marchés, sur l'obligation de nouer des partenariats technologiques ou d'accorder des licences, dans des conditions de type FRAND⁽⁴⁾, sur l'évolution des prix, etc. Certes, on retrouverait une forme d'économie administrée, mais le choix final serait laissé aux entreprises concernées, avant d'envisager de recourir à des remèdes structurels. Ces solutions auraient une durée d'application limitée, éventuellement reconductible. Quant à l'argument selon lequel le respect de ces remèdes est difficile à contrôler pour les autorités, il ne saurait être accepté : les règles de concurrence n'ont pas été conçues pour faciliter la vie des autorités de contrôle.

L'impossibilité d'en appeler à l'autorité politique

En Allemagne, en Espagne, en France, aux Pays-Bas, au Portugal et dans d'autres pays, l'autorité politique dispose de la faculté de passer outre un refus de l'autorité de la concurrence. Sans contredire l'analyse technique, le gouvernement du pays concerné peut faire prévaloir des intérêts technologiques, industriels ou d'emploi pour autoriser une opération ou passer outre les conditions imposées. Cela a ainsi permis à E.On de prendre le contrôle de Ruhrgas, à l'encontre de la décision d'interdiction du Bundeskartellamt. Créer cette « troisième phase » permettrait, sans remettre en cause l'analyse de la Commission, de faire prévaloir des intérêts économiques majeurs à l'encontre d'une application stricte des paramètres habituels des règles de concurrence.

Le système institutionnel européen actuel rendrait délicat un renvoi de la décision au Conseil sur de tels sujets, et ce même à une majorité qualifiée. Une solution plus opérationnelle serait que **l'opposition d'un groupe composé au minimum de trois États membres, représentant au moins 20 % du PIB européen⁽⁵⁾** et invoquant comme motif un intérêt stratégique économique, social, industriel ou technologique, permette de passer outre un refus de la Commission ou de corriger des conditions excessives.

Le contrôle des aides octroyées aux entreprises

L'Europe s'est créé un handicap par rapport à ses concurrents mondiaux en contrôlant ou en interdisant les aides publiques. Une telle interdiction se justifiait lors de la création du marché commun : supprimer les droits de douane et les entraves aux échanges aurait été largement privé d'effet si chaque pays avait pu librement subventionner ses entreprises, créant ainsi un autre type de frontières, au détriment de l'unité du marché. Aujourd'hui, le marché unique est largement consolidé et il est temps de reconsidérer cette interdiction.

La première priorité consisterait à remplacer l'obligation d'une notification *a priori* par un contrôle *a posteriori*. Cette réforme transposerait, dans le secteur des aides, la réforme introduite, en janvier 2004, pour les ententes entre entreprises.

La seconde limiterait l'intervention de la Commission aux situations où les échanges entre États sont réellement menacés d'être affectés « de façon significative ». Ce serait un retour aux sources, puisque la prohibition était censée ne concerner que ces situations. Le contrôle serait alors limité aux cas pour lesquels une influence sur des échanges comportant des effets néfastes pour le marché unique pourrait être démontrée. Évidemment, la charge de la preuve incomberait à la Commission, laquelle s'est un peu trop transformée en « juge de paix » de l'opportunité des interventions publiques dans l'économie, y compris quand aucune menace ne pèse sur l'intégration des mar-

(4) FRAND : Fair, Reasonable And Non Discriminatory.

(5) La même règle de trois États membres représentant au moins 20 % du PIB européen est envisagée pour présumer de la compatibilité des aides d'État (voir la fin de la section « Le contrôle des aides octroyées aux entreprises »).

chés. Le mécanisme des *ruling* fiscaux destiné à favoriser l'installation des Gafam, le CIR ou les aides allemandes aux entreprises grosses consommatrices d'énergie méritent sans aucun doute d'être surveillés par la Commission, mais pas l'aide de 18 M€ versée aux producteurs touchés par la mortalité des huîtres creuses, ni le plan de 7,4 M€ mis en place pour accompagner la cessation d'activité de 180 pêcheurs professionnels d'anguilles en eau douce⁽⁶⁾. Même dans les situations où le marché européen serait susceptible d'être sensiblement affecté, une mise en balance de l'intérêt commun européen devrait être opérée, ce qui conduirait, par exemple, à valider le soutien accordé à un secteur confronté à une difficile concurrence mondiale, *a fortiori* celle de pays qui ne respectent pas la réciprocité d'accès à leur marché.

Last but not least, devraient également bénéficier d'une présomption de conformité à l'intérêt commun européen les aides mises en place de façon coordonnée par trois États membres au moins.

La prise en compte de l'égalité d'accès aux marchés dans l'application des règles de concurrence

L'incapacité de l'Union européenne à faire respecter la réciprocité dans les échanges internationaux est réelle. En 1994, elle a signé l'accord international sur les marchés publics, en prenant acte des réserves formulées par les États-Unis, le Japon et le Canada, qui refusaient d'ouvrir leurs marchés de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, et en réservant son droit de ne pas leur ouvrir le marché européen dans les mêmes secteurs. Elle a adopté ultérieurement des directives sur les règles de passation des marchés publics au sein de l'UE ... mais a oublié d'y transcrire cette réserve et d'imposer cette même restriction aux donneurs d'ordres des pays de l'UE. Depuis lors, chacun fait comme il l'entend. Des trains japonais roulent au Royaume-Uni (aujourd'hui sorti de l'Union), mais pas une seule locomotive allemande ou française sur des rails japonais.

Parmi les initiatives à saluer et à soutenir pour restaurer des règles du jeu équitables, la Commission a présenté, le 5 mai 2021, une proposition de règlement qui prévoit trois instruments :

- le premier subordonnerait à notification les opérations de concentration d'entreprises ayant bénéficié d'un soutien financier des pouvoirs publics d'un pays tiers ;
- le second devrait permettre de rejeter, dans les marchés publics importants, les offres des soumissionnaires qui ont reçu une aide publique dans un pays tiers ;
- le troisième permettrait à la Commission, même en dehors des hypothèses susmentionnées, de lancer un examen d'office lorsqu'elle suspecte l'existence d'une subvention étrangère susceptible de créer des distorsions au sein de l'UE.

(6) Ce sont tous des cas réels puisés dans le florilège de décisions récentes de la Commission européenne.

Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles

Le temps et l'espace manquent pour aborder ici ces autres dimensions relevant des pratiques anticoncurrentielles de certaines entreprises. Mais certaines déficiences mériteraient d'être corrigées :

- pour les abus de position dominante comme pour les aides d'État ou les concentrations, les critères de domination devraient tenir compte des rapports de force existants ou à venir sur les marchés mondiaux ;
- en matière de sanctions, des amendes liées au chiffre d'affaires pénalisent moins fortement les Gafam qui dégagent une valeur ajoutée plus élevée que nos industries traditionnelles : une amende de 70 M€ pèse beaucoup plus lourdement sur la capacité d'investissement de Nexans qu'une amende de plusieurs milliards prononcée à l'encontre de Google.

On voit, là aussi, qu'un *sceening* devrait être effectué pour éliminer tout ce qui pénalise spécifiquement l'industrie européenne.

Une appréhension différente des marchés digitaux

Les raisons imposant une approche différente de ces marchés sont nombreuses. L'adage "The winner takes all" y prend tout son sens et les Gafam ont acquis une telle puissance qu'elles contrôlent des secteurs croissants de l'économie et que plus personne ne peut lutter à armes égales. D'ailleurs, aux États-Unis, des voix s'élèvent pour exiger leur démantèlement, comme ce fut le cas, il y a plus d'un siècle, de géants comme la Standard Oil Company ou AT&T.

En Europe, la Commission a proposé deux outils : le Digital Market Act et le Digital Service Act, afin d'établir des critères permettant de qualifier certaines grandes plateformes en ligne de « contrôleurs d'accès » (*Gate Keepers*) pour de nombreux marchés situés en aval et de leur imposer de nouvelles obligations et interdictions. Les négociations pour leur adoption sont en cours. La France, l'Allemagne et les Pays-Bas, tout en apportant leur soutien à cette initiative, ont déjà souhaité y apporter des durcissements, notamment pour ce qui concerne l'acquisition d'autres entreprises par ces mastodontes de l'économie numérique.

Les plus optimistes espèrent une entrée en vigueur de ces deux textes dans le courant de l'année 2022, ce qui serait un exploit compte tenu de la lourdeur du processus législatif européen. Mais ce serait fort bienvenu.