ASSEMBLÉE NATIONALE

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
LIBERTÉ-ÉGALITÉ-FRATERNITÉ

COMMISSION

DES AFFAIRES EUROPEENNES

MISSION D'INFORMATION SUR LE DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE FACE AUX ENJEUX DE LA MONDIALISATION

Questionnaire relatif à la mission d'information de M. Patrice ANATO et Mme Constance LE GRIP, sur le droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation

Réponse de Messieurs Norman Neyrinck (Assistant, Université de Liège) et Nicolas Petit (Professeur, Université de Liège et Collège d'Europe), 15 Septembre 2019

*La Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale a chargé M. Patrice ANATO et Mme Constance Le GRIP, députés, d'une mission d'information sur « **le droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation** ».*

***L'objectif** de cette mission d'information est de tirer les conséquences du veto opposé au rapprochement entre Siemens et Alstom en février 2019 et de mesurer si le droit européen de la concurrence se trouve désormais inadapté aux nouveaux enjeux posés par la mondialisation de l'économie. Il s'agit de trouver les modalités éventuelles de réformes de ce droit afin de permettre de faire émerger des « champions industriels » européens, tout en respectant l'objectif de protection des consommateurs.*

*Afin de préparer au mieux la séance de questions/réponses, le questionnaire ci-dessous vous est transmis. Il vous sera demandé, dans la mesure de vos possibilités et dans les limites de votre fonction, des **réponses écrites, à l'issue de l'audition**, si possible dans un délai*

Adresse : 33, rue Saint-Dominique, 75007 PARIS – France
Adresse postale : 126, rue de l'Université, 75355 Paris Cedex 07 – Tél : 33 1 40 63 43 87 – Fax : 33 1 40 63 43 47
www.assemblee nationale.fr

de quinze jours, adressées à axel.maybon@assemblee-nationale.fr. En effet, ces réponses écrites revêtent une importance toute particulière, dans la mesure où elles permettront de nourrir le rapport, en plus des échanges oraux. Ce questionnaire fait appel à la fois à des éléments factuels et à des éléments relevant de ***votre*** *appréciation personnelle.*

Vous êtes libre, si vous le désirez, de produire une ***contribution personnelle****, à envoyer selon les mêmes modalités. Le traitement qui sera fait de l'ensemble de ces réponses garantira bien entendu* ***l'anonymat*** *sur la source des réponses fournies à la mission d'information.*

1. SUR L'AFFAIRE DITE « ALSTOM-SIEMENS »

- Les **raisons** invoquées par la Commission européenne pour expliquer le refus de rapprochement entre Alstom et Siemens vous paraissaient-elles justifiées ?

Restriction de concurrence – Le raisonnement suivi dans la décision *Siemens/Alstom*[1] est assez classique et ne s'éloigne pas de la méthode de travail habituelle de la Commission : selon l'autorité européenne, le projet de fusion aurait mené à une restriction significative de concurrence sur au moins deux marchés (ou groupes de marchés) – soit, le marché des trains à très grande vitesse et le(s) marché(s) des systèmes de signalisation ferroviaires – par accumulation du pouvoir de marché des deux entreprises. La Commission craint que, exemptes de la concurrence qu'elles exerçaient jusque-là l'une sur l'autre, Siemens et Alstom seraient en position d'augmenter les prix, de réduire le choix d'offres sur le marché ou de réduire leurs efforts d'innovation. Notamment, la Commission semble avoir considéré « improbable » que le producteur chinois *China Railway Rolling stock Corporation* (« CRRC ») soit en mesure d'exercer une contrainte concurrentielle suffisante sur l'entité fusionnée dans un avenir prévisible, afin d'en discipliner les excès.

[1] Décision de la Commission, 6 février 2019 (Case M.8677 - Siemens/Alstom) :Commission européenne, Communiqué de presse, « Concentrations : la Commission interdit le projet d'acquisition d'Alstom par Siemens », 6 février 2019, IP/19/881 (disponible à l'adresse : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-881_fr.htm).

Rejet des remèdes proposés – Pour répondre aux craintes de la Commission, Siemens et Alstom auraient proposé de revendre plusieurs actifs :

- en ce qui concerne le matériel roulant à très grande vitesse, les parties ont proposé de céder soit un train (le Pendolino d'Alstom), soit une licence de technologie de roulage à (Velaro de Siemens).
- en ce qui concerne les systèmes de signalisation grandes lignes, le remède proposé consistait en une combinaison complexe d'actifs de Siemens et d'Alstom, certains d'entre eux étant transférés en tout ou en partie, et d'autres cédés sous licence ou copiés ; certaines activités et sites de production auraient dû être scindés, le personnel étant transféré dans certains cas, mais pas dans d'autres.

Ces propositions de remèdes ont été jugés insuffisantes pour répondre aux préoccupations concurrentielles de la Commission. En particulier, la Commission relève que le Pendolino n'est pas actuellement capable de rouler à très grande vitesse, tandis que les conditions de licence de la technologie Velaro ne permettaient pas son utilisation autonome. Au final, l'acheteur des actifs serait resté dépendant de l'entité issue de la concentration – notamment pour un certain nombre d'accords de licence et de service – en sorte que la mesure corrective proposée ne permettait pas l'émergence d'une activité concurrente pérenne.

Rejet des gains d'efficacité allégués – Dans la rigueur des principes, une restriction de concurrence peut éventuellement être admise pour autant qu'elle soit compensée par des gains d'efficacité (économies d'échelles, synergies, développement de nouvelles technologies, etc.) tels qu'il est probable que le consommateur bénéficie finalement de l'opération malgré la concentration de pouvoir de marché qui en résulte. En pratique, la Commission européenne se montre souvent dubitative quant à la plausibilité des gains d'efficacité allégués. Elle refuse, dans la majorité des cas, des compenser une restriction de concurrence imminente et certaine avec des gains d'efficacité aléatoires et futurs.

En l'occurrence – et, comme souvent – la Commission considère que « *les parties n'ont avancé aucun argument étayé expliquant en quoi l'opération aurait généré des gains d'efficacité propres à la concentration* ».

Lorsque la décision *Siemens/Alstom* est critiquée, les principales objections portent, d'une part, sur une sous-évaluation de la concurrence prochainement exercée en Europe par des rivaux étrangers – le chinois CRRC présenterait un chiffre d'affaire de vingt-six milliards d'euros contre huit milliards au total pour l'entité fusionnée Siemens/Alstom[2] – et, d'autre part, sur une sévérité excessive dans la prise en compte des gains d'efficacité qui auraient résulté de ce projet industriel.

- Ce cas présente-t-il selon vous des **spécificités** qui expliquent le refus de rapprochement (comportement des acteurs, particularités du secteur concerné ou de la concurrence mondiale, par exemple) ?

Contexte politique et industriel – Plusieurs éléments spécifiques peuvent être identifiés. Ils viennent colorer le contexte dans lequel la décision *Siemens/Alstom* intervient, sans qu'il soit possible de déterminer si l'un ou plusieurs d'entre eux ont joué un rôle dans la décision de la Commission, ou dans quelle mesure. Ils peuvent être groupés en deux catégories : les éléments de contexte politique, et les éléments de contexte industriels.

– Eléments de contexte politique :

Au niveau européen, Madame VESTAGER, Commissaire européenne à la concurrence, était régulièrement présentée comme candidate aux plus hautes fonctions lors du remaniement qui devait intervenir au sommet des institutions de l'Union après les élections européennes[3]. Pour mémoire, Madame Vestager a marqué son mandat par sa détermination face aux géants industriels – en ce compris les plateformes américaines

[2] Chiffres de 2017. En outre CRRC fabriquerait deux cents trains à grande vitesse chaque année, tandis que l'entité fusionnée *Siemens/Alstom* en aurait produit trente-cinq. (« Qui est CRRC, le géant chinois du ferroviaire qui fait peur en Europe ? », *Le Monde*, 6 février 2019 (disponible à l'adresse : https://abonnes.lemonde.fr/economie/article/2019/02/06/qui-est-crrc-le-geant-chinois-du-ferroviaire-qui-fait-peur-en-europe_5419988_3234.html?)). D'autres chiffres circulent. Ceux-ci ne remettent pas en cause la différence de taille entre les opérateurs. J.F. DUFOUR évoque ainsi un rapport allant du simple au double, en terme de chiffre d'affaires entre CRRC et le chiffre que l'entité fusionnée *Siemens/Alstom* aurait réalisé. (J.-F. DUFOUR, « Alstom-Siemens : 'La Chine, avec CRRC, a créé le numéro un mondial du secteur ferroviaire' », *Le Monde*, 15 février 2019 (disponible à l'adresse : https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/02/15/alstom-siemens-la-chine-avec-crrc-a-cree-le-numero-un-mondial-du-secteur-ferroviaire_5424079_3232.html)).

[3] C. DUCOURTIEUX et J.-P. STROOBANTS, « Pour la présidence de la commission européenne, quatre possibles prétendants », *Le Monde*, 29 mai 2019 (disponible à l'adresse : https://www.lemonde.fr/international/article/2019/05/29/pour-la-presidence-de-la-commission-europeenne-quatre-possibles-pretendants_5469087_3210.html).

du numérique – et face aux Etats-membres – notamment en vue de mettre fin aux pratiques de rescrits fiscaux.

Par ailleurs, le fait que la décision soit intervenue peu avant les élections européennes ne permet pas d'exclure que l'intransigeance des entreprises parties à proposer des remèdes rencontrant les préoccupations de la Commission ait constitué une action concertée avec les gouvernements de Paris et Berlin. Rappelons que Siemens et Alstom entretiennent des relations proches avec les pouvoirs publics. Or ceux-ci ont pu vouloir utiliser leur influence sur ces deux entreprises pour contrôler l'agenda thématique des élections européennes, en hissant la politique industrielle au premier rang des thèmes électoraux, et en reléguant d'autres sujets à des places moins prééminentes.

Au niveau national, la fusion a été caractérisée par un activisme de l'Allemagne et de la France, qui ont fait pression pour tenter d'arracher l'approbation de la Commission européenne à la fusion[4]. Les Etats membres ont également, dès avant la décision de fusion, sollicité une inflexion des règles de concurrence[5].

– Eléments de contexte industriel :

Du côté français, le projet d'union *Siemens/Alstom* était caractérisé par les soubresauts d'une précédente restructuration – soit la vente des activités énergie d'Alstom à l'américain General Electrics. Le projet de fusion *Siemens/Alstom* devait alors permettre, d'une part, de combler une partie du vide laissé par la cession des actifs énergie et, d'autre part, offrir à la France le prétexte pour sortir du capital d'Alstom. Le Ministre français de l'économie, M. Bruno LEMAIRE avait alors subordonné le projet de fusion à l'abandon des 20% de capital temporairement que l'Etat français détenait

[4] Reuteurs, « Alstom-Siemens : Refuser le rapprochement serait une faute, dit Griveaux », 16 janvier 2019 (disponible à l'adresse : https://fr.reuters.com/article/businessNews/idFRKCN1PA1R1-OFRBS).
[5] J. VALERO, « 19 EU countries call for new antitrust rules to create 'European champions », *EurActiv*, 9 janvier 2019, (disponible à l'adresse https://www.euractiv.com/section/economy-jobs/news/19-eu-countries-call-for-new-antitrust-rules-to-create-european-champions).

avec option d'achat ; le projet de fusion sera l'occasion pour l'Etat français de justifier la non-levée de son option d'achat[6].

- Quelles seront selon vous les **conséquences macroéconomiques** de la décision de la Commission européenne ?

Conséquences microéconomiques – Au niveau microéconomique, il est dit que le projet de fusion a coûté plus de 100 millions d'euros à Alstom[7]. Le rejet du projet de fusion aura pour conséquence immédiate que ces frais auront été exposés en pure perte. L'accumulation de pouvoir de marché crainte par la Commission européenne n'aura pas lieu ; les perspectives industrielles qui y étaient liées non plus.

Conséquences macroéconomiques – Les conséquences « macroéconomiques » du refus de la fusion *Siemens/Alstom* sont plus difficiles à apprécier. A court terme, l'échec du projet de concentration épargne vraisemblablement l'emploi sur les éventuels sites de production qui auraient fait doublon en cas de fusion[8]. Toutefois, pour tout ou pour partie une restructuration aurait sans doute été préférée à des plans de licenciement abrupts – Alstom s'était engagé à ne fermer aucun site[9].

À moyen et long terme, la lecture des conséquences macro-économiques du projet de fusion devient chimérique. Alstom envisagerait l'introduction en bourse de sa branche « mobilité » en vue de financer des opérations de croissance internes[10]. Certaines voix font valoir que le projet

---

[6] AFP, « L'Etat quitte Alstom… pour de bon », *Le point*, 17 octobre 2019 (disponible à l'adresse : https://www.lepoint.fr/economie/l-etat-quitte-alstom-pour-de-bon-17-10-2017-2165197_28.php).

[7] Question de M. Didier Martin, « Conséquences de l'échec de la fusion Alstom-Siemens », Question écrite au Gouvernement n° 17587, 5 mars 2019, JO, p. 2025. (disponible à l'adresse : http://questions.assemblee-nationale.fr/static/15/questions/jo/jo_anq_201910.pdf) ; P. DAMOUR, « Comment la fusion Alstom-Siemens a déraillé », *Challenges*, (disponible à l'adresse : https://www.challenges.fr/entreprise/transports/comment-la-fusion-alstom-siemens-a-deraille_642769).

[8] L'intersyndicale d'Alstom redoutait la suppression de 3.000 à 7.000 emplois. P. JACQUE, « Le veto à la fusion Alstom-Siemens est un échec politique et un soulagement pour les syndicats », *Le Monde*, 6 février 2019 (disponible à l'adresse : https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/02/06/le-veto-a-la-fusion-alstom-siemens-est-un-echec-politique-et-un-soulagement-pour-les-syndicats_5420024_3234.html).

[9] AFP, « Fusion avec Siemens: le PDG d'Alstom n'envisage pas de fermeture de sites », 18 septembre 2019, France24 (disponible à l'adresse : https://www.france24.com/fr/20180918-fusion-siemens-le-pdg-dalstom-nenvisage-pas-fermeture-sites).

[10] Europe 1, « Après le veto de Bruxelles, Alstom enterre le projet de fusion avec Siemens », 6 février 2019 (disponible à l'adresse : https://www.europe1.fr/economie/apres-le-veto-de-bruxelles-alstom-enterre-le-projet-de-fusion-avec-siemens-3852851).

de fusion était l'aveu d'un manque de compétitivité internationale et que, à défaut de fusion, l'engagement de ne pas fermer de sites sera difficile à tenir dans les années à venir[11]. Les conséquences lointaines sur l'emploi, la sécurité sociale et les comptes de l'Etat français sont largement indéterminées et résulteront, sinon exclusivement, du moins principalement, des futures décisions industrielles d'Alstom.

- Est-ce que le **fondement** même du droit européen de la concurrence est en cause en la matière ?

Pas le fondement, mais la méthode – Le *fondement* qu'est le droit européen de la concurrence n'est pas la cause du refus de la concentration *Siemens/Alstom*. Dans le cadre du contrôle des concentrations qui présentent une dimension européenne la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation quant à l'admissibilité ou non d'un projet de fusion. Il est vraisemblable que l'autorité de la concurrence eût pu arbitrer autrement l'opération de concentration *Siemens/Alstom* – par exemple, en acceptant les remèdes proposés par les parties, ou en adoptant une approche plus accueillante vis-à-vis des gains d'efficacité allégués. Ce n'est donc pas tant le fondement de la décision qu'il faut évaluer – au demeurant, personne ne conteste qu'il convient de protéger l'économie européenne contre la concentration artificielle de pouvoir de marché – que la *méthode d'analyse* déployée par l'autorité de la concurrence.

Horizon temporel – Nous plaidons pour un élargissement de l'horizon temporel pris en compte par la Commission européenne lors de son appréciation des opérations de concentration. Et ce, tant dans le sens d'une *lecture rétrospective* que d'une *lecture prospective* du marché. Ainsi, dans le cadre de l'affaire *Siemens/Alstom*, une *lecture rétrospective* aurait dû conduire la Commission à prendre en considération l'historique de développement d'Alstom – en ce compris la restructuration opérée dès 2015 vers le seul secteur ferroviaire, au détriment des activités énergie[12]. Car en effet, il est public que lors du rachat des activités thermiques d'Alstom par GE, cette dernière s'engagea en échange à vendre à la première ses actifs dans le

[11] Europe 1, « Alstom-Siemens : une "non-fusion" lourde de conséquences», 6 février 2019 (disponible à l'adresse : https://www.europe1.fr/economie/alstom-siemens-une-non-fusion-qui-va-laisser-des-traces-3852950).

[12] Alstom, Communiqué de presse, « Alstom se recentre sur le transport ferroviaire avec des positions de premier plan », 2 novembre 2015 (disponible à l'adresse : https://www.alstom.com/fr/press-releases-news/2015/11/alstom-se-recentre-sur-le-transport-ferroviaire-avec-des-positions-de-premier-plan).

secteur de la signalisation ferroviaire pour un montant de 600 millions d'euros[13]. Le cas échéant, une lecture plus dynamique de la stratégie d'Alstom aurait peut-être permis, en l'espèce, d'accréditer la thèse d'une véritable logique industrielle de long terme, via un repositionnement fort sur certains secteurs d'activités.[14] De manière purement spéculative, ceci aurait peut être modifié la grille de la lecture de la Commission. Plus généralement, et en dehors du cas particulier *Siemens/Alstom*, une lecture plus dynamique des décisions stratégiques (en ce compris les opérations « séquentielles » de M&A) des entreprises parties permettrait à celles-ci de bénéficier effectivement, et non pas simplement formellement, d'une réelle possibilité d'argumenter que leur opération dégage des gains d'efficacité. La méthode d'analyse actuelle requiert en effet que les gains d'efficacité soient « *vérifiables* » pour que la Commission puisse avoir « *la certitude, dans une mesure raisonnable, que la concrétisation de ces gains est probable et qu'ils seront suffisamment importants pour contrebalancer l'effet dommageable potentiel de la concentration pour les consommateurs* »[15]. Ces exigences sont la conséquence du fait que la Commission est pour large part tributaire des informations qui lui sont fournies par les entreprises pour se prononcer sur l'existence de gains d'efficacité[16]. Les données utiles sont pour large part des preuves que les entreprises se délivrent à elles-mêmes[17]. Les exigences de vérifiabilité et de probabilité ont alors pour principal objectif d'évacuer le risque que les allégations d'efficacité soient un discours de pure circonstance, destiné à justifier une opération dont les véritables motifs sont l'élimination d'un concurrent et un accroissement de pouvoir de marché. Dans ce contexte, la prise en compte de l'historique des entreprises – particulièrement lorsque la concentration s'inscrit dans une stratégie industrielle établie – justifierait d'accorder plus de crédit à l'existence de gains d'efficacité compensatoires.

---

[13] Voir N. PETIT, « State Created Barriers to Exit: The Example of the Acquisition of Alstom by General Electric », *Competition Policy International*, Volume 11, Number 1, Spring/Autumn 2015.

[14] En l'espèce, nous écrivions en 2015 que le leader du marché de la signalisation était Siemens, suivi par Alstom après la vente de GE à égalité avec Thales.

[15] Communication de la Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *OJ*, 5 février 2004, C 31/5, para. 86.

[16] *Ibidem*, para. 87. Selon la Commission, la plupart des données qui permettraient de déterminer si une concentration apportera le type de gains d'efficacité nécessaires pour qu'elle soit autorisée « *sont exclusivement entre les mains des parties à l'opération* »

[17] *Ibidem*, para. 88. A côté de « *études réalisées par des experts extérieurs avant l'opération de concentration* » mais généralement financées par les parties à l'opération, « *Les éléments de preuve utiles pour l'appréciation des gains d'efficacité comprennent notamment les documents internes que les dirigeants des entreprises ont utilisés pour prendre la décision de lancer une telle opération, les déclarations de la direction aux propriétaires et aux marchés financiers concernant les gains d'efficacité escomptés* ».

Une *lecture prospective* étendue permettrait de mieux prendre en compte l'entrée prochaine de concurrents étrangers sur le marché européen. A ce jour, la Commission européenne intègre une analyse de la concurrence potentielle : si l'entrée d'un concurrent sur le marché est « *probable* », susceptible d'intervenir « *en temps utile* » et de façon « *suffisante* », elle est susceptible de discipliner les entreprises actives sur le marché. En d'autres termes, l'examen de la concurrence potentielle évalue la capacité des concurrents extérieurs au marché à décourager les hausses de prix par anticipation. Plus la concurrence potentielle est importante, plus elle réduit le risque anticoncurrentiel lié à la fusion.

La méthodologie actuellement suivie par la Commission retient que l'entrée sur le marché ne doit être considérée comme pertinente que si elle est susceptible d'intervenir dans un délai de deux ans[18]. Ce délai ne correspond pas à l'appréciation que les entreprises ont du développement de leur marché. Nous postulons que le poids de la concurrence potentielle soit revalorisée, et que l'horizon prospectif puisse être porté à 5 ans[19-20]. Plus fondamentalement, ce délai ne correspond pas aux appréciations que fait la Commission dans certaines affaires récentes, lorsqu'elle évalue des restrictions de la concurrence (et non pas l'entrée, qui consacre une amélioration de la concurrence). Ainsi, dans sa récente jurisprudence administrative dans l'affaire *Dow/Dupont* dans le secteur agrochimique, la Commission a considérablement étendu l'horizon temporel au sein duquel elle peut diagnostiquer des atteintes à la concurrence.[21] En l'espèce, la Commission diagnostique des atteintes dès le début des processus de R&D. Or, dans ces secteurs, les opérations de R&D représentent approximativement une durée de 6 ans.

Alternativement, il est envisageable que la Commission intègre dans son analyse une échelle mobile, où l'horizon temporel devant être pris en considération pour apprécier la concurrence

---

[18] *Ibidem*, para. 74.

[19] Les études existantes en matière de croissance de start-up et de capital risque font valoir qu'un horizon de dix ans est nécessaire pour qu'une entreprise nouvelle s'élève au-dessus d'une petite taille. B. GAILLY et al., « The growth trajectories of start-up firms: an exploratory study », ESU'2004 proceedings – ESU entrepreneurship conference Twente (The Netherlands), 19-21 September 2004, pp. 1-16; G. BENOIT et R. COEURDEROY, « Growth Patterns and Trajectories of New ventures », 2014 (disponible à l'adresse: https://ideas.repec.org/p/hal/journl/hal-01513991.html).

[20] En creux, il nous semble acceptable qu'une éventuelle hausse de prix à court terme (2 ans) ne doive pas donner lieu à une interdiction d'une opération de concentration lorsque les perspectives raisonnables d'entrée existent à moyen terme (5 ans), et que l'opération présente des gains d'efficacité.

[21] Voir N. PETIT, « Innovation Competition, Unilateral Effects and Merger Policy », ICLE Antitrust & Consumer Protection Research Program White Paper 2018-03 (disponible à l'adresse : https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2018/06/ICLE-Petit-Innovation-Competition-Merger-Control-Policy-ICLE-2018.pdf).

potentielle (2 à 5 ans) serait adaptée en fonction des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des caractéristiques du concurrent potentiel[22].

Site vierge (« *greenfield investment* ») ou ancrage (« *foothold* ») – La décision *Siemens/Alstom* rendue par la Commission européenne rejette l'idée selon laquelle le chinois CRRC serait en mesure d'exercer une contrainte concurrentielle sur l'entité fusionnée dans un avenir prévisible. Si l'on peut admettre qu'il est peu probable qu'un concurrent étranger puisse mettre sur pied des sites de production en Europe dans les deux (voire cinq) prochaines années en partant de zéro (« *greenfield investment* »), il ne s'agit pas là du scénario le plus probable. CRRC dispose déjà du savoir-faire et de la technologie pour concurrencer Siemens et Alstom dans la production de matériel-roulant à haute vitesse. Dans cette configuration, si CRRC ne peut pas raisonnablement importer directement sa production depuis la Chine vers le marché européen, le scénario d'entrée le plus probable semble être que CRRC fasse l'acquisition d'un ou plusieurs sites de production déjà existants en Europe – soit vieillis, soit de taille modeste, soit relatifs à une production voisine – et en fasse la reconversion afin qu'ils servent d'ancrage (« *foothold* ») à une entrée sur le marché commun.

La méthode d'analyse de la Commission n'est pas claire quant à l'appréciation qu'il convient de faire de ces deux scénarios. Les lignes directrices sur les concentrations horizontales sont muettes à cet égard ; la jurisprudence administrative manque de systématisme.

La Commission évalue volontiers le risque d'entrée de concurrents nouveaux qui se lanceraient sur le marché à partir de zéro[23]. Parmi les facteurs susceptibles de décourager un tel investissement originel, la Commission identifie : le coût d'une telle entreprise, la maturité du marché (une demande déclinante), l'existence de surcapacités sur le marché[24], le besoin de disposer d'une marque forte connue du public[25].

---

[22] Dans le même sens, voyez : Inspection Générale des Finances (A. PERROT et al.), *La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE. Rapport*, N° 2018-M-105-03, avril 2019, pp. 26-27.

[23] Décision de la Commission, 16 mars 2015, (COMP/M.7479 - Kingspan/ Steel Partners), § 92 (panneaux sandwiches) : l'apparition de plusieurs nouveaux concurrents dans un passé récent permet d'établir avec un degré raisonnable de certitude le risque d'entrées nouvelles dans le futur.

[24] Décision de la Commission, 3 mai 2000 (COMP/M.1671 – Dow Chemical / Union Carbide), § 169 (résines) ; Décision de la Commission, 21 décembre 1993 (IV/M.358 - Pilkington-Techint/SIV), §§ 44 et s (verre plat).

[25] Décision de la Commission, 12 octobre 2005 (COMP/M.3765 AMER / SALOMON), § 153.

Certaines décisions reconnaissent et évaluent de manière systématique les différents scénarios d'entrée. Notamment, dans l'affaire *Air Liquide/BOC*, la Commission identifia quatre scénarios pour permettant l'entrée du français Air Liquide sur le marché britannique du gaz industriel en bouteille[26]. Soit : (i) exporter vers le pays cible ; (ii) établir une capacité de production propre dans le pays cible ; (iii) mettre en place une infrastructure de distribution et externaliser l'approvisionnement en gaz industriels préalablement à la mise en place d'une capacité de production propre ; (iv) acquérir un, puis plusieurs petits fournisseurs locaux et augmenter progressivement la base de clients acquis ; ou l'une quelconque des combinaisons de scénarios ci-avant énumérée en fonction du type de gaz industriel, afin de permettre une montée en puissance progressive dans la pénétration du marché britannique. La Commission évalue ensuite les coûts d'investissement des différents scénarios et les compare avec les capacités financières des rivaux étrangers pour conclure à leur viabilité[27].

Toutefois, il n'en va pas toujours ainsi[28]. L'entrée d'un concurrent étranger sur le marché européen est *ipso facto* écartée lorsque :

- les concurrents étrangers ne disposent pas de la technologie nécessaire pour vendre des produits à haute valeur ajoutée dont le marché européen est demandeur et/ou ;
- une telle entrée requerrait des investissements importants alors que, d'une part, le marché européen est mature et présente une demande statique et, d'autres parts, des marchés émergents constitueraient une meilleure cible d'entrée parce qu'ils affichent eux une demande en croissance[29].

Or, en l'espèce, CRRC dispose de la technologie nécessaire pour produire du matériel roulant à grande vitesse depuis le transfert de technologie opéré par Siemens dans l'espoir de pénétrer

[26] Décision du 18 janvier 2000 (COMP/M.1630 – Air Liquide/BOC), § 205.
[27] *Ibidem*, §§ 210 et s. Outre la puissance financière, la Commission apprécie également l'expertise, la base installée, les compétence technologique des concurrents potentiels. La Commission observe également que l'absence sur le marché britannique était, à ce jour, une décision stratégique, qui pourrait être renversée à tout moment (§221).
[28] Parfois, les différents scénarios sont effectivement pesés, sans que le scénario d'entrée par rachat soit plus favorable que l'établissement de nouvelles unités de productions, lorsque le prix de la rénovation des sites à racheter n'est pas plus avantageux que de financer la construction d'une nouvelle installation à partir de zéro. Décision de la Commission, 29 septembre 1999 (IV/M.1383 – Exxon/Mobil), § 756 (distribution de carburant).
[29] Décision de la Commission, 24 juillet 2000 (COMP/M.2698 – Promatech/Sulzer), §§ 82 et 83 (machines à tisser industrielles).

le marché chinois. De même, la contrainte environnementale permet de pronostiquer une croissance de la demande de matériel roulant à grande vitesse en Europe dans les prochaines années, au détriment au transport aérien. Dans ces circonstances, on s'interroge sur l'analyse déployée par la Commission : le scénario de l'entrée par ancrage a-t-il été examiné avec suffisamment de sérieux ? Une réponse négative semble devoir être donnée.

La décision *Siemens/Alstom* rejette la thèse d'une entrée de CRRC en Europe dans les cinq ans pour deux motifs : premièrement, l'accès au marché européen du matériel roulant à (très) grande vitesse ne serait possible que moyennant l'obtention de certifications techniques de sécurité[30] ; deuxièmement, la remise d'offres dans le cadre de marchés publics pour l'achat de matériel roulant serait subordonnée à la production de références de ventes de produits similaires dans l'espace économique européen. Or, CRRC ne dispose d'aucun de ces deux prérequis. En conséquence, la Commission rejette l'idée que CRRC puisse exercer une pression concurrentielle suffisante sur l'entité fusionnée dans un avenir proche[31]. Etonnamment, la Commission évoque brièvement un scénario d'ancrage de CRRC moyennant l'achat d'un opérateur disposant déjà des autorisations requises, mais le rejette aussitôt, sans en apprécier la pertinence[32].

Pourtant, avant même la décision de la Commission, la presse faisait part de l'hypothèse d'une entrée de CRRC en Europe par la mise en place de partenariats avec des producteurs hongrois[33]-

---

[30] Notamment : Directive interopérabilité 2008/57, normes TSIs et Directive sécurité 2004/49.

[31] Décision de la Commission, 6 février 2019 (M.8677 - Siemens/Alstom), §§ 462 et s. « *L'obtention des certifications est en soi un long processus s'étendant sur plusieurs années* » (§ 515).

[32] L'analyse du sujet est résumée en un seul paragraphe, dans lequel la Commission raisonne par comparaison avec l'entrée du japonais Hitachi sur le marché européen, quelques années plus tôt :
« *Enfin, contrairement à l'affirmation des parties, la situation du CCRR n'est pas comparable à celle d'Hitachi. Hitachi n'est pas entrée seule sur le marché du matériel roulant à grande et très grande vitesse dans l'EEE, mais seulement par l'acquisition en 2015 d'AnsaldoBreda, une société italienne déjà présente sur ce marché. AnsaldoBreda puis Hitachi-Ansaldo se sont vus attribuer en Italie des contrats de matériel roulant à grande et très grande vitesse pour des modèles de trains (Zefiro et Fyra) développés non pas par Hitachi, mais par Ansaldo-Breda (notamment en coopération avec Bombardier dans le cas du Zefiro). L'exemple d'Hitachi montre que, malgré son implication dans la technologie Shinkansen au Japon, Hitachi n'a pas été en mesure d'entrer sur le marché du très haut débit de l'EEE avant d'acquérir une société et des plates-formes locales ayant déjà un historique de présence locale* ». (Décision de la Commission, 6 février 2019 (M.8677 - Siemens/Alstom), § 519 – traduction libre). Ce faisant, la Commission reconnaît la possibilité d'une entrée rapide d'un concurrent étranger sur le marché européen moyennant l'achat d'un tiers déjà établi, mais échoue à disqualifier ce scénario pour CRRC.

[33] J.-F. DUFOUR, « Alstom-Siemens : 'La Chine, avec CRRC, a créé le numéro un mondial du secteur ferroviaire' », *op. cit.* ; *Railway Gazette*, « CRRC opens European office in Budapest », 25 mai 2016 (disponible à l'adresse : https://www.railwaygazette.com/news/business/single-view/view/crrc-opens-european-office-in-budapest.html).

[34]. Plus tôt, des pourparlers étendus avaient pris place en vue de permettre à CRRC d'acquérir le transporteur tchèques Skoda Transportation AS, spécialisé dans la traction électrique et la production de trains et tramways[35]. Depuis lors, CRRC a fait l'acquisition du groupe allemand Vossloh, spécialisé dans la production de locomotives. Selon les observateurs, cet achat aurait pour objectif d'acquérir l'expertise de Vossloh en matière d'homologations[36-37].

*

Nous croyons qu'une évolution de la *méthodologie* de travail – et non pas du fondement du droit européen de la concurrence – aurait permis de mieux prendre en compte la concurrence potentielle de CRRC ainsi que les gains d'efficacité liés à l'opération de concentration. Une modification des Lignes directrices sur les concentrations horizontales en ce sens permettrait à la Commission européenne d'affiner son analyse pour mieux prendre en compte la plus-value suscitée par certains rapprochements industriels, les scenarii d'entrée par ancrage et le cas échéant la concurrence potentielle, sans pour autant renoncer à son rôle de gardienne du marché commun.

---

[34] Par le passé, la Commission a d'ailleurs pu remplacer l'examen du scénario de l'acquisition d'une unité de production locale par un concurrent étranger (scénario de « l'ancrage ») par l'examen du scénario de la conclusion d'un accord de coopération avec des entreprises locales. Voyez Décision de la Commission, 31 janvier 1994 (IV/M.315 - Mannesmann/Vallourec/Ilva), §§ 116 et s (tubes en acier inoxydable sans soudure).

[35] *Le Quotidien*, « CRRC, le géant chinois du ferroviaire qui fait peur en Europe », 17 janvier 2019 (disponible à l'adresse : http://www.lequotidien.lu/economie/crrc-le-geant-chinois-du-ferroviaire-qui-fait-peur-en-europe/) CRRC semble avoir également réussi à emporter quelques contrats de fourniture en Serbie, en Macédoine ou en République tchèque. Il a aussi vendu quelques wagons de maintenance au métro de Londres et quatre locomotives à la Deutsche Bahn allemand.

[36] N. RENAUD, « Ferroviaire : le chinois CRRC en passe de mettre un pied en Allemagne », *Les Echos*, 27 août 2019 (disponible à l'adresse : https://www.lesechos.fr/industrie-services/tourisme-transport/ferroviaire-le-chinois-crrc-en-passe-de-mettre-un-pied-en-allemagne-1126816) ; « Ferroviaire : l'Allemand Vossloh cède ses locomotives au chinois CRRC » *Le Figaro*, 27 août 2019 (disponible à l'adresse : http://www.lefigaro.fr/flash-eco/ferroviaire-l-allemand-vossloh-cede-ses-locomotives-au-chinois-crrc-20190827). Dans la foulée, le Ministre français de l'économie a déclaré être « hors de lui » : « Rachat de locomotives allemandes par des Chinois : colère de Bruno Le Maire », Le Figaro-AFP, 1er septembre 2019 (disponible à l'adresse : http://www.lefigaro.fr/flash-eco/rachat-de-locomotives-allemandes-par-des-chinois-colere-de-bruno-le-maire-20190901).

[37] Le rachat de Vossloh par CRRC ne *semble* pas constituer une entrée sur les marchés pertinents en cause dans la décision *Siemens/Alstom* : pour autant que notre compréhension soit correcte, Vossloh produit des locomotives de transport de fret qui ne relèvent pas du marché pour matériel roulant à (très) grande vitesse, à l'égard desquels la Commission européenne a formulé des préoccupations de concurrence. Par contre, le rachat de Vossloh cofirme que le scénario d'entrée par « ancrage » est un scénario très plausible, que la Commission a rejeté avec trop de légèreté.

- Y-a-t-il **d'autres cas** dans le passé ou en cours d'instruction qui vous paraissent similaires à celui-ci ?

Statistiques – Les cas de rejet des projets de fusion par la Commission européenne sont rares. Selon les dernières statistiques disponibles, 3.457 concentrations ont été notifiées à la Commission européenne pour contrôle au cours de la période 2007-2017 ; parmi celles-ci seules 8 d'entre elles ont été interdites. En moyenne, le taux d'intervention de la Commission en procédure de « phase 2 » – laquelle comprend non seulement les décisions d'interdictions, mais également les fusions autorisées sous conditions de l'adoption de mesures correctives – se limite à environ 7 % des cas. Ces données révèlent que les interdictions sont des événements extrêmement rares ; dans les rares cas où la fusion suscite des préoccupations de concurrence, les parties y remédient en offrant des solutions appropriées[38].

Précédents – On le comprend au vu des chiffres précités, les cas lesquels une décision d'interdiction est opposée à un projet de concentration qui aurait permis la constitution d'un champion européen sont exceptionnels. La situation *Siemens/Alstom* n'est cependant pas inédite. Des précédents existent :

– En 1991, la Commission européenne interdit la fusion *ATR/de Havilland*, destinée à créer un leader mondial de la production aéronautique[39] malgré le soutien des gouvernements français et italien. Le Commissaire à la concurrence de l'époque, Karel VAN MIERT, annonce, dans un discours devenu fameux : « *le concept des champions nationaux est mort* »[40].

---

[38] M. MOTTA et M. PEITZ, « Challenges for EU merger control », *Concurrences*, n°2-2019, p. 44.

[39] Décision de la Commission du 2 Octobre 1991, aff. IV/M.053 *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*. Voyez aussi : Commission européenne, *Merger statistics*, 31 mars 2019 (disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf).

[40] « *Comme je l'ai dit, il y a maintenant un consensus sur le fait que le concept de "champions nationaux" est mort. Garantir la concurrence sur les marchés nationaux est aussi important que d'assurer la concurrence sur les marchés européens ou mondiaux. Pour être compétitives sur une scène internationale plus large, les entreprises doivent l'être à tous les niveaux. Ne pas exposer les entreprises à la pleine concurrence sur leur marché intérieur est une fausse économie. Elle ne prépare pas les entreprises à la concurrence sur les marchés internationaux. Mais plus important encore, cela nuit aux consommateurs. Et cela doit être un objectif clé de la politique de concurrence. Protéger le consommateur, qu'il s'agisse d'un particulier ou d'une entreprise, et veiller à ce qu'il puisse obtenir des biens et services au meilleur prix et de la meilleure qualité* ». K. VAN MIERT, Commissaire à la concurrence, *European competition policy* (Discours à De Warande, Bruxelles, 6 mai 1998) : (disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1998_053_en.html – traduction libre).

- En 2002, la Commission européenne interdit la fusion *Volvo/Scania*[41], qui visait à créer un champion de la production automobile.
- En 2002, la Commission européenne interdit la fusion *Schneider/Legrand*[42] sur le marché du matériel électrique en Europe.
- En 2012, la Commission interdit la fusion *Olympic/Aegean Airlines*[43], destinée à faire fusionner les deux principaux transporteurs aériens grecs.
- En 2012, la Commission interdit la fusion *Deutsche Börse/NYSE*, qui aurait combiné les deux principales bourses européennes de produits dérivés[44].

2. SUR LES EFFETS DE LA MONDIALISATION SUR LE DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE

- Selon vous, la mondialisation remet-elle fondamentalement en cause le bienfondé de la notion de « **marché pertinent** » ? Si oui, quelle notion faudrait-il lui substituer ou comment l'adapter ?

Marché de produits et marché géographique – Le concept de « marché pertinent » est une construction intellectuelle permettant d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel mesurer l'état de la concurrence entre les entreprises. Il présente plusieurs dimensions. Le *marché pertinent des produits en cause* comprend « *les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »[45]. Une fois que les contours du marché pertinent sont délimités, l'autorité de la concurrence est à même d'identifier les entreprises qui sont en concurrence sur ce marché, et la capacité de chacune d'elle d'augmenter ses prix.

Le marché pertinent est un outil de travail utile pour organiser la réflexion et les débats en droit de la concurrence. Sa pertinence n'est pas remise en cause par la mondialisation des échanges.

---

[41] Décision de la Commission du 15 mars 2000 (M.1672 - Volvo/Scania).
[42] Décision de la Commission du 30 janvier 2002, (M.2283 - Schneider/Legrand).
[43] Décision de la Commission du 26 janvier 2011, (COMP/M.5830 - Olympic/Aegean Airlines).
[44] Décision de la Commission du 1 février 2012, aff. M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext.*
[45] Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *OJ*, 9 décembre 1997, C 372/5, § 7.

Le marché pertinent comprend une dimension géographique[46] : lorsque des entreprises étrangères parviennent à servir le marché européen à des conditions telles que les consommateurs européens considèrent leurs produits comme substituables avec les autres produits commercialisés sur le marché commun, la définition de marché est adaptée et la pression concurrentielle exercée par ces entreprises étrangères est incluse dans l'analyse de concurrence.

Modernisation – Le concept de marché pertinent n'est pas obsolète. Instrument souvent nécessaire pour cadrer l'analyse concurrentielle, il ne saurait être considéré comme suffisant. Notamment, pourvu que les données soient disponibles, les outils économétriques fournissent parfois une description plus objective du marché[47]. Par ailleurs, il existe de bonnes raisons de croire que les entreprises du numérique les plus puissantes (dont les GAFA) ont dépassé le stade de la concurrence « marché par marché » pour se vouer une concurrence multidimensionnelle. Cette concurrence est d'abord une concurrence multi marchés, entre des entreprises servant des portefeuilles de produits et services diversifiés. Il est donc réducteur de l'occulter par une analyse exclusivement centrée sur l'analyse de chaque marché pertinent[48]. Une approche plus holistique des marchés correspondrait davantage à la réalité observable et observée de l'environnement concurrentiel de ces firmes. Du reste, et encore plus fondamentalement, les entreprises du numérique se font également concurrence sur des marchés produits et services futurs souvent à l'état de prototype (alpha et beta concurrence). Enfin, la concurrence entre les entreprises du numérique s'exerce tant sur les prix, la qualité et l'innovation que sur les capacités et ressources informationnelles (rivalité pour l'acquisition de ressources humaines par contrat ou M&A, droits de propriété intellectuelle, données). Du fait des méthodes qu'elles appliquent les autorités sont incapables d'apprécier cette rivalité multidimensionnelle, et encore moins de l'estimer. Un investissement intellectuel de grande ampleur est nécessaire afin de surmonter cette frontière de l'analyse concurrentielle.

---

[46] *Ibidem*, § 8. Le *marché géographique en cause* comprend « *le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* ».

[47] D. RUBINFELD, « Econometric Issues in Antitrust Analysis », *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*; Vol. 166, No. 1, (27th International Seminar on the New Institutional Economics - Jurimetrics (March 2010)), pp. 62-77 ; N. PETIT et E. FEGATILLI, « Econometrics and Antitrust Law – A Conceptual Clarification », *GCLC Working Paper 3/08* (disponible à l'adresse: https://orbi.uliege.be/handle/2268/207365).

[48] N. PETIT, *Technology Giants, The "Moligopoly" Hypothesis and Holistic Competition: A Primer*, octobre 2016, 76 p.

- Quels sont les principaux **effets** de la mondialisation sur les paramètres majeurs du droit de la concurrence, notamment :

    - Sur le nombre de consommateurs ?

Coopération – Avec l'internalisation des échanges, les barrières géographiques s'estompent. Mécaniquement, le nombre de consommateurs présents sur les marchés s'accroît et les opérations commerciales présentent de plus ou en plus souvent un caractère international. Ainsi, en 2015, la Commission eut à coopérer avec les autorités américaines dans plus de 70% des affaires de contrôle des concentrations qu'elle a eu à connaître[49]. L'amalgame progressif des marchés géographiques et l'augmentation des consommateurs ressortissants de plusieurs juridictions accroît le risque de décisions en sens contraires et appelle à une coopération renforcée entre juridictions.

Plus fondamentalement, si le nombre de consommateurs que servent les entreprises s'accroit, leur hétérogénéité également. Or, les entreprises ont, pour d'évidentes raisons, des incitations à offrir des solutions homogènes. Des déviations du bien-être du consommateur sont dès lors sans doute envisageables, si des ensembles de consommateurs distincts reçoivent un produit ou service identique. Ces déviations peuvent justifier, par exemple, en Europe, une politique de concurrence différente de celle retenue aux Etats Unis. Des applications intéressantes de cette idée se font déjà jour en matière de protection de la vie privée ou de protection contre la publicité ciblée.

    - Sur le référentiel de production et de prix ?

Fragmentation – La mondialisation et la révolution digitale modifient les sources d'avantages comparatifs entre Etats[50]. Au tournant des années 1990, les industries à forte intensité de main-d'œuvre se sont déplacées vers les pays dont le coût de la main d'œuvre était réduit – vers les pays d'Europe de l'Est, la Turquie et l'Afrique du Nord, puis vers la Chine et l'Asie. L'économie européenne devait alors faire la transition vers une économie de services.

[49] P. LUIGI PARCU et M. LUISA STASI, « Emerging Trends in US Antitrust and EU Competition Law », *European University Institute. Policy Brief,* novembre 2016, p. 3).
[50] Sur le sujet, voyez: J. SUTTON, *Competing in Capabilities: The Globalization Process*, Oxford University Press, 2012, 176 p.

Toutefois, à la même époque, la transformation digitale devait commencer à déplacer les activités tertiaires. Au lieu de prendre place en Europe, les activités innovantes se sont principalement déployées aux Etats-Unis, là où les formidables économies d'échelles propres au numérique pouvaient dès l'abord être exploitées sans encombre.

Le marché commun est pris en tenaille entre deux dynamiques – la révolution économique (la mondialisation) et la révolution technologique (la digitalisation) – dont il n'a pas su capter l'essentiel des avantages. L'Union ne fournit pas les opportunités de taille auxquelles elle prétend. Là où le marché américain peut se prévaloir d'une langue unique et d'une réglementation économique largement homogène, le marché européen est caractérisé par 24 langues officielles, 28 législations (sociales et fiscales) et des différences culturelles substantielles[51].

Emulation – Les deux dynamiques précitées contribuent, chacune pour ce qui la concerne, à tirer les coûts et les prix vers le bas. Du point de vue du droit de la concurrence, la gratuité de la plupart des services numériques commande d'adapter les méthodes d'analyse pour – entre autres – prendre en compte les relations qui se déploient sur des marchés bifaces, revoir les seuils de notification, appréhender la collecte et l'exploitation des données relatives à la vie privée des consommateurs, ou les effets sur le bien-être social de la publicité ciblée et autres externalités liées à la consommation de biens et services numériques.

Du point de vue de la politique industrielle, cette tendance doit amener l'Europe à se poser une nouvelle fois la question de ses avantages comparatifs. La compétitivité par les salaires semble être un combat perdu ; la reconquête des marchés ne pourra être entreprise que par la robotisation. Toutefois, il en va en matière de robotique comme pour le digital : la fragmentation persistante du marché commun bride les économies d'échelles et entraine une duplication stérile des investissements qui handicapent le développement économique. Pour se donner une chance de prendre sa part de la croissance économique, l'Union doit en priorité continuer à harmoniser le marché interne.

[51] L'interpénétration limitée des marchés se constate dans de nombreux secteurs importants : la banque, l'énergie, les télécommunications, le rail, etc.

- Le droit européen de la concurrence s'oppose-t-il structurellement selon vous à la constitution de « **géants industriels européens** » ?

Aperçu chiffré – Le droit européen ne s'oppose pas à la constitution de champions européens. Le tableau repris ci-dessous en fait la démonstration. Il confirme les résultats globaux déjà mentionnés précédemment : en pratique, les décisions d'interdiction sont tout à fait exceptionnelles ; les décisions subordonnant une opération de concentration à des conditions sont rares ; la grande majorité des opérations de concentration de dimension européenne sont autorisées sans conditions.

Au regard des chiffres, on pourrait même affirmer que loin de s'opposer à la constitution de champions européens, le droit des concentrations contribue par sa souplesse à leur création.

Top 50 des entreprises européennes par revenus (2018)[52]	**Décisions de la Commission européenne en matière de concentration sous les Règlements 4064/89 et 139/2004**			
	Appro-bation[53]	**Condi-tions[54]**	**Refus[55]**	**Intitulé des décisions de concentrations soumises à condition ou interdites**
1. Royal Dutch Shell (Netherlands) - $311.9B	✓ +30	○ +5		○ *Statoil Fuel and Retail / Dansk Fuels* ○ *Exxon / Shell* ○ *Shell / BASF / JV – Project Nicole* ○ *Shell / DEA* ○ *Shell / Montecatini*

[52] Note méthodologique : pour constituer le présent tableau, nous avons sommes parti du classement des 50 premières sociétés européennes par revenu fourni par « Global Database ». Nous écartons les sociétés suisses et russes. Nous procédons à une recherche par nom sur le site de la Commission européenne, et classons les résultats par type de décision rendue en contrôle des concentrations. Dans la mesure où certaines décisions échappent à nos résultats parce qu'il est impraticable d'identifier toutes les filiales sur lesquelles les entreprises en cause exercent une influence déterminante, dès lors que nous obtenons plus de 5 résultats, nous arrondissons ceux-ci (arrondissement à la quinte *inférieure*, afin de ne pas troubler la lecture par un biais favorable à nos conclusions). (Global Database, "Top 50 companies in Europe by Revenue in 2018" (disponible à l'adresse: https://www.globaldatabase.com/top-50-companies-in-europe-by-revenue-in-2018).)

[53] Décisions prises sur pied des articles 6(1)(a) et 6(1)(b) et 8(1) du Règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *OJ, 29 janvier 2004, L 24/1 e*t des articles 6(1)(b) et 8(2) du Règlement 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *OJ, 30 décembre 1989, L 395/1.*

[54] Décisions prises sur pied des articles 6(1)(b) « avec conditions & obligations » et 8(2) « avec conditions & obligations » du Règlement 139/2004 et art. 6(1)(b) « avec conditions & obligations » et Art. 8(2) « avec conditions & obligations » du Règlement 4064/89.

[55] Décisions prises sur pied de l'article 8(3) du Règlement 139/2004 et art. 8(3) du Règlement 4064/89.

2. Volkswagen (Germany) - $260B	✓ +15			
3. BP (UK) - $244.6B	✓ +19	o +5		o *BP / Statoil Fuel and Retail Aviation* o *BP / AMOCO* o *BP AMOCO / Atlantic Richfield* o *BP / E.ON* o *BP / Veba OEL*
4. Glencore (Switzerland) - $205.5B				Non pertinent
5. Daimler (Germany) - $185.2B	✓ +25	o 3		o *Daimler / BMW / Car Sharing JV* o *Daimler Chrysler / Deutsche Telekom / JV* o *ABB / Daimler Benz*
6. EXOR Group (Netherlands) - $161.7B	✓ 2			
7. AXA (France) - $149.5B	✓ +40	o 1		o *AXA / GRE*
8. Total (France) - $149.1B	✓ +30	o 3		o *Total / Gaz de France* o *Total / Petrofina (II)* o *Totalfina / Elf Aquitaine°*
9. Allianz (Germany) - $123.5B	✓ +35	o 3		o *Allianz / AGF* o *Allianz / Desdner* o *Verbund / Energie Allianz*
10. BNP Paribas (France) - $117.4B	✓ +25	o 1		o *BNP Paribas / Fortis*
11. Gazprom (Russia) - $111.9B				Non pertinent
12. Prudential (Britain) - $111.5B	✓ 4			
13. BMW Group (Germany) - $111.2B	✓ +5	o 1		o *Daimler / BMW / Car Sharing JV*
14. Assicurazioni Generali (Italy) - $100.6B	✓ +20	o 1		o *Generali / INA*
15. Lukoil (Russia) - $93.9B				Non pertinent

16. Siemens (Germany) - $91.6B	✓ +65	○ 4	▪ 1	○ *Siemens / Va Tech* ○ *Siemens / Dematic / VDO / Sachs* ○ *Siemens Drägerwerk / JV* ○ *Siemens / Elektowatt* ▪ *Siemens / Alstom*
17. Carrefour (France) - $91.3B	✓ +10	○ 1		○ *Carrefour / Promodes*
18. Nestle (Switzerland) - $91.2B				Non pertinent
19. Bosch Group (Germany) - $87.9B	✓ +25	○ 2		○ *Varta / Bosch* ○ *Bosch / Rexroth*
20. Banco Santander (Spain) - $87.4B	✓ +30			
21. Deutsche Telekom (Germany) - $84.5B	✓ +10	○ 1	▪ 1	○ *Daimler Chrysler / Deutsche Telekom / JV* ▪ *Deutsche Telekom / Betaresearch*
22. Crédit Agricole (France) - $84.2B	✓ +15			
23. Enel (Italy) - $84.1B	✓ +15			
24. Uniper (Germany) - $81.4B	✓ 4			
25. ENI (Italy) - $80B	✓ +15	○ 1	▪ 1	○ *ENBW / ENI / GVS* ▪ *ENI / EDP / GDP (4064)*
26. HSBC Holdings (Britain) - $79.6B	✓ +5			
27. Électricité de France (France) - $78.5B	✓ +10	○ 2 ○ 2		○ *EDF / British Energy* ○ *EDF / Segebel* ○ *EDF / Louis Dreyfus* ○ *EDF / EnBW*
28. Tesco (Britain) - $75.4B	✓ 3			

29. Engie (France) - $75.3B	✓ +25	o 2		o *Gaz de France / Suez* o *GDF Suez / International Power*
30. Airbus Group (Netherlands) - $75.3B	✓ +5	o 1		o *Airbus / Safran / JV*
31. Peugeot (France) - $73.5B	✓ 4			
32. BASF (Germany) - $72.7B	✓ +10	o +5		o *BASF / Ciba* o *BASF / Cognis* o *BASF / Ineos/Styrene / JV* o *BASF / Solvay's EP and P&I Business* o *BASF / Bayer divestment business* o *SHELL / BASF / JV Project Nicole* o *BASF / American Cyanamid (AHP)*
33. Royal Ahold Delhaize (Netherlands) - $70.1B	✓ +5			
34. Deutsche Post DHL Group (Germany) - $70.5B	✓ +10			
35. Munich Re Group (Germany) - $70.1B	✓ 3			
36. Société Générale (France) - $69.9B	✓ +15			
37. ArcelorMittal (Luxembourg) - $86.7B	✓ +20.	o 2		o *Mittal / Arcelor* o *ArcelorMittal / Ilva*
38. Renault (France) - $66.2B	✓ +5	o 1		o *Volvo / Renault V.I.*
39. Aegon (Netherlands) - $65.4B	✓ +15			
40. Zurich Insurance Group				Non pertinent

(Switzerland) - $63.9B				
41. Aviva (Britain) - $63.9B	✓ +15			
42. Equinor (Norway) - $61.2B	✓ +5			
43. Groupe BPCE (France) - $61.1B	✓ +5			
44. Unilever (Britain/Netherlands) - $60.5B	✓ +5	○ 1 ○ 3		○ *Unilever / Sara Lee Body Care* ○ *Unilever / Amora-Maille* ○ *Unilever / Bestfoods* ○ *Unilever France / Ortiz Miko (II)*
45. Auchan Holding (France) - $60B	✓ 4			
46. Vodafone Group (Britain) - $59.8B	✓ +15	○ 1 ○ 2		○ *Vodafone / Liberty Global / Dutch JV* ○ *Vodafone / Airtouch* ○ *Vodafone Airtouch / Mannesmann*
47. Telefonica (Spain) - $58.6B	✓ +10	○ 3	▪ 1	○ *Telefonica / O2* ○ *Hutchison 3G UK / Telefonica Ireland* ○ *Telefonica Deutschland / E-Plus* ▪ *Hutchison 3G UK / Telefonica UK*
48. Roche Group (Switzerland) - $56.6B				Non pertinent
49. Anheuser-Busch InBev (Belgium) - $56.4B	✓ 2	○ 1		○ *AB Inbev / SabMiller*
50. ING Group (Netherlands) - $56.3B	✓ +5			

- **L'un des trois pans** classiquement attribués au droit européen de la concurrence (contrôle des concentrations, sanction des pratiques anticoncurrentielles et contrôle des aides d'État) vous parait-il particulièrement inadapté ?

Réduire le contrôle *ex ante* ; accroître le contrôle *ex post* – Les chiffres précédemment évoqués sont explicites : le contrôle des concentrations est caractérisé par un nombre excessif de notifications, dont la grande majorité ne donne lieu qu'à un contrôle superficiel et à une approbation quasi-automatique de l'opération par la Commission européenne.

Le poids du travail de notification pour les entreprises est encore accru par la globalisation des échanges et la multiplication des autorités de concurrence. A leur suite, les entreprises doivent multiplier les notifications et adresser leur projet aux autorités de concurrences compétentes sur les différents marchés affectés par l'opération de concentration. Cette tendance est aggravée par l'augmentation de l'étendue des demandes de renseignements par les services de la Commission. La pratique du contrôle des concentrations est parfois dépeinte caricaturalement par certains praticiens comme un exercice administratif sophistiqué de gestion de délais, formes et procédures. Il y a sans doute un fond de vérité à cette représentation.

Face à ce constat, la solution traditionnellement mise en avant consiste à plaider pour une plus grande coopération internationale, un rapprochement des standards de contrôle et la mise en œuvre d'un guichet unique et/ou d'un contrôle unique[56]. Si la mise en place d'un guichet unique requiert essentiellement une coordination logistique raisonnable entre les différentes autorités de concurrence, la mise en place d'un contrôle unique requerrait un transfert de souveraineté qui semble politiquement hors de portée.

Ceci n'exclut pas pour autant que la Commission procède à une réforme unilatérale de sa méthode de travail. Notamment, les seuils de notification pourraient être adaptés pour limiter le nombre de notifications et libérer des ressources utiles qui seraient ensuite utilement redéployées dans le contrôle *ex post* – dont les affaires d'abus de position dominante.

***Killer* acquisitions** – Le contrôle des concentrations pourrait également être réformé pour mieux appréhender le dommage à la concurrence causé les « *killer* » acquisitions – soit, ces acquisitions qui caractérisent certains marchés lorsque des opérateurs établis font l'acquisition de jeunes pousses (« startups ») avant qu'elles ne puissent se transformer en futur rival. A ce

[56] Sur le sujet, voyez : P. BURNIER da SILVEIRA, *Le contrôle des concentrations transnationales*, L'Harmattan, 2013, 402 p.

stade, les *killer* acquisition échappent souvent au contrôle de l'autorité de la concurrence dans la mesure où les applications sont souvent gratuites en sorte que leur acquisition se situe sous les seuils de chiffre d'affaire qui déclenchent habituellement le contrôle de la Commission. A ce jour, de nombreuses voix sollicitent une meilleure pris en compte des *killer* acquisitions[57]. Une telle approche est en ligne avec notre proposition en faveur d'un élargissement de l'horizon temporel pris en compte dans l'évaluation de la concurrence potentielle. Il s'agirait par ailleurs d'une évolution similaire à celle déjà déployée par la Commission européenne dans d'autres secteurs. Ainsi, dans le secteur pharmaceutique, l'analyse de la Commission apprécie les dynamiques concurrentielles qui opposent les centres de recherche – en ressources, personnel, installations ainsi que les autres actifs corporels et incorporels – plutôt que de se limiter à un examen de la concurrence existante[58].

- La mondialisation remet-elle en cause l'équilibre entre **protection des consommateurs** et compétitivité des entreprises sur les marchés européen et mondial ?

Bien-être du consommateur ; protection de l'emploi – De manière quasi-unanime[59], la communauté du droit de la concurrence assigne comme principal objectif au droit de la concurrence la protection du « bien-être » du consommateur[60]. Le contenu exact de cet objectif est toutefois variable. En témoigne un récent discours de Johannes LAITENBERGER Directeur-général à la concurrence[61] : la notion de bien-être du consommateur est une notion

---

[57] C. CUNNINGHAM., F. EDERER et S. MA, *Killer acquisitions*, Yale School of Management WP, 2018 (disponible à l'adresse : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3241707).

[58] I. LIANOS, « The future of competition policy in Europe: Some reflections on the interaction between industrial policy and competition law », *Concurrences*, n°2-2019, p. 41.

[59] *Contra*: T. WU, « After Consumer Welfare, Now What? The "Protection of Competition" Standard in Practice », The Journal of the Competition Policy International, avril 2018; R. CLAASSEN et A. GERBRANDY, « Rethinking European Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach », Utrecht Law Review, Volume 12, Issue 1, Janvier 2016.

[60] Neelie KROES, Commissaire à la concurrence, « European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices », 15 septembre 2005, SPEECH/05/512: « *Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies* » (European Consumer and Competition Day, Londre, 15 septembre 2005), SPEECH/09/ 486; Neelie KROES, Commissaire à la concurrence, « Consumer welfare: more than a slogan » ("Competition and Consumers in the 21 st century", Bruxelles, 21 octobre 2009), SPEECH/09/ 486.

[61] « *En fait, nous parlons tous de "bien-être du consommateur" tout le temps. Mais est-ce que nous voulons tous dire la même chose ? (...) Certains tendent à réduire la mesure du bien-être des consommateurs à des effets à court terme sur les prix et la production. D'autres soulignent que d'autres mesures plus dynamiques méritent également notre attention - la qualité, le choix et l'innovation. Certains font valoir que la norme relative au bien-*

polymorphe[62]. Nonobstant, les débats font deux omissions. D'abord, les débats omettent de s'intéresser au bien-être du consommateur *européen*. Or, les préférences des consommateurs européens sont différentes des consommateurs américains ou chinois. Les autorités européennes affirment régulièrement qu'un statut exceptionnel doit être reconnu aux règles sécurité, aux règles prudentielles, et à la pluralité de la presse et de la culture. Plus récemment, la protection des données personnelle est devenu le fer de lance de la Commission européenne. Dès lors, il y a peut-être matière à différencier l'analyse concurrentielle selon le type d'opérateurs en cause. A cet égard, il semble que la Commission pratique déjà une analyse différenciée : lorsqu'elle appréhende les pratiques déployées par les plateformes, la Commission veille à (i) protéger les producteurs (européens) de contenu (artistes, développeurs, éditeurs, etc.), à préserver la concurrence intra-plateforme et à (iii) protéger les données des consommateurs européens[63].

Ensuite, l'état des débats repose sur le postulat de l'existence d'une somme fixe de consommateurs dans l'économie, tandis que la somme de consommateurs est variable. En effet, dans une économie dans laquelle l'emploi (salarié et non salarié) diminue par exemple suite à une délocalisation, la somme de consommateurs diminue du fait de la disparition de leurs revenus. La théorie semble considérer que les pertes d'emploi inefficaces sont plus que compensées par la production efficace moins chère, par exemple délocalisée, que peuvent consommer les employés restant et les sans-emplois bénéficiant de revenus de substitution. Mais l'existence, le niveau et la permanence de tels revenus de substitution est plus l'exception

---

être des consommateurs exige que les effets anticoncurrentiels soient démontrés en toutes circonstances. D'autres font remarquer que la protection du processus concurrentiel est un bon substitut pour assurer le bien-être des consommateurs, même lorsque les effets anticoncurrentiels ne sont pas immédiatement apparents. Certains affirment qu'un concurrent moins efficace ne contribue pas au bien-être des consommateurs. D'autres font remarquer qu'un concurrent moins efficace - ou un concurrent "pas encore aussi efficace" - peut encore contrbuer à de la concurrence sur le marché, surtout s'il est capable de rester sur le marché, de croître et de devenir plus efficace. En résumé, le terme "bien-être du consommateur" n'est pas aussi consensuel qu'il n'y paraît » Johannes LAITENBERGER, Directeur-Général à la concurrence, « EU Competition Law: Relevance Anchored in Empiricism » (CRA Conference Brussels, 5 décembre 2018) (traduction libre).

[62] Parmi les différentes formes données à la notion de bien-être du consommateur, une frange importante de la communauté de la concurrence retient celle de liberté de choix du consommateur. (R. LANDE, « Consumer Choice as the Best Way to Describe the Goals of Competition Law », University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper, 14 avril 2012; P. BEHRENS, « The 'Consumer Choice' Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact Upon EU Competition Law », Europa-Kolleg Hamburg, Discussion Paper No. 1/14, 22 juillet 2014 – *Contra*: J. WRIGHT et D. GINSBURG , « The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice », *Fordham L. Rev*., 2012, p. 2405.

[63] N. PETIT, « Competition Cases Involving Platforms: Lessons From Europe », Comment on Federal Trade Commission (« FTC ») Hearing #3 on Competition and Consumer Protection in the 21st Century, octobre 15-17, 2018 (disponible à l'adresse : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3285277).

que la règle. Surtout, le financement de ces revenus pèse sur les autres membres de la collectivité qui sont eux même employés. La théorie semble plus construite sur un postulat optimiste que sur un constat empirique. Quoiqu'il en soit, la reconversion vers un nouvel emploi permettant de revenir dans la consommation n'est pas un processus instantané.

Il convient d'ajouter que la conception habituelle du bien-être du consommateur européen a lieu sans prendre en compte les *revenus* du consommateur. Nous plaidons pour une rupture sur ce point : la mise en œuvre du droit de la concurrence exerce une influence non seulement sur les *dépenses* du consommateur, mais également sur les *revenus* de celui-ci ; il convient de prendre ce fait en compte. En ce sens, parce qu'ils contribuent au bien-être du consommateur, la sauvegarde de l'emploi et de l'industrie européenne doivent être revalorisés parmi les informations considérées par l'autorité de la concurrence dans l'exercice de ses missions.

Au demeurant, notre propos ne s'éloigne pas d'une analyse économique orthodoxe. Le bien-être du consommateur est classiquement défini comme la différence entre le prix de réserve du consommateur – soit, le prix maximum qu'il serait *prêt* à payer pour un bien ou service donné – et le prix effectivement pratiqué sur le marché[64]. Dans cette configuration, la concurrence tire les prix vers le bas et accroît le bien-être du consommateur. La même prémisse invite à prendre en considération les revenus du consommateur car plus son budget augmente, plus son prix de réserve pour chacun des biens qui constituent son panier de dépenses habituel s'élève. Partant, son bien-être augmente. Au départ de ce constat, il est raisonnable de considérer la protection de l'emploi comme faisant partie intégrante du bien-être du consommateur européen.

Sauvegarde des entreprises-pivot – A cet égard, certaines décisions adoptées dans le cadre du contrôle des concentrations et/ou en matière d'aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration sont plus susceptibles que d'autres d'affecter le maillage industriel européen. La délocalisation des entreprises et le déplacement des centres de décisions doivent être considérés :

[64] M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 18

– Ces dernières années, plusieurs études ont mis en avant le phénomène de « Vallée de la mort »[65]. Ce concept fait référence à l'écart croissant entre les investissements dans la recherche fondamentale et leur conversion ultérieure en produits et services commercialisables. Selon les économistes, de nombreuses découvertes n'atteignent pas le stade industriel, mais meurent en cours de route parce qu'elles ne sont pas soutenues lorsqu'il s'agit de démontrer leur pertinence industrielle[66]. En cela, la préférence accordée à la recherche fondamentale peut contribuer à trop mettre l'accent sur les projets de recherche en amont et à réduire les investissements dans la recherche appliquée, qui est pourtant le segment où des avantages concurrentiels peuvent être développés. En effet, c'est souvent lors de la transition du laboratoire à l'usine que se développent les compétences essentielles à l'avantage compétitif ; le développement de ces compétences implique également d'importantes externalités positives en termes de connaissances[67]. Par conséquent, afin de garantir le maintien de l'excellence de la recherche dans l'Union, il est nécessaire d'y préserver des capacités industrielles[68].

Ce constat doit sans doute être rapproché de la littérature sur les pôles de compétitivité. Celle-ci met en lumière le fait que les petites entreprises bénéficient souvent de la présence d'une entreprise-pivot sur lequel elles peuvent s'appuyer pour le développement industriel de leurs recherches[69]. Sauvegarder la viabilité du leader du

---

[65] High-Level Group on Key Enabling Technologies, Final Report, June 2011, 56 p. (available at: http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/ict/files/kets/hlg_report_final_en.pdf). UK Parliament, Science and Technology Committee, *Bridging the "valley of death": improving the commercialisation of research* (disponible à l'adresse : http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/science-and-technology-committee/inquiries/parliament-2010/role-of-the-private-sector/)

[66] D. ROTH, "Addressing the Innovation "Valley of Death:" It's the Products, Stupid!", *Xconomy*, 26 January 2010 (available at: http://www.xconomy.com/san-diego/2010/01/26/addressing-the-innovation-valley-of-death-its-the-products-stupid/); E. CLEMENTS, "Crossing the Valley of Death", *Symmetry*, February 2011 (available at: http://www.symmetrymagazine.org/article/february-2011/crossing-the-valley-of-death): "*Tout commence par une idée novatrice et un prêt PME. L'entreprise construit un prototype et prouve que la technologie fonctionne. Peut-être qu'une subvention de démarrage arrivera. Puis, quelque part entre le laboratoire et le marché, les prêts expirent et le capital d'amorçage disparaît. L'entreprise est à court d'argent et de vapeur et meurt d'une mort douloureuse dans un paysage jonché des cadavres des entreprises qui l'ont précédée.* » (traduction libre).

[67] P. AGHION, J. BOULANGER et E. COHEN, « Rethinking industrial policy », *Bruegel Policy Brief*, 16 juin 2011, p. 7.

[68] P. DASGUPTA, « The Welfare Economics of Knowledge Production », Oxford *Review of Economic Policy*, 1988, 4, 1-12

[69] E. MAINCENT et L. NAVARRO, « A Policy for Industrial Champions: From picking winners to fostering excellence and the growth of firms », *Industrial Policy and Economic Reforms Papers No. 2, avril 2006,* Ref. Ares (2014) 75493, p. 18.

pôle d'entreprises peut s'avérer indispensable pour aider tout un réseau d'entreprises innovantes à traverser la « Vallée de la Mort » par le biais de partenariats industriels.

Dans ces conditions, la Commission devrait reconsidérer ses règles relatives aux aides d'Etat au sauvetage des entreprises lorsque l'entreprise considérée est une entreprise-pivot au sein d'un écosystème important. Parce qu'il serait inefficace de laisser tout un réseau d'entreprise se perdre, il convient que la Commission trouve un équilibre entre les effets anticoncurrentiels de l'aide et le rôle de l'entreprise en difficulté dans son environnement économique.

– Certaines études empiriques semblent indiquer que les multinationales ont tendance à investir des sommes disproportionnées en R&D dans leur pays d'origine. En d'autres termes, il existe des biais internes en ce qui concerne les investissements en R-D[70]. Ce constat est susceptible de servir de base à un traitement juridique différencié des fusions en fonction de la nationalité des entreprises.

  Les opérations de concentration (et les accords de coopération) entre entreprises ressortissant de l'Union généreront plus d'investissements en R&D sur le territoire européen que les fusions entre entreprises non européennes. Les premières fournissent une contribution supérieure à la compétitivité de l'Union que les secondes. Cela implique qu'une défense fondée sur des allégations de gains d'efficacité devrait faire l'objet d'un accueil plus favorable (ou, d'une charge de la preuve amoindrie) lorsqu'elle est mise en avant par des entreprises européennes, contrairement aux autres transactions, où les gains d'efficacité profiteront principalement à des territoires tiers.

Il peut dès lors être considéré que la sauvegarde des entreprises-pivot, de même que les gains d'efficacité résultant d'une opération de concentration impliquant des opérateurs européens profitera plus directement aux consommateurs européens, car les investissements en R&D qui y sont liés profiteront d'abord au territoire européen et ce, tant en ce qui concerne les indices macro-économiques (i.e. : l'emploi) que micro-économiques (i.e. : l'amélioration des produits).

---

[70] D. NEVEN, *Ownership, Performance and National Champions*, 2008, p. 8 (available at: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/opnc.pdf).

Précision – Que les choses soient claires. Notre propos n'est pas de plaider pour une remise au placard la politique de concurrence en sa forme actuelle au profit d'une approbation de toute mesure aux entreprises susceptible, de près ou de loin, de favoriser l'emploi dans l'Union. Bien au contraire. Les limites de la politique industrielles sont bien connues[71] – asymétrie d'information, tendance à la capture des décideurs publics par des groupements d'intérêt privé, défaillance des choix publics, dépenses d'argent public inutiles et incontrôlées ; elles ne doivent pas être sous-estimées. En sens inverse, les avantages de la politique de concurrence sont nombreux[72] – une concurrence intense induit une productivité et une croissance plus forte, le contrôle de l'acquisition du pouvoir de marché permet d'éviter les hausses de prix injustifiées ; elles doivent être gardées à l'esprit. Toutefois, il nous semble qu'une *dose* de considérations industrielles pourrait-être utilement injectée dans la mise en œuvre de la politique de concurrence, même déployée par une autorité administrative experte, pourvu que des indicateurs objectifs viennent étayer la pertinence des opérations industrielles.

En d'autres termes, nous faisons notre l'analyse proposée par l'OCDE en la matière : « *Une présomption systématique en faveur d'une politique de création et de soutien de champions nationaux ne saurait être admise. Cela ne veut pas dire que les mesures qui visent à créer des champions nationaux ne soient jamais justifiées. Ces résultats laissent toutefois penser que ces mesures ne doivent pas être la norme, mais l'exception, et que la charge de la preuve devrait entièrement incomber aux gouvernements qui prennent ces initiatives, et pas à ceux qui les mettent en doute* »[73].

- La mondialisation peut-elle affecter les règles du droit européen de la concurrence en ce qui concerne les **services publics européens** ?

[71] N. PETIT et N. NEYRINCK, « Industrial Policy and Competition Enforcement: Is There, Could There and Should There Be a Nexus? », in M. MEROLA, J. DERENNE et J. RIVAS (Dir.), *Competition Policy in times of Economic Crisis. In Need of Adjustment?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 555 et s.
[72] *Ibidem*. Voyez également A. PERROT, « Do national champions have anything to do with economics ? », in A. MATEUS et T. MOREIRA (éd.) *Competition Law and Economics. Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 293 et s.
[73] OCDE, *Politique industrielle, politique de la concurrence et champions nationaux*. Note de référence, 16 février 2009, DAF/COMP/GF(2009)1/REV1, p. 4.

Volonté publique – La mondialisation ne semble pas devoir affecter les règles de concurrence relatives aux services publics européens. Les règles relatives aux prestations de services publics dépendent exclusivement des pouvoirs publics – nationaux et européen. Ce sont eux qui, par la norme – par la loi – définissent les contours des obligations de service public ainsi que leur mode de financement. Habituellement, les services publics sont financés moyennant une contribution pesant sur les usagers ou les autres entreprises du secteur. Ladite contribution peut aussi bien être prélevée sur les concurrents étrangers qui opèrent sur le marché commun[74].

- La mondialisation pourrait-elle justifier d'accroitre le nombre **d'exemptions** existantes au droit de la concurrence, voire d'en diversifier la nature ?

Equilibre – La question du nombre et de la nature des exemptions opposables à la mise en œuvre du droit européen de la concurrence renvoie à la question de l'équilibre entre les différentes politiques publiques européennes – en ce compris la promotion de l'industrie européenne. A cette question, nous répondons d'abord par référence au droit commun européen, puis spécialement au regard des outils spécifiques au droit de la concurrence.

Droit commun européen – L'article 7 TFUE stipule que « *L'Union veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions, en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs et en se conformant au principe d'attribution des compétences* ». Un même principe général de « *cohérence* » se trouve exprimé à l'article 13(1) du TUE.

L'article 7 TFUE empêche l'Union d'utiliser une compétence attribuée – en l'espère, la concurrence – pour développer des mesures réglementaires ou législatives relevant de compétences non attribuées. En matière « *d'industrie* », on ne se trouve ni dans une compétence exclusive, ni dans une compétence partagée, ni dans une compétence abolie, ni dans une incompétence de l'Union. L'article 6 TFUE stipule que l'industrie relève des compétences d'action pour appuyer, soutenir ou compléter l'action des Etats membres. Donc, une cohérence doit être organisée.

[74] A titre d'illustration, Eurocontrol, l'opérateur en charge du service public de la sécurité aérienne dans une partie de l'Europe, est financé par les usagers qui survolent l'espace aérien contrôlé par les États membres d'EUROCONTROL. (voyez : Eurocontol, « Route charges » (disponible à l'adresse : https://www.eurocontrol.int/crco).

Par ailleurs, un mécanisme institutionnel suggère aussi des voies d'organisation de la cohérence, rappelant ce faisant l'importance du principe de l'article 7 TFUE. A l'article 256(6) TFUE, relatif au Tribunal de l'Union, on lit : « *Lorsque le Tribunal estime que l'affaire appelle une décision de principe susceptible d'affecter l'unité ou la cohérence du droit de l'Union, il peut renvoyer l'affaire devant la Cour de justice afin qu'elle statue* ». Il existe donc bien, dans les Traités, des dispositions visant à garantir une cohérence entre les politiques publiques de l'Union.

En première analyse, il n'y a donc pas d'impossibilité totale pour la politique de concurrence d'agir en cohérence avec les actions des Etats membres en matière d'industrie. Mais de quelle manière ? Existe-t-il une obligation positive d'action cohérente de la politique de concurrence, ou bien une obligation négative de modération cohérente de la politique de concurrence en matière d'industrie lorsque des mesures sont prises par les Etats membres sous le Titre XVII relatif à l'industrie ou bien via des initiatives unilatérales ou multilatérales hors traité – telles que le Manifeste Franco-Allemand ?

La réponse est assurément négative. Les raisons sont multiples. Elles tiennent au contenu matériel du principe de cohérence (1), et au statut juridique de la politique de concurrence (2)

1) Le contenu matériel du principe de cohérence n'est pas clair. Usuellement il vise à garantir une certaine logique *intra-vires*, entre les instruments d'une même politique. A titre d'illustration, il est possible de citer l'interface entre le Règlement sur le contrôle des concentrations et l'article 102 TFUE sur les questions de jumelage[75]. Plus délicate est la question du contenu matériel du principe de cohérence lorsqu'il trouve à s'appliquer *extra-vires*. Le droit européen de la concurrence doit-il s'ouvrir à la pollinisation croisée d'autres politiques européennes, et vice versa ? La jurisprudence et la doctrine tendent à répondre à cette question par la négative. Au mieux, le principe de cohérence doit œuvrer à éviter la « *contradiction* » entre politiques publiques européennes.

[75] CJUE, 15 février 2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, C-12/03 P, *Rec.,* 2005 I-00987.

2) En cas de contradiction, à quelle règle de hiérarchisation doit obéir l'articulation de la politique de concurrence et de la politique industrielle ? De nouveau, il y a tout lieu de croire que la politique de concurrence jouit, en droit positif, d'une primauté. Plusieurs considérations mènent à cette conclusion. A l'évidence, le droit primaire (de la concurrence) prime le droit dérivé (de l'industrie), et encore plus le droit national. En outre, la CJUE qualifie de manière constante le droit de la concurrence comme une norme d'« *ordre public économique* »[76]. Le Traité prévoit enfin expressément les dérogations sectorielles à l'application droit de la concurrence. C'est le cas, par exemple, de l'exception de sécurité nationale de l'article 346(1)b) pour les produits destinés à des fins spécifiquement militaires[77]. En creux, le Traité suggère de ce fait que le principe général est bien la primauté du droit de la concurrence.

Ce qui est constant c'est que le droit dérivé ne peut pas réduire l'effectivité du droit primaire. En matière de politique industrielle, il semble donc compliqué d'atténuer l'application du droit de la concurrence. Du reste, l'article 173 du TFUE qui parle de la nécessité d'assurer la compétitivité de l'industrie de l'Union, interdit expressément « *l'adoption de mesures susceptibles de conduire à des distorsions de concurrence* ».

Droit spécial de la concurrence – La question est, en somme, la suivante : si le droit de la concurrence dispose d'une certaine autonomie, voire d'une insularité, vis-à-vis d'autres politiques publiques prévues par le Traité, il peut néanmoins y renoncer et choisir unilatéralement de se poser des limites. Quels choix de « *cohérence* » a-t-il autrefois fait vis-à-vis d'autres politiques publiques, et selon quels principes ?

---

[76] CJUE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland A/S et al. c. Commission*, aff. jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, *Rec*., 2004, p. I-123, § 91 ; TUE, 12 juillet 2011, *Toshiba Corp c. Commission*, T-113/07, *Rec*., 2011 II-03989, § 281 ; TUE, 8 juillet 2008, *Lafarge c. Commission et Conseil*, T-54/03, *Rec*. 2008, p. II-120, § 718.

[77] « *Les dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après:*
a) aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité,
b) tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires. »

La Cour de Justice et la Commission ont autrefois fait prévaloir des principes modérateurs à l'application des interdictions, sur le fondement d'autres impératifs de politique publique. Dans l'affaire *Fibre optique* de 1986, la Commission a pu décider qu'un accord de coopération entre plusieurs entreprises européennes concurrentes leur permettant de fabriquer de la fibre optique était justifié au regard de la concurrence étrangère. La Commission a parlé d'une coopération « *essentielle pour permettre aux entreprises européennes de résister à la concurrence des producteurs non communautaires, en particulier aux États-Unis et au Japon, dans un domaine où la technologie évolue rapidement* »[78-79]. La Cour de Justice, quant à elle, a pu arrêter que : « *Le maintien de l'emploi entre, au titre de l'amélioration des conditions générales de production, spécialement dans les circonstances d'une conjoncture économique défavorable, dans le cadre des objectifs que l'article 85, paragraphe 3, TFUE permet de viser* »[80-81]. En France, des développements acrobatiques, au moins dans la motivation, ont aussi été constatés. Le Conseil de la concurrence français a pu exonérer un abus de position dominante en s'appuyant sur une justification d'intérêt général pour le moins créative : la « *nécessité objective* » de garantir la « *tranquillité du lieu monastique* ».[82]

De manière plus transversale, la Cour a dégagé des principes modérateurs en matière d'activités sociales. On pense ici à la jurisprudence sur les activités « *exclusivement sociales* »[83]. Ou encore au sujet de la notion d'entreprises, limitant l'application du Traité aux activités de « *puissance*

[78] Décision de la Commission 86/405/EEC du 14 juillet 1986 (IV/30.320 – Optical fibres), § 59 (traduction libre).
[79] Sur le même thème, voyez aussi : Décision de la Commission 88/88/EEC du 22 décembre 1987 (IV/32.306 – Olivetti/Canon, § 54) (traduction libre).
[80] CJUE, 11 juillet 1985, *Remia BV contre Commission*, C-42/84, § 42.
[81] Au sujet du maintien de l'emploi comme considération de politique publique admissible dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, voyez également : Décision de la Commission du 23 décembre 1992 (IV/33.814 – Ford/Volkswagen), § 37 : « *Dans l'appréciation de la présente affaire, la Commission tient également compte du fait que le projet représente le plus gros investissement étranger jamais réalisé au Portugal. Selon les estimations, il devrait notamment permettre de créer environ 5 000 emplois et, indirectement, 10.000 emplois supplémentaires, et aussi d'attirer d'autres investissements dans l'industrie des fournitures. Il contribue par conséquent à promouvoir un développement harmonieux de la Communauté et à réduire les disparités régionales, ce qui est l'un des objectifs fondamentaux du traité (…). Cet effet ne suffirait pas à lui seul pour permettre une exemption si les conditions de l'article 85 paragraphe 3 n'étaient pas remplies ; mais c'est un élément dont la Commission a tenu compte* ».
[82] Voir Cons. conc., déc. n° 05-D-60 du 8 novembre 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre par la congrégation cistercienne de l'Immaculée Conception, la société Planaria, l'État et la commune de Cannes.
[83] CJUE, aff. jtes C-159/91 et C-160/91, *Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, 13 février 1993, *Rec*., 1993, p. I-637, § 18 ; CJUE, C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas et Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, 22 janvier 2002, *Rec*., 2002, p. I-691, § § 38

publique »[84]. On évoquera aussi rapidement les limites que se fixe le droit de la concurrence vis-à-vis des droits de propriété intellectuelle, en renonçant au contrôle de leur existence, seulement de leur exercice[85].

Une lutte de couloirs a pris place à ce sujet, il y a quelques années, entre la DG Concurrence et la DG Service juridique. Selon nos informations, en bonne gardienne du temple, la DG Service juridique aurait mis au point une note confidentielle compilant la jurisprudence de la Cour de justice favorable à la prise en compte de considérations de politiques publiques. En sens inverse, la DG Concurrence s'efforce depuis plusieurs années à mettre sous le boisseau cette jurisprudence trop accueillante et qui complique la mise en œuvre objective du droit de la concurrence[86]. A ce jour, cette tension a systématiquement été résolue en faveur des vues de la DG Concurrence. Une tendance lourde tend à faire prévaloir l'application sans réserve du droit de la concurrence, en ce compris en présence d'autres considérations de politique publique.

Aucun changement de ***nature*** dans les causes d'exemption n'est donc nécessaire ; des exemptions de natures fort différentes peuvent déjà être prises en considération. L'interrogation porte plutôt sur la pondération avec laquelle d'autres considérations de politique industrielle doivent être introduites dans le calcul coût-bénéfice réalisé par la Commission européenne. A ce stade, aucune méthodologie convaincante n'existe pour mettre en balance ces gains avec la hausse de prix causée par une restriction de concurrence.

Effet « *réflexe* » du droit de la concurrence sur d'autres politiques ou d'autres politiques sur le droit de la concurrence – L'insularité du droit de la concurrence joue dans les deux sens. Ainsi, le droit de la concurrence n'est en règle pas instrumentalisé pour sanctionner, armer,

---

[84] CJUE, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, 19 janvier 1994, *Rec*. 1994, p. I-43, § 30 ; CJUE, C-309/99, *Wouters et al. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, 19 février 2002, *Rec*., 2002, p. I-1577, § 58.

[85] CJUE, 13 juillet 1966, *Consten and Grundig c. Commission*, aff. 56 et 58/64, Rec., 1966, p. 229, §§ 49-50 ; CJUE, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*., aff. 78/70, Rec., 1971, p. 487, §§ 7-13.

[86] Dans ses lignes directrices sur l'article 101(3) TFUE, la Commission a tenté de restreindre les améliorations admissibles à la preuve de « *gains d'efficacité* » ou d'effets « *pro-concurrentiels* » de nature purement économique. Dans le même ordre d'idées, les lignes directrices nous disent que les « *objectifs poursuivis par d'autres dispositions du traité peuvent être pris en compte dans la mesure où ils peuvent être intégrés dans les quatre conditions de l'article [101](3) TFUE* »374. En d'autres termes, les améliorations non économiques doivent se traduire dans des gains d'efficacité économiques. (Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *OJ,* 27 avril 2004, C 101/97, §§ 42 et 50.)

discipliner des comportements relevant d'autres politiques publiques, comme cela pourrait être le cas en matière de données personnelles, de pluralité des médias, de financement électoral ou d'évasion fiscale. La mise en place d'un ordre juridique rationnellement organisé commande l'application de la règle « *un objectif, un instrument* » : pour chaque objectif de politique publique, un (seul) instrument – adapté à la problématique en cause – doit être mobilisé. Dès lors qu'un cadre réglementaire spécifique est établi, qu'il peut effectivement être appliqué à la situation observée et qu'il permet le régler la problématique identifiée, la règle générale doit être écartée[87]. En droit, on pourrait se référer au principe *Lex specialis derogat generali*. À titre d'illustration, on s'interroge sur la pertinence de l'intervention de l'Autorité de la concurrence allemande dans l'affaire *Facebook*[88]. A cette occasion, le *Bundeskartellamt* a condamné le réseau social pour avoir collecté des informations sur ses usagers à partir de sites tiers (ex. : Instagram ou Whatsapp), sans avoir obtenu un consentement volontaire au préalable – soit, une intervention qui semble précisément tomber dans le champ de la mission dévolue aux autorités nationales de protection des données. Sans compter que la décision n'explique pas comment la prétendue position dominante de Facebook a pu alimenter son abus. En effet, il est connu que les entreprises non dominantes sont aussi en mesure recueillir le consentement des usagers de manière abusive. Le cas échéant, l'UE n'aurait pas eu besoin d'adopter le RGDP, une législation générale s'appliquant aux entreprises dominantes et non dominantes.

Parfois, des cas limites permettent de mobiliser deux corps de règles pour appréhender une même pratique. Ainsi, une pratique tarifaire dans une industrie de réseau peut donner lieu à l'intervention de l'autorité de régulation pour violation de la réglementation sectorielle et à l'intervention de l'autorité de la concurrence pour abus tarifaire ; dans le même ordre d'idées l'usage indu de données à caractère personnel pourrait donner lieu à une intervention de l'autorité nationale de protection des données ainsi qu'à l'autorité de concurrence si cet usage constitue une pratique d'exclusion. Ceci n'implique pas pour autant que le droit de la

---

[87] En droit belge, on parle d'« *effet réflexe* » du droit *antitrust* de la concurrence sur le droit des pratiques commerciales déloyales – comme on parle d'« *effet réflexe* » du droit de la propriété intellectuelle sur les allégations de copie parasitaire : l'application du second corps de règle (plus général) est écarté toutes les fois où une règle plus précise est également susceptible de s'appliquer. (Cass., 7 janvier 2000, RG C.99.0233.N (disponible sur www.juridat.be). J. STUYCK, « L'effet réflexe du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce », *R.C.J.B.*, 2001, p. 256)

[88] Communiqué de presse du Bundeskartellamt, « Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources », 7 février 2019, (disponible à l'adresse : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html).

concurrence puisse être instrumentalisé pour procéder à un interventionnisme industriel transversal. L'objectif du droit de la concurrence est de protéger le bien-être du consommateur en permettant le déploiement d'une concurrence par les mérites, et non pas de servir d'outil d'ingénierie industrielle.

3. SUR LES MODALITES ACTUELLES D'INSERTION DU DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE DANS UN ENVIRONNEMENT MONDIALISE

- Les **définitions actuelles** des concepts-clé du droit européen de la concurrence (entente, monopole, abus de position dominante, concentration et aide d'État) vous paraissent-elles encore adaptées aux enjeux de la mondialisation ?

Validation – Les concepts-clés du droit européen de la concurrence ne semblent pas devoir faire l'objet d'une quelconque adaptation aux enjeux de la mondialisation. Il s'agit d'outils flexibles, susceptibles d'être appliqués à des conditions de marché changeantes – en ce compris l'élargissement des marchés et l'entrée de concurrents étrangers sur le territoire européen.

Dans le contexte d'une globalisation des échanges, le droit des aides d'Etat constitue sans doute la discipline qui retient le plus l'attention. L'Union européenne est en effet la seule juridiction à disposer d'un tel mécanisme de contrôle où des Etats souverains acceptent de soumettre leur action dans l'économie à un contrôle supranational autre que celui de l'Organisation mondiale du commerce (« OMC »). Or, les règles européennes en matière d'aides d'Etat sont en pratique significativement plus contraignantes que celles de l'OMC :

- En droit de l'OMC, les subventions sont en principe autorisées, alors que les règles européennes considèrent les subventions comme illégales par principe.
- Les règles de l'OMC sont réactives et ne sont appliquées que si un pays membre dépose une plainte tandis que, d'une part, la légalité d'une aide d'Etat doit être établie avant tout versement et, d'autre part, la Commission européenne contrôle d'initiative le respect du droit européen des aides d'Etat.

– L'entreprise bénéficiaire d'une aide d'État illégale au regard du droit européen doit rembourser l'aide qu'elle a perçue. Aucune obligation de remboursement n'existe en droit de l'OMC[89-90].

Les objectifs poursuivis par ces deux corps de règles diffèrent également : les règles de l'OMC ont pour objectif d'abolir les subventions en tant que barrières non tarifaires – en somme, il s'agit d'une application du principe de non-discrimination entre entreprises. Le droit des aides d'État poursuit l'objectif plus large de contribuer à la réalisation du marché intérieur – en interdisant les distorsions de concurrences ; en évitant les courses aux subventions entre Etats membres ; en limitant les opérations de recherche de rente ; en préservant les budgets nationaux de dépenses superflues ; etc.

Le droit des aides d'Etat doit-il être aboli parce qu'il impose une contrainte supplémentaire, nuisible à l'Union européenne dans sa rivalité commerciale avec ses principaux partenaires ? Assurément non. Pour dresser un parallèle, la question revient à se demander si l'ensemble des nations du comité olympique auraient dû légitimer le dopage, suite aux preuves de triche systématique des équipes russes lors des jeux olympiques de Sotchi[91].

Si le droit des aides d'Etat inflige une contrainte certaine sur l'action des Etats membres de l'Union, la limitation des subventions est également source d'efficacité économique. En bref, il contraint les entreprises européennes à une plus grande compétitivité plutôt que de permettre artificiellement des gains de parts de marché acquis par la consommation de deniers publics. Les lignes qui suivent démontrent que, longtemps occultée, cette réalité rattrape l'économie chinoise qui connaît actuellement le contre-coup des excès d'une politique industrielle largement fondée sur le transfert de ressources publiques aux entreprises. Par ailleurs, si le droit

[89] La violation des règles de l'OMC donne éventuellement lieu à des droits de douane compensatoires.
[90] En outre, les règles de l'OMC s'appliquent aux marchandises, tandis que le droit des aides d'Etat inclut également les services. Par ailleurs, les règles de l'OMC reposent sur l'application d'État à État, tandis que les règles de l'UE offrent des recours aux entreprises et aux particuliers.
En sens inverse, notons que la notion de « subvention » propre au droit de l'OMC est plus large que la notion d'aide d'État. En droit européen, les aides d'État doivent, pour être réglementées, être nécessairement le fruit de ressources publiques ; cette condition n'est retenue par la jurisprudence de l'OMC.
[91] R. RUIZ, « Russia's Doping Program Laid Bare by Extensive Evidence in Report », *The New York Times*, 9 décembre 2016.

européen des aides d'Etat mérite sans doute d'être réformé à la marge, il n'empêche pas nécessairement la mise en place de projets industriels d'envergure.

Sino-faillites et sociétés zombie – Comparé à la relative anémie des économies européennes, l'insolent succès économique de la Chine laisse volontiers accroire qu'un volontarisme d'Etat permet efficacement de stimuler les résultats du secteur privé. La réussite des entreprises contrôlées que sont Huawei, Baidu, Tencent, Alibaba, ou Xiaomi[92], nourrit les tentations de revenir à une politique interventionniste forte.

Ces exemples interpellent ; ils ne doivent cependant pas masquer l'autre côté de la médaille. A côté des succès que l'on connaît, les échecs d'Etat semblent également se multiplier en Chine. En 2014, pour la première fois, une entreprise obligataire chinoise déclarait faillite. Depuis lors, les déclarations de cessation de paiement n'ont cessé d'augmenter. En 2016, c'est un total de 30 milliards de yuan (4,3 milliards de dollars) que les entreprises chinoises n'ont pas été en mesure de rembourser. En 2018, ce chiffre a quadruplé ; pour cette seule année, les entreprises ont fait défaut sur obligations pour 108,5 milliards de yuans (15 milliards de dollars). Au cours des deux derniers mois de 2018, pas moins de cinq entreprises chinoises actives sur les marchés obligataires ont été contraintes de présenter des déclarations de faillite. Et tout indique que le mouvement de sortie va continuer dans les prochains mois.

La croissance des entreprises chinoises, activement soutenues par l'Etat central ou les autorités provinciales, a eu lieu au mépris de toute recherche d'efficacité. Lors du ralentissement économique mondial causé par la crise des *subprimes*, le gouvernement chinois décida de répondre par l'injection de 4 billions de yuans (585 milliards de dollars) dans l'économie – soit, 12,5% du PIB. En vue d'assurer la stabilité sociale du pays, priorité a été donnée aux projets d'infrastructure de grande envergure, pourvu que le projet crée des emplois ; la rentabilité des projets est alors secondaire[93]. En conséquence, d'énormes surcapacités de production sont apparues. Malgré les difficultés qui devaient s'en suivre, les entreprises n'ont pas été autorisées à faire faillite – et ce, toujours en vue de maintenir les emplois et de garantir la paix sociale.

---

[92] J. CHELET, « Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi : ces incroyables « GAFA » chinois », *Capital*, 17 juin 2016, (disponible à l'adresse : https://www.capital.fr/entreprises-marches/baidu-alibaba-tencent-et-xiaomi-ces-incroyables-gafa-chinois-1139115).

[93] *Sputnik*, Why Does China Need to Bankrupt Its companies?", 20 décembre 2018 (disponible à l'adresse: https://sputniknews.com/asia/201812201070828771-china-bankrupt-companies/).

Pendant des années, les autorités publiques (locales) ont soit subventionné les entreprises, soit incité les banques à refinancer leurs emprunts[94].

Cette tendance, développée pendant près d'une décennie, a créé un risque systémique sur les finances du pays[95]. Conscient du danger, le dernier congrès du Parti communiste chinois a fait de la lutte contre les risques systémiques sa priorité. Il a alors été décidé de permettre aux entreprises non rentables de faire faillite afin de stopper l'accumulation des mauvaises créances et libérer les capacités de prêt des banques en faveur d'entreprises plus efficaces[96]. Les défauts – actuels ou pronostiqués – frappent en priorité les « entreprises zombies »[97], soit les entreprises non rentables – y compris les entreprises d'État – maintenues artificiellement sous perfusion par décision publique[98]. Au final, ce sont plusieurs milliards de dollars qui ont été investis en perte dans l'économie. La correction qu'a entamé l'économie chinoise rappelle les motifs pour lesquels la subvention des entreprises par de l'argent public n'est pas la panacée. En creux, elle justifie également la discipline instituée par le droit des aides d'Etat.

Projets européens – Notre propos n'est pas de soutenir que l'intervention des Etats dans l'économie serait toujours sans pertinence. Mais un support massif et généralisé aux entreprises ne doit pas être envié. Par ailleurs, le droit des aides d'Etat n'empêche pas les investissements industriels importants – massifs dans leurs montants mais ciblés quant à leur usage – lorsqu'ils trouvent leur origine non dans l'action d'un seul Etat mais dans une initiative de collective de

---

[94] *"Local and central authorities have for decades moved to support -- or press creditors to support -- troubled companies that could fuel unemployment and social unrest if they collapsed.", Bloomberg News*, "China Sees Bankruptcies Surge; Bondholders May Get Less Back", 16 décembre 2018 (disponible à l'adresse: https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-12-16/china-sees-bankruptcies-surge-with-call-to-resolve-zombies.)

[95] M. SCHUMAN, "Forget trade war. China already in crisis with bankrupt firms, gutted banks", *Business Standard*, 17 janvier 2019 (disponible à l'adresse : https://www.business-standard.com/article/international/forget-trade-war-china-already-in-crisis-with-bankrupt-firms-gutted-banks-119011701187_1.html) ; *Reuters*, "Debt guarantee tangle: China's private firms hit by default contagion", 12 février 2019 (disponible à l'adresse: https://www.reuters.com/article/us-china-economy-debt/debt-guarantee-tangle-chinas-private-firms-hit-by-default-contagion-idUSKCN1Q107W).

[96] O SHIJIA et W. YANFEI, "Major Measures To Cut Zombie Firms", *China Daily*, 5 décembre 2018 (disponible à l'adresse: http://www.chinadaily.com.cn/a/201812/05/ws5c0721e0a310eff30328f16d.html).

[97] T. HANCOCK, "Zombie cull fuels China bankruptcy rise", *Financial Times*, 27 février 2017, (disponible à l'adresse : https://www.ft.com/content/35fa6886-fcc9-11e6-96f8-3700c5664d30); T. DURDEN, "Bankrupt Chinese Company Reported Cash 15 Times Greater Than Due Debt", *Zerohedge*, 1 janvier 2019 (disponible à l'adresse : https://www.zerohedge.com/news/2019-01-17/bankrupt-chinese-company-reported-cash-15-times-greater-due-debt).

[98] *Sputnik*, Why Does China Need to Bankrupt Its companies?", 20 décembre 2018 (disponible à l'adresse: https://sputniknews.com/asia/201812201070828771-china-bankrupt-companies/).

l'Union. Ainsi, le fonds InvestEU[99] – successeur au « plan Juncker »[100] – mobilise 38 milliards d'euros de garantie, destiné à activer 650 milliards d'euros d'investissement pour soutenir les infrastructures durables, la recherche et l'innovation, ainsi que les activités des PME européennes. Dans la mesure où le droit des aides d'Etat a pour objectif de faire obstacle aux distorsions de concurrence nationales au sein de l'Union, il n'empêche en rien les investissements industriels pourvu qu'ils soient organisés horizontalement.

Au niveau national, le droit des aides d'Etat n'interdit pas toute intervention de la puissance publique dans l'économie – que du contraire. Si des améliorations peuvent être envisagées (sur ce point, v. *infra*) des marges de manœuvre significatives sont déjà laissées aux Etats membres – notamment en matière de capital risque aux PME ou en matière de recherche et développement. Dans tous les cas, les Etats peuvent toujours présenter un projet d'aide d'Etat à la Commission pour approbation. Ces différentes considérations nous amènent à proscrire tout abolition, voire même toute réforme fondamentale du droit des aides d'Etat.

- L'application du droit européen de la concurrence aux **entreprises extra-européennes** mais ayant une activité sur sol européen est-elle satisfaisante ?

Un outil efficace, à manier avec courtoisie – En termes de capacités, le droit européen de la concurrence est une arme à longue portée. Sa mise en œuvre est susceptible de venir frapper des comportements éloignés – voire très éloignés – du sol européen. La « *doctrine des effets* »[101] rend le droit de la concurrence actionnable dès qu'une pratique commerciale affecte le marché commun, et ce, quelle que soit la nationalité de l'entreprise en cause ou le territoire sur lequel la pratique est mise en œuvre. Ainsi, dans certains cas, la Commission européenne a pu intervenir à l'égard d'entreprises étrangères, ayant convenu depuis l'étranger d'organiser un cartel concernant des produits commercialisés dans des transactions présentant tous les

[99] Commission européenne, "What's next? The InvestEU Programme (2021-2027)" (disponible à l'adresse: https://ec.europa.eu/commission/priorities/jobs-growth-and-investment/investment-plan-europe-juncker-plan/whats-next-investeu-programme-2021-2027_en).
[100] Commission européenne, « Résultats du plan d'investissement » (disponible à l'adresse: https://ec.europa.eu/commission/priorities/jobs-growth-and-investment/investment-plan-europe-juncker-plan/investment-plan-results_fr).
[101] D. GERADIN, M. REYSEN et D. HENRY, *Extraterritoriality, Comity and Cooperation in EC Competition Law* juillet 2008 (disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=1175003).

éléments d'extranéité, parce que ces produits avaient finalement fait l'objet d'une incorporation dans un produit fini finalement vendu au sein du marché commun[102].

Il existe plus d'une centaine de juridictions de concurrence dans le monde. Si les États-Unis et l'Union européenne ont mené la mise en œuvre du droit de la concurrence au cours des dernières décennies, cet état est amené à évoluer. Depuis plusieurs années déjà, des juridictions étrangères gagnent en influence. Dans ces circonstances – et, les entreprises actives dans plusieurs pays ayant tendance à se conformer au standard le plus exigeant – il existe un risque réel que la règle soit fixée par les juridictions qui ont la plus forte influence, les procédures les plus rapides, l'interprétation la plus restrictive ou les recours les plus sévères[103]. Le principe de « courtoisie » (« *comity* ») requiert qu'une attention particulière soit être accordée à la conception des remèdes. Chaque juridiction devrait être sensible au risque de voir ses décisions avoir des effets dans d'autres juridictions. Des mesures correctives divergentes peuvent non seulement porter atteinte à la souveraineté d'un autre Etat, mais risquent également de résulter pour les entreprises qui en font l'objet, dans des injonctions contradictoires impossibles à mettre en œuvre de concert[104].

- La Commission européenne fait-elle encore usage, dans ses décisions, d'une approche trop marquée par le « **juridisme** » et trop peu par une analyse macroéconomique ?

Une analyse macro-économique difficile à manier – La Commission est une autorité administrative qui rend des décisions de jurisprudence administratives, susceptibles de recours devant la Cour de Justice de l'Union européenne. La Commission ne fait pas trop de « juridisme » ; elle est tenue par les principes de bonne administration et de motivation de ses décisions. Ses analyses sont également fortement empreintes d'analyse économique. Ainsi, sa Communication sur les priorités d'application aux pratiques d'éviction abusives des entreprises

[102] Décision de la Commission, 8 décembre 2010 (COMP/39.309 – LCD - Liquid Crystal Displays) ; CJUE, 23 avril 2015, *LG Display et al. c. Commission,* C-227/14 P, ECLI:EU:C:2015:451.
[103] M. HEIM, « Reflections on the Politics of Competition Policy », *Competition Law International,* novembre 2011, pp. 42 et s.
[104] M. HEIM, « Extraterritoriality: The effect of remedies on the international antitrust system », *Concurrences*, n°87101.

dominantes[105], ses Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale[106], ou celles relatives au contrôle des concentrations[107] font la part belle aux considérations économiques.

Toutefois, la Commission européenne se concentre quasi-exclusivement sur l'analyse micro-économique et s'abstient, en raison des difficultés d'analyse, à prendre en compte des arguments de macro-économie dans un ou l'autre dossier particulier. Sur le plan des principes, le discours de la Commission européenne, exprimé par la voix de son Directeur-général à la concurrence, est que les tendances macro-économiques ne sont pas dépourvues de pertinence mais sont sans doute mieux appréciées dans le cadre d'autres politiques que la politique de concurrence[108]. Cette ouverture d'esprit doit être approuvée ; en pratique toutefois, les incertitudes liées aux indicateurs macro-économiques ne nous semblent pas être un motif à leur négligence lors de la mise en œuvre de la politique de concurrence : les incertitudes relatives à la prise en compte de ces indicateurs (emploi, innovation, exportation-importation) existent également dans d'autres champs de l'action publique. Au demeurant, en cas d'incertitude entre plusieurs choix, la lecture des critères macro-économiques peut, à titre accessoire et en dernier ressort, aider à faire basculer la décision dans un sens plutôt que dans l'autre.

---

[105] Communication de la Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *OJ,* 24.2.2009, C 45/7.

[106] Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *OJ*, 14.1.2011, C 11/1.

[107] Communication de la Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit*.

[108] Johannes LAITENBERGER, Directeur-Général à la concurrence, « EU Competition Law: Relevance Anchored in Empiricism » (CRA Conference, Bruxelles, 5 décembre 2018) : « *Les autorités de la concurrence et de nombreux experts tentent de tirer des enseignements des tendances macroéconomiques (...). Toutefois, il est vrai qu'il n'y a pas encore de consensus à ce sujet. En particulier lorsque les tendances macroéconomiques remettent en question des préceptes établis. Ou des intérêts fondés. Mais de toute façon, notre analyse n'est pas achevée. Nous vérifions toujours s'il n'y a pas effectivement trop de concentration, des bénéfices élevés pour les entreprises, un faible dynamisme commercial et de fortes inégalités sur les marchés européens. Pourtant, même si notre analyse n'est pas achevée, nous devons déjà penser à la prochaine étape : que ferions-nous avec ces résultats ? Selon un point de vue dogmatique, les tendances macroéconomiques ne sont pas pertinentes pour le droit de la concurrence. Selon un autre dogme, au contraire, le droit de la concurrence dans son ensemble a échoué. Une approche pragmatique consiste à vérifier, indicateur par indicateur, si ces tendances peuvent nous dire quelque chose d'utile sur la façon d'affiner notre politique de mise en oeuvre. Certes, le droit de la concurrence n'est qu'un des nombreux instruments politiques qui influencent les indicateurs macro-économiques. Mais le droit de la concurrence n'est pas neutre lorsqu'il s'agit de traiter ce qui est perçu comme des tendances problématiques. Parfois, l'utilisation de plusieurs instruments est nécessaire pour atteindre un objectif de politique publique particulier, tout en vérifiant soigneusement si certains instruments sont plus efficaces que d'autres, compte tenu des circonstances* » (traduction libre).

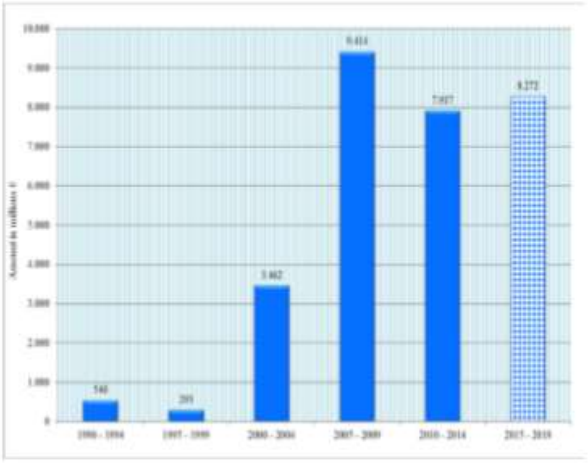
- Constate-t-on des évolutions notables dans les **statistiques** générales qui décrivent l'application du droit de la concurrence, en particulier :
    - Le montant des amendes au titre des cartels ;

Le montant des amendes au titre des cartels croît régulièrement.

1.2. Fines imposed (not adjusted for Court judgments) - period 1990 - 2019

Last change: ++16 May 2019++

Year	Amount in €*)
1990 - 1994	539 691 550
1995 - 1999	292 838 000
2000 – 2004	3 462 421 100
2005 – 2009	9 414 012 500
2010 – 2014	7 917 218 674
++2015 – 2019++	8 272 067 000
total	**29 898 248 824**



[109]

Il semble toutefois malaisé de soutenir que cette croissance soit liée à la mondialisation des échanges : les cartels qui ont été le plus lourdement frappés ces dernières années sont des cartels dont les principaux acteurs étaient européens[110].

[109] Commission européenne, « Cartel statistics », mis à jour au 16 mai 2019, p. 1 (disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdfc).

[110] Dans la mesure où le montant des amendes est corrélé au chiffre d'affaire réalisé dans le cadre du cartel, on ne peut cependant pas entièrement exclure l'existence d'un effet indirect de la mondialisation sur le montant des sanctions si les entreprises européennes en cause ont pu accroître leur chiffre d'affaire par des ventes à l'étranger.

1.6. Ten highest cartel fines per undertaking (since 1969)

Last change: ++27 September 2017++

Year	Undertaking	Case	Amount in €*
2016	Daimler	Trucks	1 008 766 000
++2017++	Scania	Trucks	880 523 000
2016	DAF	Trucks	752 679 000
2008	Saint Gobain	Carglass	715 000 000
2012	Philips	TV and computer monitor tubes	705 296 000 of which 391 940 000 jointly and severally with LG Electronics
2012	LG Electronics	TV and computer monitor tubes	687 537 000 of which 391 940 000 jointly and severally with Philips
2016	Volvo/Renault Trucks	Trucks	670 448 000
2016	Iveco	Trucks	494 606 000
2013	Deutsche Bank	Euro interest rate derivatives (EIRD)	465 861 000
2001	F. Hoffmann-La Roche	Vitamins	462 000 000

* Amounts adjusted for changes following judgments of the Courts (General Court and European Court of Justice) and / or amendment decisions

111

En sens inverse, le droit de l'abus de position dominante semble avoir fait l'objet d'une mobilisation accrue contre certains géants américains du numérique sous l'impulsion de la Commissaire VESTAGER. Dans le cadre de son mandat, pas moins de trois décisions de sanction ont été prises contre Google (*Google Shopping*[112], *Google Android*[113], *Google AdSense*[114]) ; des enquêtes sont en cours contre Amazon[115].

- Les opérations de concentrations notifiées et celles interdites par la Commission européennes ;

Renvoi – Ce point a déjà été discuté ci-dessus.

---

[111] *Ibidem*, p. 3

[112] Décision de la Commission, 27 juin 2017 (AT.39740 - Google Search (Shopping)).

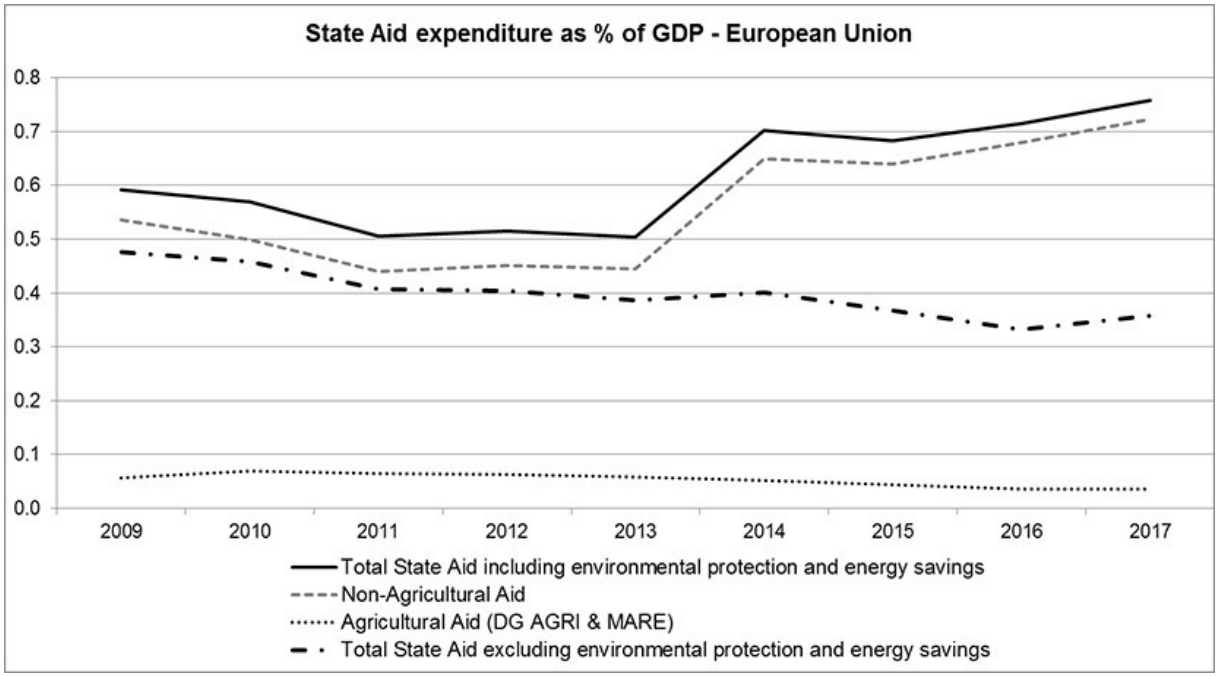
[113] Communiqué de presse de la Commission, « Pratiques anticoncurrentielles : la commission inflige a google une amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche », 18 juillet 2018, IP/18/4581.

[114] Communiqué de presse de la Commission, « Antitrust: la Commission inflige une amende de 1,49 milliards d'euros à Google pour pratiques abusives en matière de publicité en ligne », Bruxelles, 20 mars 2019, IP/19/1770.

[115] S. ROLLAND, « After attacking Google, Vestager now turns to Amazon », *EurActiv*, 24 septembre 2018 (disponible à l'adresse: https://www.euractiv.com/section/competition/news/apres-google-vestager-attaque-amazon/).

- Le nombre / montant des aides d'État.

Tendance – Le montant des aides d'Etat est en croissance. Il ne semble cependant pas que ceci soit nécessairement corrélé à la mondialisation des échanges – comme précédemment évoqué, la réponse d'investissement « industrielle » est organisée au niveau de l'Union, et non pas au niveau des Etats.



En matière d'aides d'Etat, les tendances suivantes ont été identifiées :

- une augmentation des aides d'État en faveur de la protection de l'environnement et de l'énergie ;
- une augmentation des aides d'État en faveur d'investissements divers (le haut débit, les projets d'intérêt européen commun, les infrastructures locales) ;
- une augmentation des aides d'État au développement régional ;
- une augmentation des aides d'État au financement du risque et aux PME ;
- une légère diminution des aides d'État à la recherche et au développement, dont les innovation[116].

[116] Commission européenne, « State Aid Scoreboard 2018 », 24 janvier 2019 (disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html).

- Les droits de la concurrence des **autres grandes puissances économiques** (États-Unis, Chine, Japon notamment) sont-ils fondamentalement différents du droit européen de la concurrence ?

    - Si oui, quelles sont les différences majeures qui pourraient porter préjudice aux entreprises européennes (notamment la définition et la prise en compte des aides d'État) ?

    - Constate-t-on au contraire une uniformisation du droit de la concurrence à l'échelle mondiale ?

Trois paradigmes : minimaliste, activiste, interventionniste – Il n'existe pas de droit global de la concurrence. A ce stade, plus d'une centaine d'autorités de la concurrence exercent leur office dans le monde. Les tentatives qui ont pu prendre place pour faire émerger un droit mondial de la concurrence ont échoué : aucune autorité internationale de concurrence n'existe ; les règles de concurrence n'ont pas été uniformisées ; le droit international de la concurrence est essentiellement constitué d'accords bilatéraux de coopération technique (échange d'information et principes de courtoisie). Des tendances disparates en résultent. Trois principaux modèles nous semblent pouvoir être identifiés au travers du travail des juridictions les plus visibles :

– Modèle minimaliste américain : au cours des dernières années, l'activité des agences américaines en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence (la *Federal Trade Commission* et le *Departement of Justice*) s'est réduite pour, finalement, être concentrée sur les disciplines dont la légitimité fait consensus – soit la lutte contre les cartels et la répression pénale à laquelle elle est associée ; le contrôle des concentrations a été centré sur les situations les plus extrêmes d'accumulation de pouvoir de marché[117]. Pour le surplus, les autorités de concurrence interviennent essentiellement comme *amicus*

[117] L. VAN VOORHIS et R. BUSEY, "U.S. Trends in Antitrust Enforcement of Cartels and Mergers in a Global Environment", *Global Compliance News* 25 janvier 2016 (disponible à l'adresse: https://globalcompliancenews.com/u-s-trends-in-antitrust-enforcement-of-cartels-and-mergers-in-a-global-environment/). Les auteurs décrivent le contrôle des concentrations américains comme se concentrant sur les fusions menant à une concentration de marché où les opérateurs passent de 4 à 3, 3 à 2, ou 2 à 1, et impliquant des opérateurs détenant de larges parts de marché.

curiae dans des litiges dont les contours et l'agenda sont définis par l'initiative privée[118]. Le contrôle de la concurrence sur les marchés se déploie par ailleurs au travers du contrôle de l'accès tarifaire au marché américain.

– Modèle activiste européen : par comparaison avec le paradigme américain, le modèle européen est inventif, expérimentaliste et discrétionnaire. Une plus grande confiance dans la capacité des pouvoirs publics à réglementer efficacement les comportements sur le marché mène à une plus grande diversité d'interventions. Au-delà du contentieux des ententes et du contrôle des concentrations, le droit de l'abus de position dominante est régulièrement invoqué pour appréhender les pratiques de marché d'opérateurs établis. Outre les affaires réalisées (*Google*, *Apple*[119]) ou vraisemblablement en cours (*Amazon*) dans le secteur du numérique, la Commission agit contre des pratiques aussi variées que le *geo-blocking* dans le secteur du jeux vidéo[120] et de la télévision payante[121], les transactions de brevets dans le secteur pharmaceutique[122], les pratiques de licences ayant pour objet le cloisonnement des marchés[123]. En outre, la mise en œuvre indépendante du droit antitrust européen par les différentes Autorités nationales de concurrence alimente la variété des pratiques finalement contrôlées. La décision prise par le *Bundeskartellamt* à l'encontre de Facebook en est sans doute l'illustration la plus connue[124] : pour la première fois, une autorité de concurrence a décidé de sanctionner le réseau social pour exploitation abusive de sa position dominante lors de la collecte d'informations sur ses utilisateurs à partir de sites tiers. Selon cette jurisprudence, la

---

[118] « *In fact, private actions have gained an impressive power to decide which theories of harm deserve more attention, thus, somehow, they act as gatekeepers and agenda-setters. In reaction, the US authorities are increasing their role as amicus curiae*. » (P. LUIGI PARCU et M. LUISA STASI, « Emerging Trends in US Antitrust and EU Competition Law », *European University Institute. Policy Brief,* novembre 2016, p. 8.).

[119] Décision de la Commission, 25 juillet 2013 (AT.39847 – E-books).

[120] Communiqué de presse de la Commission, « Pratiques anticoncurrentielles: La Commission adresse des communications des griefs à Valve et à cinq éditeurs de jeux vidéo concernant le « géoblocage » de jeux vidéo sur PC », 5 avril 2019, IP/19/2010.

[121] Communiqué de presse de la Commission, « Pratiques anticoncurrentielles: la Commission accepte les engagements offerts par Disney, NBCUniversal, Sony Pictures, Warner Bros. et Sky concernant les services de télévision payante transfrontières », 7 mars 2019, IP/19/1590.

[122] Décision de la Commission, 9 juillet 2014 (AT.39612 – Perindopril (Servier)).

[123] Communiqué de presse de la commission, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige une amende de 200 millions d'euros à AB Inbev pour restriction des ventes transfrontières de bière », 13 mai 2019, IP/19/2488.

[124] Communiqué de presse du Bundeskartellamt, « Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources », 7 février 2019, (disponible à l'adresse : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html).

récolte de données à caractère personnel peut devenir une forme d'exploitation de pouvoir de marché au même titre que l'imposition de prix excessifs. A cela, il convient encore d'ajouter l'utilisation créatrice que la Commission fait du droit des aides d'Etat – notamment en matière fiscale, pour réguler l'usage des *ruling* fiscaux. On le voit, le droit européen de la concurrence est employé comme un outil plus proche de la régulation des marchés.

– Modèle interventionniste chinois : le « modèle » chinois de concurrence résulte de l'adoption d'une loi sur la concurrence en 2008[125]. Cette législation, formellement inspirée par le droit européen, inclut également diverses dispositions destinées à défendre les intérêts industriels de la Chine. Ainsi, les règles de concurrence sont appliquées pour autant qu'elles soient compatibles avec l'économie de marché socialiste[126] ; les ententes entre entreprises peuvent être justifiées lorsqu'elles sont utiles au développement commerce extérieur[127] ; l'examen d'une fusion doit tenir compte de l'influence sur le développement économique national[128]. En pratique, la mise en œuvre de la politique de concurrence a lieu à l'intervention de l'*Administration d'État de contrôle du marché* (AECM) qui agit à la discrétion du pouvoir politique central[129]. Les entreprises contrôlées ou influencées par l'Etat échappent au droit chinois de la concurrence, voire sont coordonnées par l'Etat central[130]. Le droit chinois de la concurrence est en fait un habillage de la politique industrielle voulue par Pékin.

En creux, il ressort de ce constat que si le « modèle européen » doit être considéré comme l'approche la plus adéquate, le paradigme minimaliste américain et la politique industrielle chinoise portent indirectement atteinte au consommateur européen. On peut en effet raisonnablement penser que si ces juridictions omettent de discipliner sur leur territoire des pratiques commerciales menant à une accumulation injustifiée de pouvoir de marché, ce

---

[125] Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China, [2008], Presidential Order No. 68, August 30, 2007 (disponible en version anglaise à l'adresse : http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_1899_0_7.html).
[126] *Ibidem*, art. 4.
[127] *Ibidem*, art. 15, 6.
[128] *Ibidem,* art. 27, 5.
[129] S. JEANA, A. PERROT et T. PHILIPPON, « Concurrence et commerce : quelles politiques pour l'Europe ? » *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 51, mai 2019, p. 8 (disponible à l'adresse : http://www.cae-eco.fr/IMG/pdf/cae-note051.pdf).
[130] N. PETIT, « Chinese State capitalism and Western antitrust policy », *Concurrences,* N° 4-2016, n° 81859, November 2016, pp. 69-79.

pouvoir de marché sera ensuite mis en œuvre sur le territoire européen – sans que ceci ne soit nécessairement abusif. Ici, l'effet n'est pas immédiat, mais médiat. Si les ressources économiques se déplacent hors d'Europe, ce sont des employés, et donc des consommateurs ou revenus de consommation européens, qui disparaissent à court terme. Indirectement, la politique de concurrence déployée dans d'autres juridictions est susceptible de porter atteinte au consommateur européen. Il ne semble pas cependant que ce constat doive faire l'objet d'une quelconque réaction : les instruments fournis par le droit européen de la concurrence sont déjà très larges et amplement utilisés pour protéger l'efficacité du marché interne ; l'influence par l'exemple (*advocacy*) semble être la meilleure réponse. Pour le surplus, c'est – comme aux Etats-Unis – par le biais du droit du commerce international que l'accès au marché européen doit être régulé.

4. SUR LES PROPOSITIONS DU « MANIFESTE FRANCO-ALLEMAND POUR UNE POLITIQUE INDUSTRIELLE EUROPEENNE ADAPTEE AU XXIE SIECLE »

- Quelle est votre opinion sur les propositions suivantes, exprimées dans le « **Manifeste franco-allemand** »[131] publiés par les gouvernements des deux États, en février 2019 ?

[131] P. ALTMAIER et B. LE MAIRE, *Manifeste franco-allemand pour une politique industrielle européenne adaptée au XXIe siècle*, Berlin, 19 février 2019, n°1043. Signalons qu'à la suite du Manifeste franco-allemand, un document similaire a été adopté avec le concours supplémentaire de la Pologne. Cette nouvelle déclaration remplace l'idée d'un recours au Conseil au profit d'une proposition aux contours plus flous et ayant pour objectif de « *Renforcer la contribution du Conseil à l'élaboration des politiques et à la prise de décisions* ». (Proposition de la France, de l'Allemagne et de la Pologne, *Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne (UE)*, 4 juillet 2019 (disponible à l'adresse : https://ue.delegfrance.org/france-allemagne-et-pologne-pour)).
Le gouvernement néerlandais a publié un document de même nature, favorable à la protection des intérêts européens, mais défavorable à l'intervention du politique dans la mise en œuvre du droit de la concurrence : Rijksoverheid, *Kabinetspositie Europese concurrentiekracht*, 13 mai 2018 (disponible à l'adresse : https://www.rijksoverheid.nl/documenten/beleidsnota-s/2019/05/13/kabinetspositie-europese-concurrentiekracht).
Les propositions de ces différents Etats-membres interviennent alors que la Commission publiait concomitamment sont propre rapport sur l'évolution de la politique de concurrence appliquée au digital. EU Commission, DG Comp, *Competition Policy for the digital era*, Final report 2019, 133 p. (disponible à l'adresse : https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf). Ce rapport porte sur les questions relatives au numérique, et non pas sur les questions de politique industrielle.

- Permettre une plus grande prise en compte du contrôle de l'État et des subventions accordées aux entreprises dans le cadre du contrôle des concentrations ;

Prise en compte de tous les éléments pertinents – Le contrôle des concentrations doit être adapté pour prendre en compte l'octroi de subventions accordées aux entreprises étrangères. Comme précédemment rappelé, la création du marché commun a a mené l'Union européenne à mettre en place un système de contrôle des aides d'Etat destiné à lutter contre la course aux subventions et les distorsions de concurrence qui y sont liées. Les limites imposées par le droit des aides d'Etat ne s'appliquent cependant qu'aux seuls Etats membres de l'Union européenne ; l'octroi de subventions par des Etats tiers à leurs entreprises nationales n'est contrôlé que dans les limites permises par l'Organisation Mondiale du Commerce (« OMC »).

Si l'OMC est et doit rester le forum de référence pour appréhender la course aux subventions – et donner lieu à des demandes de cessation ou de sanction-compensation – selon nous, il convient d'adapter l'application du droit de la concurrence pour tenir compte des distorsions de concurrence causées par ces subventions. Il s'agit pour la Commission d'adopter une approche holistique, et de prendre en considération tous les avantages concurrentiels dont peuvent bénéficier les entreprises considérées. L'octroi de subventions doit être intégré comme un avantage concurrentiel, susceptible de faciliter l'entrée sur le marché européen.

En cela, la Commission pourrait considérer déployer en droit antitrust et en contrôle des concentrations l'expérience qu'elle a accumulé en droit européen des aides d'Etat. Depuis de nombreuses années, la jurisprudence a développé l'application du critère d'« *opérateur privé en économie de marché* »[132]. Ce critère permet d'apprécier si la prestation offerte par un Etat membre constitue une aide d'Etat à une entreprise : toutes les fois où l'Etat membre offre des conditions d'intervention qui s'écartent de celles qui seraient offertes par une entreprise normale placée dans les mêmes circonstances – i.e. : l'Etat paie trop cher pour l'acquisition d'un bien auprès d'une entreprise, ou fournit un service à une entreprise pour un prix trop faible – la Commission peut conclure à l'existence d'une aide d'Etat. Dans le même ordre d'idées, la Commission pourrait apprécier si une entreprise étrangère, détenue ou soutenue par un Etat

[132] V. notamment : CJUE, 5 juin 2012, *Commission européenne c. Électricité de France (EDF)*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

étranger, adopte un comportement qui ne serait pas adopté par un opérateur normal en économie de marché.

A titre d'illustration, si l'entrée de CRRC en Europe avait lieu dans des circonstances anormales – transactions à perte à des fins stratégiques – la Commission pourrait prendre ce comportement en compte pour identifier un comportement anticoncurrentiel. En matière de contrôle des concentrations[133], les Lignes directrices de la Commission sur les concentrations devraient être modifiées pour hisser l'octroi de subventions étrangères parmi les éléments d'analyse pertinents. Les parties à l'opération pourraient alors se prévaloir d'un risque de distorsion de concurrence au profit de leurs rivaux étrangers pour justifier le projet de concentration. Les candidats à la fusion pourraient alors faire légitimement valoir devant la Commission européenne les annonces publiques, priorités d'action et éventuels plans d'investissement publiés pour le futur par les Etats d'origine de leurs concurrents ou, dans le même ordre d'idées, le comportement passé de ces Etats pour influer sur la décision de la Commission.

- Remettre à jour les « lignes directrices pour les concentrations horizontales » pour tenir compte de la concurrence mondiale, de la concurrence potentielle future, et du calendrier de la concurrence ;

Renvoi – Sur ce point, voir ci-dessus.

- Introduire un droit de recours au Conseil pouvant revenir sur des décisions de la Commission européenne, dans des cas définis ;

Trois questions – L'idée d'introduire un droit de recours au Conseil suscite trois questions. Est-ce faisable ? Est-ce praticable ? Est-ce désirable ?

1) Est-ce faisable ?

Quel instrument ? Quelle majorité ? – La mise en œuvre d'un droit d'évocation au profit du Conseil n'est pas prévue dans les traités. La création d'un tel droit commanderait-elle une modification des traités ? Admettons que ceci soit le cas. Une modification des traités exige

[133] Dans le même sens, voyez : Inspection Générale des Finances (A. PERROT et al.), *La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE. Rapport*, N° 2018-M-105-03, avril 2019, p. 27.

l'unanimité des Etats membres. Considérant que certains gouvernements sont opposés à la création de champions industriels[134], et vu le nombreuses d'objections soulevées par l'introduction d'un droit d'évocation, l'unanimité requise pour cette réforme semble faire obstacle à ce que celle-ci soit une piste sérieuse.

Faut-il réformer les Traités pour introduire un recours au Conseil ? Ce n'est pas certain. Plusieurs solutions semblent pouvoir être déployées pour introduire une réforme du droit des concentrations par le biais de la majorité qualifiée.

Divers instruments de droit dérivé permettent l'intervention du Conseil au-dessus de la Commission en matière d'exécution du droit européen. L'article 291(1) TFUE établit un principe général d'administration indirecte dans les domaines communautaires. Si on considère que le régime de contrôle des concentrations européen appelle des modalités d'exécution de règles de droit primaire ou dérivé, il serait permis de soutenir que des procédures comparables à la comitologie pourraient être créées dans l'acte de droit dérivé, comme pour la comitologie en matière d'autorisation de produits toxiques.

Indépendamment de la comitologie, il est souvent avancé qu'une réforme du Règlement 139/2004 pour introduire un mécanisme d'appel devant le Conseil serait impossible, car le Règlement est assis sur l'article 103 et 352 TFUE, cette dernière base juridique prescrivant l'unanimité. Cette thèse nous semble devoir être contredite. D'abord, il convient de rappeler que les Etats membres ont systématiquement fait preuve de beaucoup de créativité dès qu'une volonté politique est présente. Or, en parallèle, la Cour de Justice favorise la sélection de bases juridiques supranationales plutôt qu'intergouvernementales. Plus spécifiquement, les arrêts récents de la CJUE dans les affaires *EY/KPMG*[135] et *Austria Asphalt*[136] sont très clairs. A la question le Règlement 139/2004 vise-t-il à mettre en œuvre les articles 101 et 102 TFUE et à combattre les distorsions de concurrence ?, la Cour répond que « *ledit règlement, tout comme, en particulier, le Règlement 1/2003, font partie d'un ensemble législatif visant à mettre en œuvre les articles 101 et 102 TFUE …* »[137]. Pourquoi dès lors, ne pas s'appuyer uniquement

[134] *Financial Times*, « Portugal PM warns on EU protectionism over China investment screening », 4 mars 2019.
[135] CJUE, 31 mai 2018. *Ernst & Young P/S c. Konkurrencerådet*. C-633/16, ECLI:EU:C:2018:371.
[136] CJUE, 7 septembre 2017, *Austria Asphalt c. Bundeskartellanwalt*, C-248/16, ECLI:EU:C:2017:643.
[137] Ibidem, § 31.

sur l'article 103 TFUE, soit la disposition de mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE ? Cette disposition présente l'avantage de s'appliquer à la majorité qualifiée. La réforme du contrôle des concentrations pourrait alors être entreprise à la majorité qualifiée.

Certaines objections viennent à l'esprit. Elles ne convainquent pas.

- Notamment, le recours obligatoire à l'article 352 TFUE pourrait être allégué au regard de la volonté de contrôler même celles des opérations qui mènent à une concentration de pouvoir de marché *inférieure* à la constitution d'une position dominante – actuellement, le Règlement 139/2004 effectivement à la Commission d'interdire toute opération de concentration susceptible de mener à « *une entrave significative à une concurrence effective* », soit même moins de 50% de parts de marché, alors que la position dominante requiert en principe que la moitié du marché soit contrôlé par l'entreprise en cause. Dans ces circonstances, à première vue, il semble en effet difficile de prétendre se fonder sur le seul article 103 TFUE – lequel permet l'adoption de dispositions de mise en œuvre du droit de l'abus de position dominante – pour élaborer un contrôle des concentrations qui interviendrait même *en-deçà* de l'existence d'une position dominante.

  Cet obstacle théorique peut cependant être contourné par deux voies. Premièrement, rien n'exige de définir une position dominante comme la détention de plus de 50% de parts d'un marché. La notion de position dominante pourrait être redéfinie pour correspondre à un seuil moins élevé de concentration de pouvoir de marché, notamment si l'on s'éloignait d'une délimitation stricte des marchés pertinents, par exemple pour mesurer directement la pression concurrentielle.[138] Deuxièmement, les opérations de concentrations ne franchissant pas le seuil des 50% de parts de marché mais constituant une entrave significative à une concurrence effective pourraient également être contrôlées sur la base de l'article 101 TFUE. Que l'opération de concentration soit

[138] Notons d'ailleurs, que la Cour a déjà caractérisé des positions dominantes en deçà du seuil de 50%. Voir affaire CJUE, 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, C-250/92, *Rec.*, 1994 I-05641, § 48, qui évoque des parts de marché de 36, voire 32 %, pourvu que cette circonstance aille de paire avec d'autres facteurs (notamment, la comparaison avec les parts de marché des autres opérateurs).

amicale ou agressive, une cession de parts à lieu contre rémunération sur le marché. Le droit des ententes nous semble dès lors également pouvoir servir de fondement au contrôle des concentrations.

– Une autre objection pourrait être de considérer que pour adopter un nouveau règlement concentration, il faudrait passer par un vote à l'unanimité des Etats membres quand on est précédemment passé par l'unanimité. Il s'agirait d'une espèce de *standstill* normatif. A nouveau, cet obstacle ne nous semble pas être infranchissable. Le principe de *standstill* interdit un *recul* des droits, il n'empêche pas le législateur de se déplacer *latéralement* et de modifier les modalités de son action. Un changement de base juridique et le changement de majorité qui l'accompagne ne semblent pas critiquables, dans la mesure où il bénéficie à tous les membres du Conseil qui, tous, peuvent œuvrer à rassembler une majorité qualifiée pour réaliser la réforme de leur choix, en lieu et place d'une unanimité.

  Alternativement, s'il devait être considéré qu'il n'est pas possible d'abroger/modifier/remplacer le Règlement 139/2004 adopté à l'unanimité, par un autre règlement adopté à la majorité qualifiée – *quod non* – il reste envisageable de conserver le règlement 139/2004 en l'état, et d'adopter un règlement *complémentaire* pour y introduire en parallèle des dispositions complémentaire, compatibles avec le cadre existant.

Considérant que certains gouvernements sont opposés à la création de champions industriels[139], la question « Est-ce faisable ? » est centrale. A cette question, nous répondons par l'affirmative. La modification des règles afférentes au contrôle des concentrations semble pouvoir avoir lieu à la majorité qualité. Il semble dès lors qu'une majorité d'Etat suffisamment forte pourrait procéder à la réforme envisagée.

2) Est-ce praticable ?

Inventaire – Plusieurs juridictions permettent l'intervention du politique dans la procédure de de contrôle des concentrations. Ainsi, le droit allemand offre au ministre allemand de l'économie le pouvoir d'autoriser une fusion même après que l'Autorité allemande de la concurrence (*Bundeskartellamt*) a rendu une décision d'interdiction[140]. Le ministre français de l'économie dispose d'un pouvoir d' « évocation » lui permettant de statuer sur une opération de concentration lorsque celle-ci présente un caractère stratégique ou d'intérêt public[141]. Le Président des Etats-Unis dispose d'un pouvoir de véto lui permettant de s'opposer au rachat d'entreprises américaines après avis du *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS)[142].

Ces « précédents » – d'ailleurs rarement[143] mis en œuvre – ne permettent pas d'éclipser les difficultés intrinsèques qu'impliquerait la mise en place d'un mécanisme de recours devant le Conseil au niveau européen. L'introduction d'un tel mécanisme nous semble inopportun. Des *objections de forme* révèlent le caractère impraticable de ce type de recours ; des *objections de fond* mettent en évidence le caractère indésirable de ce type de procédure. Ces objections s'entremêlent. Les interrogations soulevées quant à la mise en œuvre pratique de ce recours semblent sans fin.

Quel pouvoir d'initiative ? – D'abord, il conviendrait de déterminer qui dispose d'un tel droit de recours. Le recours pourrait-il être activé par les parties à la procédure, voire par des tiers ? Sans que l'on sache si la proposition a été mûrement réfléchie, le Manifeste propose d'« *Examiner si un droit de recours du Conseil, qui pourrait revenir sur des décisions*

---

[140] Article 42(1) de la loi allemande sur les restrictions de concurrence. Voy. aussi : A. STÖHR et O. BUDZINSKI, « Ex-post Analyse der Ministererlaubnis-Fälle - Gemeinwohl durch Wettbewerbsbeschränkungen? », Ilmenau Economics Discussion Papers 124, 2019 (disponible à l'adresse : https://www.econstor.eu/handle/10419/196586)

[141] Article L. 430-7-1, II du Code de commerce.

[142] Foreign Investment and National Security Act (FINSA) of 2007 Foreign Investment Risk Review Modernization Act (FIRRMA) of 2018 (Pub.L. 110–49, 121 Stat. 246).

[143] Les recours politiques institués en France et en Allemagne n'ont donné lieu qu'à un faible nombre d'interventions. Pour un recensement, voyez : J. BUHART et D. HENRY, « Industrial policy to Trump competition? The Siemens/Alstom railway merger and its aftermath », *Concurrences*, n°2-2019, p. 11. En France, une seule affaire aurait été évoquée en 10 ans. Ministère de l'Economie et des Finances, Communiqué de presse, Paris, 14 juin 2018, n°543 (*Financière Cofigéo / groupe Agripole*) (disponible à l'adresse : https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=1BB8EF9B-7F10-4285-905C-FD7244FC58D3&filename=543%20-%20CP%20COFIGEO.pdf) ; Gouache, « Contrôle des concentrations et pouvoir d'évocation du ministre de l'économie », 26 juin 2018 (disponible à l'adresse : https://www.gouache.fr/articles/Articles/La-vie-du-franchiseur/Gerer-la-concurrence/Pratiques-anticoncurrentielles/Controle-des-concentrations-et-pouvoir-d-evocation-du-ministre-de-l-economie).

de la Commission, pourrait être approprié dans des cas bien définis, sous réserve de conditions strictes. »

L'existence d'un droit de recours « *du* » Conseil laisse entendre que cette procédure s'apparenterait à un droit d'évocation. A la vérité, toute autre solution semble impraticable. Donner le choix aux parties entre un recours de légalité devant la Cour de Justice, ou un recours en opportunité devant le Conseil soulèverait maintes difficultés. D'abord, une telle option impliquerait que le Conseil puisse réagir à toute demande d'intervention. Or, le Conseil ne siège que de manière sporadique. En tant qu'instance politique, il est naturel qu'il définisse son ordre du jour en fonction de ses priorités. Seules les juridictions permanentes peuvent faire l'objet d'une saisine et être tenue de répondre à la demande d'arbitrage d'un contentieux.

En conséquence, conviendrait-il d'instituer un tel droit de recours pour les parties mais de fixer des conditions strictes au recours ? On imagine mal les conditions au recours qu'il faudrait instituer. Classiquement, la limitation des recours se fait par la mise en place de seuils. Or, le contrôle européen des concentrations est déjà subordonné à la rencontre de seuils importants[144]. Appliquer les mêmes seuils reviendrait à rendre tous les dossiers de dimension européenne susceptibles de recours ; définir un seuil supplémentaire serait inadapté à la protection des intérêts européens. Des opérations de concentration peuvent toucher à des intérêts publics légitimes – la sécurité publique, la pluralité des médias, les règles prudentielles[145] ; voire l'énergie, le développement industriel et le maintien de l'emploi[146] – et malgré tout échapper à un « super-seuil » qui serait ainsi défini. L'octroi aux parties d'un droit de recours au Conseil semble donc impraticable, ou à tout le moins inadapté.

---

[144] Notamment, une « *concentration est de dimension communautaire lorsque:*
a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et
b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros,
à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre. » (Règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *OJ*, L 24, 29 janvier 2004, p. 1, art. 1, § 2).

[145] Ainsi que le prévoit l'art. 21, §4, al 2 du Règlement 139/2004.

[146] Ainsi que le prévoit l'article L. 430-7-1, II du Code de commerce français.

Bien plus, laisser aux parties l'initiative du recours au Conseil aurait pour effet de les dissuader d'offrir des mesures correctives pour répondre aux préoccupations concurrentielles avérées de la Commission. Un droit de recours des parties au Conseil pourrait alors paradoxalement aggraver les problèmes de concurrence. En retour, décourager les mesures correctives aurait également pour effet d'augmenter la charge de travail de la Commission puisqu'un plus grand nombre de fusions feraient l'objet d'une enquête approfondie de phase II[147].

Selon nous, c'est donc nécessairement l'hypothèse d'un recours du Conseil qui doit retenir l'attention ; les parties continueraient à pouvoir saisir la Cour de Justice à leur propre initiative. La limitation du recours à un droit d'évocation est une nécessité ; ce n'est pourtant pas une solution.

Contre quelles décisions ? – Le droit d'évocation du Conseil devrait-il s'appliquer aux seules décisions d'interdiction – telles que la décision *Siemens/Alstom* – ou également aux décisions d'approbation – y compris les approbations conditionnelles ? L'hypothèse évoquée par le Manifeste, parce qu'elle fait suite à l'affaire *Siemens/Alstom*, laisse entendre que le droit d'évocation du Conseil devrait lui permettre de s'opposer aux décisions de refus de concentration. L'hypothèse du Manifeste d'instituer un pouvoir d'évocation limité à « *des cas bien définis* » est purement cosmétique au regard des ambitions réelles qui se cachent derrière cette proposition. Les exemples français, allemands et américains indiquent que le recours au pouvoir politique peut exister pour chaque cas de figure.

Quelle majorité ? – Un examen sérieux de la proposition évoquée par le Manifeste commande de déterminer les modalités d'exercice du pouvoir d'évocation. *A priori*, un premier vote devrait permettre d'évoquer le dossier ; un second votre de décider du sort de celui-ci. Se pose alors la question de la majorité requise.

Les deux scrutins pratiqués au sein du Conseil sont l'unanimité et la majorité qualifiée. Toutefois, la politique de concurrence européenne étant une politique exclusive de l'Union,

[147] N. LEVY, D. LITTLE et H. MOSTYN, « European champions – Why politics should stay out of EU merger control », *Concurrences*, n°2-2019, pp. 27-29.

c'est la règle de majorité qualifiée qui devrait normalement s'appliquer[148]. Si la majorité qualifiée est préférable à l'unanimité – qui éteindrait en pratique toute perspective de mise en œuvre concrète du droit d'évocation – sa mise en œuvre n'aura pas lieu sans difficultés.

- Une majorité sera difficile à atteindre en ce qui concerne les transactions qui favoriseraient soit le champion national d'un État membre au détriment du champion national d'un autre État membre, soit un champion européen à l'encontre d'autres entreprises – européennes ou étrangères – dont des centres de productions seraient établis dans l'Union. Les intérêts économiques nationaux s'exprimeront à plein.

- Conséquence de ce qui précède, le droit d'évocation exercé à majorité qualifiée donnera nécessairement lieu des marchandages politiques, au final fort éloignés de la recherche d'une quelconque *ratio* économique. C'est pourtant de celle-ci que dépend la prospérité du continent à long terme.

- La mise en œuvre d'une double majorité qualifiée – pour l'évocation du dossier, d'une part, et la réformation de la décision de la Commission, d'autre part – risque de lier de manière définitive ces deux étapes décisionnelles. Le capital politique nécessaire à l'évocation du dossier ne sera engagé que si la décision devant y faire suite est déjà acquise. Partant, il existe un risque que la décision sur évocation du Conseil ne fasse pas l'objet des débats qu'elle mérite, après examen du dossier établir par la Commission[149].

Quels pouvoirs ? Pour quels motifs ? – Le Conseil se verrait-il confier une compétence de véto/d'annulation à l'égard des décisions de la Commission ou bien une compétence de réformation ? Ce choix n'est pas neutre. L'exercice d'un droit de véto ne pose pas de problème particulier lorsqu'il frappe une décision autorisant la concentration (comme dans le cas du CFIUS) : dans ce cas l'opération est empêchée ; le dossier est clos. La situation est bien différente lorsqu'une décision de véto/d'annulation du Conseil frappe une décision

d'interdiction. Dans cette configuration, la décision revient devant la Commission. Or, celle-ci sera dépourvue d'autorité pour encore obtenir des engagements des parties à l'opération de concentration. En pratique, l'intervention du Conseil aura pour effet *d'aggraver* la situation concurrentielle.

Bien plus, il n'est pas sérieusement envisageable d'introduire des motifs de politique industrielle dans la décision de la Commission alors même que la compétence de la Commission est limitée à l'examen des restrictions de concurrence. Dans ces circonstances, l'organisation d'un système cohérent de recours et de renvoi suppose de limiter l'examen du Conseil aux problématiques de concurrence. La solution confine alors à l'absurde. Le Conseil ne dispose pas de l'expertise technique spécialisée des juristes et économistes de la Commission ; dans cette matière technique, les décisions du Conseil seront nécessairement moins pertinentes et de moins bonne qualité que celles de la Commission.

Dans une seconde hypothèse, le Conseil dispose du pouvoir de substituer sa décision à celle de la Commission. Le Conseil se fonde sur toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans cette dernière configuration, les avantages et les désavantages de la politique industrielle s'expriment à plein[150] (défense des intérêts stratégiques, préservation de l'emploi, prise en compte des indicateurs macro-économiques et du rôle des entreprises notifiantes dans le tissu industriel, d'une part ; asymétries d'informations, lobbying, tendance à la capture et satisfaction d'intérêts électoraux de court terme, d'autre part).

Dans tous les cas, l'intervention du Conseil – intrinsèquement politique – porterait atteinte à la sécurité juridique et à la prévisibilité des décisions. Au fil des décennies, la jurisprudence administrative de la Commission a permis de dégager une série de principes dont la compréhension permet d'anticiper les décisions de la Commission. En revanche, aucune base n'est donnée au Conseil quant à la manière dont il devrait évaluer les concentrations ; quitte à intégrer une analyse multifactorielle dans la prise de décision du Conseil, mêlant indicateurs

[150] Ainsi, en Allemagne, où le pouvoir exécutif dispose de la possibilité de lever l'interdiction du *Bundeskartellamt* d'une fusion sur la base des effets positifs attendus sur le bien-être des consommateurs, rien n'indiquerait que lesdits effets seraient effectivement présents. Selon les auteurs, ce n'est que dans une petite partie des cas d'autorisation que les raisons qui ont conduit à l'autorisation ont été empiriquement confirmées ex post et peuvent également être attribuées à la fusion. A. STÖHR et O. BUDZINSKI, « Ex-post Analyse der Ministererlaubnis-Fälle - Gemeinwohl durch Wettbewerbsbeschränkungen? », *op. cit.*

micro- et macro-économiques, il y a fort à craindre que le Conseil ne s'estime jamais contraint de développer une méthodologie systématique d'analyse. En retour, l'intervention discrétionnaire du pouvoir politique pourrait décourager par anticipation les opérations de concentration, malgré le fait que celles-ci soient souvent susceptibles de profiter à l'économie européenne[151].

Quels délais ? – Dans quel délai le droit d'évocation pourrait-il être exercé ? Le contrôle des concentrations est enserré dans des délais brefs[152], destinés à permettre une organisation efficace de la vie des affaires. Afin d'éviter que le projet de concentration ne soit suspendu à une décision intervenant dans un délai indéterminé, une date buttoir à l'exercice du droit d'évocation devrait être instituée. Or – comme déjà rappelé – le Conseil n'est pas une instance permanente ; la recherche d'équilibres politiques peut également prendre du temps. En pratique, la nécessaire mise en place d'une limite temporelle au droit d'évocation risque de couper les ailes à son exercice.

Quelle relation avec le recours juridictionnel devant la Cour de Justice ? – La proposition du Manifeste n'explique pas comment un droit de recours du Conseil pourrait s'articuler avec le contrôle juridictionnel déjà exercé par la Cour de Justice de l'Union européenne. En pratique, on imagine mal que les décisions exceptionnelles du Conseil, présentées comme nécessaires à la sauvegarde des intérêts européens et ancrées dans le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du politique, puissent faire l'objet d'un recours devant la Cour de Justice. Toutefois, l'article 263 TFUE soumet les « actes du Conseil » au contrôle de légalité de la Cour de Justice. Bien que présentée comme l'exercice souverain de compétences régaliennes, dans l'ordonnancement juridique actuel l'intervention du Conseil n'échapperait donc pas au contrôle juridictionnel[153].

3) <u>Est-ce désirable ?</u>

[151] Dans le même sens: N. LEVY, D. LITTLE et H. MOSTYN, « European champions – Why politics should stay out of EU merger control », *Concurrences*, n°2-2019, pp. 27-29.
[152] Art. 9 du Règlement 139/2004.
[153] Au sens de l'article 263, al. 4 TFUE, « *Toute personne physique ou morale peut former (...) un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement* ».

Silos – Non. Il est souhaitable que le droit de la concurrence soit mis en œuvre de manière indépendante du pouvoir exécutif et législatif.[154] Les raisons justifiant l'indépendance de la politique de concurrence sont doubles. D'une part, les actes que posent les autorités de concurrence sont souvent coûteux à court terme pour des intérêts catégoriels, et dégagent des effets de bien être à long terme.[155] Une autorité politique soumise à contrainte de réélection à court terme ne serait pas en mesure de prendre de telles décisions. Il est donc opportun de déléguer des compétences à des autorités non politiques dont l'horizon temporel est plus lointain et cohérent dans la durée.

D'autre part, le paradoxe de Condorcet et le théorème d'impossibilité d'Arrow démontrent l'impossibilité d'instaurer une procédure démocratique de choix social rationnel en présence de préférences diverses imparfaitement hiérarchisées. Témoigne de cette situation le fait que les missions parlementaires ou exécutives sont chargées de la poursuite de préférences hétérogènes. En réaction, de nombreuses autorités indépendantes à mandat étroit ont été instaurées dans l'ensemble de l'économie, retranchant aux pouvoirs exécutif et parlementaire leur compétence de régulation des marchés. De ce point de vue, l'indépendance institutionnelle du droit européen de la concurrence partage des analogies avec la politique monétaire.

- Réviser les règles sur les aides d'État afin de permettre aux États membres de financer des projets de recherche et d'innovation ;

Accroître les aides à la recherche industrielle et au développement expérimental – Nous avons précédemment rappelé notre attachement au droit des aides d'Etat. Ceci n'implique pas que ces règles d'Etat ne puissent pas faire l'objet de modifications à la marge.

Les règles actuelles en matière d'aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation reposent sur la logique suivante : plus le projet de recherche est proche du marché, plus l'aide doit être faible. Le Règlement d'exemption par catégorie (« RGEC ») définit les types d'aides d'Etat qui sont *a priori* compatibles avec le marché commun, sans qu'une autorisation *ad hoc*

[154] Si dans certains pays, comme les Etats-Unis, la mise en œuvre du droit de la concurrence est surtout confiée au pouvoir judiciaire, en Europe cette mission a été principalement confiée à des autorités administratives indépendantes.
[155] A. ALESINA et L. SUMMERS, « Central bank independence and macroeconomic performance: some comparative evidence », *Journal of Money, credit and Banking*, 25(2), 1993, pp. 151-162.

de la Commission soit nécessaire. Le RGEC identifie trois catégories d'aides, à savoir les aides à la recherche fondamentale, les aides à la recherche industrielle et les aides au développement expérimental qui peuvent être exemptées selon des niveaux d'aide décroissants[156]. Le droit européen des aides d'Etat favorise donc clairement la recherche fondamentale par rapport à la recherche industrielle et expérimentale.

Selon nous, ce régime d'exemption ne permet pas de franchir la « Vallée de la mort », déjà évoquée ci-dessus. En outre, la préférence accordée à la recherche fondamentale risque de mener à un surinvestissement dans les projets de recherche en amont et à réduire les investissements dans la recherche appliquée – soit, le domaine où des avantages concurrentiels peuvent souvent être développés[157].

La Commission fait valoir que le régime d'aide prévu par le RGEC pour le « financement des risques » pris par les PME constitue le cadre adéquat pour leur permettre de franchir la « Vallée de la mort », où le financement privé est soit indisponible, soit indisponible en quantité ou en forme suffisantes. Cette section du RGEC permet les plans d'aides jusqu'à 15 millions d'euros par entreprise, sous conditions[158]. Un effort supplémentaire semble toutefois encore devoir être fait. Le Groupe de Haut Niveau pour le développement de technologies générales clés (« *Key Enabling Technologies* ») postule une augmentation de la limite des aides au-delà de ce seuil[159].

---

[156] Règlement nº 651/2014 du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, *JO*, 26 juin 2014, L 187/1, art. 25 à 30.

[157] Il existe un risque évident de voir les capacités de recherche européennes se concentrer sur des projets de recherche en amont tout en externalisant les capacités de production dans les pays émergents ; par conséquent, pour garantir le maintien de l'excellence de la recherche européenne, il faut préserver les capacités industrielles et accorder un soutien public à la recherche au stade inférieur de la recherche industrielle. Voir P. DASGUPTA, « The Welfare Economics of Knowledge Production », *Oxford Review of Economic Policy*, 1988, 4, pp. 1-12.

[158] En outre, la Commission a établi plusieurs documents destinés à encadrer son analyse en cas de notification. Communication de la Commission, Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, *OJ,* 27 juin 2014, C 198/1 ; Communication de la Commission, Lignes directrices relatives aux aides d'État visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques, *OJ,* 22 janvier 2014, C 19/4.

[159] « *Les nouvelles règles en matière d'aides d'État introduites dans la communication de la Commission européenne de mai 2014 permettront aux États membres de mieux soutenir les investissements dans les technologies clés de l'information et de la communication, mais toutes ces actions ne sont pas suffisantes et sont encore loin de garantir des conditions de concurrence égales pour l'industrie européenne (...) Le Groupe de Haut-Niveau a observé que les [lignes directrices de la Commission concernant les aides régionales 2014-2020] est la réglementation la plus stricte au monde pour les aides d'État qui favorisent des investissements importants. Dans la plupart des régions, il n'existe aucune réglementation en matière d'aides. (...) Seule l'UE a maintenu des dispositions strictes en matière d'aides régionales. Le Groupe de Haut-Niveau observe que la communication sur l'IPCEI et les dispositions du plan d'investissement pour l'Europe (appelé "Paquet d'investissement Juncker") représentent les premiers pas pour répondre à cette préoccupation. Compte tenu de la volonté politique forte et*

Surtout, le régime d'autorisation mis en place par la Commission pour le financement des risques pris par les PMEs a été identifié par la Commission comme temporaire et lié à la crise financière[160]. Or, l'attrition des sources de financement aux stades de la recherche industrielle et du développement expérimental est un problème non conjoncturel, qui préexistait à la crise financière[161]. Considérant le caractère structurel du déficit en capital-risque à ce stade de la production, nous plaidons pour que la latitude donnée aux Etats en la matière soit pérennisée.

Promouvoir des standards technologiques ouverts – En parallèle à une pérennisation/un accroissement des aides à la recherche et à l'innovation, les règles d'exemption des aides d'Etat pourraient être adaptées pour autoriser plus largement les aides au développement de logiciels libres, quel que soit le stade de développement du projet (recherche expérimentale ou appliquée). A ce stade, le transfert de fonds publics n'est pas corrélé à une obligation de soumettre le logiciel à une licence « *Open Source* ». Parce que les logiciels libres, d'une part, génèrent des externalités positives favorables à la société dans son ensemble et, d'autre part, réduisent l'effet d'enrichissement de leur auteur, un régime d'exemption *ad hoc* devrait être mis en place en faveur des aides à la création des logiciels libres.

Il est possible d'imaginer un régime d'exemption plus ou moins permissif en fonction du type de licence Open Source concédé par le bénéficiaire de l'aide d'Etat. Un régime *Copyleft* – soit un régime de licence tel que l'auteur du logiciel originaire autorise tout tiers à utiliser, étudier, modifier, et diffuser son œuvre, à la condition que le tiers qui y apporte des modifications

---

justifiée d'accroître les investissements générateurs de croissance et d'emplois en Europe, le Groupe de Haut-Niveau a constaté que les propositions préliminaires ne traitaient pas suffisamment des projets liés au secteur manufacturier qui sont une source principale de croissance et de création d'emplois. ». High-Level Group on Key Enabling Technologies, *Final Report, KETs: Time to Ac*t, juin 2015, pp. 36 et 42 (traduction libre) (disponible à l'adresse : https://www.kowi.de/Portaldata/2/Resources/horizon2020/coop/Report-KETs-HLG.pdf).

[160] *Ibidem*. La Commission écrit : « *DG Competition continues to apply the risk finance regime in 2018* » (Commission européenne, DG Competition, *Management Plan 2018*, Ref. Ares (2018)344698 19 janvier 2018, p. 20). Ceci laisse entendre qu'il s'agit d'une mesure transitoire et que la Commission n'a, à ce stade, pas abandonné l'idée que les autorisations d'aides au capital-risque pour les PME sont des mesures transitoires justifiées par la crise financière. (Commission européenne, « A new rule book for Risk Finance State aid », *Competition policy brief*, n°1, janvier 2014).

[161] L. MURPHY et P. EDWARDS, *Bridging the Valley of Death: Transitioning from Public to Private Sector Financing*, NREL, 2003, 58 p.; C. WESSNER, « Driving Innovations Across the Valley of Death », *Research-Technology Management*, 48:1, 2005, p. 9.

redistribue ses propres contributions avec les mêmes libertés – ferait l'objet d'une exemption plus généreuse qu'un système Open Source limité[162].

- Autoriser des interventions temporaires d'acteurs publics dans des moments et des secteurs spécifiques pour assurer leur développement de long terme.

Renvoi – Comme précédemment rappelé, le droit des aides d'Etat permet l'intervention des pouvoirs publics dans l'économie, pourvu que l'Etat se comporte comme un « *opérateur privé dans une économie de marché* », et que son intervention ne soit pas plus favorable que celle d'un autre investisseur. Lorsque l'intervention de l'Etat ne procure pas un quelconque « *avantage* » à l'entreprise bénéficiaire de l'intervention, et il n'y a pas « *aide d'Etat* ». Dans cette limite, le droit de la concurrence ne s'applique pas à – et donc, n'interdit pas – l'intervention publique dans la sphère privée, que ce soit à court ou long terme.

Le droit des aides d'Etat trouve à s'appliquer toutes les fois où l'Etat fournit un avantage sélectif à une entreprise moyennant un transfert de ressources publiques. Tous les types d'avantages sont visés – et ce, qu'il s'agisse de subvention, crédit d'impôt, prêt à taux préférentiel, accès favorable à des capitaux, garantie insuffisamment rémunérée, etc. Dans ce cadre, l'intervention de l'Etat est soumise à un ensemble de règles *ad hoc* – règles d'exemption ou Lignes directrices – plus ou moins permissives en fonction : de l'objectif de l'aide (aide à la formation des travailleurs, aide à l'innovation, aide à la protection de l'environnement, etc.) du type d'aide (selon le poste de dépense aidé), du type de bénéficiaire (PME, à l'entrepreneuriat féminin, etc.) ou du secteur (aide à l'agriculture, aide au transport, aide à la production audiovisuelle, etc.). Parmi ces règles, les *Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté*[163] constituent l'un des cadres les plus contraignant. Les aides au sauvetage/à la restructuration ne peuvent, en règle, intervenir qu'une fois tous les 10 ans (principe du « *One time, Last time* »), moyennant une restructuration de l'entreprise et

[162] Le cas échéant, le régime d'exemption pourrait être mis en place moyennant une modification des règles de calcul des « équivalent-subvention brut ». Par exemple, 100 € de subvention constituerait 75 € de subventions-brut dans le calcul des montants de subvention autorisés par une licence Open Source portant sur les quatre libertés, mais 50 € de subvention brute en cas de licence CopyLeft.

[163] Communication de la Commission, Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers, *JO*, 31 juillet 2014, C 249/1.

sa contribution à l'effort de redressement. Ces règles servent l'objectif légitime d'éviter que les Etats membres ne maintiennent artificiellement des entreprises manifestement inadaptées à l'évolution du marché par le biais de perfusions d'argent public. Hormis d'éventuelles réformes marginales[164], ce cadre ne nous semble pas devoir être revu. L'illustration du fonctionnement de ce régime est notamment illustré par le sauvetage en 2004 de l'entreprise Alstom[165].

5. SUR LE ROLE DE LA COMMISSION EUROPEENNE DANS LE PROCESSUS DE DECISION

- Faut-il revoir la **procédure de décision** en matière de droit de la concurrence ? En particulier, faut-il cibler le rôle prioritaire de la Commission européenne et de la Direction générale de la concurrence ?

Une expertise variée ; des décisions collégiales – La Commission européenne dispose d'une compétence exclusive pour la mise en œuvre du droit européen de la concurrence ; en son sein, la Direction-générale de la concurrence (« DG concurrence ») est le département en charge de sa mise en œuvre. A notre avis, aucune intervention extérieure – telle que celle du Conseil – ne peut efficacement améliorer la procédure de décision[166] ; il est pertinent, efficace et légitime que l'administration du droit de la concurrence soit confiée à un corps expert. Toutefois, ceci n'implique pas que la procédure de décision ne puisse pas être améliorée. Notamment, la DG Concurrence devrait pouvoir mieux tirer parti de *l'expertise interne* développée par les autres Directions générales que compte la Commission européenne.

A cet égard, il est remarquable que les entreprises qui sont soumises au contrôle de la DG concurrence formulent elles-mêmes le souhait que les fonctionnaires en charge de la concurrence communiquent et coopèrent plus avec les fonctionnaires des autres DG afin d'améliorer leur connaissance du secteur[167].

---

[164] V. supra, nos développements concernant la sauvegarde des entreprises-pivots.
[165] Décision de la Commission du 7 juillet 2004 concernant les mesures d'aide mises à exécution par la France en faveur d'Alstom, 2005/418/CE, *JO*, 10 juin 2005, L 150/24.
[166] Ci-dessus et ci-dessous en ce qui concerne l'intervention du Conseil ou du Parlement, respectivement.
[167] DG Competition Stakeholder Survey, Eurobarometer Qualitative Study, Aggregate Report Décembre 2014, p. 52 (disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/survey2014/aggregate_report_en.pdf). Dans le même sens,

Ce déficit de partage des compétences est sans doute encore plus fortement marqué au stade du contrôle des concentrations où les délais qui contraignent l'examen de ce type de projet incitent nécessairement les fonctionnaires de la DG concurrence à travailler rapidement, et donc en vase clos[168]. Une révision de la procédure de contrôle des concentrations fixée par le Règlement 139/2004 devrait requérir, dès le passage en phase II :

- l'intervention d'un ou plusieurs agents issus d'une autre DG et disposant d'une expertise sur le fonctionnement du secteur en cause ;
- l'intervention systématique d'un agent de la DG Commerce, destiné à alerter ses collègues de la DG concurrence sur les pratiques de subventionnement déployées par d'autres Etats.

Systématiser le débat des commissaires pour l'approbation finale des décisions de concurrence les plus sensibles permettrait également d'inciter à une plus grande collégialité dans la rédaction du projet de décision en amont, afin de désamorcer toute dissension susceptible de survenir lors des débats finals[169]. Partant, une telle mesure permettrait également d'assurer un meilleur partage des expertises.

- Plus généralement, comment donner plus de **légitimité** aux décisions prises sur le fondement du droit européen de la concurrence ? Un rôle accru du

---

voyez : A. WINCKLER, « A competition policy agenda for the next Commission », *Concurrences*, n°2-2019, p. 64 : « *Il est compréhensible que les fonctionnaires de la DG Concurrence ne soient pas des spécialistes de l'organisation industrielle et, en particulier, lorsqu'il s'agit de définir les remèdes, ils ne s'appuient pas sur des consultants experts pour évaluer les plans de cession industrielle présentés par les parties à la concentration. Cela signifie que le processus de discussion avec la DG Concurrence est de nature très impressionniste et souvent inutilement formaliste* » (traduction libre).

[168] « *Même si la consultation interservices [prévues par le Règlement d'ordre intérieur] permet en théorie d'entendre toutes les directions générales concernées l'exercice demeure contraint : en matière de contrôle des concentrations, cette consultation consiste à recueillir, dans un délai de cinq jours, l'avis des services concernés sur une plateforme ad hoc - de fait, la tentation est grande pour les autres DG, de valider le projet de la DG COMP sans examen approfondi* ». Inspection Générale des Finances (A. PERROT et al.), La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE. Rapport, N° 2018-M-105-03, avril 2019, p. 27.

[169] A. WINCKLER fait en outre valoir que ceci conférerait à la décision une plus grande légitimité démocratique (A. WINCKLER, « A competition policy agenda for the next Commission », *op. cit*., p. 64). Cet argument convainc peu. Si, en droit, la Commission, solidaire et responsable devant le Parlement européen, présente une légitimité supérieure, en pratique, les critiques relatives à un manque de légitimité des décisions fondées sur le droit de la concurrence sont adressées à l'ensemble de la Commission.

> **Parlement européen** pourrait-il y contribuer ? Est-ce techniquement possible ?

Les mêmes défauts, sans les avantages – Nous sommes défavorables à l'intervention du Parlement européen dans le processus de décision en droit européen de la concurrence. A la vérité, l'intervention du Parlement présenterait les mêmes défauts que l'intervention du Conseil, sans les avantages. Sur le plan des défauts, le Parlement ne dispose ni de l'expertise, ni des ressources humaines pour instruire correctement un dossier de concurrence. Dans le même ordre d'idées, les décisions des parlementaires seraient en outre marquées par la recherche d'un compromis politique entre des intérêts nationaux divergents plutôt que par l'efficacité économique.

De surcroît, l'intervention du Parlement ne présenterait même pas l'avantage d'apaiser les débats. En matière de politique industrielle, les critiques les plus virulentes à l'encontre des décision prises par la Commission n'émanent habituellement pas du Parlement européen mais des gouvernements nationaux. Parce qu'ils sont eux-mêmes exposés aux doléances des industriels et aux craintes des travailleurs, les gouvernements des Etats membres sont prompts à blâmer la politique de concurrence menée par la Commission. En cela, l'intervention du Conseil présenterait au moins l'avantage de capturer les voix contestataires dans le processus décisionnel. En comparaison, l'inclusion du Parlement ne permettrait même pas de mettre fin aux attaquées portées à la légitimité des décisions de la Commission.

Une légitimité ancrée dans l'expertise – Selon nous, aucune tierce-intervention ne permettrait d'accroître la légitimité des décisions rendues en droit de la concurrence. La légitimité de ces décisions se trouve principalement dans la compétence et l'expertise déployés, ainsi que dans le but poursuivi – le bien-être du consommateur. La véritable question est celle de la responsabilité de la Commission lors de la prise de décisions politiquement sensibles. Telle un serpent de mer, cette question réapparait périodiquement – à chaque crise économique, ou à chaque opération commerciale d'envergure. En cela, la résurgence des débats sur la place de la politique industrielle dans la mise en œuvre du droit de la concurrence est aussi un moyen utile de demander des comptes et, le cas échéant, faire évoluer les mentalités au sein du système expert qui assume la garde de la concurrence dans le marché commun. Les récentes

interventions de la Commissaire VESTAGER sur le sujet[170] – l'un de ses plus récent discours était intitulé « *Finding the right European industrial strategy* » – confirment notre point de vue : si l'autorité européenne de la concurrence n'embrasse pas le dirigisme économique parfois souhaité par les capitales européennes, elle n'échappe pas à une remise en cause périodique de son action[171].

Analyse d'impact – La Commission européenne est habituée à réaliser des « analyses d'impact » (*impact assessment*) destinées à évaluer son action. Les études d'impact sont rédigées à l'égard de tout type d'initiative : les propositions législatives, les initiatives non législatives (programmes financiers ou recommandations), les actes d'exécution et les actes délégués ; elles étudient les incidences environnementales, économiques et sociales de l'intervention européenne ; elles testent les résultats obtenus par rapport aux objectifs poursuivis ou la pertinence des moyens et de la stratégie développée. L'objectif est d'améliorer l'efficacité de l'action publique[172].

Etonnamment, malgré l'enthousiasme de la Commission pour les analyses d'impact, aucune étude n'est réalisée par la Commission sur ses décisions de concurrence. Nous suggérons que les principales décisions – les plus débattues, celles qui rencontrent certains seuils, ou celles qui présentent une importance particulière pour l'industrie européenne – fassent l'objet d'un suivi d'analyse. En cela, la Nomenclature européenne des activités économiques (« NACE ») constitue un outil de lecture qui pourrait être utilement mobilisé. Le NACE offre un cadre pour la collecte et la présentation, d'après l'activité économique, d 'un large éventail de statistiques dans les domaines économiques les plus variés (production, emploi, comptes nationaux, etc.). La lecture de l'évolution des indices micro et macro-économiques en fonction des codes NACE des activités affectées par une opération de concentration, 2 et 5 ans après la décision de la Commission pourrait fournir un retour d'expérience utile à la Commission, en plus de ses

---

[170] Margarethe VESTAGER, Commissaire à la concurrence, « Finding the right European industrial strategy » (EPC event on industrial strategy, Brussels, 1 April 2019) Speech.

[171] Au demeurant, pour ce que cela vaut, une étude auprès des tiers intéressé notait à 5,5 sur 7 le maintien en conformité des instruments légaux de droit européen de la concurrence avec les réalités de marché, et la pensée économique et légale contemporaine. (Eurobarometer Standard Qualitative Study – DG Competition Stakeholder Survey (2014), cité par Commission européenne, DG COMPETITION, "Strategic Plan 2016-2020*", Ref. Ares(2016)2060610 - 29/04/2016, p. 57 (disponible à l'adresse : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/strategic-plan-2016-2020-dg-comp_april2016_en.pdf)

[172] Commission européenne, « Analyse d'impact » (disponible à l'adresse : https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/impact-assessments_fr).

propres observations de marché (hausse des prix, entrée, concentration, etc.). De telles études d'impact des décisions de la Commission pourraient lui permettre soit d'affiner sa méthode de travail, soit de mieux la défendre et, partant, d'en augmenter la légitimité.

Délais – Le traitement des dossiers par la Commission est trop long. Dans les cas extrêmes, certains dossiers restent ouverts pendant plusieurs années, sans qu'il n'y ait de réelle avancée. L'affaire *Google Shopping* en est presque caricaturale. Ouverte en 2010, elle ne sera clôturée qu'en 2017, alors que le marché avait considérablement évolué. Face à ce constat, le souci d'une bonne administration requiert que des délais impératifs soient mis en place pour encadrer la procédure d'investigation, quitte à ce que ces délais soient ajustables en fonction des circonstances et de la coopération (ou du manque de coopération) des parties poursuivies[173].

Un accroissement de la publicité des débats servirait également à en accroître indirectement la qualité, dans la mesure où il permettrait une meilleure évaluation du travail réalisé.

- Le « **Comité consultatif des États membres** », réuni après la phase d'investigation approfondie dans le cadre du contrôle des concentrations, est-il réellement utile ?

Inefficacité – Des opinions divergentes existent sur l'influence exercée par le Comité consultatif des Etats membres. Selon nos constats, le Comité consultatif exerce un rôle négligeable. Le Comité consultatif se réunit uniquement à la fin des procédures ayant donné lieu à une phase d'investigation approfondie (« phase II »). Dans ce cadre, il émet un avis dont la Commission « *tient le plus grand compte* »[174] – formule stéréotypée destinée à dissimuler le fait que la Commission dispose du pouvoir du dernier mot. Dans tous les cas, « *dans la mesure où la réunion du comité consultatif intervient à la fin d'une longue procédure, au cours de laquelle la Commission a réalisé une instruction fouillée sur des sujets particulièrement techniques, sauf cas exceptionnel, les Etats membres ne sont susceptibles d'influencer que marginalement le sens de la décision qu'elle s'apprête à rendre* »[175].

[173] En cela, un parallèle pourrait être fait avec la procédure qui gouverne le contrôle des concentrations.
[174] Art. 19, § 6 du Règlement 139/2004.
[175] B. ALOMAR, S. DAZIANO, T. LAMBERT et J. SORIN, *Grandes questions européennes*, 4 éd. Armand Collin, 2016, section 1.1.3.2. *Contra* : « *Les avis des comités consultatifs ne lient pas les recommandations de la*

Outre leur tardiveté, le manque d'impact des avis du Comité consultatif nous semble pouvoir être principalement attribué à leur caractère hybride. Le Comité consultatif ne dispose ni de l'autorité, ni de la compétence d'un corps expert ; en tant que courroie de transmission politique, il est également surclassé par les modes de communication non-institutionnels – tels qu'un communiqué de presse ou la déclaration d'un ministre – lorsque le dossier présente suffisamment d'importance pour capturer l'attention d'un gouvernement.

6. SUR L'ADAPTATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE A DES ENJEUX EXACERBES PAR LE PHENOMENE DE LA MONDIALISATION

- Le droit européen de la concurrence vous paraît-il suffisamment **flexible** pour faire face aux particularités de certains secteurs ?

- La mondialisation vous parait-elle amoindrir l'intérêt d'une **régulation proprement européenne de la concurrence**, notamment au regard de l'enjeu de la protection des consommateurs ?

Renvoi – L'activisme et de l'inventivité déployés par les autorités de concurrence sur pied du droit européen a été abordée ci-dessus. Elle répond à ces deux questions.

- Que pensez-vous de la proposition, formulée par le Gouvernement français, d'améliorer le contrôle des concentrations en ajoutant un contrôle additionnel sur certaines opérations d'acquisition d'un **acteur innovant « naissant »,** afin de ne pas entraver l'innovation ?

Renvoi – La question de l'acquisition des « killer » acquisitions a été abordée ci-dessus.

- Concernant les entreprises du **numérique**, est-ce que leurs spécificités sont suffisamment prises en compte (effets de réseau, phénomène de « *winner takes all* », tendance à la « surconcentration ») ?

DG concurrence à la Commission. Le processus de consultation est toutefois un moyen appréciable d'atteindre un consensus général, et la DG concurrence prend les avis très au sérieux. Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne ». M. WISE, *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2007/1 (Vol. 9), p. 7 .

Contrepied – L'activisme affiché par la Commission européenne à l'encontre des GAFA tend à démontrer que celle-ci reconnaît une spécificité toute particulière aux entreprises du numérique, qui joue en leur défaveur. C'est d'ailleurs sur l'exemple donné par la Commission européenne que les autorités américaines s'intéressent aujourd'hui aux pratiques de Google[176].

Dans ce climat de défiance à l'égard des plateformes digitales, nous souhaitons prendre le contrepied au discours ambiant et brièvement rappeler que les effets de réseaux créent une tendance naturelle à la concentration ; lutter contre ceux-ci par des remèdes structurels[177] aurait pour effet de priver les utilisateurs de la plateforme de tous les avantages liés à la grande taille du réseau[178].

- Considérez-vous que l'Union dispose d'une politique trop restrictive en matière **d'aides d'État** ?

Renvoi – La question du droit des aides d'Etat – leur légitimité, leur réforme – a été abordée ci-dessus.

7. SUR LES AUTORITES NATIONALES DE CONCURRENCE

- La directive relative au renforcement des moyens des autorités de concurrence des États membres (« **ECN+** ») vous parait-elle justifiée et efficace ?

- Le **réseau européen des autorités de la concurrence** vous semble-t-il suffisamment structuré et favorisant suffisamment les échanges d'information et de « bonnes pratiques » ?

Harmonisation – La Directive 2019/1 « visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à

[176] J. DUNLEAVY, "50 States Band Together for Google Antitrust Investigation", Washington Examiner, 9 septembre 2019, (disponible à l'adresse: https://www.washingtonexaminer.com/news/50-states-and-territories-join-for-google-antitrust-investigation).
[177] Le Parlement européen s'est prononcé en ce sens. (Résolution du Parlement européen sur le train de mesures relatif au marché unique (2018/2903(RSP) – adoptée le 27 novembre 2014).
[178] N. ECONOMIDES, « Competition Policy in Network Industries », in D. JANSEN (éd.) *The New Economy and Beyond*, Edward Elgar Pub, 2006.

garantir le bon fonctionnement du marché intérieur »[179] n'appelle pas de commentaire particulier de notre part. Cette Directive a essentiellement pour objectif d'harmoniser les conditions de travail des autorités nationales de concurrence. Elle visa à garantir leur indépendance – en ce compris leur indépendance financière – définir leurs pouvoirs d'enquêtes, fixer un cadre commun pour l'imposition d'amendes et le recours aux programmes de clémence ainsi qu'à mettre en place des mécanismes d'assistance mutuelle. Cette initiative, destinée à renforcer les politiques nationales de concurrence, doit être accueillie favorablement.

8. SUR LES POSSIBLES REFORMES DU DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE

- A l'aune de l'ensemble des éléments soulevés, vous parait-il véritablement nécessaire de **réformer** le droit européen de la concurrence afin de l'adapter aux enjeux posés par la mondialisation ?

- Si oui, quelles **modifications** serait-il nécessaire d'apporter aux articles 101 à 118 du TFUE ? Faut-il cibler en particulier certains pans de ce droit ?

Renvoi – Les propos que nous avons développés dans les lignes qui précèdent tendent à améliorer à la marge la méthode de travail de la Commission européenne. Ces modifications peuvent être impulsées par une réforme des Règlements qui encadrent l'action de la Commission (tel que par exemple, le règlement 139/2004 sur le contrôle des concentrations) et Lignes directrices qui définissent sa méthodologie de travail.

Aucune modification du droit primaire ne nous semble désirable ou justifiée.

[179] Directive 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, *JO*, 14 janvier 2019, L 11/3.