

**LA POLITIQUE INDUSTRIELLE  
SOUS LES TIRS CROISÉS  
DE LA MONDIALISATION  
ET DU DROIT COMMUNAUTAIRE  
DE LA CONCURRENCE**

PAR

**DAMIEN GERADIN**

PROFESSEUR

A L'UNIVERSITÉ DE TILBURG ET AU COLLÈGE D'EUROPE, BRUGES.

DIRECTEUR

DU GLOBAL COMPETITION LAW CENTRE (GCLC), BRUGES.  
OF COUNSEL, HOWREY LLP (\*)

ET

**NICOLAS PETIT**

MAÎTRE DE CONFÉRENCES,

INSTITUT D'ÉTUDES JURIDIQUES EUROPÉENNES (IEJÉ),  
FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ DE LIÈGE (\*\*)

**I. – INTRODUCTION**

Le débat référendaire français sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe a fait ressurgir une polémique juridique bien connue du droit européen. Selon certains observateurs, l'adoption de programmes industriels nationaux ambitieux – qui s'impose plus que jamais dans le contexte actuel de mondialisation – serait entravée à l'excès par une application rigoriste des règles de concurrence du Traité instituant la Communauté Européenne (ci-après «traité CE» ou «traité de Rome»).

L'accélération de la libéralisation du commerce mondial a – il est vrai – drastiquement intensifié la pression concurrentielle pesant sur

(\*) Geradind@howrey.com.

(\*\*) Nicolas.Petit@ulg.ac.be.

les marchés européens, poussant les opérateurs économiques domestiques (i) à rechercher de nouvelles opportunités de réduction des coûts, notamment par des opérations de *délocalisation* ou (ii) à s'y adapter au moyen de stratégies de *consolidation* à travers des fusions. La globalisation des échanges expose également les entreprises domestiques (iii) à un risque de *prédation* plus important, dans la mesure où celles-ci peuvent faire l'objet d'offres d'acquisition hostiles par des opérateurs d'Etat tiers à l'Union Européenne (ci-après «UE» ou «l'Union»). Certaines de ces opérations ont défrayé la chronique (1).

Plutôt que d'affronter les nouvelles contraintes du commerce global, les opinions publiques et opérateurs de certains Etats se sont – par réflexe culturel ou tout simplement par dépit – tournés vers la tutelle protectrice des pouvoirs publics. On se souvient des cris d'orfraie poussés par la direction de Danone en juillet 2005 lorsque filtra la rumeur d'un rachat de ses actifs par le géant américain PepsiCo, les dirigeants du groupe agro-alimentaire en appelant alors à la protection de l'Etat français.

Ces appels à l'intervention publique n'ont pas été vains. Plusieurs Etats membres de l'UE, forts d'une tradition séculaire de dirigisme économique (2), ont revendiqué une place de premier rang dans la défense des intérêts économiques des opérateurs domestiques. Dans sa forme la plus extrême, ce rôle s'est illustré par le versement direct de subsides aux entreprises en difficulté. L'affaire *Alstom* en est certainement l'illustration la plus emblématique (3). Sous une forme plus discrète, certains Etats se sont lancés dans des opérations de «politique industrielle», visant le plus souvent à soutenir l'industrie nationale face au défi de la mondialisation, plaidant par exemple pour la constitution de «champions nationaux», la défense du «patriotisme économique» (4), ou le maintien de la spécificité

(1) Par exemple, la fermeture de l'usine agro alimentaire LU en région parisienne au cours de l'année 2004 ou encore l'engagement, pris par DaimlerChrysler, de ne pas délocaliser ses unités de production hors d'Allemagne en contrepartie de concessions salariales.

(2) En France notamment, voir les observations éclairantes de Claude Lucas DE LEYSSAC et Gilbert PARLÉANI, *Droit du Marché*, PUF – Thémis, 2002, aux pp.33 et s.

(3) Voir Décision de la Commission du 7 juillet 2004 concernant les mesures d'aide mises à exécution par la France en faveur d'Alstom, *JOUE*, L 150 du 10 juin 2005.

(4) Le premier ministre français évoqua le concept de «patriotisme économique» pour assurer la protection contre les agressions extérieures des entreprises jugées «stratégiques» ou situées sur des marchés «sensibles» dans une conférence de presse du 27 juillet 2005. Voir Christophe JAKUBYSZYN, «Dominique de Villepin en appelle au 'patriotisme économique'», *Le Monde*, 27 juillet 2005.

«nationale» des entreprises locales. Les exemples sont légions : le gouvernement italien a cherché à protéger ses banques contre les prédateurs européens, l'Allemagne a défendu l'intervention des pouvoirs publics dans Volkswagen, la France travaille actuellement à l'élaboration d'un décret anti-OPA, le Sénat américain et les responsables politiques ont adopté diverses mesures pour bloquer la prise de contrôle par CNOOC (l'opérateur pétrolier chinois) d'Unocal (le 7<sup>ème</sup> producteur de pétrole américain) (5).

Fort logiquement, la question de la compatibilité de ces interventions publiques avec le droit de la concurrence n'a pas tardé à se poser. Les règles de concurrence du Traité de Rome visent exclusivement à protéger la structure de concurrence. Elles s'opposent en conséquence aux interventions des Etats membres qui génèrent des distorsions de concurrence, sans qu'importe la nationalité des opérateurs économiques ou la nécessité de préserver une structure industrielle autre qu'une structure concurrentielle.

Les raisons suffisent à expliquer les craintes que la «politique industrielle» ne disparaisse, purement et simplement, sous les tirs croisés de la mondialisation et du droit de la concurrence. La présente contribution entend montrer qu'il convient de nuancer cette vision. Après quelques clarifications sur les notions de politique industrielle et de droit de la concurrence (II), le présent article examine leurs relations prétendument antinomiques et conclut qu'elles ne sont, pour l'essentiel, rien d'autre qu'un conflit de façade (III). Notre examen révèle au demeurant que la Commission européenne contribue elle-même, via l'application des règles de concurrence, à la mise en œuvre d'opérations de politique industrielle (IV). Des observations sont formulées en guise de conclusions (V).

(5) En août 2005, la China National Offshore Oil Company (CNOOC), un groupe pétrolier public chinois a renoncé à une offre hostile de plus ou moins 15 milliards d'euros sur Unocal, la septième entreprise pétrolière américaine. Cette opération avait suscité une levée de bouclier aux Etats-Unis. Le Sénat avait voté *in extremis* un amendement à la loi sur l'énergie instituant un moratoire de quatre mois pour permettre au Congrès d'étudier la politique énergétique chinoise avant de permettre à l'offre de CNOOC de se poursuivre. La Chambre des représentants avait adopté, le 30 juin une résolution affirmant que la transaction menaçait la sécurité nationale.

II. – OBSERVATIONS CLARIFICATRICES SUR LES TENANTS  
ET ABOUTISSANTS DE LA POLITIQUE INDUSTRIELLE  
ET DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

A. – *Le concept de « politique industrielle »*

1. *Objectifs et méthodes de la politique industrielle*

La politique industrielle est d'*inspiration dirigiste*. Elle traduit une intervention lourde de l'Etat dans l'économie, dépassant le principe en vertu duquel la décision publique collective n'est justifiée qu'à condition qu'apparaisse une défaillance de marché, pour en assurer l'élimination (6). Le concept de politique industrielle est donc proche de la notion d'économie administrée, par laquelle l'Etat et les pouvoirs publics revendiquent une place de premier rang dans l'économie et la vie des entreprises. Cette intervention étatique s'illustre de diverses manières : augmentation de la taille critique de certaines entreprises, protection d'une entreprise jugée stratégique et/ou « nationale », participation publique au capital de certaines entreprises, etc.

La « politique industrielle » ne poursuit pas un objectif précis – si ce n'est peut-être celui de stimuler la croissance économique – mais cherche à atteindre un nombre d'objectifs variables qui peuvent évoluer en fonction des circonstances politiques ou économiques. On constate par exemple que dans le contexte actuel de ralentissement économique conjoncturel, certains gouvernements se sont engagés dans une politique industrielle faisant du sauvetage d'entreprises en difficultés une priorité, tandis que d'autres n'ont pas prêté attention à ces questions et ont d'avantage mis l'accent sur l'attractivité internationale de leur territoire (en allégeant par exemple le poids

(6) Voir Gregory N. MANKIW, *Principles of Economics*, The Dryden Press, 1998, à p. 10. En principe, l'apparition d'une défaillance de marché justifie en effet la substitution de la décision publique collective au jeu du marché afin d'instituer un mécanisme d'élimination/correction de l'inefficience constatée. La main invisible qui guide le marché ne fonctionne pas de façon optimale. Les externalités, biens publics, asymétries d'information (situations d'information imparfaite), coûts de transaction, rendements décroissants, etc. sont autant d'hypothèses de défaillance du marché. Cette intervention peut prendre des formes diverses comme, par exemple, l'application des règles de concurrence ou la mise en place de réglementations spécifiques dans certains secteurs. Comme par exemple, dans les secteurs des industries de réseaux, (i) où le jeu du marché seul n'aurait pas permis, post libéralisation, d'empêcher l'apparition de défaillances de marché et (ii) où le droit de la concurrence, certes nécessaire, n'était pas en mesure de corriger seul ces défaillances.

des formalités administratives ou de la fiscalité pesant sur les opérateurs économiques).

Quel que soit l'objectif concrètement poursuivi par une action de politique industrielle, l'une de ses caractéristiques est de reposer généralement sur un mécanisme de *redistribution*. L'intervention active de l'Etat dans l'économie entraîne en effet des transferts de ressources entre agents économiques. L'octroi de subventions par les pouvoirs publics à une entreprise en difficulté a par exemple pour effet de transférer les ressources des contribuables (assujettis personnes physiques et morales) vers l'entreprise en cause, ses dirigeants, employés, etc. Il en est de même des mesures d'allègement de la fiscalité au profit de certains groupes d'entreprises.

Sous l'angle *institutionnel*, la politique industrielle dépend encore du pouvoir politique exécutif et/ou législatif. Cette dépendance lui confère une série de spécificités. Premièrement, elle est généralement instable car elle peut être modifiée au gré des alternances. Comme l'illustre l'histoire économique récente de la France, une politique de nationalisation est souvent suivie par une politique de privatisation. Deuxièmement, elle est exercée dans le cadre de mesures législatives de nature générale et ou de déclarations programmatiques des gouvernements, ce qui la rend tributaire de multiples compromis et considérations de toute nature (sociale, fiscale, régionale, etc.). La politique industrielle est donc idéologiquement très variable et manque souvent de cohérence.

En termes de *compétence* enfin, la politique industrielle relève essentiellement de lois, règlements et décisions prises par les Etats membres. L'Union ne jouit pas quant à elle d'une compétence formelle pour mettre en œuvre une politique industrielle. Elle y parvient certes par l'exercice de pouvoirs divers qui lui sont conférés dans le domaine économique (harmonisation/uniformisation des législations, etc.). Cependant, très souvent, l'adoption de tels instruments est le fruit d'une décision des représentants nationaux au sein du Conseil et, ensuite, du Parlement Européen. La Commission européenne, seule institution réellement supra nationale, ne dispose pas de pouvoirs normatifs ou décisionnels particulier en la matière, au-delà de sa compétence d'initiative législative. En somme, de manière directe ou indirecte, la politique industrielle est l'affaire des Etats.

## 2. Problèmes soulevés par la politique industrielle

### 2.1. Opportunisme lié à l'indétermination des objectifs de la politique industrielle

L'indétermination du concept de «politique industrielle» est utile aux pouvoirs publics. L'invocation sans autre précision de la nécessaire poursuite d'une politique industrielle permet souvent de justifier une intervention *opportuniste* qui vise en réalité à corriger l'incurie des pouvoirs publics en matière de politique économique ou sociale (7).

Cela est particulièrement net en matière de délocalisation. De nombreux États ont récemment justifié le versement d'aides publiques (et plus généralement la poursuite d'une politique industrielle) par la nécessité de tempérer les effets néfastes des délocalisations, fruits de la libéralisation des échanges. Conceptuellement pourtant, une opération de transfert par une entreprise de ses unités de production d'un État vers un autre, n'est rien de plus que la mise en œuvre de la loi de l'avantage comparatif formulée par David Ricardo il y a presque deux siècles [1817], devenue depuis lors le fondement central du marché intérieur européen (8). Les États Membres de l'Union, qui s'engagent depuis des décennies à promouvoir la libéralisation du commerce sont parfaitement conscients des bénéfices que génère cette loi et de ses implications. Dans ce contexte, l'irruption du concept de politique industrielle sert un double objectif. Premièrement, elle donne l'illusion de l'action alors qu'en réalité, les vagues de délocalisation sont le fruit d'un processus d'ouverture graduelle des échanges auquel nos États ont eu tout le temps de se préparer en adoptant des mesures de reclassement social ou des politiques de désindustrialisation *ad hoc*. Deuxièmement, elle permet de neutraliser *ex post* l'avantage comparatif des économies émergentes.

L'utilisation du concept de «politique industrielle» en guise de camouflage d'opérations de sauvetage financier s'accompagne cependant de lourds effets pervers. Elle prive tout d'abord nos éco-

(7) Le concept de comportement opportuniste est emprunté de la théorie économique dite de l'"agence".

(8) David RICARDO, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, Garnier-Flammarion, Paris, 1998, à p. 153.

nomies des bénéfices de la libéralisation des échanges à savoir, à moyen et long terme, d'effets de réduction des prix et d'augmentation de pouvoir d'achat sur nos marchés. Elle tend en outre à empêcher le redéploiement des facteurs de production vers des secteurs dans lesquels les États membres *ont* de réels avantages comparatifs car les États tiers accueillant les délocalisations ne peuvent les investir. Par ailleurs, elle fait obstacle à l'accueil, par ces derniers, des investissements nécessaires à leur propre développement économique.

### 2.2. Imperfections et défaillances de l'État

Ainsi définie, la politique industrielle repose sur des choix effectués par des décideurs publics élus. Or, si la théorie économique moderne enseigne que les imperfections du marché légitiment l'intervention correctrice de l'État, elle souligne également que l'intervention publique présente de considérables imperfections. En matière industrielle, les coûts et bénéfices de ces deux formes d'imperfections doivent être pris en compte pour apprécier l'opportunité d'une intervention des pouvoirs publics dans la sphère industrielle.

Une première imperfection apparaît avec le risque d'«opportunisme» des élus. La théorie du choix public a bien montré combien ceux-ci sont, tout comme les producteurs sur le marché, des individus mus par un objectif unique de maximisation des profits, qui prend la forme d'un intérêt le plus souvent électoral et de court terme (9). Un gouvernement soumis à une contrainte périodique de réélection aura ainsi tendance à privilégier des choix et décisions conformes aux préférences des catégories d'électeurs décisifs à sa reconduction (10).

Une deuxième imperfection est de nature *informationnelle*. Des doutes peuvent être formulés quant à la qualité, l'exhaustivité et la neutralité des informations sur lesquels les pouvoirs publics s'appuient pour faire des choix industriels. Or, à défaut d'une information parfaite (ou, en tous cas, la plus parfaite possible compte tenu des circonstances), la théorie économique insiste sur le risque

(9) James M. BUCHANAN, *The Limits of Liberty*, Chicago University Press, 1975.

(10) William D. NORDHAUS, «The Political Business Cycle», (1975) 42 *Review of Economic Studies*, aux pp. 169-90.

que les décisions adoptées par les agents ne soient pas optimales, c'est-à-dire qu'elles ne maximisent pas le bien-être social. Dans nos économies modernes, où l'Etat n'est présent sur le marché qu'occasionnellement, les informations des pouvoirs publics sont nécessairement parcellaires, etc. Le risque de décisions industrielles sub-optimales est donc réel.

Une troisième imperfection repose sur la modification, par l'intervention publique, de l'*allocation des ressources* résultant du jeu du marché. Tout choix industriel des pouvoirs publics se traduit nécessairement par des gagnants et des perdants. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre l'exemple de la décision industrielle de sauvetage d'une entreprise en difficulté. Si cette décision profite à l'entreprise au sens large (dirigeants, employés et actionnaires), elle crée une externalité négative pour les entreprises concurrentes dont l'avantage concurrentiel ou la saine gestion n'est non seulement pas reconnu, mais peut être même neutralisé par l'intervention de l'Etat. Une telle intervention peut produire par ricochet un effet néfaste en matière d'investissements productifs. De façon plus générale, toute intervention d'un Etat au profit d'un secteur industriel plutôt qu'un autre produit un effet comparable.

Une dernière imperfection est qu'en raison notamment de la pression des électeurs, l'Etat risque de sous estimer la faculté intrinsèque d'autocorrection du marché. Le prix Nobel d'économie Ronald Coase a démontré que, sous réserve de l'absence de coûts de transaction, l'interaction des opérateurs économiques tendait à faire émerger des solutions contractuelles efficaces qui permettaient de corriger les défaillances du marché (11). En matière industrielle, ces solutions contractuelles sont les stratégies industrielles dans lesquelles s'engagent les opérateurs afin d'acquiescer un avantage concurrentiel ou de résister à la pression des concurrents. La constitution de partenariats de recherche et développement, la mise en place d'entreprises communes de production, l'acquisition d'entreprises concurrentes (y compris pour sauver une entreprise en difficulté) en sont des exemples. Dans ce contexte, l'intervention publique devrait être concentrée sur la réduction des coûts de transactions pour les opérateurs (coûts de recherche et d'information, coût de négociation et de décision, coût de surveillance et de contrôle).

(11) Ronald COASE, «The Nature of the Firms», (1937) 4 *Economica*, aux pp. 386-405.

L'Etat peut limiter ces coûts de transaction en facilitant, par exemple, la mise en place de stratégies de coopération industrielle via des systèmes de guichet unique, de comptabilité uniformisée, de réduction des formalités, etc.

## B. – Le droit de la concurrence

### 1. Objectifs et méthodes du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence est en principe d'essence non-dirigiste. Son seul objectif est de protéger la structure concurrentielle des marchés dans la mesure où les marchés concurrentiels promeuvent l'efficacité économique. L'objectif d'efficacité économique du droit de la concurrence se décline sous trois formes : l'orientation des prix sur les coûts (efficacité allocative), la poussée à la baisse des coûts (efficacité productive) et l'innovation technique et commerciale (efficacité dynamique) (12). Cette efficacité permet d'atteindre une situation de «bien-être» du consommateur (13).

L'une des premières caractéristiques du droit de la concurrence réside dans son *absence de caractère redistributif* (14). Le droit de la concurrence vise à accroître le «bien être» du consommateur en général, en poussant les prix à la baisse et l'innovation à la hausse. Ainsi que Robert Bork put l'écrire dans son célèbre ouvrage, *The Antitrust Paradox* :

«Antitrust [...] has nothing to say about the ways prosperity is distributed or used. Those are matters for other laws. Consumer welfare, as the term is used in antitrust, has no sumptuary or ethical component [...]. Antitrust litigation is not a process for deciding who should be rich or poor, nor can it decide how much

(12) Robert BORK, «Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act», (1966) 9 *Journal of Law and Economics*, à p. 7; Giuliano AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power*, Oxford, Hart Publishing, 1997, à p. 21; Ernest GELLHORN et William E. KOVACIC, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 4<sup>th</sup> Ed., West Publishing, St. Paul, Minn., 1994, à p. 42. On décrit traditionnellement l'efficacité sous trois formes, l'efficacité allocative, l'efficacité productive et l'efficacité dynamique. Par ailleurs, dans la Communauté européenne, il est admis que le droit de la concurrence poursuit un second objectif de promotion de l'achèvement du marché intérieur. Cependant, il n'est pas impossible d'envisager la création du marché intérieur comme un instrument d'efficacité économique lui-même, puisqu'il dégage de nombreuses économies d'échelle pour les opérateurs européens, et accroît le degré de concurrence existant sur les marchés au sein de l'Union.

(13) Robert H. LANDE, «Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust», (2001) 62 *University of Pittsburgh Law Review*, à p. 503.

(14) Robert H. LANDE, «Chicago's False Foundation : Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust», (1989) 58 *Antitrust Law Journal*, à p.631; E. GELLHORN et W. KOVACIC *supra*, note 12 à p. 42.

*wealth should be expended to reduce pollution or undertake to mitigate the anguish of the cross-country skier at the desecration wrought by snowmobiles. It can only increase collective wealth by requiring that any lawful products [...] be produced and sold under conditions most favourable to consumers» (15).*

En conséquence, le droit de la concurrence ne vise nullement à procéder à des transferts de richesses entre catégories de population, comme peut le faire le droit fiscal, le droit des prestations sociales ou même le droit des services publics (16). Cette idée est aussi présente dans l'adage en vertu duquel le droit de la concurrence protège la concurrence en général et non les concurrents (17).

Sous l'angle *institutionnel*, le droit de la concurrence se distingue encore de la politique industrielle en ce qu'il est mis en œuvre par des autorités publiques spécialisées – dites «autorités de concurrence» – composées d'experts non élus. La nature *spécialisée* des autorités de concurrence garantit que les objectifs qu'elles poursuivent soient limités à la protection de la structure concurrentielle des marchés et ne soient pas influencés par des considérations annexes. Cette spécialité reste cependant relative lorsque, comme c'est le cas pour la Commission européenne, l'institution en charge d'appliquer le droit de la concurrence est également compétente pour d'autres questions (politique des transports, énergie, culture, etc.). L'*expertise* des fonctionnaires des autorités de concurrence est par ailleurs destinée à assurer un haut niveau de qualité décisionnelle dans une matière mêlant de complexes éléments d'analyse juridique et économique. Enfin, l'absence de tout mandat *électif* limite le risque d'opportunisme électoral.

Enfin, du point de vue *normatif*, le droit communautaire de la concurrence repose sur des règles d'ordre public qui priment le droit national. Ces règles sont extrêmement puissantes puisqu'elles régissent tant le comportement des entreprises (articles 81 et 82 TCE ainsi que Règlement 139/2004 sur le contrôle des concentrations) que celui des pouvoirs publics (articles 10 TCE combiné aux articles

(15) Robert H. BORK, *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, Free Press, New York, 1993 aux pp. 90-91.

(16) On peut analyser le droit de la concurrence comme un droit anti-transfert, certes, en ce sens qu'il vise initialement à empêcher que la richesse des consommateurs en général soit transférée aux producteurs par l'exercice de leur pouvoir de marché. Comme l'explique R. Lande, tout consommateur, qu'il soit pauvre ou riche a le droit à une protection contre l'extraction de sa richesse par un pouvoir de monopole. Voir R. LANDE, *supra*, note 14 à p. 637.

(17) Ce point est explicitement reconnu par la Commission européenne dans son récent *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, à p. 17, au §54.

81 et 82 TCE, articles 87 et 88). Lorsque les conditions de leur application sont remplies, les dispositions du traité permettent de contrôler toute intervention publique nationale indépendamment de sa forme, loi, règlement ou simple décision administrative. Les juridictions nationales et autorités de concurrence, chevilles ouvrières de leur mise en œuvre, ont même reçu de la Cour de Justice des Communautés Européennes (ci-après, «CJCE»), dans l'affaire dite des *allumettes italiennes*, le devoir de laisser inappliquée toute mesure publique qui enfreindrait les dispositions de concurrence du traité de Rome (18).

## 2. Critiques du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence fait l'objet de critiques, tant du point de vue de sa forme que de son application. Au plan *institutionnel* tout d'abord certains courants de la théorie économique enseignent que malgré l'absence d'élément électif, un risque de «comportement opportuniste» des fonctionnaires des autorités de concurrence existe à plusieurs niveaux (19). Premièrement, les fonctionnaires seraient comme les opérateurs économiques guidés par la maximisation de leur utilité propre (revenu, pouvoir, prestige, etc.) (20). Cette analyse insiste d'une part sur le risque que les agents publics favorisent les intérêts particuliers de groupes de pression auxquels, pour des raisons diverses, ils pourraient être sensibles (opportunités à saisir dans le secteur privé une fois leur mandat écoulé, etc.), d'où un risque dit de «capture» des administrations publiques par les agents

(18) Voir CJCE, 9 septembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, aff. C-198/01 à §§48-50 : «[...] la primauté du droit communautaire exige que soit laissée inappliquée toute disposition d'une loi nationale contraire à une règle communautaire, qu'elle soit antérieure ou postérieure à cette dernière. Ce devoir de laisser inappliquée une législation nationale contraire au droit communautaire incombe non seulement aux juridictions nationales, mais également à tous les organes de l'État, en ce compris les autorités administratives [...] Dès lors qu'une autorité nationale de la concurrence telle que l'Autorité est investie de la mission de veiller, notamment, au respect de l'article 81 CE et que cette disposition, combinée avec l'article 10 CE, impose un devoir d'abstention à la charge des États membres, l'effet utile des règles communautaires de la concurrence serait amoindri si, dans le cadre d'une enquête sur le comportement d'entreprises au titre de l'article 81 CE, ladite autorité ne pouvait pas constater qu'une mesure nationale est contraire aux dispositions combinées des articles 10 CE et 81 CE et si, en conséquence, elle ne la laissait pas inappliquées».

(19) Voir au sujet de la Federal Trade Commission aux États-Unis, voir Barry R. WEINGAST and Mark J. MORAN, «Bureaucracy and Discretionary Congressional Control: Regulatory Policymaking by the Federal Trade Commission», 91 *Journal of Political Economy*, 1983, à p. 765.

(20) Voir William A. NISKANEN, *Bureaucracy and Representative Government*, Aldine Atherton, Chicago, 1971.

privés (21). Elle insiste d'autre part, sur le fait qu'il peut y avoir un risque (une fois encore pour des raisons diverses comme par exemple une volonté d'étendre les compétences et/ou les ressources de l'institution, etc.), que les fonctionnaires cessent d'agir dans le sens de l'intérêt général donnant lieu à l'apparition de dysfonctionnement bureaucratiques sous la forme, par exemple, de politiques d'incrémentalisme budgétaire (22).

Le risque de comportement opportuniste de l'autorité européenne de concurrence ne peut donc être exclu d'emblée. En pratique, la montée en puissance des pratiques de lobbying à Bruxelles dans les affaires de concentrations ou d'aides d'Etat (23), et divers exemples de pratiques dites de «*revolving doors*» entre la Commission européenne et le secteur privé (grandes entreprises, des cabinets d'avocats ou de consultants, etc.) pourraient en être les symptômes (24).

Au plan *normatif* ensuite, le droit de la concurrence est parfois critiqué pour sa nature générale et la flexibilité des règles qu'il abrite. Le flou terminologique du traité laisse en effet un large pouvoir discrétionnaire aux autorités qui en appliquent les dispositions (25). Des critiques se sont élevées contre le fait que la Commission utiliserait les règles de concurrence afin d'atteindre des objectifs qui dépassent la simple protection de la structure de concurrence. Cela est extrêmement net dans le domaine des aides d'Etat. L'article 87(1) énonce l'interdiction des aides publiques qui faussent ou menacent de fausser les conditions de concurrence et, d'autre part, affectent les échanges entre Etats membres. Cepen-

(21) Voir George STIGLER, «The Theory of Economic Regulation», (1971) 2 *Bell Journal of Economics and Management Science*, à p. 3.

(22) Voir Gérard CHARREAU et Jean-Pierre PITOL-BELIN, *Les théories des organisations*, Mimeo, à p. 28.

(23) Voir sur ce point, Mathew HEIM, «Problems and Process: European Merger Control and How to Use It?», (2003) 4 *Journal of Public Affairs*, à p. 73.

(24) Des pratiques de *revolving doors* apparaissent lorsque des fonctionnaires d'autorités publiques de régulation sont recrutées par les entités régulées. Ces pratiques jettent le doute sur l'indépendance et l'impartialité des régulateurs dont les décisions peuvent être interprétées à l'aune d'objectifs de reconversion professionnelle. L'exemple le plus célèbre est certainement celui de Martin Bangemann, qui avait souhaité en 1999 prendre congé de ses fonctions de Commissaire européen à l'industrie pour accepter une lucrative offre de *Telefonica* (l'un des opérateurs touchés par les politiques de libéralisation placées sous la direction du Commissaire) à un poste de direction. Plus récemment, l'un des dirigeants de la défunte *Merger Task Force* a été recruté par un prestigieux cabinet d'avocats Bruxellois. Cette dernière pratique semble connaître une popularité croissante sur le marché du droit de la concurrence.

(25) Cela est généralement critiqué par les investisseurs, qui estiment la flexibilité entraîne un degré élevé d'insécurité juridique qui peut nuire à l'adoption de stratégies industrielles profitables.

dant, l'article 87(3) TCE donne à la Commission le pouvoir de déclarer certaines catégories d'aides compatibles avec le Traité (26). Ces catégories visent des objectifs très divers, eux-mêmes définis aux alinéas (a), (b), (c) et (d) dans des termes extrêmement généraux. Plutôt que de s'en réjouir, il n'est pas rare d'entendre les spécialistes de la matière considérer que cette disposition confère à la Commission un pouvoir discrétionnaire excessif. Le texte du traité offre à la Commission la possibilité de développer la politique des aides en fonction d'objectifs variés qu'elle considère dans l'intérêt de l'Union. Le dispositif d'exemption lui permet, par ailleurs, d'obtenir des Etats membres de substantiels engagements, remèdes et amendements, qui n'ont parfois que peu à voir avec la protection de la concurrence *sensu stricto*.

Le risque de pollution du droit de la concurrence par des objectifs externes est accentué par le fait que la Commission européenne est une institution polycéphale qui poursuit des objectifs législatifs et réglementaires certes proches mais souvent étrangers à la politique de concurrence : intégration des marchés dans une série de domaines, développements d'infrastructures soutenant le processus d'intégration, etc. Ce risque de pollution peut également se présenter au niveau des entreprises. La puissance du droit de la concurrence en fait un instrument attractif pour des firmes qui cherchent une voie de dernier recours lorsque des négociations commerciales – par exemple autour du prix d'une licence de brevet – ont échoué ou lorsqu'une entreprise cherche à enliser ses concurrents dans de longues et coûteuses procédures judiciaires (27). Des opérateurs peu-

(26) L'article 87(3) (a) vise «les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi». L'article 87(3) (b) envisage quant à lui «les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun, ou de remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre». Des illustrations de telles aides peuvent être trouvées dans le financement de projets comme le Thalys, l'Eurostar, ou plus récemment, la construction de l'Airbus A 380. L'article 87(3) (c) vise «les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quant elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun». Notons que la formulation de cette disposition recoupe en partie la catégorie visée à l'article 87(3) a). Enfin, introduit dans le traité CE par le traité de Maastricht, l'article 87(3) (d) prévoit la possibilité pour le Commission d'autoriser «les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quant elles n'altèrent pas les conditions des échanges et la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun».

(27) William J. BAUMOL and Janusz A. ORDOVER, «Use of Antitrust to Subvert Competition», (1985) 28 *Journal of Law & Economics*, à p. 247; Edward A. SNYDER and Thomas E. KAUFER, «Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor's Plaintiffs», (1991) 3 *Michigan Law Review*, à p. 551.

vent aussi invoquer des violations du droit de la concurrence afin de neutraliser les efficiences résultant d'une opération de fusion d'entreprises concurrentes ou pour se protéger de comportements de prix agressifs mis en œuvre par des concurrents (28). Ces techniques de subversion des règles de concurrence sont néfastes car elles érigent des obstacles à la légitime poursuite de stratégies industrielles efficientes. Au plan conceptuel, le droit de la concurrence est appelé à intervenir en l'absence de toute défaillance de marché. Le risque d'erreurs de type II, c'est-à-dire d'interdiction de *stratégies industrielles* positives du point de vue du bien-être du consommateur, ne peut être exclu (29).

En matière de *mise en œuvre* du droit de la concurrence, les critiques portent souvent sur l'application excessivement rigide des règles. En matière d'abus de position dominante, par exemple, la pratique décisionnelle par laquelle la Commission se contente parfois de condamner des pratiques (telles, par exemple, que des rabais) sans se considérer obligée d'en démontrer les effets anticoncurrentiels a été dénoncée au motif qu'elle limitait indument la liberté d'action des grandes entreprises au mépris de l'efficience que génèrent ces pratiques et des bienfaits qu'elles peuvent apporter aux consommateurs, etc.

Dans le même ordre d'idée, l'absence de toute considération, au sein de la jurisprudence de la CJCE, pour les origines et sources de la position dominante d'une entreprise adresse un mauvais signal à l'industrie en discriminant à rebours les entreprises ayant conquis un marché par leur seule supériorité concurrentielle (30). La Cour Suprême aux Etats-Unis a estimé au contraire dans l'affaire *Grinnell* que la Section 2 du Sherman Act ne doit pas être appliquée aux situations de monopolisation issues de «*produits supérieurs, de perspicacité dans les affaires ou d'un accident historique*» (31).

Au plan *politico-économique*, enfin, certains voient dans le droit de la concurrence une politique illégitime. Les raisons qui les animent

(28) *Id.*

(29) Voir Paul L. JOSKOW, «Transaction Costs Economics, Antitrust Rules and Remedies», (2001) 18(1) *Journal of Law and Economics*, à p. 95.

(30) Voir Paul HOFER, Damien GERADIN, Frédéric LOUIS, Nicolas PETIT et Mike WALKER, «The Concept of Dominance», (2005) *GCLC Research Papers on Article 82*, à p.24 disponible sur <http://gclc.coleurop.be>.

(31) Voir *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966). Traduction de l'auteur de «superior product, business acumen or historic accident».

varient. Premièrement, certains – pour le moins minoritaires – défendent l'idée que les effets d'inefficience du monopole ou du cartel n'ont pas été démontrés de façon convaincante par la théorie micro-économique (32). Dans ces conditions, l'intervention du droit de la concurrence est, d'une part, inutile car des mécanismes de sanction des entreprises inefficentes existeraient déjà (comme, par exemple, la sanction des investisseurs sur le cours de bourse) et (33), d'autre part, contre-productive, car le monopole et le cartel, en générant des profits supra concurrentiels, profitent indirectement à leurs salariés et actionnaires eux-mêmes consommateurs sur le marché.

Deuxièmement, nombreux sont ceux qui condamnent l'indifférence de la Direction Générale de la concurrence de la Commission européenne aux conséquences sociales dramatiques de certaines opérations (perte d'emplois, etc.) qu'elle est appelée à examiner. En matière de concentrations par exemple, les syndicats et organisations représentatives des salariés considèrent que les critères d'appréciation du Règlement concentrations centrés exclusivement sur le risque d'atteinte à la concurrence, sont trop étroits. Selon ceux-ci, la Commission devrait inclure dans ses analyses les conséquences négatives des concentrations en matière d'emploi et utiliser le Règlement 139/2004 pour interdire les opérations qui mènent à des plans de licenciements importants (34). A l'inverse, en matière d'aides d'Etat les critiques portent sur un prétendu excès de sévérité de la Commission européenne. Les règles de concurrence du traité omettraient de prendre en considération le fait qu'une subvention publique à une entreprise en difficulté permet souvent d'éviter les dramatiques conséquences sociales d'un plan de licenciement (35).

(32) Pascal SALIN, «Cartels As Efficient Productive Structures», (1996) 9 *Review of Austrian Economics*, à p. 2.

(33) Pascal SALIN, *La concurrence*, Paris, Presses Universitaires de France, Que Sais-je?, 1995.

(34) Voir TPICE, 27 avril 1995, *Société Générale des grandes sources Perrier contre Commission*, T-96/92, *Rec.*, 1995, II-1213 et plus généralement sur ce point Damien GERADIN et Nicolas PETIT, «Le recours en annulation à l'ère post-modernisation», (2005) *GCLC Working Paper*. On trouve une illustration judiciaire de ces critiques dans l'affaire *CE Société Générale des grandes sources Perrier*.

(35) Il est à noter cependant que dans les domaines ci-dessus évoqués la Commission fait également parfois l'objet de critiques allant dans la direction opposée, certains défendant l'idée que la Commission est trop laxiste en matière d'aides d'Etat, domaine dans lequel sa politique serait indument influencée par les pressions politiques des Etats membres, ou encore en matière de cartels, de nombreuses pratiques collusives échappant aux griffes de la Commission.

III. – DIVERGENCES ET ANTIMOMIES  
ENTRE LA POLITIQUE INDUSTRIELLE  
ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

La politique industrielle et le droit de la concurrence semblent donc diverger tant au niveau des objectifs (le droit de la concurrence n'ayant qu'un seul but clairement défini tandis que la politique industrielle poursuit d'innombrables et variables objectifs) qu'au niveau de la méthode. Les professeurs M. Waelbroeck et A. Frignani avaient trouvé les mots justes en observant qu'«*il exist(ait) une certaine antinomie entre l'objectif des règles de concurrence, qui est d'assurer le libre jeu des lois du marché, et la politique industrielle, laquelle vise à influencer le déroulement du processus économique en l'orientant vers certaines activités*» (36). Ces divergences conceptuelles ont récemment été relayées dans la presse par les commentaires de certains représentants politiques. Un rapport du Sénat français énonçait ainsi :

«*Au cours des dernières années, la politique communautaire de la concurrence a fait l'objet de nombreuses critiques. On a parfois eu le sentiment que la mise en œuvre des règles de concurrence prévalait sur toute autre considération et singulièrement sur la prise en compte des préoccupations industrielles [...]*

*La préservation de l'industrie et de l'emploi dans la Communauté paraissent insuffisamment prises en considération dans les décisions arrêtées en matière de concurrence*» (37).

D'aucuns ont donc répandu l'idée que les règles européennes contenues dans les traités fondateurs seraient un obstacle à la politique industrielle (A). Une radiographie juridique de ces sphères concrètes de divergences conduit cependant à une conclusion plus mesurée, le conflit étant essentiellement de façade (B).

A. – *Les prétendus conflits entre politique industrielle et droit de la concurrence*

Les prétendues zones de conflit entre droit européen de la concurrence et politique industrielle concernent respectivement le domaine des aides d'État (1), le contrôle des concentrations entre

(36) Michel WAELBROECK et Aldo FRIGNANI, *Commentaire Mégret – Concurrence*, 2<sup>ème</sup> ed., 1997, à §11.

(37) Voir Jacques OUDIN, *Europe et mondialisation – L'espoir industriel*, Rapport d'information 462 (97-98) – Délégation du Sénat pour l'Union Européenne.

entreprises (2) et la contrainte qu'exercerait l'article 81 du traité sur la faculté de réglementer publiquement les prix et conditions de vente sur le marché (3).

1. *La politique des aides d'Etat : une «anti-politique industrielle»?*

Quelques auteurs ont qualifié le droit communautaire de la concurrence d'«anti-politique industrielle» spécialement en raison de son inflexibilité dans le domaine des aides d'État (38). Il est en effet indéniable que la formulation lapidaire de l'article 87 tend à placer des limites strictes à l'utilisation des aides d'État en tant qu'instrument d'interventionnisme public (39) :

«*[...] sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions*»

Malgré son effet général de limitation du pouvoir d'intervention des États, la controverse sur le manque de perspective industrielle de la Commission en matière d'aides d'État a porté essentiellement sur un type très particulier de subsides, les aides au sauvetage des entreprises (40). Les récentes affaires *Olympic Airways* (41), *France Telecom* (42), *Alitalia* (43), *Bull* (44), *Alstom* (45), et *MobilCom* (46) sont spécialement responsables de la popularisation de l'idée que la Commission européenne œuvrerait, via une application rigoriste des articles 87 et 88 du traité, à des programmes de casse industrielle en se montrant hostile à toute forme d'aide à une entreprise en difficulté. Dans toutes ces affaires, les difficultés des entreprises pro-

(38) Voir O. SAINT-MARTIN, «L'anti-politique industrielle de l'Union Européenne», in L. CARTELIER et al., Eds, *Critique de la Raison Communautaire*, Economica, 1996, p. 203, p. 181.

(39) Voir Michel WAELBROECK et Aldo FRIGNANI, *supra*, note 36 à p. 16.

(40) Voir Paris ANESTIS, Stephen MAVROGHENIS and Stamatios DRAKAKAKIS, «Recent Developments in EC State Aid Policy», (2005) *The European Antitrust Review*, à p. 68.

(41) Voir décision de la Commission du 11 décembre 2002 concernant l'aide octroyée par la Grèce à Olympic Airways, *JOCE*, L 132 du 28 mai 2003.

(42) Voir décision de la Commission, C 13a/2003 – Mesures financières – France Telecom du 2 août 2004 et décision de la Commission, C 13b/2003 – Taxe professionnelle – France Telecom du 7 mars 2005.

(43) Voir décision de la Commission, N 279 /2004 – mesures urgentes en faveur de la restructuration et relance d'Alitalia du 20 juillet 2004.

(44) Voir décision de la Commission, aide à la restructuration en faveur de Bull C 10/2004 du 1 décembre 2004.

(45) Voir décision de la Commission du 7 juillet 2004, *supra*, note 3.

(46) Voir décision de la Commission 2005/346 du 14 juillet 2004 concernant une aide d'État accordée par l'Allemagne en faveur de MobilCom AG, *JOUE*, L 116 du 4 mai 2005.

venaient de causes diverses : gestion inefficace, difficultés conjoncturelles et sectorielles (crise du transport aérien post 11 septembre 2001), politique d'acquisitions ruineuse (47), etc. Selon certains, en privilégiant une approche darwiniste de la concurrence fondée sur la survie des meilleurs et l'élimination des plus faibles, la Commission perçoit la disparition d'entreprises comme un facteur d'incitation et de sélection dans la croissance économique (48).

## 2. Le contrôle des concentrations et la problématique des « champions nationaux »

Dans son célèbre pamphlet intitulé *La France qui tombe*, Nicolas Baverez s'inquiétait d'un :

«contrôle étriqué et fort peu économique de la concurrence et des concentrations qui protège avant tout les leaders américains et japonais de l'émergence de challengers européens crédibles, tout en empêchant les restructurations nécessaires pour lutter contre l'emballement de la baisse des prix» (49).

Ce faisant, le polémiste prenait le relais d'une revendication plus ancienne qui repose sur l'idée que les politiques publiques doivent encourager les entreprises nationales à «grossir» afin de concurrencer leurs rivales étrangères. Très tôt, les autorités publiques nationales ont perçu les opérations de concentration économique comme un moyen d'assurer l'intégration des marchés et de répondre à la concurrence croissante de grandes entreprises internationales et, en particulier d'origine américaines (50). En 1967, Jean-Jacques Servan Schreiber avait évoqué le «défi américain» posé à l'Europe du point de vue de son intégration économique (51). A l'initiative d'organisations représentatives de l'industrie et de certains Etats Membres (dont, en particulier, la France), des campagnes d'informations furent alors menées pour mettre en lumière le fait que, dans de nombreuses industries communautaires, la taille moyenne des entreprises était significativement inférieure à la taille moyenne

(47) Valérie SEGOUD, «France Télécom, qui est responsable?», *La Tribune*, 1<sup>er</sup> octobre 2002.

(48) Voir Jean Louis COLSON, «La position de la Commission vis-à-vis des aides aux entreprises en difficulté», in *Entreprises en difficulté et application du droit de la concurrence*, Ateliers de la Concurrence du 23 juin 2004, Paris.

(49) Nicolas BAVEREZ, *La France qui tombe*, Perrin, 2003 à p. 116.

(50) Id. Voir également Loukas TSOUKALIS, *The New European Economy - the Politics and Economics of Integration*, (1991) Oxford University Press, à p. 98. Cette idéologie s'inscrit dans le discours politique plus général qui sous tend une partie des motivations de la construction européenne.

(51) Voir Jean-Jacques SERVAN SCHREIBER, *Le défi américain*, Paris, 1967.

des entreprises américaines actives dans les mêmes secteurs (52). Il fût soutenu que des gains nets résulteraient d'une réduction du nombre d'entreprises actives dans une série de marchés et d'un accroissement de leur dimension.

Dans ce contexte économique-culturel, il n'est pas surprenant que l'adoption, en 1989, d'un Règlement sur le contrôle des concentrations insensible à toute préoccupation de politique industrielle et donnant un pouvoir d'interdiction, à la Commission européenne, des opérations entraînant la constitution d'opérateurs dominants, ait fait l'objet de vives critiques (53). La première version du Règlement 4064/1989 déclarait en effet incompatibles les concentrations «qui créent ou qui renforcent une position dominante» (54). L'absence de prise en considération d'objectifs industriels, sociaux ou autres fut très critiquée. Au considérant 13 du préambule, le texte prévoyait certes que la Commission se devait «de placer son appréciation dans le cadre général de la réalisation des objectifs fondamentaux visés à l'article 2 du traité, y compris celui du renforcement de la cohésion économique et sociale de la Communauté visé à l'article 130 A du traité» (55). Cependant, la Commission et la Cour se gardèrent bien d'y voir une cause d'exemption de concentrations qui créeraient ou renforceraient envers et contre tout une position dominante.

Au contraire, l'autorité européenne de concurrence s'est contentée de faire une mise en œuvre littérale de l'article 2(3). L'illustre décision de la Commission dans l'affaire *Aérospatiale-Alenia/de Havilland* en témoigne (56). En l'espèce, la Commission avait interdit une opération par laquelle deux entreprises françaises et italiennes de l'industrie aéronautique projetaient de faire acquisition de de

(52) Voir Dennis SWANN, *The Economics of the Common Market*, 5th Ed., Penguin Books, 1984, à p. 290.

(53) Voir M. MOTTA, *Competition Policy - Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004 à pp. 28-29 : Cela explique par exemple l'insistance du gouvernement français à obtenir l'insertion d'objectifs de politique industrielle dans le test de fond de la première version du Règlement 4064/89 relatif aux opérations de concentrations entre entreprises.

(54) Voir Article 2(3) du Règlement 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises : «Les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun.»

(55) Voir Considérant 13 du préambule du Règlement 4064/89.

(56) Voir décision de la Commission du 2 octobre 1991, M.53 - *Aérospatiale - Alenia / De Havilland*.

*Havilland*, une filiale de Boeing. L'opération aurait abouti à la constitution d'un groupe contrôlant près de 64 % du marché mondial de la vente d'avions commerciaux régionaux et produit de lourds effets anticoncurrentiels sur les concurrents communautaires et externes de l'entité fusionnée (57). La décision de la Commission suscita un tollé au sein de certains Etats Membres, notamment en France et en Italie (58). Certains représentants politiques exigèrent même la démission du Commissaire à la concurrence de l'époque, Sir Leon Brittan.

La jurisprudence de la Cour de justice est également orientée en ce sens. Dans l'affaire *France contre Commission*, la CJCE refusa très explicitement de conférer une valeur normative aux considérants du préambule du Règlement concentrations (59). Bien que le TPICE ait semblé accorder une certaine portée juridique aux considérations d'ordre social du préambule dans l'affaire *CE Société Générale des grandes sources Perrier*, cette extension fut limitée aux questions procédurales d'intérêt à agir des instances de représentation du personnel (60).

Récemment, les Etats membres ont cherché à reprendre la main. Au cours de l'année 2004, le chancelier allemand Schröder et le président français Chirac ont tenté – en vain – de jeter les bases d'une collaboration franco-allemande *ad hoc* visant à favoriser la création de champions industriels européens (61). La réaction des autorités de Bruxelles ne se fit pas attendre. Fraîchement nommée Commis-

(57) Voir Michel Waelbroeck et A. Frignani, *supra*, note 36 au §14.

(58) Voir Nicholas Levy, «EU Merger Control: From Birth to Adolescence», (2003) 26 *World Competition*, p. 195 aux pp. 205-206.

(59) Voir CJCE, 31 mars 1998, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et entreprise minière et chimique (EMC) contre Commission*, C-68/94 et C-30/95, *Rec.*, 1998 p. I-1375 à §§176-177.

(60) Voir sur ce point D. Geradin et N. Petit, *supra*, note 34 à pp. 19-20 et TPICE, T-96/92, *supra*, note 34 à §29: «En effet, l'article 2, paragraphe 1, sous b), du règlement n 4064/89 impose à la Commission d'effectuer un bilan économique de l'opération de concentration en cause, lequel peut faire intervenir, le cas échéant, des considérations d'ordre social, comme le confirme le treizième considérant de ce même règlement, énonçant que «la Commission se doit de placer son appréciation dans le cadre général de la réalisation des objectifs fondamentaux visés à l'article 2 du traité, y compris celui du renforcement de la cohésion économique et sociale de la Communauté visé à l'article 130 A». Dans ce cadre juridique de l'opération de concentration, à l'article 18, paragraphe 4, du règlement, concrétisant le principe énoncé au dix-neuvième considérant, du droit des représentants des travailleurs des entreprises concernées d'être entendus, à leur demande, manifeste la volonté d'assurer la prise en considération des intérêts collectifs desdits travailleurs au cours de la procédure administrative».

(61) Voir sur ce point, Henrik Uterwedde, «Y-a-t-il une politique industrielle commune pour la France et pour l'Allemagne?», (2005) *Visions franco-allemandes n° 4*, *Institut Français des Relations Internationales*.

saire à la concurrence, Neelie Kroes, enterra purement et simplement toute tentation de cette nature en déclarant lors d'une interview :

«Les règles actuelles (en matière de fusions-acquisitions) n'ont pas besoin d'être changées. [...] En matière d'antitrust, même chose : appliquons les règles en vigueur. Soyons moins bureaucratiques, accélérons les procédures, ça oui. [...] Pour moi, ce n'est pas utile de parler de «champion national», c'est une notion dépassée. Ce dont nous avons besoin, c'est d'un climat favorable aux affaires pour tous ceux qui souhaitent investir en Europe» (62).

Il faut enfin souligner que les critiques adressées à la Commission européenne ne sont pas le monopole de grands Etats à forte tradition dirigiste. Au cours des années récentes, les «petits» pays du nord de l'Europe se sont également joints à la dénonciation de l'excès de sévérité de la Commission. La décision d'interdiction de la fusion *Volvo/Scania* en 2000 a ainsi été vertement critiquée par les autorités politiques suédoises (63). Il fut notamment reproché à la Commission de s'être arrogé un pouvoir de contrôle empêchant les entreprises de petits pays d'atteindre une position de force au niveau global (64).

### 3. Le pouvoir de réglementer publiquement les prix et les conditions de vente sur le marché

La mise en jeu combinée des articles 10 et 81 du traité de Rome impose aux Etats membres de ne pas priver d'effet utile les règles communautaires de concurrence et partant, limite en principe le pouvoir d'intervention des Etats membres sur le marché. Dans un arrêt *INNO/ATAB*, la Cour s'est ainsi appuyée sur les articles 3f) et 10 du Traité pour juger que les Etats Membres devaient s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de priver d'effet utile les dispositions de concurrence du Traité, en vertu de leur obligation de coopération loyale (65).

(62) Voir Interview de Neelie Kroes, *Les Echos*, 26 janvier 2005.

(63) Voir décision de la Commission *Volvo/Scania* du 14 mars 2000, COMP/M. 1672, *JOCE*, L 143 du 29 mai 2001, pp. 74-132.

(64) Voir Henrik Horn and Johann Stennek, «EU Merger Control and Small Member State Interests», in *The Pros and Cons of Merger Control*, Swedish Competition Authority, 2002, à pp. 83-84.

(65) Voir CJCE, aff. 13/77 dite «INNO/ATAB», *SA G.B.-INNO-B.M. contre Association des détaillants en tabac (ATAB)*, 16 novembre 1977, *Rec.*, 1977 p. 2115 : «les Etats Membres ne sauraient édicter de mesures permettant aux entreprises de se soustraire aux règles prévues aux articles 85(1) à 94 (88) inclus».

La portée très large de ce jugement a été discutée. La question s'est ainsi posée de savoir si une mesure étatique applicable à une pluralité d'entreprises et limitant les rapports de concurrence sur le marché pouvait être contestée sur le fondement des articles 3 f) 10 et 81 du Traité. Dans la mesure où toute intervention législative dans l'économie produit un effet d'harmonisation (variable certes, mais réel) des conditions de concurrence, la contrainte pesant sur les États membres pourrait être particulièrement étendue. Des précisions ont été apportées sur ce point dans l'affaire *Meng* qui a limité les hypothèses dans lesquelles un État pouvait être tenu responsable d'une infraction à l'article 81 :

« [...] l'article 85 (81), lu en combinaison avec l'article 5 (10) du traité, impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises. Tel est le cas, en vertu de cette même jurisprudence, lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 (81) ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économiques (66).

Les tempéraments apportés par cet arrêt restent cependant limités et les États membres ont pu craindre que la Commission européenne ne surveille de trop près leurs interventions dans l'économie (67). La Commissaire à la concurrence Neelie Kroes a d'ailleurs érigé la lutte contre les obstacles publics à la concurrence au rang des priorités de son mandat. Si la politique dans ce domaine était affirmée, les craintes des États pourraient être fondées tant la Commission européenne dispose, ensemble avec les autorités et juridictions nationales suite à l'affaire des *allumettes italiennes*, d'un pouvoir de contrainte important. Une législation de nature à priver d'effet utile les dispositions du traité pourrait ainsi être (i) poursuivie par la Commission sur le fondement du recours en manquement de l'article 226 TCE; et (ii) inappliquée par les autorités nationales.

(66) Voir CJCE, aff. C-2/91, *Procédure pénale contre Wolf W. Meng*, 17 novembre 1993 au §14.

(67) Aux États-Unis, par contraste, l'exemple du *Webb-Poreme Act* montre que la législation fédérale peut facilement court-circuiter le droit antitrust.

## B. – Un conflit «de façade»

Un examen sérieux des règles de concurrence et des prétendus espaces de divergence avec la politique industrielle montre que le conflit allégué est essentiellement de façade (68).

### 1. Le caractère erroné des critiques en matière d'aides d'Etat

Les critiques formulées par les partisans d'une intervention industrielle forte en matière d'aides d'Etat reposent sur une appréciation conceptuellement erronée du droit de la concurrence. L'opinion dominante des économistes sur ce point a été parfaitement exprimée par le professeur Motta :

«competition policy is the best possible industrial policy : it is unlikely that firms in a particular industry are able to grow healthily if sheltered from competition, subsidised, or exempted from anti-cartel laws» (69).

Les objectifs et effets de la politique de concurrence convergent parfaitement avec le concept de politique industrielle. L'effet des pressions concurrentielles, en particulier sur l'efficacité productive et dynamique des entreprises, conduit à une amélioration de l'«efficacité industrielle» des firmes, en d'autres termes la capacité des offreurs à réduire leurs coûts tout en innovant. Cette opinion est celle de la Commission européenne (70).

(68) Voir Martine Orange, «L'Europe a besoin d'une nouvelle politique industrielle», *Le Monde*, 3 juin 2005 : «Mais l'Europe est-elle prête à mettre en oeuvre une politique active de soutien?» s'est interrogé Jean-Louis Beffa. Le PDG de Saint-Gobain, responsable d'un rapport sur la recherche et l'innovation, a rappelé que tous les dispositifs d'aide différenciée à la recherche, préconisée par Bruxelles, avaient échoué. «La France a été capable de faire des champions industriels nationaux dans le cadre de la politique européenne de la concurrence», a répliqué Mario Monti, ancien commissaire européen à la concurrence ayant réintégré le monde universitaire. Il a cependant reconnu que l'Union européenne «avait évolué sur le sujet» et que des mesures pour soutenir les économies étaient mieux admises qu'auparavant. Tout en se déclarant favorable à une politique industrielle ciblée et encadrée pour permettre l'émergence de nouvelles forces économiques en Europe, l'ancien commissaire européen a toutefois précisé son soutien : «Il ne faudrait pas qu'un projet de politique industrielle et d'innovation fasse oublier les réformes structurelles nécessaires. Et celles-ci ne concernent pas que le problème des salaires.»

(69) Voir Massimo Motta, *supra*, note 53 à p. 29.

(70) Neelie Kroes, «Building a Competitive Europe – Competition Policy and the Relaunch of the Lisbon Strategy», Bocconi University, Milan, Speech/05/78 of 7 February 2005 : «[...] in difficult times, it is sometimes appealing to launch ideas about champions and sectoral initiatives – to sell the dream of guaranteed international success. We have firmly to resist this temptation. In the design of policy actions, we should be clear that vigorous competition at home represents the best industrial policy». Voir XXV<sup>ème</sup> rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence, 1995 : «la politique de concurrence et la politique de compétitivité ne sont [...] pas antinomiques; au contraire, elles poursuivent les mêmes objectifs, c'est-à-dire créer les conditions indispensables au développement et au maintien d'une industrie communautaire perfor-

Les relations prétendument tourmentées entre le droit des aides d'Etat et la politique industrielle sont en réalité la conséquence de plusieurs facteurs qui n'ont que peu à voir avec la stratégie industrielle des Etats. Premièrement, au niveau des principes, la contrainte exercée par le droit de la concurrence amputerait les Etats de l'une de leurs compétences régaliennes dans la mesure où il leur interdirait de redistribuer les recettes publiques comme bon leur semble. L'interdiction des aides d'Etat est donc perçue par certains comme une réduction inacceptable de souveraineté. Cela n'est pourtant que partiellement vrai, le traité ne s'opposant qu'aux aides sélectives favorisant un secteur ou une production et infligeant un désavantage concurrentiel. En revanche, le traité ne fait pas obstacle à l'exercice d'une compétence redistributive pour autant qu'elle soit transversale. De surcroît, l'article 87(3) définit de façon très souple les catégories d'aides d'Etat susceptibles d'exemption, permettant ainsi que des aides à fort potentiel redistributif destinées à mettre en œuvre des orientations de politique industrielle soient exemptées lorsque, par exemple, elles facilitent le développement de certaines activités (71).

Deuxièmement, les aides concernées sont souvent destinées, sous l'apparence de la politique industrielle, à masquer une intervention de dernière minute visant à limiter le coût politique et social ruineux d'opérations de restructuration sociales ou de délocalisation. Nous pensons cependant qu'une réponse étatique tout aussi efficace socialement et moins néfaste du point de vue de la concurrence est possible. Les instruments fournis par le droit fiscal pourraient par exemple être actionnés – horizontalement – afin d'améliorer l'*attractivité* des territoires nationaux (dispositifs d'exemption, mesures d'harmonisation au niveau européen, etc.) (72). De ce point de vue, le versement d'aides publiques *sélectives* doit être d'autant plus fer-

mante et concurrentielle, améliorer sans cesse la qualité des produits et des services offerts aux citoyens européens et assurer la stabilité de l'environnement économique.

(71) Voir M. Waelbroeck et A. Frignani, *supra*, note 36 à p. 16.

(72) Cette approche à deux niveaux a été reprise par la Commission dans une Communication d'octobre 2005 où elle plaide d'abord en faveur d'une approche industrielle – par principes horizontale – centrée sur l'attractivité du territoire européen : «La politique industrielle vise en priorité à créer les conditions favorables au développement des entreprises et de l'innovation afin de faire de l'UE une zone attrayante pour les investissements industriels et la création d'emploi». Voir Communication de la Commission du 5 octobre 2005 «Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : Un cadre politique pour renforcer l'industrie manufacturière de l'UE – vers une approche plus intégrée de la politique industrielle» – COM(2005) 474 final.

mement condamné qu'il adresse un signal négatif aux investisseurs étrangers, réticents à entrer sur des marchés sur lesquels certains des opérateurs en place seront soutenus par l'Etat en cas de difficultés liées au surcroît de concurrence en résultant.

Au plan social, le coût politique de restructurations et de délocalisations peut être largement limité par des mesures de reclassement des travailleurs et de formation continue. Les pertes d'emploi résultant par exemple d'opérations de fusion sont certes particulièrement graves dans les Etats connaissant un marché de l'emploi rigide où il est donc difficile pour des travailleurs licenciés de se reclasser. Cependant, plutôt que de vouloir contrer les stratégies économiques légitimes de certaines entreprises ou encore de distribuer des aides d'Etat afin de remédier aux déficiences d'autres firmes, il serait préférable que les pouvoirs publics gèrent intelligemment l'agenda économique en anticipant ces difficultés (73).

Ensuite, des mesures visant à faciliter les transitions imposées par les restructurations économiques doivent être prévues. La Commission s'est notamment engagée, dans une Communication sur les restructurations et l'emploi, à mieux anticiper et accompagner ensuite les restructurations industrielles néfastes pour l'emploi en mobilisant les fonds structurels européens (74). Elle a par ailleurs inscrit au rang des priorités de la politique de cohésion pour 2007-2013, le soutien aux programmes visant à moderniser les marchés du travail et prévoir les restructurations problématiques de certains secteurs (75).

Certains auteurs ont enfin estimé que des progrès restaient souhaitables sur le terrain juridique dans le traitement et l'analyse des aides d'Etat aux entreprises en difficulté (76). Les règles relatives aux aides d'Etat aux entreprises en difficulté imposeraient de tenir compte de la structure de concurrence qui résulterait de la disparition d'un opérateur, de façon analogue à ce qui pourrait résulter

(73) Une fois les emplois supprimés, la Commission cherche généralement à intervenir rapidement par la politique dite de cohésion, sur base des fonds structurels pour favoriser la reconversion rapide et efficace des sans-emploi.

(74) Voir Communication de la Commission du 31 mars 2005, «Restructurations et emploi – anticiper et accompagner les restructurations pour développer l'emploi : le rôle de l'Union européenne» – COM(2005) 120 final.

(75) Voir Communication de la Commission sur la politique industrielle, *supra*, note 72 à p. 12.

(76) Voir Stanislas Martin et Christophe Strasse, «La politique communautaire des aides d'Etat est-elle une politique de concurrence?», (2005) 3 *Revue Concurrences*, p. 52.

d'une fusion horizontale. Selon ces auteurs, la Commission semble sous-estimer le fait que, lorsqu'une entreprise disparaît, la structure de concurrence sur le marché est altérée. Cet élément plaiderait donc en faveur d'une approche moins hostile aux aides d'Etat. Dans l'affaire *Alstom*, notamment, celle-ci aurait disparu du marché si l'aide avait été prohibée. Sa part de marché aurait ensuite été récupérée par Siemens qui, de fait seule sur une série de marchés, aurait eu toute liberté pour se servir une rente de monopole sur ses clients.

L'analyse de ces auteurs est certes séduisante, mais ceux-ci en tirent une conclusion incomplète, impraticable et inutile. Incomplète d'abord, car ces auteurs semblent ignorer que la Commission est consciente de ce problème au point de préciser, dans ses lignes directrices communautaires concernant les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, que des aides pourraient être autorisées «*exceptionnellement, par l'intérêt qu'il y a à maintenir une structure de marché concurrentielle lorsque la disparition d'entreprises pourrait aboutir à une situation de monopole ou d'oligopole étroit*» (77). De plus, ces auteurs omettent de formuler le test sur lequel une telle approche devrait reposer. A la manière des principes d'examen des concentrations horizontales sous le règlement 139/2004, nous estimons qu'il devrait être procédé à un examen prédictif du risque de hausse de prix par les entités restant sur le marché sous la forme d'effets unilatéraux et coordonnés. En outre, il devrait être prouvé que n'existent pas de solutions moins restrictives de concurrence sous la forme, par exemple, d'une reprise des actifs par un nouvel entrant, etc.

Impraticable ensuite, car le pouvoir de marché de l'entité qui resterait prétendument sur le marché ne peut pas être examiné en détail, dans la mesure où n'étant pas l'entreprise bénéficiaire de l'aide, elle n'intervient pas nécessairement dans la procédure, et, si tel est le cas uniquement de façon limitée. En outre, cette entreprise n'a aucun incitant à divulguer des informations soutenant une exemption de l'aide et incriminant un futur pouvoir de marché dans son chef. Notons à cet égard que la disparition d'entreprises en difficulté fait partie intégrante de la notion de concurrence que la Commission se voit de devoir protéger. En l'absence de sanction du

(77) Voir Communication de la Commission - Lignes directrices communautaires concernant les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, *JOCE*, C 244 du 1 octobre 2004, pp. 2-17 au §8 ainsi que les §31.

marché, il est clair que certaines entreprises pourraient être encouragées à ne pas prendre les mesures, parfois draconiennes (réduction de coûts, réorganisation de la stratégie industrielle, etc.), nécessaires à leur survie. Le fait qu'une entreprise se trouve en position dominante suite à la défaillance d'une de ses concurrentes n'est pas en soi illégitime et ne nécessite pas nécessairement une intervention des pouvoirs publics.

Inutile enfin, car il n'est pas certain que l'identification d'un risque de pouvoir de marché à l'issue de la défaillance de l'entreprise inutile exige une politique plus souple en matière d'aides d'Etat. En effet, il reste possible de corriger *ex post* tout exercice abusif d'un pouvoir de monopole à l'issue de la sortie d'un opérateur sur le fondement notamment de l'article 82 TCE. Par ailleurs, il est largement admis que le prix de monopole pourrait susciter l'entrée de nouveaux opérateurs, pour autant que les barrières à l'entrée et à l'expansion ne soient pas trop élevées.

En somme, les lourdes conséquences sociales et politiques de l'application ponctuelle des règles de concurrence sont à l'origine d'une controverse, qu'un examen sérieux ne justifie cependant pas (78).

## 2. La réalité sur le contrôle des fusions et acquisitions

Les arguments développés pour soutenir que le contrôle des concentrations fait obstacle à l'apparition de grandes entreprises sont également infondés. Une simple observation statistique permet de s'en convaincre dès l'abord. Depuis l'entrée en vigueur du système communautaire de contrôle des concentrations en 1990 seules 19 opérations sur un total de 2940 cas notifiés à la Commission européenne ont été interdites (79). En outre, ainsi que l'avait

(78) La Commission reconnaît elle-même que le domaine des aides aux entreprises en difficulté est un terrain de controverse. Voir lignes directrices communautaires concernant les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, *supra*, note 77 à §4.

(79) On dénombre 19 décisions d'interdiction. Voir les affaires M.3440 - *ENI / EDP / GDP* (4064) - 9 décembre 2004, M.2416 - *Tetra Laval / Sidel* - 30 octobre 2001, M.2187 - *CVC / Lenzing* - 17 octobre 2001, M.2283 - *Schneider / Legrand* - 10 octobre 2001, M.2220 - *General electric / Honeywell* - 3 juillet 2001, M.2097 - *SCA / Metsä Tissue* - 31 janvier 2001, M.1741 - *MCI Worldcom / Sprint* - 28 juin 2000, M.1672 - *Volvo / Scania* - 15 mars 2000, M.1524 - *Airtours / First choice* - 22 septembre 1999, M.1027 - *Deutsche Telekom / Beiaresearch* - 27 mai 1998, M.993 - *Bertelsmann / Kirch / Premiere* - 27 mai 1998, M.890 - *Blokker / Toys 'R' us* (II) - 26 juin 1997, M.774 - *Saint Gobain / Wacker Chemie / Nom* - 4 décembre 1996, M.784 - *Kesko / Tuko* - 20 novembre 1996, M.619 - *Gencor / Lonrho* - 24 avril 1996, M.553 - *RTL / Veronica*

observé Mario Monti à l'occasion d'une audition au Sénat français, le règlement concentrations n'a pas empêché l'apparition de champions européens comme Total Fina Elf, Carrefour Promodès ou Framatome/Siemens (80). Au contraire, la Commission semble même favorable à l'émergence de champions européens, ce qui explique notamment qu'elle se plaigne du manque d'activité concentrative transfrontière dans le secteur bancaire (81).

Par ailleurs, sur un plan purement théorique, il faut rappeler que la taille des entreprises, qui est souvent le principal argument invoqué par les Etats membres dans le cadre de la thématique des champions industriels, ne garantit pas toujours un succès sur le marché (82). Dans une économie mondiale de plus en plus basée sur la connaissance, la production de masse et, donc, la nécessité d'une grande taille, a souvent perdu de son importance. Les milliers d'entreprises qui gravitent autour de la *Silicon Valley* en sont une illustration. En toute hypothèse, dans un secteur où la taille reste un atout, le règlement concentrations admet que les gains d'efficacité liés aux augmentations de taille puissent contrebalancer les effets négatifs d'une opération de concentration (83).

En bref, il ressort de ces éléments que la Commission n'est pas hostile à la création de grandes entreprises européennes. En revanche, il ne fait aucun doute que celle-ci est très méfiante de la pré-

/ *Endemol ('HMG')* - 20 septembre 1995, M.490 - *Nordic Satellite Distribution* - 19 juillet 1995, M.489 - *MSG Media Service* - 9 novembre 1994, M.53 - *Aerospaziale / Alenia / De Havilland* - 2 octobre 1991. Voir les statistiques mises à jour par la Commission à l'adresse suivante : <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/stats.html> Il convient d'ajouter à ce chiffre les opérations de concentrations qui n'ont pas « dimension communautaire » et qui ont été notifiées aux autorités nationales de concurrence. Ces opérations sont également très nombreuses.

(80) Voir audition de Marion MONTI, Réunion de la délégation pour l'Union européenne du mardi 8 juin 2004.

(81) Voir notamment discours de Charlie MCCREEVY, *European Banking - Challenges and changes ahead*, Institut International d'Etudes Bancaires, Dublin Castle, 20 May 2005, Speech/05/294 of 23 May 2005.

(82) Voir Robert PRTOFSKY, « EU and US Approaches to International Mergers - Views from the US Federal Trade Commission », in *EC Merger Control: Ten Years*, International Bar Association, 2000, London On à p. 50.

(83) Voir Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE*, C 31 du 5 février 2004, pp. 5-18 au §76. Voir aussi le §80 qui prévoit : « Les concentrations sont susceptibles de générer différents types de gains d'efficacité pouvant conduire à une baisse des prix ou à d'autres avantages pour les consommateurs. Par exemple, les économies réalisées au niveau de la production ou de la distribution pourraient donner à l'entité issue de la concentration la capacité et l'incitation de baisser les prix à l'issue de l'opération ». Voir enfin l'article 2(1) du Règlement 139/2004 qui vise le progrès technique : « La Commission tient compte [de] l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence ».

*férence nationale* que certains Etats font prévaloir en matière de rapprochements entre entreprises. Cette préférence nationale s'est clairement manifestée à l'occasion de l'offre publique d'achat hostile de Sanofi-Synthélabo sur Aventis, deux entreprises françaises, lorsque le premier ministre français avait déclaré y être favorable au nom de « l'intérêt national », jetant ainsi l'anathème sur la contre-offre formulée par Novartis, le grand laboratoire pharmaceutique suisse. Elle s'est manifestée encore plus nettement lorsque le gouverneur de la Banque d'Italie, Antonio Fazio, aujourd'hui démissionnaire, a cherché à favoriser, dans le cadre de l'OPA lancée au début de l'année par le groupe néerlandais ABN-Amro sur Banca Antonveneta, la contre-offre formulée par la Banca Popolare Italiana pour défendre « l'italianité des banques ».

Les moyens juridiques dont dispose la Commission pour lutter contre ces pratiques existent mais ne sont pas toujours efficaces. Dans l'affaire Fazio, la Commission a pu introduire une procédure d'infraction sur le fondement de l'article 226 TCE car la loi italienne accorde un pouvoir discrétionnaire si grand au gouverneur de la banque centrale italienne qu'elle pourrait violer les règles relatives à la libre circulation des capitaux (84). Elle reste cependant démunie lorsque le soutien de l'Etat est informel, comme dans le cadre de l'affaire *Sanofi-Synthélabo/Aventis*.

Certes, on pourrait observer que le Règlement concentration lui permet d'examiner l'opération à un stade ultérieur si les seuils de contrôle sont franchis. La concentration *Sanofi-Synthélabo/Aventis* a ainsi été soumise à son examen (85). Cependant, cet examen ne permet pas en principe de s'opposer à ces pratiques de préférence nationale, car l'opération n'est examinée qu'à l'aune d'un seul critère, l'entrave significative à la concurrence effective. De plus, il faut observer que la création de champions nationaux réalisant l'essentiel de leur activité au sein d'un Etat membre ne relèvera que rarement de la compétence de la Commission. Le Règlement écarte

(84) Voir Communiqué de presse de la Commission, « Libre circulation des capitaux : la Commission lance une procédure d'infraction à l'encontre de l'Italie concernant la prise de participations dans des banques italiennes », IP/05/1595 du 14 décembre 2005, IP/05/1595, Bruxelles, 14 décembre 2005. La Commission a introduit une procédure d'infraction contre ces pratiques sur le fondement de l'article 226 TCE. La Banque d'Italie aurait agi en infraction au principe de la liberté d'établissement ou de libre circulation des capitaux. La loi italienne accorde un pouvoir discrétionnaire important au gouverneur de la banque centrale italienne sur ces questions.

(85) Voir Décision de la Commission M.3354, *Sanofi-Synthélabo/Aventis* du 26 avril 2004.

de son champ d'application les concentrations impliquant des entreprises réalisant chacune plus des deux tiers de leur chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre (86). La récente OPA d'Endesa sur Gas Natural ou la fusion entre E.ON et Ruhrgas en 2002 constituent d'excellents exemples de cas dans lesquels la Commission s'inquiète d'une consolidation trop nationale du secteur de l'énergie en Europe, mais est impuissante à inverser cette tendance (87).

### 3. Les erreurs d'appréciation au sujet de l'intervention étatique dans l'économie

Les craintes émises au sujet de l'introduction de procédures à l'encontre des interventions des États membres dans l'économie sur le fondement des articles 10 et 81 du traité relèvent, pour la plupart, du fantasme juridique. Certes, la jurisprudence de la Cour offre théoriquement une base juridique pour l'introduction d'une procédure d'infraction à l'encontre d'un État sur base de l'article 226 TCE (recours en manquement). Cependant, la Commission n'en a jusqu'à présent fait qu'un usage parcimonieux, pour des raisons vraisemblablement politiques (88).

Par ailleurs, les inquiets qui craignent que la situation n'évolue, à l'aune des priorités politiques énoncées par la Commissaire à la concurrence Neelie Kroes en début de mandat, se trompent. Malgré un discours très ferme, celle-ci s'est gardée de faire allusion à l'introduction de recours contentieux à l'encontre des États membres. Au contraire, la Commissaire semble en faveur d'un traitement souple et indirect des obstacles publics à la concurrence. Elle a notamment insisté sur le rôle croissant des études d'impact *ex ante/ex post* en matière législative et réglementaire ainsi que sur le rôle accru des juri-

(86) Voir article 1(3) du Règlement 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

(87) Voir Christophe BARTHÉLÉMY, «Les contradictions de l'Europe de l'énergie», *Les Echos*, 25 novembre 2005. Voir également European Commission, *Energy Sector Inquiry – Issues Paper*, 15 November 2005.

(88) À l'exception de l'affaire dite des *expéditeurs en douane*, CJCE, C-35/96, *Commission contre Italie*, 18 juin 1998, *Rec.*, 1998, p. I-3851. La grande majorité des arrêts portant sur les articles 10 et 81 TCE est montée à la Cour par la voie du recours en annulation prévu à l'article 230 TCE. Voir sur ce point, Nicolas PETIT, «The Proliferation of National Regulatory Authorities besides Competition Authorities: A Risk of Jurisdictional Confusion?» in D. GERADIN et al., Eds., *Regulation through Agencies: A New Paradigm of European Governance*, Edward Elgar, 2005.

dictions nationales et autorités nationales au lendemain de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire des *allumettes italiennes* (89).

## IV. – LA CONDUITE DE POLITIQUES INDUSTRIELLES PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE

La Commission européenne, dont certains condamnent une prétendue hostilité au concept de politique industrielle, a pourtant défini des orientations en la matière dans une récente Communication d'octobre 2005. Les principes d'interventionnisme limité et de non-sélectivité énoncés dans ce texte (A) cadrent cependant mal avec la pratique décisionnelle de la Commission, qui fournit maints exemples d'opérations sectorielles de politique industrielle (B).

### A. – La politique industrielle «officielle» de la Commission

L'article 157 du traité de Rome consacre des développements à l'industrie. Il y est question, en des termes forts laconiques, de la politique de compétitivité de l'Union :

*«La Communauté et les États membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de la Communauté soient assurées. À cette fin, conformément à un système de marchés ouverts et concurrentiels, leur action vise à : – accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels; – encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises de l'ensemble de la Communauté, et notamment des petites et moyennes entreprises; – encourager un environnement favorable à la coopération entre entreprises; – favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation, de recherche et de développement technologique.»*

Autant le dire clairement, cette disposition ne permet en rien l'adoption d'un réel programme autonome de politique industrielle par la Commission européenne. En effet, l'article 157(2) rappelle expressément que la réalisation des objectifs susmentionnés passe par des politiques et actions communautaires au titre d'autres dispositions du traité de Rome. De plus, le traité ne semble assigner à la Commission qu'un simple rôle de coordination des politiques communautaires et des actions prises par les États Membres.

(89) Voir Neelie KROES, «The Competition Principle as a Guideline for Legislation and State Action – the Responsibility of Politicians and the Role of Competition Authorities», *12th International Conference on Competition*, Bonn, 6 June 2005, Speech/05/324.

La portée limitée de ces dispositions n'a pas empêché la Commission de développer une position sur la question de la politique industrielle. Sa récente communication de 2005 dresse le tableau d'une politique industrielle mesurée. Trois grandes caractéristiques peuvent être identifiées. Premièrement, la Commission considère que les entreprises sont la cheville ouvrière du dynamisme industriel et que l'intervention des autorités publiques doit être limitée aux situations où apparaissent certaines défaillances du marché ou lorsque cette intervention peut favoriser une mutation structurelle, sur la base d'un dialogue permanent avec toutes les parties prenantes pertinentes (90). Cette prise de position montre que la Commission, en harmonie avec les recommandations des économistes, ne sous-estime pas le potentiel d'optimisation des acteurs sur le marché dans la compétitivité industrielle.

Deuxièmement, la Commission est fermement attachée au principe d'horizontalité de la politique industrielle. En d'autres termes, elle s'engage à veiller scrupuleusement à ce que des politiques interventionnistes sélectives ne soient pas réintroduites. La Commission semble donc reconnaître les risques soulignés par la théorie économique lorsque les Etats interviennent sélectivement dans l'économie. Elle reconnaît tout de même que les caractéristiques particulières des différents secteurs doivent être prises en considération.

Troisièmement, au plan substantiel, la Commission entend concentrer ses efforts sur deux axes. Tout d'abord, elle compte stimuler les technologies de l'information et les investissements en recherche et développements (où elle estime que l'Europe pourrait disposer d'un réel avantage comparatif dans le commerce mondial), contrairement aux secteurs plus traditionnels, (où les économies émergentes sont plus compétitives en raison essentiellement de la disponibilité de main d'œuvre peu qualifiée et de son coût). Ensuite, conformément aux orientations préconisées par le rapport Sapir, elle s'engage à encourager l'amélioration des environnements réglementaires afin de faciliter les investissements, l'accès au marché des entreprises, etc. (91)

(90) Voir Communication de la Commission, *supra*, note 72 aux pp.3-4.

(91) «An Agenda For a Growing Europe – Making the EU Economic System Deliver», Report of an Independent High-Level Study Group established on the initiative of the President of the European Commission, July 2003, at p. 37 : «National regulations also play a major role in facilitating or hindering entry. General business conditions are of particular importance for start-ups since they do not have the capacity to deal with very complex regulatory environments from

En bref, la Commission européenne est officiellement partisane d'un interventionnisme et d'une sélectivité limités, incomparables avec le dirigisme larvé qui se cache derrière les exhortations au «patriotisme économique» ou à la création de champions industriels.

#### B. – *La conduite secrète d'une politique industrielle «sous le manteau»*

Les appels à l'horizontalité et à la non-sélectivité émis par la Commission dans sa Communication surprennent lorsque mis en perspective avec certaines de ses initiatives décisionnelles récentes. Un examen approfondi de sa pratique décisionnelle en matière de droit de la concurrence, montre en effet que celle-ci utilise régulièrement ses pouvoirs afin de poursuivre de vraies opérations sectorielles de politique industrielle.

Le domaine des industries de réseau libéralisées ou en cours de libéralisation en fournit de multiples exemples (92). Dans le secteur des télécommunications, la Commission a ainsi cherché à utiliser les pouvoirs qu'elle tire du Règlement concentrations afin d'atteindre des objectifs de nature réglementaire ou d'accélérer le rythme du programme de libéralisation (93). Dans l'affaire *Atlas*, par exemple, la Commission délivra une autorisation pour 5 ans à une entreprise commune entre France Telecom et Deutsche Telekom sous réserve, *inter alia*, que la France et l'Allemagne s'engagent à libéraliser des infrastructures tierces, alors que cette condition n'était pas imposée par la législation dérivée européenne (94). De façon analogue, la

the beginning. One area in which a major effort has been made is in the time cost involved in setting up a company. Nevertheless, administrative burdens remain high in Europe. For instance, authorisations for industrial investments have both very long lead times in certain Member States and also wide differences across projects. Since speed to market is an essential aspect of innovation where a large proportion of total profits are often made in the first months of commercialisation, such delays are likely to depress the returns on innovation».

(92) Dans le secteur de l'énergie, la Commission a également fait une utilisation extrêmement dynamique des pouvoirs qu'elle tire du Règlement concentrations, notamment. Voir sur ce point, Michele PIERGIOVANNI, «EC merger control regulation and the energy sector : an analysis of the European commission's decisional practice on remedies», (2003) 4 *Journal of Network Industries*, p. 227.

(93) Voir sur ces points, Gregory J. SIDAK et Damien GERADIN, «European and American Approaches to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications», in CAVZ, S. MAJUMDAR, and I. VOGELSANG, Eds. *Handbook of Telecommunications Economics*, Vol. 2, Oxford University Press, à paraître en 2006.

(94) Décision de la Commission du 17 juillet 1996, IV/35.337 – *Atlas*, JOCE, L 239 du 19 septembre 1996, pp. 23-56. Voir §31 : Dans les lettres qu'ils ont adressées à la Commission, les gouvernements français et allemand se sont engagés à prendre les mesures nécessaires pour libéraliser les infrastructures tierces en vue de la fourniture des services de télécommunications qui seront

Commission autorisa la concentration *Telia/Telenor*, après notamment que les gouvernements suédois et norvégiens se soient engagés à dégrouter la boucle locale dans leurs pays respectifs, soit un an avant la date prévue par le Règlement 2887/2000 (95).

En d'autres circonstances, la Commission a au contraire fait une application clémente des règles de concurrence afin de ne pas ajouter d'obstacles au développement de stratégies industrielles d'opérateurs d'un secteur en proie à de graves difficultés conjoncturelles. Ainsi, au lendemain des ruineuses procédures d'attribution des licences UMTS de téléphonie mobile de troisième génération, la Commission, consciente de l'impériosité d'une introduction rapide de la technologie, a fait un examen clément de certaines opérations de concentrations, ainsi que d'accords de partage d'infrastructures de réseaux de troisième génération (96).

La poursuite d'opérations discrètes de politique industrielle est largement due au fait que l'autorité de concurrence communautaire n'est pas, *sensu stricto*, une institution spécialisée. Elle est au contraire une institution collégiale, qui jouit de compétences distinctes dans des domaines variés. Elle peut donc chercher à utiliser ses compétences étendues dans un domaine (la concurrence, par exemple) pour faire avancer les objectifs qu'elle poursuit dans d'autres secteurs où ses compétences sont plus limitées (l'énergie, par exemple). Lors de la nomination de l'actuelle Commission européenne, la France et l'Allemagne avaient souhaité créer un poste de «super Commissaire à l'industrie» qui aurait chapeauté plusieurs directions générales de la Commission dont celle de la concurrence. Une telle initiative, aujourd'hui abandonnée, aurait achevé d'éliminer la *spécialité institutionnelle* du droit de la concurrence, et aurait grande-

libéralisés d'ici le 1<sup>er</sup> juillet 1996 et pour libéraliser effectivement et totalement le marché des services de téléphonie vocale et tous ceux des infrastructures de télécommunications d'ici le 1<sup>er</sup> janvier 1998. L'existence d'infrastructures tierces de télécommunications en Allemagne et en France permet aux concurrents d'Atlas de ne pas dépendre des infrastructures de Deutsche Telekom et de France Télécom pour créer les réseaux interurbains nécessaires à la fourniture des services libéralisés. La libéralisation rapide des infrastructures tierces en France et en Allemagne est un élément de plus dans le cadre réglementaire des pays d'origine des sociétés fondatrices d'Atlas, qui vise à assurer des conditions de concurrence égales sur les marchés des télécommunications.

(95) Voir décision de la Commission, IV/M.1439, *Telia/Telenor*, JOCE, L 40 du 9 février 2001, p. 1.

(96) Voir sur ce point, Nicolas PETIT, «The Commission's Contribution to the Emergence of 3G Mobile Communications – an Analysis of Some Decisions in the field of Competition law», (2004) 7 *European Competition Law Review*, p.429.

ment facilité la poursuite d'objectifs de politique industrielle sur le fondement des règles de concurrence.

Contrairement aux critiques récurrentes évoquées ci-dessus, le droit communautaire de la concurrence n'entre pas ici en collision avec la politique industrielle, mais est eu contraire mis au service d'objectifs de politique industrielle par l'autorité de contrôle. Cette relation harmonieuse du droit de la concurrence et de la politique industrielle n'est cependant pas juridiquement satisfaisante. Il est en effet douteux que les règles de concurrence du Traité et de la législation dérivée autorisent la Commission à agir en ce sens sans commettre un détournement de pouvoir (97).

## V. – CONCLUSION

L'opposition prétendue entre le droit de la concurrence et la politique industrielle ne présente, au plan des principes, aucune différence avec les conflits parfois dénoncés entre droit de la concurrence et protection de la propriété intellectuelle. Leurs interactions sont rares mais leurs collisions, lorsqu'elles se produisent, sont brutales.

Les tensions entre politique industrielle et droit communautaire de la concurrence résultent en réalité d'une incompréhension de la part des Etats membres sur les objectifs et les méthodes de ce dernier, ainsi que sur les pouvoirs octroyés à la Commission européenne dans ce domaine. L'incompréhension est d'ailleurs telle que les critiques de la politique de concurrence n'entrevoient même pas, dans leur analyse des décisions de la Commission, l'existence embryonnaire d'une politique industrielle européenne.

Certains hommes d'Etat ont pourtant bien compris la myopie des politiques de dirigisme économique. En 2001, au lendemain de l'annonce par un grand groupe sidérurgique anglo-néerlandais d'un plan visant à supprimer 6000 emplois au Royaume-Uni, Tony Blair déclara ainsi :

*«As for the role of Government, today we have moved beyond the facile distinctions of the past. We neither need a return to the old 1960s industrial intervention nor laissez-faire. Businesses should run business. Whether a business succeeds or*

(97) Voir M. PIERGIOVANNI, *supra* note 92. Le détournement de pouvoir constitue l'un des quatre moyens d'annulation d'une décision de la Commission sur le fondement de l'article 230 TCE. Il s'agit du vice par lequel une autorité publique exerce un pouvoir dans un but distinct de celui pour lequel ce pouvoir lui a été attribué.

*not cannot depend on Government but on the vitality and strength of the business itself* (98).

Nous rejoignons entièrement l'idée en vertu de laquelle les entreprises sont les agents les mieux placés pour assurer la compétitivité industrielle. Celles-ci ne font pas de «politique industrielle» au sens défini plus haut, mais poursuivent des *stratégies industrielles* visant à maximiser leurs profits à travers des mesures de réduction des coûts, de développement de nouveaux produits, etc. Il importe à cet égard que le droit de la concurrence opte pour une approche réaliste, qui pèse les effets anticoncurrentiels à court terme des stratégies industrielles projetées, face à leurs effets pro-concurrentiels à long terme.

(98) Voir Speech by the Prime Minister Tony Blair to the Birmingham Chamber of Commerce, 2 February 2001, disponible à <http://www.number-10.gov.uk>