

Question d'Europe
n°543
20 janvier 2020

Bruno DEFFAINS
Olivier d'ORMESSON
Thomas PERROUD

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

La période récente est marquée en Europe par l'émergence d'un débat sur les modalités et les objectifs de la politique de la concurrence. Les échecs de certains projets de fusion du type Alstom/Siemens questionnent sur le caractère inadapté, voire dépassé, des dispositifs existants et, surtout, la place du droit de la concurrence par rapport aux autres objectifs de politique publique. D'autres défis sont aussi posés au droit de la concurrence, qu'il faut aborder frontalement : d'une part, le droit actuel est confronté aux défis soulevés par l'économie numérique (en particulier la puissance des GAFA) ; d'autre part, le droit de la concurrence européen ne prend pas suffisamment en compte la concurrence que les entreprises européennes subissent de la part de pays tiers qui ne respectent pas les mêmes principes. En d'autres termes, lorsque l'Europe décide d'ouvrir son marché, elle se rend rapidement compte que les autres pays ne sont pas soumis aux mêmes contraintes et disposent souvent de marges de manœuvre plus importantes pour soutenir la mise en œuvre de projets industriels susceptibles de contrevenir aux règles de la concurrence. Car, en Europe, le droit de la concurrence prévaut sur toutes autres approches nationales ou communautaires de politique industrielle. D'un côté, ceci est certes dû à la structure des textes européens, dans la mesure où les dispositions du Traité sur la concurrence ont quasiment un « rang constitutionnel ». De l'autre côté, les instruments du droit de la concurrence sont utilisés par la Commission européenne pour poursuivre des objectifs éloignés de la notion classique de concurrence. Ne faudrait-il pas effectuer un rééquilibrage entre politique de concurrence et politique industrielle afin que les objectifs de cette dernière puissent se déployer ?

LA PRIMAUTÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE SUR LES POLITIQUES INDUSTRIELLES EUROPÉENNE ET NATIONALES

La primauté du droit de la concurrence sur les politiques industrielles européenne et nationales résulte de la rédaction du Traité, du règlement d'application des règles de concurrence et du règlement Concentration. La Communauté économique européenne (CEE) née en 1957 a longtemps été dénommée « Marché Commun ». Pourtant, la CEE n'est pas qu'une organisation commerciale. Elle vise à fusionner les économies des États membres par un processus d'intégration économique. Pour comprendre la nature de la CEE, il est donc fondamental de s'intéresser à son mode de régulation économique, c'est-à-dire aux rapports qu'entretiennent les autorités publiques nationales et communautaires, les entreprises et les

acteurs non-étatiques dans la gestion de l'activité économique.

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

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

Les controverses de fond portent en réalité bien plus sur la régulation macroéconomique au sein de la CEE et sur la régulation des structures industrielles. Ce dernier sujet a longtemps été ignoré par l'historiographie alors qu'il recouvre une controverse fondamentale dans l'histoire de la CEE, et au-delà, dans l'histoire économique, celle de l'opposition entre politique de la concurrence et politique industrielle, la première étant devenue hégémonique à partir du « tournant public » du droit de la concurrence dans les années 1980.

Le droit de la concurrence européen, qui était un « droit émergent » dans les années 1970-80 est devenu un « droit dominant » au début de XXI^e siècle. Il est aussi un droit relativement récent, le premier règlement d'application des articles 101 et 102 datant de 1962, le règlement instituant le contrôle des concentrations de 1989. Le premier règlement de procédure en matière d'aide d'État date de 1999.

Toutefois, ce droit est peu à peu devenu dominant en raison du principe de primauté du droit européen sur les droits nationaux et des larges pouvoirs de la Commission européenne en matière de concurrence, qui n'ont d'ailleurs pas cessé d'être élargis avec le soutien actif de la jurisprudence de la Cour de Justice européenne. Si les articles 101 à 109 du Traité relatifs au droit de la concurrence donnent d'importants pouvoirs à la Commission, l'article 173 du Traité qui traite des politiques industrielles de l'Union ne lui confère pas de pouvoirs directs. Comme dans les autres domaines, ce sont le Conseil et le Parlement européen qui décident. En outre, l'article 173 précise *in fine* que toute mesure de politique industrielle ne saurait « entraîner des distorsions de concurrence ».

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

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

L'EUROPE, LA SEULE ENTITÉ DANS LE MONDE OÙ LES RÈGLES DE CONCURRENCE ONT UN STATUT QUASI CONSTITUTIONNEL

La Chine et les États-Unis ne connaissent pas de contraintes similaires à celles résultant du droit de la concurrence européen. Comme le notent David Bosco et Catherine Prieto[1], les tentatives d'harmonisation des droits de la concurrence au niveau international sont un échec, en partie imputable aux États-Unis. Or, le champ d'application très extensif du droit européen de la concurrence, dans ses différents aspects, limite l'action des entreprises européennes confrontées à celle de groupes étrangers qui ne sont pas soumis à de telles limitations.

Alors que tout est garanti en Europe pour que l'État ne puisse pas fausser le jeu de la concurrence, tel n'est pas le cas aux États-Unis, ni *a fortiori* dans des pays comme la Chine.

Aux États-Unis, le droit de la concurrence fournit une autre illustration de la manière dont l'action publique dans l'économie est traitée. Ce traitement est profondément différent. Le droit américain de la concurrence n'a pas vocation à s'appliquer aux activités publiques, ni à contrôler l'action des États qui aurait un effet anticoncurrentiel. Ce n'est pas le cas en Europe.

Aux États-Unis, les États peuvent choisir d'immuniser certaines activités de l'application du droit de la concurrence. La doctrine américaine qui permet d'immuniser les États de l'application du droit de la concurrence, appelée la *state action doctrine*, est

[1] D. Bosco, C. Prieto, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2013

directement inspirée du fédéralisme et de l'idée qu'il faut respecter la volonté de chaque État. On va voir à cet égard à quel point la Cour suprême américaine est plus respectueuse de la souveraineté des États que ne l'est son homologue européenne. Pour reprendre les termes d'Eleanor Fox, « les États-Unis (...) ont donné la préférence à la souveraineté des États sur la gouvernance nationale, alors que le choix inverse aurait permis d'augmenter le bien-être national »[2]. À ce choix, il faut ajouter un autre élément, relatif à la finalité du droit de la concurrence aux États-Unis, qui vise à sanctionner les pratiques anticoncurrentielles privées, et non les activités d'entités rattachées à l'État. C'est ainsi qu'il n'y a pas de contrôle des aides d'État aux États-Unis.

De son côté, la Chine soutient sans contrainte ses champions nationaux qui — grâce aux aides étatiques — exercent une concurrence déloyale sur les marchés mondiaux et, notamment, à l'égard des groupes européens. L'aide financière apportée par l'État chinois aux grands groupes nationaux est indéniable. Elle peut prendre la forme de subventions, d'augmentations de capital, de prêts de banques d'État, etc. Elle peut aussi prendre des aspects plus déguisés, difficilement identifiables par les acteurs européens et notamment la Commission européenne qui manque souvent de preuves. C'est ainsi que certains auteurs ont suggéré de doter la Commission d'un véritable service d'intelligence économique.

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

Les groupes industriels publics, relevant du gouvernement central, sont soumis — en théorie — au contrôle des concentrations. Mais en pratique, quand deux groupes publics fusionnent, il arrive qu'ils se dispensent de notification à l'autorité de concurrence chinoise.

Lorsque la concentration entre groupes publics, initiée par le gouvernement, est notifiée, elle est généralement autorisée sur la base de critères d'« intérêt national » et de « politique industrielle » qui complètent les purs critères de concurrence. L'Autorité de la concurrence chinoise ne peut — *de facto* — s'opposer à la volonté du gouvernement central.

LES TENTATIVES DE LA COMMISSION DE METTRE EN ŒUVRE UNE POLITIQUE INDUSTRIELLE À L'ÉCHELLE EUROPÉENNE

Rappelons qu'en matière de concurrence, la Commission peut prendre des décisions directes sanctionnant les entreprises, imposant la cessation d'infraction ou ordonnant le remboursement d'aides d'État. Elle dispose aussi d'une compétence exclusive dans ce domaine. L'ensemble de ces pouvoirs a eu pour conséquence que les instruments du droit de la concurrence et, en particulier, les règles sur les aides d'État, ont été utilisés pour mener des politiques industrielles paneuropéennes : autrefois dans les secteurs de l'acier, du charbon et de la construction navale et, plus récemment, dans le domaine bancaire ou de l'énergie, et pour réaliser une certaine harmonisation fiscale en éliminant les « *tax rulings* » les plus agressifs. Ils ont été aussi utilisés pour mettre en œuvre un embryon de politique industrielle au niveau européen sur la base de la communication relative aux Projets Importants d'Intérêt Européen Commun (« PIIEC »).

1. Pendant la « crise bancaire » qui a éclaté en 2007-2008, le besoin s'est fait sentir d'un régulateur au niveau européen, qui n'existait pas à l'époque. La DG Concurrence « COMP » a joué ce rôle en utilisant ses pouvoirs en matière d'aide d'État. Toutes les mesures de soutien et toutes les aides accordées par les États pour restaurer la confiance dans le système bancaire et éviter une crise systémique, ont dû être approuvées

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

par la Commission européenne sur la base de l'article 108 du Traité (relatif à la procédure en matière d'aide d'État). Dans ce cadre, 112 banques européennes ont reçu des aides d'État ; soit 30% du système bancaire européen (en actifs). Les aides en numéraire ont représenté 5,4% du PIB de l'Union (671 milliards €) et les aides en garanties 10,3% du PIB (1288 milliards €).

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

3. Afin de contourner (en partie) le fait que toute réforme en matière d'harmonisation des règles de fiscalité directe doit être adoptée à l'unanimité et qu'il y a toujours un ou plusieurs États membres pour bloquer toute évolution, la Commission a imaginé d'utiliser les règles sur les aides d'État pour attaquer les « *tax rulings* » les plus agressifs dans certains

États membres. C'est ainsi qu'elle a déjà adopté huit décisions condamnant des « *tax rulings* » et imposant à de grands groupes de restituer les aides reçues au moyen de ces avantages fiscaux discriminatoires et créateurs de distorsions de concurrence au sein du marché européen. La décision la plus emblématique est celle qui a imposé au groupe Apple de rembourser 14,3 milliards € (avec intérêts) à l'Irlande. L'action de la Commission a débouché sur des réformes fiscales d'envergure aux Pays-Bas, au Luxembourg et en Irlande qui suppriment les dispositions ayant permis l'adoption des « *tax rulings* » critiqués.

La Commission dispose donc de peu de pouvoirs paneuropéens et elle est amenée à utiliser ou à envisager d'utiliser ceux qui résultent du droit de la concurrence, en particulier des règles sur les aides d'État pour poursuivre des objectifs étrangers à ce domaine : politique industrielle, harmonisation fiscale, réglementation bancaire, développement des énergies vertes, utilisation des données par les GAFAs, lutte contre la concurrence déloyale des groupes non-européens subventionnés par leur État.

LES MODIFICATIONS DES RÈGLES DE CONCURRENCE « À DROIT CONSTANT » DÉJÀ PROPOSÉES

À la suite de l'affaire Alstom-Siemens, de nombreuses propositions ont été faites pour réformer le droit de la concurrence et mieux répondre aux défis posés par la mondialisation ; la quasi-totalité de ces propositions cherchent à éviter une modification du Traité (TFUE) et du règlement Concentration. Les principales propositions avancées sont répertoriées et résumées dans le rapport. Mais de telles modifications ne seront probablement pas suffisantes pour permettre la mise en œuvre d'une « politique industrielle » en Europe.

Nos principales propositions

- **Modification du règlement « Concentration » pour mieux prendre en compte les gains d'efficacité.**

L'*efficiency defence* peut conduire les autorités de concurrence à admettre la licéité de restrictions à la concurrence en faisant appel à un critère d'efficacité dynamique visant à assouplir une interdiction de principe au nom de l'intérêt général.

- **Un rééquilibrage entre politique de concurrence et politique industrielle** et, à cette fin, une modification de l'article 173 du Traité pour conférer des pouvoirs plus étendus à la Commission afin de mettre en œuvre une politique industrielle à l'échelle européenne. Selon la rédaction actuelle, il est essentiellement question de coordination entre États membres et non de définition d'objectifs de politique industrielle. Il conviendrait donc d'ajouter un alinéa au paragraphe 173 sous la forme suivante :

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

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

- **La DG COMP** doit continuer à instruire les dossiers sur des critères de pure concurrence, mais lorsqu'elle ouvre une phase 2 (enquête approfondie en matière de concentration), elle devrait faire une proposition au Collège des commissaires qui ferait une analyse « coûts-bénéfice » en consultant les autres DG et des experts et qui pourrait prendre exceptionnellement une décision comportant des objectifs de politique industrielle, de protection de l'environnement, d'emploi ou de compétitivité. Ainsi le Collège des commissaires retrouvera son rôle d'origine en matière de concurrence : un lieu de débats et de décision.

- **La création d'une DARPA** européenne consacrée à entreprendre des actions de politique industrielle,

notamment celles susceptibles de porter des projets innovants et compétitifs à l'échelle européenne. Cela supposerait en pratique la création d'un fonds d'innovation de rupture européen à l'image de l'agence américaine *Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA)*. Une telle mesure, à condition de disposer des moyens adéquats, aurait pour ambition de protéger et de stimuler l'industrie européenne : faire financer sur fonds publics une sélection de projets industriels dans le cadre d'une structure « agile » et « légère », capable de travailler avec des start-ups, des universités ou des entreprises privées. On imagine en pratique un fonctionnement de la DARPA européenne à l'image du modèle ERC qui ferait appel à des experts scientifiques et industriels travaillant dans un souci d'impartialité et d'efficacité. Elle pourrait également conseiller le Conseil Compétitivité et mettre en œuvre ses orientations ; cette DARPA pourrait conseiller le Collège des commissaires.

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

Le propos de ce rapport n'est pas de se cantonner à des constats. Il se veut constructif et tourné vers la recherche de solutions opérationnelles afin de rendre compatible le cadre concurrentiel européen avec des objectifs de politique industrielle. Il nous a semblé utile de rappeler les principes sur lesquels l'Europe s'est construite et de ne pas perdre de vue cet héritage lorsque l'on s'interroge sur les conditions de modernisation du système en place. Pour l'heure, la quasi-totalité des rapports se concentre sur des questions essentiellement de nature technique qui se recoupent largement : idée d'un « *prosecutor* » européen, modification de la communication sur la définition des marchés pertinents, idée de développer les remèdes comportementaux, mieux prendre en compte les gains d'efficacité, développer une politique

européenne de l'innovation, rechercher des solutions en matière de droit du commerce international pour favoriser des stratégies industrielles, etc.

Ces mesures sont, sinon accessoires, à tout le moins insuffisantes quand elles ne sont pas tout simplement utopiques (par exemple en faisant appel au droit de l'OMC). Elles sont également de nature assez « conservatrice » puisqu'elles adoptent comme principe premier que la politique de la concurrence se suffit à elle-même et qu'aucune réforme en profondeur — notamment au regard du Traité — n'est ni nécessaire ni souhaitable. Cette question mérite pourtant d'être discutée. Bien évidemment, on peut considérer que la politique de la concurrence est globalement satisfaisante et que l'important est de la compléter sur d'autres fronts à l'image d'un droit des données que d'aucuns appellent de leurs vœux pour faire face aux défis de la puissance des entreprises du numérique ou bien encore d'un droit du commerce international renouvelé pour renforcer les outils nécessaires en matière de traitement des aides d'État. Mais une telle position paraît difficilement soutenable tant les dispositifs sont imbriqués et fragiles.

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

pour lutter contre la concurrence déloyale des groupes soutenus par des États tiers et, en particulier, la Chine, etc.

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

Le rapport intégral est disponible en [format électronique](#).

Bruno Deffains

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

Olivier d'Ormesson

Avocat spécialisé en droit de la concurrence, enseignant en droit de la concurrence à SciencesPo, HEC et Paris 2 Panthéon Assas.

Thomas Perroud

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

Retrouvez l'ensemble de nos publications sur notre site :
www.robert-schuman.eu

Directeur de la publication : Pascale JOANNIN

LA FONDATION ROBERT SCHUMAN, créée en 1991 et reconnue d'utilité publique, est le principal centre de recherches français sur l'Europe. Elle développe des études sur l'Union européenne et ses politiques et en promeut le contenu en France, en Europe et à l'étranger. Elle provoque, enrichit et stimule le débat européen par ses recherches, ses publications et l'organisation de conférences. La Fondation est présidée par M. Jean-Dominique GIULIANI.