



**HAL**  
open science

## L'adaptation légale de la stratégie d'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence

Patrice Bougette, Florent Venayre

► **To cite this version:**

Patrice Bougette, Florent Venayre. L'adaptation légale de la stratégie d'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence. *Revue de la concurrence et de la consommation*, 2006, 144, pp.11-23. halshs-00482177

**HAL Id: halshs-00482177**

**<https://shs.hal.science/halshs-00482177>**

Submitted on 9 May 2010

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# L'adaptation légale de la stratégie d'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence \*

Patrice BOUGETTE<sup>†</sup>

Christian MONTET<sup>‡</sup>

Florent VENAYRE<sup>§</sup>

*« La politique de concurrence est destinée à assurer un combat loyal, et non à punir les gagnants ou à protéger les perdants. Si vous parvenez à dominer votre marché en offrant des prix attractifs et de meilleurs produits, vous n'avez rien à craindre des lois antitrust. »*<sup>1</sup>

L'ESSENTIEL DE L'ENSEIGNEMENT de la stratégie d'entreprise consiste à discuter des moyens dont disposent les firmes pour : 1) choisir des investissements dans des industries profitables et contribuer à maintenir ou développer cette profitabilité moyenne et 2) réaliser de meilleures performances que les rivaux au sein même de l'industrie en question en développant et soutenant sur le long terme des avantages concurrentiels. Or, le plus souvent, ces deux objectifs généraux se heurtent aux lois de la concurrence car ils risquent d'impliquer des ententes dans le premier cas et des tentatives de recherche de monopole (ou abus de position dominante) dans le second. Il est vrai que le chef d'entreprise préfère faire face à la concurrence la plus faible, voire, à l'extrême, occuper une position de monopole, sinon dans l'industrie entière du moins sur un segment ou dans une niche de celle-ci. La recherche d'une position dominante (ou d'une position de monopole) peut d'ailleurs s'expliquer, au-delà de la simple augmentation des profits, par la sécurité – tant financière que morale – qu'elle confère au chef d'entreprise. Or, le droit de la concurrence, dans ses

principes, protège les rivaux, aussi bien ceux qui sont déjà en place que ceux qui envisagent de pénétrer sur le marché. Il est vrai que chaque firme, même une grande société multinationale, peut un jour se trouver dans la situation du petit concurrent possédant une faible part de marché, de l'entrant sur un nouveau marché, du candidat à l'expansion, du détenteur d'un nouvel avantage compétitif qu'il serait rentable de développer. Dans tous ces cas, le droit de la concurrence devrait s'avérer bien utile pour éviter les barrières déloyales des firmes installées (Donnedieu de Vabres-Tranié, 2004). Néanmoins, pour les firmes qui détiennent l'avantage compétitif, pour les firmes gagnantes actuellement en place, le droit de la concurrence constitue une limite évidente aux manœuvres stratégiques. Ce sont à ces firmes que nous allons nous intéresser dans le présent article<sup>2</sup>.

Si ces limites étaient aussi claires que peuvent l'être d'autres règles (comme l'exemple archétypal du Code de la route), la seule question posée au stratège serait celle d'évaluer les coûts et avantages d'un éventuel délit. L'espérance de gain serait alors la somme du gain obtenu sans détection de la fraude et du gain en cas de sanction, somme pondérée évidemment par les probabilités respectives d'occurrence de ces événements. Le choix dépend donc, dans cette hypothèse, de la fréquence et de l'intensité des contrôles d'une part (dont les niveaux influencent les niveaux de probabilité) et du montant des sanctions d'autre part (dont le niveau influence la valeur des gains après sanction). Le même raisonnement vaut aussi pour d'autres types de fraude, mais une des particularités du droit antitrust est qu'il est très complexe, en particulier dans sa mise en application. Les incer-

\* Article publié dans la *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 144, janvier-février 2006, p. 11-23.

<sup>†</sup>LAMETA et Université Montpellier 1. Contact email : pbougette@lameta.univ-montp1.fr

<sup>‡</sup>LAMETA et Université de Polynésie française. Contact email : christian.montet@upf.pf

<sup>§</sup>LAMETA et Université Montpellier 1. Contact email : venayre@lameta.univ-montp1.fr

1. Shapiro C. et H. Varian, *Économie de l'information*, p. 317, 1999, De Boeck Éditions.

2. Nous utiliserons à cet effet les résultats d'une enquête élaborée en collaboration avec le cabinet *Jeantet et Associés*, qui permettront d'illustrer la compréhension globale des règles concurrentielles et leur possible utilisation stratégique. Pour une présentation de cette enquête, voir Bougette *et al.* (2006) dans le présent numéro.

titudes portent à la fois sur la définition même de la règle et sur la mise en œuvre de celles-ci. Outre le calcul coûts / avantages de la fraude évoqué plus haut, les stratégies des entreprises gagnantes ont donc à gérer ces incertitudes, qui peuvent constituer à la fois une contrainte mais aussi une source d'opportunités d'adaptation intelligente. A leur tour, les autorités auront à tenir compte de ces adaptations probables dans la redéfinition même des règles ainsi que dans l'orientation des comportements de contrôle.

La première section (1) mettra en évidence le problème de la confrontation entre les stratégies des entreprises – en particulier celles des leaders de marché – et le droit antitrust, en soulignant les incertitudes de ce dernier. Nous verrons ensuite (2) des exemples d'adaptation des stratégies à la règle elle-même et les enseignements que l'on peut en tirer pour la politique publique. Nous consacrerons la dernière section (3) aux comportements stratégiques liés au choix et à la mise en œuvre des règles de droit.

## **1 Les stratégies gagnantes se heurtent à un droit aux contours mouvants**

La stratégie d'entreprise consiste à harmoniser les politiques fonctionnelles de l'entreprise (R&D, production, marketing, distribution, finance, gestion des ressources humaines...) dans le cadre d'un plan cohérent visant des objectifs clairs. Ces derniers se déclinent en performances économiques que l'on peut réduire à la maximisation des profits économiques (différence entre les recettes et les coûts incluant les coûts d'opportunité du capital, sur la durée de vie anticipée de la firme). Les performances des firmes dépendent de leurs ressources et compétences clés propres, ainsi que de l'environnement au sein duquel elles opèrent. En général, ni les ressources et capacités internes ni l'environnement de l'entreprise ne sont donnés et immuables. Les entreprises peuvent agir pour les transformer à leur avantage. La stratégie consiste donc à définir les actions visant à faire correspondre au mieux ressources ou compétences clés et l'environnement.

Les actions stratégiques visent toutes à augmenter les profits, mais elles prennent deux grandes voies différentes : la rentabilité de l'industrie dans son

ensemble (et d'un ensemble d'industries pour les conglomérats, c'est-à-dire les entreprises intervenant dans des activités très diverses) et l'avantage compétitif par rapport aux concurrents directs ou potentiels dans une industrie donnée.

L'approche visant l'ensemble de l'industrie est codifiée dans le célèbre schéma des cinq forces de Porter (1980). Cette traduction des enseignements théoriques de l'économie industrielle en un langage plus proche du monde des affaires facilite l'analyse des conditions générales de rentabilité d'une industrie en examinant : 1) l'intensité de la rivalité concurrentielle des firmes ; 2) les risques d'entrée sur le marché ; 3) les risques que font peser les produits de substitution potentiels ; 4) le pouvoir de négociation des fournisseurs ; 5) le pouvoir de négociation des acheteurs. Au rôle de ces cinq forces, Brandenburger et Nalebuff (1996) ont récemment ajouté celui d'une sixième force, celle des « complémenteurs », c'est-à-dire de ces agents dont le développement de l'activité concourt au développement de l'industrie en question et vice versa (logiciels et ordinateurs, par exemple, qui se développent conjointement). Ces cinq (ou six) forces sont en partie des données héritées de l'histoire de l'industrie, de l'état de la technologie ou encore des goûts des acheteurs, mais elles sont grandement aussi le résultat des actions stratégiques délibérées des acteurs de l'industrie.

Par leur action stratégique, les firmes peuvent agir à la fois sur le niveau des barrières à l'entrée, sur les avantages à retirer des complémenteurs, sur le pouvoir de négociation vis-à-vis des fournisseurs ou des acheteurs et tout particulièrement sur le degré d'intensité concurrentielle. Il peut ici être question d'actions collectives des firmes de l'industrie, par exemple par un lobbying politique pour obtenir des réglementations favorables<sup>3</sup>. Il peut également s'agir, plus simplement, d'une entente explicite ou tacite en matière de prix ou de partage du marché. La stratégie peut aussi passer par des actions unilatérales, dont l'effet de signal peut déplacer l'équilibre de Nash statique (non collusoire) vers un niveau plus favorable à tous les acteurs.

---

3. Voir l'exemple de la loi Galland, sur lequel nous reviendrons plus loin, qui a en quelque sorte légalisé la fixation généralisée du prix de revente et a renforcé indirectement la possibilité de collusion tacite des fournisseurs de l'agroalimentaire (Montet et Venayre, 2004).

Par ailleurs, les grandes lignes de l'action stratégique concernent la création et le maintien de l'avantage compétitif par rapport aux concurrents directs et potentiels au sein de l'industrie. Porter (1985) a mis en évidence trois types de stratégies – dites génériques – de conquête de l'avantage concurrentiel : 1) avantages par les coûts ; 2) avantages résultant de la différenciation des produits ; 3) avantages reposant sur la spécialisation visant un sous ensemble du marché ou stratégie de niche. On s'accorde par ailleurs aujourd'hui pour reconnaître que des positions intermédiaires dans la gamme des qualités et des coûts peuvent parfois générer les profits les plus élevés. En tout état de cause, les sources des avantages compétitifs se trouvent dans les ressources et les compétences clés dont disposent les firmes. Leur maintien à long terme repose sur le caractère unique et difficilement imitable de ces ressources et compétences clés. Le facteur historique, ainsi que la chance, jouent un rôle dans la possession de ces ressources et facteurs rares, mais ce sont surtout les choix stratégiques qui se révèlent déterminants. La théorie des jeux (voir par exemple Montet et Serra, 2003) montre la richesse des manœuvres stratégiques dont disposent les chefs d'entreprise pour dissuader les concurrents ou les entrants potentiels de copier une activité gagnante, pour augmenter leurs coûts relatifs d'entrée ou d'activité, voire pour amener des rivaux gênants à quitter le marché (comportements prédateurs).

En s'autorisant un résumé brutal, on peut dire que l'objectif ultime des stratégies des firmes gagnantes est la recherche d'un pouvoir de monopole dans une industrie qui soit elle-même la plus profitable possible. Comme il faut généralement s'accommoder de la présence de quelques rivaux, l'objectif se réduit à l'obtention du pouvoir de marché maximal. Cela va généralement se heurter aux lois antitrust, dont la raison d'être est de poser une limite au pouvoir de marché des firmes dominantes. C'est particulièrement vrai pour les actions sur la profitabilité de l'industrie car elles peuvent dans de nombreuses circonstances être assimilées à une entente. C'est un peu moins vrai pour les manœuvres stratégiques visant à créer et maintenir l'avantage compétitif, puisqu'elles ont dans bien des cas une dimension pro-concurrentielle. Toutefois, à un certain degré, ces dernières se confondent avec la tentative de monopolisation du marché et sont à ce titre condamnables. On peut résumer cela dans le tableau suivant :

ACTIONS STRATÉGIQUES		RÉACTIONS PROBABLES DES AUTORITÉS
Action sur la profitabilité de l'industrie	Action concertée	Sanction
	Action unilatérale	Immunité (?)
Action sur l'avantage concurrentiel	Tentative de monopolisation du marché (comportement d'exclusion et de prédation)	Sanction
	Renforcement de l'avantage concurrentiel sans intention monopolisatrice	Immunité (?)

Cependant ni les sanctions, ni l'immunité ne sont prévisibles avec certitude. La probabilité des sanctions dépend de la clarté des règles de droit antitrust, mais aussi de la façon dont ces règles sont interprétées et appliquées. Or le droit de la concurrence est généralement considéré comme l'un des plus complexes et incertains (comme le sont également le droit de propriété, le droit des brevets ou les règles sur les standards de produit), à la fois dans la définition même des règles et dans la mise en œuvre de celles-ci. Il est commode de reprendre la distinction proposée par Shell et Yao (2000) d'une incertitude portant sur le libellé même de la règle de droit et d'une incertitude portant sur la mise en œuvre de la règle par les autorités.

La définition même de la règle comporte des incertitudes d'une façon quasiment naturelle pour un droit économique du fait de l'évolution des marchés sous l'effet des changements technologiques, de la croissance des revenus et des changements des goûts des consommateurs. De plus, la diversité des situations concernant les entreprises conduit inéluctablement à des analyses au cas par cas, ce qui constitue un facteur supplémentaire d'insécurité.

Les deux grands ensembles de règles sur les comportements des firmes sont d'une imprécision évidente. L'article 1<sup>er</sup> du Sherman Act, qui correspond à l'article 81 du Traité CE en Europe et à l'article L. 420-1 du Code de Commerce français, frappe par son énoncé imprécis : « *sont prohibées [...] les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* ». Si tout le monde sait ce qu'est une entente expresse, il faut avouer qu'il est moins évident de savoir ce qu'est une entente tacite. Il y a bien sûr dans la notion d'entente l'idée d'action non entièrement indépendante. Or dans un oligopole, par définition, les firmes sont en interdépendance. Ne pas tenir compte de l'interdépendance, telle que la formalise aujourd'hui la théorie des jeux non coopératif serait décider d'agir de façon irrationnelle. L'autorité

publique ne peut pas non plus exiger des dirigeants qu'ils se comportent de façon myope dans leurs choix stratégiques. Il faudra donc bien admettre que l'autorité de concurrence ne doit pas chercher à sanctionner les ententes tacites entendues comme une compréhension mutuelle. En tout état de cause, la règle présente des éléments inévitables d'ambiguïté et l'incertitude qui en découle doit être gérée par les stratégies.

Le deuxième exemple fameux est celui de l'article 2 du Sherman Act, qui correspond aux articles 82 du Traité CE en Europe et L. 420-2 du Code de Commerce en France. L'idée est de combattre les tentatives de monopolisation aux États-Unis et les abus de position dominante en Europe. Notons déjà que les deux règles, comme leurs implications, sont différentes. Shapiro et Varian (2000) soulignent ainsi que :

*« dans l'économie globale contemporaine, satisfaire les lois antitrust américaines n'est plus suffisant [entendons pour les firmes américaines]. Des firmes comme IBM ou Microsoft, sans parler de Boeing, ont eu affaire aux autorités européennes de la concurrence. De manière générale, la politique de concurrence de l'Union Européenne, dans le cadre de la doctrine de l'abus de position dominante, impose plus de restrictions aux firmes dominantes que ne le fait la loi américaine ».*

L'idée de position dominante n'est déjà pas toujours facile à cerner pour une firme, dans la mesure où l'intitulé de la loi reste vague sur le contenu de la notion. En revanche, on peut alors espérer que la jurisprudence permette progressivement de délimiter ce que recouvre la définition d'une position dominante. Ainsi, il devient possible, pour le juge, de faire progressivement apparaître des aspects explicitement quantitatifs qui servent de repères aux entreprises. Aux États-Unis, par exemple, il est acquis depuis l'affaire Du Pont Cellophane, en 1956, que la détention de 20 % du marché est insuffisante pour constituer un pouvoir de marché. Malgré ces apports jurisprudentiels, la notion d'entreprise dominante continue parfois d'échapper aux entrepreneurs car les indications quantitatives ne peuvent pas être généralisées et/ou trop précises. En Europe, cette difficulté des acteurs du marché à comprendre l'article L. 420-2 du Code de Commerce est encore renforcée par l'idée de l'abus de la position dominante. Ce dernier, en effet, est susceptible de rendre répréhensibles

des comportements qui constitueraient des stratégies normales si la firme concernée n'était pas en position dominante.

Enfin, concernant les structures économiques, les concentrations sont contrôlées, mais peu de firmes sont capables d'anticiper toutes les difficultés que risque de soulever chaque opération.

Au-delà de la règle elle-même, c'est également la façon dont elle est mise en œuvre qui engendre des incertitudes fortes. Parfois la règle peut sembler assez claire, mais il existe toujours une grande marge de manœuvre du régulateur pour l'appliquer. Des actions qui peuvent être considérées comme relevant de la simple vie des affaires peuvent ainsi faire l'objet de sanctions dans une autre situation. Les différences dans l'interprétation et dans l'application donnent ainsi naissance à un nouvel ensemble de possibles que la firme a intérêt à gérer de façon stratégique.

La suite de l'article reprend cette distinction entre les deux types d'incertitude (incertitude de la règle et incertitude de son application) pour montrer les réactions stratégiques des firmes à leur égard à travers une série d'exemples. Des enseignements plus généraux en sont tirés à la fois pour les entreprises et pour les autorités de concurrence.

## **2 Exemples d'adaptation des stratégies à la règle de droit antitrust**

Comme cela a été montré au cours de la première partie, les intérêts des entreprises gagnantes sont tels qu'ils s'opposent quasiment toujours à une forme très active de la concurrence. Le droit antitrust est ainsi défini de manière à contraindre les dirigeants d'entreprises dans leurs choix stratégiques. Comme toutes les règles de droit, celles du droit de la concurrence doivent être acceptées et respectées par les firmes. Si ce n'est pas le cas, une sanction est prévue, applicable par les autorités. Par exemple, le contrôle des concentrations prévoit une notification obligatoire des fusions ou acquisitions d'entreprises : les firmes qui souhaitent se rapprocher doivent donc présenter leur projet aux autorités (dans le cas français, la DGCCRF puis le Conseil de la concurrence selon les situations). Après étude du dossier, un avis est alors rendu sur le rapprochement souhaité et, pour ce qui concerne la situation française, une décision d'acceptation ou de

refus est prise par le ministre de l'Économie et, le cas échéant le ministre de tutelle du secteur concerné.

A l'opposé de cette situation relativement bien comprise et intégrée par les entrepreneurs dans leur fonctionnement, d'autres cas existent, où l'interdiction promulguée par la loi est purement et simplement violée. C'est ainsi le cas de la formation des ententes explicites (cartels), dont les membres savent sans aucune équivoque que l'entente formée est répréhensible, de même que la sanction de tels comportements par les autorités ne fait aucun doute. Dans ce dernier cas, le seul problème posé au stratège (si l'on peut encore utiliser ce nom dans ce cas) consiste à calculer les avantages et inconvénients d'une transgression délibérée de la règle<sup>4</sup>. Si le profit individuel avec entente expresse est égal à  $\pi^*$ , la probabilité de voir le cartel découvert égale à  $q$ , et le montant de la sanction en cas de découverte égal à  $S$ , le gain espéré est alors égal :  $U = (1 - q)\pi^* + q(\pi^* - S)$ . Si ce gain  $U$  est supérieur au profit  $\pi$  réalisable en cas d'absence d'entente, la collusion explicite est alors profitable (abstraction faite ici des problèmes de survie de l'accord à plus long terme, cf. plus loin point 1). On voit bien que dans le jeu entre le régulateur et les firmes, le résultat va dépendre des moyens dont dispose l'autorité pour détecter les cartels. Des moyens accrus de contrôle augmentent évidemment la probabilité  $q$  et amenuisent automatiquement la valeur de  $U$ . De même l'ampleur des sanctions  $S$  conduit à une attitude plus prudente. Ce type d'analyse est important pour la définition de la politique de sanction optimale (Polinsky et Shavell, 2000).

Toutefois, plus intéressantes pour notre propos sont les situations intermédiaires entre l'acceptation forcée (cas des notifications) et la transgression patente de la règle évoquée ci-dessus. La distinction entre le comportement autorisé et celui qui est interdit n'est pas toujours aussi évidente. L'ambiguïté des termes de la règle peut amener à des interprétations différentes des parties, que ces dernières soient sincères ou non. La loi est complète quand toutes ses applications pertinentes sont mentionnées sans aucune équivoque. Dans le cas contraire, la loi est dite incomplète quand elle contient des vides ou quand « *les frontières du droit ne sont pas clairement définies* » (Pistor et Xu, 2002). L'enquête réalisée auprès des en-

treprises<sup>5</sup> révèle par exemple que la législation sur les restrictions verticales est peu comprise par les entreprises (une moyenne de 5,1/10 sur l'ensemble des 61 firmes interrogées). Même les règles en principe plus dures sur les ententes ou l'abus de position dominante n'obtiennent que des résultats médiocres : 6,1/10 pour la compréhension des règles sur le cartel et 5,8/10 pour les abus de position dominante.

Par ailleurs, nombreuses sont les situations où il est possible de « frôler la ligne blanche » des interdictions sans que cela apparaisse directement comme une violation simple de la règle de droit. Il s'agit alors, pour le dirigeant d'entreprise, de s'adapter le plus intelligemment possible aux contraintes du droit de façon à en tirer l'avantage maximal sans crainte de sanctions de la part des autorités. Parmi l'ensemble de ces comportements adaptatifs, nous retiendrons les suivants : actions simultanées mais non concertées ou actions individuelles destinées à améliorer la profitabilité de l'industrie ; actions unilatérales agressives afin de créer et maintenir un avantage compétitif ; jeu avec les règles en matière de concentration ou avec les réglementations de marché.

## 2.1 Actions simultanées d'amélioration de l'équilibre de Nash d'une industrie

Les ouvrages de stratégie, en particulier ceux centrés sur les stratégies de prix, abondent en recommandations pour éviter les guerres de prix et pour obtenir un niveau élevé de la profitabilité moyenne de l'industrie<sup>6</sup>. Même si ces propositions sont rarement formulées en termes de théorie des jeux, elles correspondent à ce que les économistes appellent des actions de coordination sur des équilibres de Nash plus favorables.

Un des exemples les plus significatifs est fourni dans l'ouvrage de Dolan et Simon (1996)<sup>7</sup>. Dans le chapitre 4, *Pricing and Competitive Strategy*, les auteurs y proposaient un ensemble de conseils pour augmenter le QI des chefs d'entreprise en matière de conception des stratégies de prix. Ils notent que dans

5. Bougette *et al.* (2006) dans le présent numéro, *op. cit.*

6. Répétons que le terme industrie fait référence à un ensemble en général plus large que celui de marché pertinent en droit de la concurrence. Chaque industrie peut contenir plusieurs marchés pertinents concernant des produits voisins.

7. Une version un peu différente a été ultérieurement traduite en français (Simon, 2000).

4. Voir Becker (1968) pour l'analyse économique du crime et Stigler (1970) pour l'application optimale de la loi.

certaines industries des mentalités de guerre des prix émergent, alors qu'elles sont nocives à tous les offreurs, que ce soit par manque de vigilance ou à la suite d'erreurs d'interprétation. Ils présentent ensuite des recommandations pour vivre en meilleure intelligence et mettre en œuvre des stratégies de prix mutuellement non agressives. Cela comprend l'adoption d'une mentalité de profit plutôt que de recherche systématique de parts de marché, la mise en place de filtres des politiques de prix risquant d'engendrer des guerres de prix et surtout l'envoi aux concurrents de signaux favorables à des hausses de prix.

Dans un marché oligopolistique, chaque entreprise fixe son prix en intégrant la réaction de prix de ses concurrents dans sa propre décision. Ainsi, la ligne de démarcation entre une adaptation de prix à une modification tarifaire d'un concurrent et une entente sur les prix entre les différents acteurs du marché se révèle parfois floue. La théorie des jeux répétés nous enseigne que, sous certaines conditions<sup>8</sup>, il peut exister un ensemble infini d'équilibres de Nash parfaits, comprenant notamment toutes les situations possibles entre l'équilibre de Nash statique et l'équilibre de cartel pur. Ce résultat connu sous le nom de « théorie du folklore » indique seulement que les firmes vont alors chercher à se coordonner sur un point focal particulier qui va dépendre des conditions particulières de l'industrie, de l'éthos général qui y règne, et éventuellement de moyens utilisés par les firmes pour coordonner leurs actions, sans cependant relever d'un accord explicite.

Certains ouvrages de stratégie utilisent plus explicitement des enseignements de la théorie des jeux. C'est le cas de *Co-opétition* de Brandenburger et Nalebuff (1996)<sup>9</sup>. Au chapitre 6, consacré aux règles du jeu stratégique et aux changements intelligents de celles-ci<sup>10</sup>, ils discutent de l'avantage stratégique de l'utilisation de clauses commerciales dites « clause du client le plus favorisé » (*most-favored-customer clause*) et « clause de meilleur prix » (*meet-the-competition clause*, parfois appelée clause anglaise). Ces deux clauses commerciales s'inscrivent

8. Ces conditions concernent l'actualisation des profits futurs, la valeur des profits de collusion, la valeur des profits à l'équilibre de Nash statique et la valeur des profits qu'une firme obtiendrait en déviant unilatéralement d'un équilibre de collusion.

9. Voir aussi l'ouvrage classique de Dixit et Nalebuff (1991).

10. Chapitre dans lequel la citation suivante d'Harold Laski est mise en exergue : « *When the rules of the game prove unsuitable for victory, the gentlemen of England change the rules* ».

également dans le cadre de ce jeu avec les contours de la règle de droit. Il s'agit de clauses qui, sous une apparence concurrentielle, peuvent soulever en réalité des motifs d'inquiétude légitimes<sup>11</sup>.

Inspirée de la clause de la notion la plus favorisée inscrite dans les accords du GATT dès 1947, la clause du client le plus favorisé consiste à revendiquer un traitement égalitaire des clients. Elle permet ainsi à une firme d'assurer à chacun des ses clients qu'il bénéficie du meilleur traitement possible. Une telle assurance peut constituer un argument commercial majeur, dans la mesure où elle permet à chacun d'obtenir les conditions avantageuses du plus important des clients de l'entreprise. Néanmoins, cette clause permet d'établir une rigidité des prix à la baisse, dans la mesure où aucun client ne peut négocier un tarif plus faible que celui qui est normalement proposé par le vendeur. En renforçant le pouvoir de négociation du vendeur, elle permet d'atteindre des niveaux de prix plus éloignés de l'équilibre de concurrence.

La clause de meilleur prix permet quant à elle d'assurer aux clients d'une firme qu'ils ne trouveront pas de prix plus faible chez les concurrents du vendeur. Elle est souvent exprimée sous la forme d'une proposition de remboursement de la différence dans l'hypothèse où le client trouve une proposition tarifaire plus intéressante chez un concurrent. Là encore, cette clause peut sembler attractive mais elle se traduit en pratique par une coordination des prix des différents vendeurs : dans l'hypothèse où l'un des vendeurs souhaiterait adopter une stratégie de prix agressive, il y renoncera finalement si son concurrent affiche une clause de cet ordre. En effet, en cas de baisse de son prix, le vendeur perdrait une partie de ses bénéfices sur ses propres clients mais sans accroître sa clientèle puisque les autres consommateurs continueraient à s'adresser au même fournisseur. Au total, l'adoption d'une stratégie agressive ne peut que lui nuire, ce qui se traduira par un maintien des prix à un niveau trop élevé par rapport au niveau concurrentiel souhaitable<sup>12</sup>.

Ces deux clauses ont été régulièrement relevées par les autorités antitrust comme étant susceptibles de constituer des facteurs facilitant la collusion tacite, ce qui correspond à l'analyse que l'on peut en faire

11. Salop (1986) a souligné les effets anticoncurrentiels de ces clauses.

12. Pour plus d'informations sur ces clauses, voir Nalebuff et Brandenburger (1996).

dans le cadre de la théorie des jeux répétés<sup>13</sup>. Encourager leur utilisation revient donc bien à jouer avec les contours de la règle.

Il convient cependant de noter que les ouvrages de stratégie cités plus haut contiennent ici ou là quelques lignes de mise en garde concernant le souci de légalité des pratiques encouragées. Il est indiqué aux utilisateurs éventuels qu'ils ont intérêt à s'entourer d'experts en droit de la concurrence afin de s'assurer que le contexte particulier de mise en œuvre de ces actions stratégiques est bien en conformité avec les règles de concurrence en vigueur. Il est clair que les industries où les firmes sont prêtes à investir dans l'expertise favorisant le flirt avec la ligne blanche vont avoir un supplément de profitabilité sur celles où les firmes s'en tiennent à une concurrence plus agressive sur les prix et les parts de marché.

Tous les exemples précédents concernent des comportements de coordination afin d'améliorer l'équilibre dans des jeux répétés. Notons que l'intelligence du déplacement de l'équilibre de prix vers un niveau plus profitable à tous peut également résulter d'un investissement stratégique purement individuel, comme cela se passe dans un jeu de marché à la Bertrand (où la variable stratégique est le prix) lorsqu'une firme choisit un investissement peu rentable dans ses effets directs, mais rentable dans ses effets stratégiques, car il induit un déplacement mutuellement favorable de l'équilibre de Nash statique. Un exemple de ce type de manœuvre stratégique, dite de « gros chat » (*fat cat*<sup>14</sup>), est celui de la compagnie aérienne américaine TWA en 1993. La compagnie aérienne était alors en situation très difficile et l'ensemble de l'industrie devait se résoudre à une guerre de prix. La direction de TWA a décidé d'investir dans l'amélioration du confort de la classe affaires après retrait d'un nombre important de sièges. L'investissement était coûteux pour un résultat aléatoire. Or il a été payant, non seulement parce que la compagnie a attiré de nouveaux clients prêts à payer cher, mais aussi parce que cette stratégie a initié un comportement moins agressif des concurrents en matière de tarifs. L'effet stratégique a conduit à une amélioration de la profitabilité de l'ensemble de l'industrie.

Comment les autorités de concurrence devraient-elles réagir à ces différentes stratégies d'adaptation à

13. Voir la liste des facteurs facilitant la coopération tacite dans McAfee (2002), Besanko *et al.* (2003) ou Motta (2004).

14. Fudenberg et Tirole (1984).

la règle sur les ententes ? L'approche légale exige normalement des preuves assez fortes de collusion. C'est là une difficulté majeure rencontrée par les autorités : des preuves directes de l'existence de l'entente sont parfois obtenues, mais cela réclame le plus souvent qu'il y ait eu négligence de l'un au moins des membres de l'entente. Plus généralement, les autorités ne peuvent donc compter que sur des preuves indirectes. Il s'agit d'utiliser comme éléments de preuve des actions qui, prises isolément ou dans d'autres contextes ne seraient pas nécessairement répréhensibles. Ainsi en va-t-il de certains échanges d'informations au sein de syndicats professionnels ou d'annonces de changements de prix à venir, de parts de marchés stables, du respect des zones géographiques des concurrents, de parallélisme de prix... C'est l'idée de faisceau d'indices concordants : si un nombre suffisamment important de signaux montre qu'il y a un souhait de concertation entre les firmes de l'industrie, alors la suspicion de collusion se précise pour les autorités. En revanche, s'il n'existe aucun élément de preuve de concertation pour assurer une convergence vers l'équilibre collusoire, il faut accorder aux entreprises le bénéfice du doute et supposer qu'il ne s'agit que d'un niveau élevé de QI dans l'industrie. C'est heureusement ce qui est généralement appliqué dans les différents systèmes antitrust. Néanmoins, le cas de la levure fraîche de panification (Décision du Conseil de la concurrence du 22 mars 1989) laisse à penser que la prudence n'est pas toujours suffisante en ce domaine, car il n'y avait dans cette affaire aucune preuve de véritable concertation entre les firmes.

Il peut être tentant, pour certaines autorités, de ne tolérer qu'à la marge certaines actions susceptibles d'être porteuses de restrictions concurrentielles. Ainsi, par exemple, le parallélisme de prix a pu faire l'objet de sanctions (voir la Décision de la Commission européenne, 1984, *Wood Pulp*) et il reste assez souvent dans la ligne de mire des autorités, excepté lorsqu'il découle d'une répercussion évidente de hausses communes de coûts de production. Pourtant, il faut se garder d'une interprétation trop restrictive du parallélisme de prix qui nuirait à la fois à la sécurité des firmes et à la bonne compréhension de la règle de droit. Si l'utilisation du parallélisme de comportement dans le cadre de la notion du faisceau d'indices concordants se justifie, il serait en revanche extrêmement hasardeux d'en user isolément. On peut se rassurer du côté des autorités en

sachant qu'en règle générale les entreprises ont besoin d'un minimum de concertation pour trouver leur point focal et d'un minimum de contrôle pour assurer le respect de la règle de collusion. Il devient alors possible de mettre en évidence des preuves indirectes de la concertation. Mais là encore, il faut se garder d'une vision trop rigoriste de certaines actions. Les échanges d'informations, par exemple, peuvent légitimement être regardés de près, ils peuvent alourdir la suspicion des autorités et prendre part dans le faisceau d'indices concordants. Toutefois, ils ne sont pas interdits *per se* et ne doivent donc pas être systématiquement inquiétés. S'ils peuvent permettre de renforcer la coordination, les échanges d'informations présentent également des aspects potentiellement bénéfiques, en terme de recherche d'efficacité (Venayre, 2005). Leurs conséquences sont donc à étudier de façon détaillée au sein du bilan concurrentiel. Néanmoins, cela ne contraint pas dramatiquement l'efficacité du travail des autorités dans la mesure où lorsqu'un échange d'informations existe pour soutenir un comportement collusoire, il devient possible de mettre en évidence d'autres éléments de preuve indirects de l'existence du comportement anticoncurrentiel. Cela est d'ailleurs vérifié par l'analyse de la jurisprudence (Venayre, 2004).

## 2.2 Stratégies agressives unilatérales

Au-delà des efforts pour soutenir la profitabilité de l'ensemble de l'industrie, les firmes gagnantes sont celles qui déploient des manœuvres stratégiques pour créer des avantages compétitifs et pour tenter de les préserver à long terme. La théorie des jeux appliquée à l'économie industrielle a permis de mettre en évidence un ensemble de manœuvres d'affaiblissement relatif des rivaux, existants ou potentiels.

Les actions destinées à créer un avantage compétitif reviennent souvent à la décision de jouer en premier afin d'en tirer tous les avantages ultérieurs : appropriation d'actifs uniques, tels qu'une localisation idéale ou des sources d'approvisionnement, effets d'échelle, effets d'expérience. Cependant, si la concurrence est vive dès le départ, ces manœuvres font partie de la vie normale des affaires. Seules des questions telles que celle dite des « facilités essentielles » se posent alors à l'autorité de concurrence.

D'autres actions stratégiques visent à préserver les positions acquises contre les risques d'imitation ou

de contournement par des entrants éventuels. Cela comprend notamment la politique dite de prix limite, le surinvestissement en capacités de production ou encore la prolifération de marques voisines. Un exemple fameux de surinvestissement en capacités afin de dissuader l'entrée des concurrents sur une technologie performante est celui de la firme américaine Dupont dans l'industrie du dioxyde de titane. Leader dans son domaine, la firme a réussi à dissuader ses principaux rivaux en menaçant de façon crédible de noyer le marché par la construction de capacités excédentaires, qui seraient mobilisées en cas d'imitation de la technologie gagnante (voir l'analyse du cas par Ghemawat, 1997). La prolifération des marques a été pratiquée durant de longues années par Coca-Cola en Chine, la firme américaine allant jusqu'à y produire des boissons à base de thé et autres variétés de boissons non alcoolisées ne faisant pas partie du portefeuille traditionnel de la société, afin de barrer l'entrée de concurrents locaux, en particulier sur le marché des boissons au cola.

Un autre grand ensemble de manœuvres stratégiques vise la hausse des coûts des concurrents directs. Cela peut passer par le lobbying pour obtenir des réglementations plus sévères pour les nouveaux entrants, par exemple pour le respect de l'environnement, le verrouillage des circuits de distribution, des accords salariaux pénalisants les entreprises concurrentes si ces dernières utilisent des techniques nécessitant relativement plus de facteur travail (voir le cas Pennington aux États-Unis).

Une bonne illustration du caractère parfois proche de la limite des stratégies agressives unilatérales est fournie par le cas de la guerre du café qui a opposé à la fin des années 1970 aux États-Unis les entreprises General Food avec sa marque Maxwell House et Procter & Gamble avec la marque Folger. A l'époque, Maxwell House détenait environ 50 % du marché de l'Est des États-Unis, alors que Folger dominait dans les États de l'Ouest. Procter & Gamble ayant décidé de lancer une offensive sur les marchés géographiques de l'Est, General Food a répondu par diverses actions agressives : vente à bas prix, introduction d'une nouvelle marque et autres manœuvres destinée à brouiller les études de marché du rival (*signal jamming*), menaces de représailles sur la marché de l'Ouest, etc. Malgré une plainte de Procter & Gamble et l'investigation de la Federal Trade Commission qui a suivi, la défense stratégique de General Food a été reconnue légitime

par le juge. Il convient de noter que l'approche américaine est plus flexible que l'approche européenne en ce domaine. Il y a fort à parier qu'en pareilles circonstances, les actions de General Food auraient été jugées de ce côté de l'Atlantique comme un abus de position dominante, tandis qu'elles sont considérées par les américains comme de bonnes stratégies de marketing.

Les stratégies évoquées ci-dessus ne sont pas seulement dans les modèles théoriques d'organisation industrielle. Smiley (1988) a mené une enquête auprès d'environ 300 chefs d'entreprise américains pour vérifier l'usage d'actions visant à dissuader l'entrée. Il y apparaît que la dissuasion d'entrée est pratiquée de façon importante et en utilisant à la fois des actions directes visant à augmenter le coût de l'entrée et des stratégies plus fines visant à modifier les anticipations des entrants sur l'équilibre du jeu post-entrée, telles que l'entretien de capacités excédentaires ou la politique de prix limite.

On voit ici que les firmes qui ont les compétences clés pour appliquer astucieusement les règles vont pouvoir acquérir un avantage compétitif sur celles qui par manque de vigilance soit franchissent la ligne d'interdiction et sont sanctionnées, soit se tiennent exagérément en retrait de celle-ci.

Les comportements stratégiques présentés ci-dessus ont des effets à la fois négatifs et positifs sur le bien-être économique. De plus, il est en pratique extrêmement difficile de distinguer ces comportements de comportements qui sont directement concurrentiels. Cela laisse l'autorité de concurrence en situation difficile. Entre laxisme et interventionnisme intempestif, il s'agit de minimiser le risque d'erreur. La prudence dans l'intervention caractérise la démarche américaine. Du côté européen, il n'est pas exagéré de dire que l'autorité a pu abuser de la doctrine de l'abus de position dominante<sup>15</sup>. Mais l'orientation prise récemment semble, sans que cela soit pourtant clairement explicité, rapprocher la vision européenne de la vision américaine<sup>16</sup>.

15. Voir par exemple le cas des poupées Barbie en France, Montet (2000).

16. Voir le commentaire du cas UGC, Montet (2004).

## 2.3 Adaptation aux règles en matière de contrôle des concentrations et de réglementation sectorielle

Lors de la définition de toute loi ou réglementation, des « failles » demeurent, soit qu'il soit impossible de l'éviter, soit que certains comportements n'aient pas été anticipés. On peut citer l'exemple du contrôle des concentrations à titre illustratif : il est nécessaire de fixer des seuils en deçà desquels il n'est pas nécessaire de notifier le rachat, sans quoi les autorités se trouveraient en face d'un travail trop important au regard de leurs dotations. De fait, cela autorise les rachats au fil de l'eau qui renforcent la position dominante des grands opérateurs en place. C'est un phénomène que l'on a pu observer en France à la fois sur le marché de la bière et sur le marché de la distribution. Le *Rapport du groupe d'experts constitué sur les rapports entre industrie et commerce*, appelé Rapport Canivet, qui a été remis à M. le ministre N. Sarkozy récemment souligne d'ailleurs ce point.

De la même façon, lorsqu'ils sont face à une réglementation qui contraint leurs choix stratégiques, les managers tentent de tourner ces rigidités à leur avantage. Si l'on reprend le cas de la grande distribution française, le couponing en fournit un exemple frappant. La loi Galland de 1996, en interdisant la revente à perte, a incité les distributeurs à développer les techniques de couponing (bons de réduction, cartes de fidélité...) de manière à pouvoir offrir des baisses de prix à leurs clients, mais qui ne soient pas imputables à un produit spécifique, et ne soient donc pas répréhensibles au titre de la loi Galland.

Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'utilisation intelligente des règles établies, soit dans le domaine de la concurrence, soit dans le cadre réglementaire, dont on ne saurait faire le reproche aux décideurs.

## 3 Les adaptations stratégiques à la mise en œuvre de la règle de droit

Nous avons montré, au cours de la partie précédente, comment les entreprises peuvent adapter leurs stratégies à une règle de droit existante, de manière

à tenter de dégager des bénéfices maximaux tout en intégrant dans leurs choix les contraintes institutionnelles qui leurs sont imposées. Comme cela a été souligné, il s'agit d'actions qui ne sont pas illégales, mais qui utilisent le plus « intelligemment » possible l'incomplétude des règles juridiques pour servir rationnellement les intérêts individuels des managers.

Toute nouvelle règle de droit génère donc des modifications comportementales des décideurs privés. Cependant, l'impact du droit de la concurrence sur le milieu des affaires ne se limite pas à ces adaptations stratégiques. Le droit de la concurrence peut également faire l'objet d'une utilisation stratégique destinée à servir les intérêts de son entreprise vis-à-vis de ses concurrents (McAfee, 2004). Ainsi, dans l'enquête réalisée auprès des entreprises, à la question « *le droit de la concurrence est-il un outil stratégique au service de l'entreprise ?* », 53 % des firmes interrogées répondent positivement.

Plus encore, la question de la mise en œuvre de la règle de droit fait intervenir dans le processus de décision un nouveau partenaire : l'autorité de la concurrence. Lorsqu'une procédure est engagée, qu'elle soit conflictuelle ou non, l'entrée en action de ce nouvel interlocuteur conduit la firme à se lancer avec lui dans une négociation (au sens *bargaining* de la théorie des jeux). Il convient, ici, de distinguer deux types distincts de négociations : institutionnalisées ou plus officieuses.

La négociation entre les firmes et les autorités de la concurrence peut être institutionnalisée, au sens où elle est prévue par la procédure juridique elle-même. C'est par exemple le cas dans le domaine du contrôle des concentrations. Le principe même de la notification des opérations de rapprochement conduit firmes et autorités à s'engager dans un processus de marchandage, particulièrement en ce qui concerne les cessions d'actifs. Le recours à des cessions d'actifs est un remède structurel de plus en plus utilisé par les autorités de la concurrence<sup>17</sup> lors des différentes phases du contrôle des concentrations. Elles modifient l'allocation des droits de propriété entre les firmes en réor-

17. Voir par exemple la Communication de la Commission européenne concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil et au Règlement (CE) n° 447/98, 2001/C 68/03, qui précise (§ 13) que : « *le moyen le plus efficace de préserver cette concurrence, en dehors de l'interdiction, est de créer les conditions nécessaires à l'émergence d'une nouvelle entité concurrentielle ou au renforcement des concurrents existants par le biais d'une cession* ».

ganisant les actifs entre les concurrents. Ces cessions sont délicates car difficilement réversibles mais l'intérêt est qu'elles sont conçues pour éviter tout risque anticoncurrentiel de l'opération, les autorités n'ayant plus à intervenir *ex-post*. À l'opposé, dans le cas de remèdes de type comportemental<sup>18</sup>, les autorités se doivent de surveiller leur application et le bon respect des engagements signés. Cependant, la modélisation théorique des cessions d'actifs reste récente et les résultats actuels ne fournissent pas de conclusions normatives claires permettant d'établir des lignes directrices<sup>19</sup>. Les recherches sur ces remèdes ont débuté par des articles à dominante juridique se basant principalement sur des rapports d'affaires de concentration et analysant les effets *a posteriori* des cessions<sup>20</sup>. Mais ces études ne s'intéressent pas aux questions de la détermination du nombre optimal d'actifs à céder, de leur nécessaire complémentarité ou du choix de l'acheteur potentiel.

Ainsi, au plan pratique, lorsque des problèmes anticoncurrentiels sont soulevés, les entreprises sont incitées à proposer des rétrocessions d'actifs dès la première phase de l'évaluation du projet de concentration, que ce soit au niveau français ou européen. Les parties entrent alors le plus souvent dans un processus de négociation. A ce titre, il est souvent nécessaire d'engager le dialogue avec les autorités le plus tôt possible. Il semble donc que l'on puisse observer en pratique un tel jeu de *bargaining* sans que ni les firmes, ni les autorités, ne soient dupes des arguments qu'elles utilisent. Bien entendu, la généralisation de cette idée est complexe, dans la mesure où les débats restent très secrets. Mais quelques cas apparaissent comme une bonne vérification de notre idée. Ainsi, les rétrocessions exigées par le Conseil de la concurrence dans le cadre de la fusion entre Carrefour et Promodès, en 2000, relèvent de ce processus. Selon les informations ayant circulé dans les médias au moment de l'examen par le Conseil de la concurrence, il était envisagé de demander à Carrefour de rétrocéder à la concurrence 33 hypermarchés, ce qui représentait une surface totale de vente qui devait se situer entre 200 000 et 300 000 m<sup>2</sup> (nous choisissons volontairement un intervalle large). De telles rétrocessions au-

18. Engagements contractuels pour permettre aux firmes concurrentes de pouvoir accéder à certains actifs clés détenus par les parties, tels que des inputs ou des technologies spécifiques.

19. Ainsi, Joskow (2002) indique que : « *The knowledge base that we have today to guide divestiture remedies is limited* ».

20. Voir Motta (2004, p. 266 et suivantes) pour une synthèse.

raient considérablement limité l'intérêt du rachat de Promodès, ce que le Conseil ne pouvait ignorer. A l'inverse, la défense des firmes s'articule alors nécessairement sur ce qui constitue leurs points forts. A la limite, le seuil théorique de rétrocessions souhaitées est zéro. De même que dans le cas des autorités, le défenseur ne peut ignorer qu'il s'agit d'une requête utopique... C'est précisément sur ces bases que s'engage la négociation par le biais, notamment, des auditions. Dans le cas de Carrefour-Promodès, le nombre de rétrocessions finalement exigées fut de 8 unités. Certains soutiendront que c'est un peu faible, d'autres mettront en avant son côté légèrement excessif... Pourtant, il s'agit d'une solution relativement consensuelle qui n'est finalement discutée qu'à la marge.

Ce processus de négociation conduisant à une forme d'équilibre des revendications initiales émerge finalement de manière assez naturelle. Il est de plus alimenté par le fait que les délais d'action sont réduits. Les autorités ne peuvent pas consacrer un temps infini à chacune des affaires, ce qui est encore renforcé par leur manque constant de moyens humains ou financiers. D'autre part, les entreprises ne souhaitent pas non plus que la procédure s'éternise car elle ralentit d'autant la mise en œuvre effective du rapprochement.

Dans la perspective de négociations avec les autorités, certaines firmes utilisent parfois la politique du fait accompli, du moins lorsque la législation le permet, c'est-à-dire qu'elles procèdent aux acquisitions avant même d'obtenir les accords, étant entendu qu'il peut ensuite être difficile de revenir totalement au point de départ. Ce choix peut se révéler catastrophique du fait des obligations de revente à des prix forcément peu favorables, mais il peut en résulter des positions acquises qui sans ce supplément de prix n'auraient jamais pu être obtenues.

Au-delà de ce qui vient d'être dit, la négociation entre firmes et autorités ne fait pas toujours l'objet d'une institutionnalisation. Elle peut être plus officieuse : elle n'est alors pas prévue par la règle elle-même, mais si cette dernière ouvre une place importante au pouvoir politique, peuvent se produire des phénomènes de lobbying. On sous-estime souvent l'importance des actions lobbyistes. Pour l'opinion publique, il s'agit même d'un phénomène presque exclusivement américain. Pourtant, l'enquête auprès des entreprises révèle qu'une part importante de

celles-ci fait appel (de manière interne ou externe) à des spécialistes de la question : 62 % de l'échantillon répond par l'affirmative à la question « *Utilisez-vous le lobbying pour la mise en œuvre de vos stratégies ?* » (contre 30 % de « non » et 8 % de « ne sait pas »). Il convient de plus de noter qu'il s'agit là d'un chiffre particulièrement élevé compte tenu de l'aspect à la fois délicat et confidentiel de cette question.

En matière de lobbying, il est ici nécessaire de distinguer deux niveaux d'action : l'amont et l'aval. Le lobbying peut se produire en amont, c'est-à-dire soit au moment du choix de la règle de droit (mais il s'agit là de cas historiques, les bases du droit de la concurrence étant déjà bien établies)<sup>21</sup>, soit en ce qui concerne l'attention dont les règles font l'objet. L'application de certaines règles, en effet, est sujette à des effets de mode en partie dus à la pression de l'opinion publique, à la couleur politique des dirigeants ou aux lobbies. C'est par exemple le cas du Robinson-Patman Act, aux États-Unis. Voté en 1936 sous la pression d'intérêts catégoriels et politiques, il inscrit la « défense des petits contre les grands » dans le droit de la concurrence américain<sup>22</sup>. Pourtant, au plan de son application, le texte est pour le moins tombé en désuétude. De nos jours, certains lobbies essaient de « réactiver » le Robinson-Patman Act en appelant de nouveau à son application (voir Foer, 2000).

Si on excepte le cas périphérique de la réglementation, le lobbying amont en matière de droit de la concurrence reste malgré tout marginal. En revanche, une seconde possibilité existe : le lobbying aval. Il s'agit ici d'intervenir au moment de l'application de la règle de droit. Si nous reprenons l'exemple du contrôle des concentrations, il arrive que des intérêts politiques interviennent dans les débats. C'est par exemple le cas lorsque des emplois peuvent être remis en cause dans une circonscription déterminée. Dans des affaires épineuses au niveau français, le processus de négociation s'effectue parfois au plus haut de la hiérarchie, « *les parties notifiantes [...] 'montent' la hiérarchie et vont voir le cabinet du ministre de l'Économie voire le ministre lui-même. Compte tenu du caractère politique de la décision, cela ne peut ap-*

21. C'est en revanche très actuel dans le cadre de la réglementation. Les réglementations successives en matière de grande distribution et de pratiques commerciales, jusqu'aux débats les plus récents, montrent bien à quel point les règles peuvent dépendre du contexte politique. Sur ces points, voir la première partie de Montet et Venayre (2004).

22. Voir notamment Elzinga et Hogarty (1978).

*paraître ni anormal ni choquant. [...] les interventions [...] ne sont pas forcément couronnées de succès*» constatent Cot et de La Laurencie (2003, p. 406). La question de la réussite du lobbying est particulièrement intéressante. Compte tenu de la proportion de firmes qui déclarent l'utiliser (62 %), on peut légitimement penser que son résultat est globalement avéré, même s'il ne saurait fonctionner toujours, comme l'indiquent les auteurs précédents. Néanmoins, l'enquête fait apparaître un résultat plus paradoxal, si l'on croise les réponses. En effet, il semble que ceux qui font appel au lobbying croient moins à son efficacité que ceux qui ne l'utilisent pas : 45 % des firmes qui déclarent utiliser le lobbying considèrent que les entreprises font l'objet, lors des procédures juridiques, d'un traitement égalitaire de la part des autorités. En revanche, les firmes qui n'utilisent pas le lobbying jugent à 47 % que le traitement est plutôt inégalitaire. Peut-être s'agit-il d'une surestimation des effets positifs du lobbying par ceux qui ne peuvent en utiliser, peut-être s'agit-il plus simplement d'une réponse stratégique des lobbyistes eux-mêmes (le problème de la révélation des informations se posant pour une question aussi confidentielle)<sup>23</sup>.

## Conclusion

En matière de comportement optimal des acteurs des marchés, les points de vue des entrepreneurs et des autorités sont nécessairement divergents. Si l'ambition de la stratégie d'entreprise est d'accroître au maximum le pouvoir de marché du stratège, les autorités de la concurrence visent au contraire à le limiter, de manière à assurer une concurrence dynamique et loyale sur les marchés. Cette opposition de principe conduit naturellement les firmes à jouer avec les contours du droit de la concurrence, même si leur intérêt n'est pas d'en violer explicitement le contenu. Plus les stratégies des managers se rapprochent des comportements prohibés (tout en restant dans les limites légales), et évitent en cela d'opter pour des stratégies de prix exagérément agressives, meilleure est leur profitabilité.

Toutefois, les stratégies gagnantes des entreprises se heurtent aux contours du droit, c'est-à-dire à la

définition de la règle de droit elle-même. Cette dernière comporte nécessairement des incertitudes, qui tiennent aux caractéristiques de la vie économique, en perpétuelle évolution. De même les stratégies des firmes ne peuvent pas toujours être identifiées comme concurrentielles ou anticoncurrentielles de fait : il convient d'analyser les comportements en fonction de l'ensemble des facteurs en présence. Ce principe d'analyse au cas par cas renforce encore l'insécurité qui découle de la généralité de la règle de droit car la place qui est faite à l'interprétation de la règle par le juge, ou aux modalités de son application, rend plus complexe l'anticipation de la limite légale des actions stratégiques qui s'offrent aux entreprises. A ce titre, nous avons souligné à quel point il est important que les autorités différencient convenablement ce qui relève d'une volonté délibérément anticoncurrentielle de ce qui n'est qu'une adaptation intelligente des stratégies à la règle antitrust et qui ne saurait donc faire l'objet de sanctions.

La mise en œuvre de la règle, par les différentes interprétations qu'elle autorise, crée également pour les managers des incitations à tenter d'infléchir les décisions dans une direction qui leur est plus favorable. Des comportements lobbyistes émergent alors de façon rationnelle, qui peuvent renforcer encore les insécurités initiales. De ce point de vue, plus la règle de droit laisse la place à l'interprétation du régulateur, voire directement du politique, plus les ressources vont être détournées vers le lobbying, la protection et la recherche de rentes. On sait à quel point ces comportements latéraux peuvent finalement éloigner le résultat d'équilibre de l'optimum efficace. Ainsi, il paraît collectivement souhaitable de chercher à réduire ces opportunités, en limitant les possibilités d'incursions interprétatives dans l'application de la règle de droit, particulièrement lorsque ces interprétations sont susceptibles d'être infléchies par des considérations politiques plus larges que la simple volonté de garantir sur les marchés des comportements loyaux.

23. Pour plus de détails sur cette question, se reporter à Bougette *et al.* (2006), dans le même numéro.

## Références

- [1] BECKER G.S. (1968), « Crime and Punishment : An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.
- [2] BESANKO D., D. DRANOVE, M. SHANLEY et S. SCHAEFER (2003), *Economics of Strategy*, 3<sup>e</sup> éd. New York : John Wiley.
- [3] BOUGETTE P., L. DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ, C. MONTET et F. VENAYRE (2006), « Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de grandes entreprises françaises », *Revue de la concurrence et de la consommation*, 144, 2-10.
- [4] CARLTON D.W. et J.M. PERLOFF (1997), *Économie industrielle*, Bruxelles : De Boeck.
- [5] COT J.-M. et J.-P. DE LA LAURENCIE (2003), *Le contrôle français des concentrations*, 2<sup>e</sup> éd. Paris : LGDJ.
- [6] DIXIT A. et B. NALEBUFF (1991), *Thinking Strategically : The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life*, New York : W.W. Norton & Company.
- [7] DOLAN R.D.J. et H. SIMON (1996), *Power Pricing : How Managing Price Transforms the Bottom Line*, New York : Free Press.
- [8] DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ L. (2004), « A quelles conditions le droit de la concurrence peut-il servir la stratégie de l'entreprise? », *Ateliers de la concurrence de la DGCCRF*, 8 décembre 2004.
- [9] ELZINGA K.G. et T.E. HOGARTY (1978), « Utah Pie and the Consequences of Robinson-Patman », *Journal of Law and Economics*, 21(2), 427-434.
- [10] FOER A.A. (2000), « Small Business and Antitrust : Why the Little Guys Left the Fold and They Should Return », *American Antitrust Institute*, Washington.
- [11] FUDENBERG D. et J. TIROLE (1984), « The Fat Cat, the Puppy Dog Ploy and the Lean and Hungry Look », *American Economic Review*, 74(2), 361-368.
- [12] GHEMAWAT P. (1997), *Games Businesses Play : Cases and Models*, Boston : MIT Press.
- [13] IVALDI M., B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT et J. TIROLE (2003), « The Economics of Tacit Collusion », *Rapport Final*, Commission européenne.
- [14] JOSKOW P.L. (2002), « Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies », *Journal of Law, Economics, and Organization*, 18(1), 95-116.
- [15] MCAFEE R.P. (2002), *Competitive Solution : The Strategist's Toolkit*, Princeton et Oxford : Princeton University Press.
- [16] MCAFEE R.P. (2004), « L'utilisation abusive du droit de la concurrence à des fins stratégiques », *Ateliers de la concurrence de la DGCCRF*, 8 décembre 2004.
- [17] McMILLAN J. (1996), *Games, Strategy and Managers*, Oxford : Oxford University Press.
- [18] MONROE K.B. (2003), *Pricing : Making profitable decisions*, 3<sup>e</sup> éd. New York : McGraw-Hill.
- [19] MONTET C. (2000), « Commentaire de la décision n° 99-D-45 relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet », *Recueil Lamy des avis et décisions du Conseil de la concurrence*.
- [20] MONTET C. (2004), « Commentaire de la décision n° 04-D-10 du 1er avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma », *Recueil Lamy des avis et décisions du Conseil de la concurrence*.
- [21] MONTET C. et D. SERRA (2003), *Game Theory and Economics*, New York : Palgrave MacMillan.
- [22] MONTET C. et F. VENAYRE (2004), « Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire? », *Revue Lamy de la Concurrence*, 1, novembre-janvier, 174-181.
- [23] MOTTA M. (2004), *Competition policy : Theory and practice*, Cambridge : Cambridge University Press.
- [24] NALEBUFF B. et BRANDENBURGER A. (1996), *Co-opétition*, Le Village Mondial, 1997.
- [25] PISTOR K. et XU C.-G. (2002), « Law Enforcement under Incomplete Law : Theory and Evidence from Financial Market Regulation », *Columbia Law and Economic Working Paper*, n° 222.
- [26] POLINSKY A.M. et S. SHAVELL (2000), « The Economic Theory of Public Enforcement of Law », *Journal of Economic Literature*, 38(1), 45-76.
- [27] PORTER M.E. (1980), *Competitive Strategy : Techniques for Analyzing Industries and Competitors*, New York : Free Press, 396 p. Traduit par : *Choix stratégiques et concurrence : Techniques d'analyse des secteurs et de la concurrence dans l'industrie*, Paris : Economica, 2004.
- [28] PORTER M.E. (1985), *Competitive Advantage : Creating and Sustaining Superior Performance*, New York : Free Press, 557 p. Traduit par : *L'avantage concurrentiel : comment devancer ses concurrents et maintenir son avance*, Paris : Dunod, 1999.
- [29] SALOP S.C. (1986), « Practices that (Credibly) Facilitate Oligopoly Co-ordination » in : *New Developments in the Analysis of Market Structure*, Stiglitz J. et Mathewson G.F. éditeurs, Cambridge : MIT Press, 265-290.
- [30] SHAPIRO C. et H.R. VARIAN (1999), *Économie de l'information : guide stratégique de l'économie des réseaux*, Bruxelles : De Boeck.
- [31] SHELL R. et D. YAO (2000), « Business Strategy in a World with Uncertain Rules », *Document de travail*, Wharton School, Université de Pennsylvania.

- [32] SIMON H. (2000), *La stratégie prix : agir sur le prix pour optimiser le résultat*, Paris : Dunod.
- [33] SMILEY R. (1988), « Empirical Evidence on Strategic Entry Deterrence », *International Journal of Industrial Organization*, 6, 167-180.
- [34] STIGLER G.J. (1970), « The Optimum Enforcement of Laws », *Journal of Political Economy*, 78(3), 526-536.
- [35] YAO D. (1997), « Antitrust Constraints to Competitive Strategy », in : *Wharton on Dynamic Competitive Strategies*, DAY G. et D. REIBSTEIN éditeurs, New York : John Wiley and Sons, 313-337.
- [36] VENAYRE F. (2004), « Échanges d'informations : les jurisprudences française et communautaire à l'aune des prédictions théoriques », *Revue d'économie industrielle*, 108, 4<sup>e</sup> trimestre, 91-112.
- [37] VENAYRE F. (2005), « Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2, février-avril, 122-125.