



HAL
open science

Concurrence et politique industrielle: analyse de logiques distinctes

Frédéric Marty

► **To cite this version:**

Frédéric Marty. Concurrence et politique industrielle: analyse de logiques distinctes. Viviane de Beaufort. Entreprises stratégiques nationales et modèles économiques européens, Bruylant, pp.131-153, 2012. halshs-00753305

HAL Id: halshs-00753305

<https://shs.hal.science/halshs-00753305v1>

Submitted on 19 Nov 2012

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.

Frédéric Marty, (2012), "Concurrence et politique industrielle: analyse de logiques distinctes",
in de Beaufort V. (s.d.), *Entreprises stratégiques nationales et modèles économiques
européens*, Bruylant, Bruxelles, octobre, pp.131-153.

Les questions relatives à l'action des pouvoirs publics face aux délocalisations et à la défense des champions nationaux suivies par l'apparition dans le débat public des craintes de désindustrialisation de l'économie française ont remis sur le devant de la scène la question de la place de la politique industrielle dans la politique économique. L'une des dimensions clés des débats engagés à cette occasion a bien entendu tenu à l'articulation entre la politique industrielle et la politique de la concurrence. Les règles de concurrence européennes sont parfois vues comme des obstacles infranchissables pour la mise en œuvre d'une politique industrielle nationale.

Notre propos, dans le cadre de cette contribution réside donc dans l'analyse des rapports de ces deux politiques publiques. La mise en œuvre du droit de la concurrence par la Commission revient-elle à une « antipolitique » industrielle ou peut-elle traduire, en fait, une politique industrielle implicite?

Politiques récentes au point de vue historique, les politiques de concurrence ne jouissent guère d'une large acceptation sociale. A ce titre, leur légitimité est particulièrement sensible aux retournements de conjoncture, comme l'a encore montré la crise de 2008¹. Une mise entre parenthèses de la politique de concurrence était-elle nécessaire pour permettre aux entreprises de surmonter la crise ? Fallait-il abandonner le dogme concurrentiel pour permettre aux Etats de porter secours à des entreprises stratégiques ou pour offrir aux entreprises la stabilité et la lisibilité nécessaires pour conforter leurs plans d'investissement ? Le thème du retour de l'Etat et plus généralement de la revigoration de la politique industrielle se développa avec d'autant plus de facilité que la crise avait été précédée par un grand débat sur la défense des industries stratégiques mais aussi par la montée en puissance du thème de la désindustrialisation et des délocalisations². Le retour des débats autour de la politique industrielle peut donc s'expliquer

¹ Jenny F., (2009), « La crise économique et financière, la régulation et la concurrence », *Concurrences*, n°2-2009.

² Fontagné L. et Lorenzi J.-H., (2005), *Désindustrialisation, délocalisations*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, *La Documentation Française*, Paris.

de façon conjoncturelle comme relevant d'un besoin de protection en temps de crise³ mais peut également répondre à une problématique bien plus structurelle liée à des questions d'insertion de l'économie européenne dans la division internationale du travail et des risques conséquents de désindustrialisation de tout – ou partie – de l'économie européenne. Un éventuel retour de la politique industrielle ne risque-t-il pas de remettre les objectifs fondamentaux des politiques menées depuis le Traité de Rome à savoir un processus de concurrence libre et non faussé et la construction du marché intérieur ?

Notre propos réside donc dans l'analyse des liens et oppositions entre politiques de concurrence et politiques industrielles. A cette fin, après nous être attachés, en première partie, à une analyse historique du développement de ces deux politiques publiques, nous considérons en deuxième partie les différents paramètres pouvant conduire à considérer que la politique de concurrence constitue en elle-même une politique industrielle efficace. Notre troisième partie, centrée sur la pratique décisionnelle de la Commission européenne, montre de quelle façon la politique de concurrence peut être saisie comme une politique industrielle implicite et met en exergue les difficultés induites par une telle approche.

I – Politique industrielle et politique de concurrence dans une perspective historique

Au point de vue de l'histoire des faits économiques, le rapport de forces entre politiques industrielles et politique de la concurrence s'est longtemps caractérisé par un net déséquilibre en faveur des premières vis-à-vis de la seconde. Jusqu'à la première moitié du vingtième siècle des traditions politiques dirigistes ont prévalu dans de nombreux états. Celles-ci pouvaient émaner de façon prédominante de pouvoirs économiques publics, comme pourrait en témoigner la tradition *colbertiste* française. Elles pouvaient également procéder en grande partie de pouvoirs économiques privés à l'instar des Etats dont l'économie était en partie cartellisée, telle l'Allemagne⁴. La concentration des entreprises favorisée, par la Seconde Révolution Industrielle, fut consolidée par la diffusion à l'ensemble de l'Allemagne du droit

³ « Industrial policy becomes again fashionable when market conditions tighten and therefore firms are under stress ».

Gaffard J.-L., (2008), « Why and How Revisiting Industrial Policy », Conférence *Frankreich ein Vorbild für Deutschland, Allemagne un exemple pour la France*, Berlin.

⁴ La cartellisation de l'économie n'était d'ailleurs pas considérée comme un mal en soi. Elle apparut dans de nombreux Etats européens comme une étape inexorable vers un « capitalisme organisé ». Dans le cas de l'Autriche-Hongrie lors de la Grande Dépression de la fin du XIXe siècle, analysé par D. Gerber, les cartels de crise étaient vus au mieux comme des maux nécessaires. Pis, la cartellisation de certaines branches industrielles fut même encouragée par les banques qui considéraient que la stabilisation des prix qui en résultait permettait d'éloigner le risque de défauts de paiements de la part des débiteurs.

Gerber D., (1992), "The Origins of European Competition Law in Fin-de-Siècle Austria", *American Journal of Legal History*, vol.36, pp. 405-440

prussien en 1871. Ce dernier se refusait en effet à interférer avec les accords librement consentis par des agents privés. Une telle conception ne permettait pas de faire pièce aux accords interentreprises de nature à restreindre la concurrence⁵. La tendance à la cartellisation se vit même accordée une base légale à partir d'un arrêt de 1897 de la Cour Suprême allemande⁶ (le *Reichgericht*). La concentration du pouvoir économique privé et l'acceptation d'un certain degré de dirigisme économique furent encore accrus au travers de l'expérience de l'économie de guerre et des difficultés économiques qui frappèrent la République de Weimar⁷.

La situation européenne ne doit pas être trop hâtivement jugée au vu des avancées législatives réalisées à la même période aux Etats-Unis. La promulgation du Sherman Act en 1890 puis des Clayton Act et FTC Act en 1914 ne doit pas occulter les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de la législation antitrust. Celle-ci se heurta notamment aux réticences de la Cour Suprême à interférer avec la liberté de marché des entreprises⁸. A ce titre, les Clayton Act et FTC Act promulgués en 1914 peuvent être interprétés comme témoignant de la volonté de contourner les difficultés rencontrée par la Division Antitrust du Department of Justice chargée d'engager des poursuites devant les juridictions de l'ordre judiciaire en cas de violation du Sherman Act⁹. De plus, l'histoire économique américaine révélant également un caractère pour le moins cyclique dans l'activation par les pouvoirs publics des ressources d'action offertes par les lois Antitrust¹⁰, il est possible de constater que les années qui ont précédé et suivi la Première Guerre Mondiale ne furent guère marquées par une politique de concurrence des plus vigoureuses, malgré quelques décisions emblématiques.

⁵ Audretsch D., (1989), "Legalized Cartels in West Germany", *The Antitrust Bulletin*, n° 34, pp.579-600.

⁶ Encaoua D. et Guesnerie R., (s.d.), (2006), *Politique de la concurrence*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, La Documentation Française, Paris.

⁷ Foucault M., (2004), *Naissance de la biopolitique – cours au Collège de France (1978-1979)*, Gallimard, Seuil, Paris, 355p.

⁸ La Cour Suprême américaine s'opposa longuement à l'application des textes législatifs pouvant remettre en cause des droits fondamentaux, y compris ceux des entreprises. Non seulement celle-ci s'était investie dès l'arrêt *Marbury v. Madison* de 1803 (5 US 137) d'une mission de contrôle constitutionnel des décisions de l'exécutif et des actes du législatif mais une interprétation particulièrement extensive du 14^{ème} Amendement la conduisit en outre à adopter une vision des plus restrictives du *due process of law*, la conduisant à adopter une attitude très stricte en matière d'application de textes pouvant affecter la liberté contractuelle et tarifaire des entreprises.

Sur le contrôle juridictionnel assuré par la Cour Suprême, voir :

Law D.S., (2009), "A Theory of Judicial Power and Judicial Review", *Georgetown Law Journal*, vol. 97, n°3, pp.723-801.

⁹ Winerman M., (2003), "The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control and Competition", *The Antitrust Law Journal*, vol.71, n°1, 24.

¹⁰ Kovacic W. and Shapiro C., (2000), "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n° 1, pp. 43-60.

Les réflexions – et même dans le cas autrichien les projets de lois – développées en Europe avant et après le premier conflit mondial s'alimentèrent de l'analyse des difficultés rencontrées aux Etats-Unis¹¹. La République de Weimar fut à l'origine d'une première loi sur la concurrence, promulguée en 1923¹², loi dont les dispositions de mise en œuvre – de nature administrative - n'avaient que peu à voir avec le modèle américain. Son application s'avéra un échec du fait des résistances à laquelle elle eut à faire face¹³. Ainsi, il fallut attendre les lendemains du second conflit mondial pour voir se développer, au moment même où la politique industrielle était triomphante, les bases de nos politiques de concurrence européennes contemporaines.

La construction d'une politique de concurrence fut à nouveau le fait de l'Allemagne. Celle-ci ne fut pas seulement le fruit de l'administration militaire américaine, à l'origine d'une réglementation visant à la décartellisation de l'économie allemande, reprise dans les deux autres zones occidentales¹⁴. Elle fut principalement le fait d'une réflexion et d'une impulsion politique interne, portée par Ludwig Ehrhard, alors ministre des Finances, influencé courant ordo-libéral de l'Ecole de Fribourg. La politique de concurrence apparaissait comme un premier et indispensable pilier dans la construction d'un modèle d'économie sociale de marché. Celui-ci, comme nous le verrons, peut être interprété comme inducteur d'une politique industrielle implicite au travers de la mise en place d'un cadre propice au développement d'une économie de PME, en favorisant le développement de la concurrence dans l'économie tout en limitant les capacités des opérateurs dominants à user de leur pouvoir de marché¹⁵. Ces efforts débouchèrent sur la promulgation d'une nouvelle loi sur la concurrence en 1957, laquelle ne précéda que de quelques mois le Traité de Rome, dont les articles 101 et 102 (pour reprendre la numérotation actuelle du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne) fondèrent notre politique de concurrence actuelle.

¹¹ Gerber D., (1992), *op. cit.*

¹² Gerber D., (1998), *Law and Competition in the Twentieth Century: Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford.

¹³ Gerber D., (1994), "Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe", *American Journal of Comparative Law*, vol.42, 25

¹⁴ Après l'abandon du Plan Morgenthau adopté en septembre 1944, lequel prévoyait une désindustrialisation totale de l'Allemagne (sa *pastoralisation*), l'administration militaire américaine décida de procéder à sa décartellisation (US Military Government Law n° 56 du 28 janvier 1947). Le préambule de ce texte, rapidement transposé dans les zones britanniques et françaises, indiquait qu'il s'agissait de remédier aux risques d'agressions politiques ou économiques résultant de la concentration du pouvoir économique en Allemagne.

Buxbaum H.L., (2006), "German Legal Culture and the Globalization of Competition Law: An Historical Perspective of Private Antitrust Enforcement", *Issues in Legal Scholarship*, pp.474-495.

¹⁵ Foucault M., (2004), *op. cit.*

Une même montée du dirigisme économique s’observa en France à partir de la mise en place de l’économie de guerre en 1914-18. Les réponses apportées à la crise de 1929, les pratiques économiques du régime de Vichy puis les nécessités de la reconstruction ne laissèrent que peu de place à la défense des règles de concurrence. La politique de la concurrence n’apparut réellement que dans les années cinquante. Elle se limita cependant dans un premier temps à la répression des ententes anticoncurrentielles nouées autour des marchés publics passés dans le cadre des premiers plans¹⁶. Cependant, le Comité Technique des Ententes, organe consultatif auprès du ministère en charge de l’Economie, formé en 1953, a constitué la première étape d’un long processus qui mènera successivement à la constitution de la Commission (1977), au Conseil (1986) et finalement à l’Autorité de la Concurrence (2009). La politique de concurrence française ne s’affirma en fait que très progressivement et ne devint prédominante que lorsque la politique industrielle amorça son déclin dans les années quatre-vingt.

Il en alla en partie pareillement au niveau européen. Si ses bases furent jetées dans les années cinquante, au travers de quelques articles du Traité de Rome, la politique de concurrence s’affirma de façon incrémentale. D’une part, les principaux traits caractéristiques des politiques européennes de concurrence se dégagèrent progressivement de la pratique décisionnelle de la Cour de Justice. La politique de concurrence fut activée par cette dernière comme un levier pour la construction du marché intérieur¹⁷. D’autre part, les cadres légaux et procéduraux des politiques de concurrence ne fut que très progressivement mis en place que cela soit à l’échelon des institutions de l’Union ou à celui des différents Etats membres. Par exemple, le premier règlement européen relatif au contrôle des concentrations remonte à 1989. De la même façon, il fallut attendre, au Royaume-Uni, la promulgation du Competition Act en 1998, pour voir l’introduction de dispositions relatives aux sanctions financières pour les entreprises impliquées dans des accords de cartel.

Cette contemporanéité des politiques de concurrence européenne n’est pas sans poser de difficultés en termes d’acceptabilité sociale, notamment comme nous l’avons vu en période de crise. Elle conduit également à s’interroger sur leur articulation avec les politiques

¹⁶ Marty F., (1999) « Electricité de France et les constructeurs de matériels électromécaniques. La construction d’un cercle vertueux de coopération (1946-1955) », *Bulletin d’histoire de l’électricité*, n° 34, décembre, pp. 51-98.

¹⁷ Giocoli N., (2009), “Competition v Property Rights: American Antitrust Laws, the Freiburg School and the Early Years of European Competition Policy”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 5, n° 4, pp. 747-786.

industrielle. Les deux politiques sont-elles compatibles ou entretiennent-elles certains rapports de substituabilité ?

II – De la compatibilité des politiques de concurrence et des politiques industrielles

Il s'agit tout d'abord dans le cadre de cette deuxième partie de mettre en exergue les différentes lignes de clivage entre politiques de concurrence et politiques industrielles (1-). Nous placerons ensuite l'accent sur les limites frappant les politiques industrielles traditionnelles (2-). Celles-ci peuvent conduire à considérer les politiques de concurrence comme une option de politique industrielle.

1 - Des oppositions structurantes

Il est possible de mettre en regard la politique industrielle et la politique de concurrence à partir de quelques oppositions, certes schématiques mais structurantes.

Premièrement, alors que la notion même de politique industrielle repose sur un dirigisme économique, l'essence même de la politique de concurrence est de permettre aux agents économiques d'exprimer leurs choix au travers du processus de marché.

En deuxième lieu, alors que la politique de concurrence ne porte en elle-même aucun objectif redistributif, le propre de la politique industrielle est de provoquer des transferts de bien-être entre les différents agents économiques. A ce titre, se posent inexorablement des questions relatives aux modalités des choix publics mais aussi relatives aux risques de capture ou plus généralement de sensibilité aux actions des différents groupes de pression.

En troisième lieu, il peut apparaître que politiques de concurrence et politiques industrielles reposent sur deux logiques d'action publique bien distinctes. Les premières doivent reposer sur des règles générales et posées *ex ante*. Les secondes revêtent une dimension discrétionnaire, au risque de l'incohérence temporelle¹⁸. Ce faisant, la distinction canonique entre une politique économique fondée sur des règles et une politique économique en partie scandée par des choix discrétionnaires peut – au moins partiellement – structurer l'opposition entre politique de concurrence et politique industrielle. Il est ainsi possible d'aborder la question de la sécurité des anticipations que peuvent formuler les agents

¹⁸ Kydland F. and Prescott E., (1977), "Rules rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans", *Journal of Political Economy*, vol.85, n° 3, pp.473-492.

économiques quant à la stabilité des politiques mises en œuvre par les pouvoirs publics¹⁹. Face à des interventions publiques risquant d'affecter de façon significative les rendements espérés des décisions d'investissement passées des agents économiques, il convient de noter que, dans une optique ordo-libérale, les règles de concurrence doivent reposer sur une base constitutionnelle. Pour les ordo-libéraux, la *politique de société* menée par l'Etat suppose que le marché soit inséré dans un cadre constitutionnel. Il s'agit de se doter de règles permettant de protéger le processus de concurrence de toute interférence que celle-ci procède de pouvoirs économiques publics ou privés²⁰.

Cette logique nous conduit à une quatrième distinction fondée sur la finalité même des interventions. Quand les politiques industrielles ont une visée par essence finalisée, les politiques de la concurrence ne doivent avoir pour objectif que de protéger le processus de marché en lui-même et pour lui-même. Elles ne portent aucune préférence quant à la résultante de ce dernier. La logique de constitutionnalisation fait également sens. L'intervention étatique doit se faire au travers de règles générales prévenant toute interférence politique. Il ne s'agit pas d'orienter le processus de concurrence vers un résultat jugé souhaitable mais de se donner un cadre d'action permettant de protéger ce processus en lui-même²¹. Il n'existe donc dans cette approche nulle dimension de choix public dans la mesure où c'est le processus de marché qui fait lui-même émerger ces derniers. Il s'agit donc de définir une *politique de cadre* permettant de construire puis de préserver l'ordre de marché. L'analyse ordo-libérale s'écarte donc radicalement d'une logique de gouvernement économique de type physiocratique où il s'agit d'imprimer des choix. Seules des règles constitutionnelles – en d'autres termes les plus intangibles possibles – peuvent garantir la protection du processus de marché et la sécurité des anticipations des participants, face aux risques de coercitions provenant de choix dictés par les intérêts immédiats du souverain²². L'Etat ne doit poursuivre d'objectifs finalisés, il doit se borner à fournir – à l'intérieur des contraintes induites par le respect de l'Etat de droit – des règles du jeu stables permettant aux

¹⁹ Ferey S., (2010), « Incohérence temporelle et théories de l'interprétation constitutionnelle », *Séminaire de recherche du CNRS-GREDEG*, septembre.

²⁰ Gerber D., (1998), *op.cit.*

²¹ Encadrer l'action de l'Etat sur le marché au travers de règles constitutionnelles (ce qui ne revient pas loin s'en faut à une logique de laissez-faire... ne serait-ce que du fait des risques pesant sur le processus de concurrence du fait des stratégies de marché des opérateurs) apparaît également dans le cadre de pensée hayékien, notamment dans *La route de la servitude*.

Hayek F., (1944), *The Road to Serfdom*, Routledge, London.

Kacenenbogen E., (2009), "Epistemological Modesty within Contemporary Political Thought: A Link between Hayek's Neo-Liberalism and Pettit's Republicanism", *European Journal of Political Theory*, vol.8, n°4, pp.449-471.

²² Foucault M., (2004), *op. cit.*

individus de faire librement leurs choix²³. La *Gesellschaftspolitik* promue par les ordo-libéraux tient donc à la production de règles constitutionnelles permettant d'accroître le périmètre de la régulation concurrentielle dans l'économie, conçue comme un espace de liberté de choix pour les agents économiques.

La dichotomie entre sélection et protection constitue ainsi un possible cinquième axe de structuration d'une opposition entre politique industrielle et politique de concurrence. La politique industrielle suppose, comme nous l'avons vu, un choix public, la définition de priorités. A l'inverse, le primat de la politique de la concurrence repose sur le fait de ne pas interférer avec les résultats du processus de marché. Il s'agit seulement de garantir l'absence de biais, d'entraves ou de manipulation des choix qui se dégageront de la mise en commun des connaissances dispersées dans la société opérée par le processus de concurrence. Or, l'une des contestations traditionnelles des politiques industrielles repose sur le fait que la complexification de nos économies depuis l'immédiat après-guerre met en cause la capacité des pouvoirs publics à opérer des arbitrages optimaux en termes de définition des priorités et à peser efficacement sur la dynamique industrielle. En d'autres termes, les grands projets publics, symboles d'une politique industrielle traditionnelle à la française, verraient leur efficacité décroître inexorablement du fait du passage d'une logique de *public technology push* à une logique de *market demand pull*, dans le cadre de laquelle l'innovation est en fait tirée par le marché et non plus poussée par la commande ou les impulsions publiques²⁴.

Cependant, le fait de « pousser » certains produits ou certaines activités au travers de la politique industrielle pose également un problème en matière de sélection de ces derniers. Alors que la politique de concurrence vise à protéger le processus de marché pour faire en sorte de préserver la liberté de choix des acteurs économiques (détenteurs pour reprendre des termes hayékiens de connaissances spécifiques de temps et de lieu²⁵), la politique industrielle

²³ En ce sens, l'approche ordo-libérale, à la base de la politique de la concurrence européenne, fait sienne la position adoptée par Adam Smith vis-à-vis du despotisme éclairé. Le souverain ne peut décider pour la société dans la mesure où il ne peut accéder à l'ensemble des connaissances dispersées dans la société. Comme le notait Foucault, le souverain ne doit pas intervenir sur le processus de marché. Ce dernier constitue une plage sur laquelle il ne peut exercer son pouvoir politique – i.e. décider. « Il devra se trouver, vis-à-vis du marché, comme un géomètre vis-à-vis des réalités géométriques, c'est-à-dire qu'il devra le reconnaître : le reconnaître par une évidence qui le placera dans une position à la fois de passivité par rapport à la nécessité intrinsèque du processus économique et en même temps de surveillance, et en quelque sorte de contrôle [...] de ce processus ». En d'autres termes, l'Etat ne doit pas interférer avec les choix collectifs qui se dégagent du processus de concurrence tout en étant le garant de la pérennité de ce processus.

Foucault M., (2004), *op. cit.*

²⁴ Gaffard J.-L., (2009), « Les relations entre science et industrie : à la recherche d'un modèle économique efficace », *Document de travail OFCE*, 2009-30, novembre.

²⁵ Hayek F., (1945), "The Use of Knowledge in Society", *American Economic Review*, vol.35, n° 4, September.

suppose une centralisation de la décision à un niveau supérieur. La question de la capacité de l'acteur étatique, ainsi placé en surplomb, à synthétiser toute l'information pertinente présente sur le marché (à supposer que la connaissance – l'*economic knowledge* selon Hayek – puisse être transformée en informations transférables – le *scientific knowledge*) peut alors être posée. Ce faisant, alors que la politique de concurrence cherche à garantir l'existence et la pérennité d'une concurrence non faussée (d'un *level playing field*), la politique industrielle suppose que l'Etat est en mesure de sélectionner optimalement des secteurs d'activité prioritaires, de créer et de pérenniser des avantages compétitifs au profit de certaines firmes.

Enfin, dernière différence – peut être l'une des plus lourdes de conséquences dans le cadre européen – les politiques industrielles se déploient principalement dans un cadre national alors que la politique de concurrence est d'emblée une politique à dimension européenne²⁶. La politique de concurrence peut entrer en contradiction avec les politiques mises en œuvre par les Etats membres en vue de pérenniser ou de développer leurs bases industrielles nationales²⁷. Les initiatives des Etats membres en matière de défense et de promotion de la base industrielle nationale peuvent entrer en contradiction avec cette politique. Le contrôle des concentrations et l'encadrement des aides publiques constituent traditionnellement les deux principaux domaines des politiques européennes de concurrence dans lesquels les conflits entre ces deux logiques sont les plus vifs. Dans le cas des concentrations, il peut s'agir d'une volonté d'un Etat membre de favoriser un rapprochement entre deux entreprises locales en vue de constituer un champion national ou encore de prévenir l'acquisition d'une entreprise par un concurrent étranger. Dans le cas des aides publiques, il peut s'agir de mesures d'aides disproportionnées en faveur de la restructuration d'une entreprise nationale, de soutiens visant au maintien de sites de production sur le territoire national ou de la prévention de délocalisations. Le risque est alors de tolérer des distorsions de concurrence entre les entreprises et les différents Etats membres, distorsions pouvant conduire à des

²⁶ La place dévolue à la Commission par les Traités européens est accessoire vis-à-vis des Etats membres. L'article 173 du TFUE (ancien article 157) stipule que la Commission et ces derniers doivent veiller à ce que les conditions de la compétitivité de l'industrie de l'Union soient réunies. Celles-ci recouvrent, dans le cadre de marchés ouverts et concurrentiels, l'adaptation aux changements structurels, le développement des entreprises, notamment les PME, la coopération interentreprises ainsi que l'exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation et de recherche-développement. Le rôle de la Commission tient à la coordination des mesures prises par les Etats membres. De façon significative, l'article 173 se conclut sur la mention suivante : « le présent titre [XVII – Industrie] ne constitue pas une base pour l'introduction, par l'Union, de quelque mesure que ce soit pouvant entraîner des distorsions de concurrence [...] ».

²⁷ Par plusieurs aspects, la définition même des politiques industrielles diffère d'un Etat membre à l'autre, comme le montre la comparaison des cas français et allemands. Uterwedde H., (2005), « Y a-t-il une politique industrielle commune pour la France et l'Allemagne ? », *Visions franco-allemandes*, n°4, CERFA – Institut Français des Relations Internationales, avril, 11p.

mécanismes de course à la subvention, préjudiciables en termes de bien-être collectif, à l'instar des dynamiques de concurrence fiscale²⁸.

2 – Des limites des politiques industrielles

Ces risques conduisent à mettre en évidence plusieurs effets pervers potentiels des politiques industrielles lesquels peuvent en grande partie s'expliquer à partir des difficultés informationnelles qui affectent la décision publique et des problèmes incitatifs qui peuvent accompagner sa mise en œuvre²⁹.

Tout d'abord, la politique industrielle, telle que conduite par le pouvoir exécutif, s'expose naturellement aux risques mis en exergue dès les années soixante par la théorie des choix publics. Tout d'abord, le gouvernement ne peut, comme nous l'avons par ailleurs relevé, synthétiser l'ensemble de l'information dispersée dans l'économie pour prendre une décision collectivement optimale qui pourrait donc mieux faire que le seul processus de marché. A l'influence du contexte d'information incomplète dans lequel va se déployer la décision publique, il convient également d'ajouter l'impact du caractère asymétrique de cette information. Le décideur public peut d'autant plus être sensible au lobbying des différents groupes d'intérêts qu'il agit dans un cadre informationnel contraint. De telles contraintes peuvent aller jusqu'à des phénomènes de capture.

Ensuite, la logique induite par le temps politique (le cycle électoral) peut favoriser des stratégies de nature court-termiste de la part des pouvoirs publics, des décisions discrétionnaires et donc des transferts de bien-être dont les motivations peuvent être interrogées³⁰. L'ensemble de ces phénomènes peut contribuer à créer une certaine insécurité pour les investisseurs, en rendant particulièrement incertaines, les prévisions de flux de ressources futures liées aux investissements. La politique industrielle risquerait donc, de façon paradoxale, de rendre plus difficile les investissements dans les domaines où ils seraient les plus productifs tout en détournant des ressources vers des secteurs ayant réussi à susciter le soutien des pouvoirs publics. Ainsi, malgré un poids économique conséquent, les aides des

²⁸ Malavolti E. et Marty F., (2010), « Analyse économique des aides publiques versées par les aéroports régionaux aux compagnies *low cost* », *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, n° 2010/3-4, pp. 529-558.

²⁹ Gérardin D. et Petit N., (2007), « La politique industrielle sous les tirs croisés de la mondialisation et du droit communautaire de la concurrence », in Mourre A., (ed.), *Mondialisation, politique industrielle et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, pp. 3-38.

³⁰ Nordhaus W.J., (1975), "The Political Business Cycle", *Review of Economic Studies*, vol.42, pp.169-190.

pouvoirs publics peuvent avoir pour effets pervers de retarder des ajustements et des reconversions nécessaires.

De tels risques étaient en grande partie pris en considération par les économistes ordolibéraux. Ces derniers préconisaient de limiter l'intervention des pouvoirs publics à l'application de règles générales dérivant d'une constitution économique. Une politique d'ordre devait encadrer strictement les interventions publiques tant dans leurs occurrences que dans leurs contenus, en limitant leur pouvoir discrétionnaire. Le processus de concurrence ne pouvait, selon ces derniers, pleinement porter ses fruits que si les acteurs économiques privés peuvent évoluer dans un cadre offrant une réelle sécurité juridique. Le marché doit seulement faire l'objet d'une régulation publique indirecte au travers de la fixation des règles du jeu économique et de la mise en œuvre d'une politique d'environnement.

Une telle politique peut néanmoins être interprétée comme porteuse d'une option de politique industrielle. Tout d'abord, le renforcement du périmètre des ajustements concurrentiels dans l'économie est devenu le propre des politiques de concurrences actuelles. Comme, le relève J.L. Gaffard, "Competition and regulation policies, supply-side reforms, which are defined with respect to full competition as a benchmark, are substituted to industrial policy in the narrow sense"³¹. Ensuite, la politique européenne de concurrence porte un projet de politique économique d'ensemble allant bien au-delà des seules dimensions concurrentielles. L'exemple de la pratique décisionnelle de la Cour de Justice sur la base de l'article 102, depuis les années soixante, témoigne de l'existence d'une préoccupation, allant bien au-delà du respect du droit de la concurrence *stricto sensu*, en l'occurrence la construction d'un marché intérieur unifié, parfois au détriment des opérateurs dominants sur une base nationale ou européenne³². L'observation de certaines mesures correctives, notamment structurelles, que cela soit dans le cadre de décisions contentieuses – dans le cadre de décisions sur le fond (article n°7 du règlement 1/2003) ou dans le cadre de procédures d'engagement (article n°9 du règlement 1/2003) -, témoigne également de quelques tendances à définir des remèdes allant au-delà de la seule réparation (ou de la prévention de la réitération) d'un dommage à la concurrence donné pour porter des objectifs bien plus larges de transformation des structures des marchés concernés. Une telle tendance est aussi sensible en matière de mesures

³¹ Gaffard J.L., (2009), *op. cit.*

³² Gérardin D., (2010), "Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?", *document de travail*, disponible sur [ssrn](http://ssrn.com).

correctives imposées dans le contexte d'acceptations sous conditions de projets de concentration.

L'absence même d'une politique industrielle *stricto-sensu* constitue paradoxalement une option de politique industrielle. En effet, comme le note M. Motta³³, « Competition policy is the best possible industrial policy ». Il s'agit, en d'autres termes, de ne pas entraver le processus de sélection des firmes efficaces assuré par le marché. L'exemple des aides publiques destinées au sauvetage des entreprises en difficulté est ici particulièrement évocateur. L'opposition entre politique de la concurrence et politique industrielle doit donc être remise en cause dès lors que l'on adopte une perspective de long terme. L'une et l'autre visent à favoriser la sélection d'entreprises efficaces. L'une et l'autre visent – si l'on adopte un point de vue inspiré par l'Ecole de Chicago – à maximiser le bien-être social. Cependant, deux différences majeures demeurent. Dans le cas d'un primat des politiques de concurrence, les pouvoirs publics devraient accepter le résultat de la sélection opérée par le processus de marché – au détriment s'il le faut d'acteurs nationaux stratégiques – et s'interdire d'user d'un des leviers traditionnels des politiques redistributives³⁴.

III – Une politique industrielle implicite ?

Si on venait à admettre que la politique de concurrence mise en œuvre au niveau européen constitue une politique industrielle implicite, il serait pour autant manifestement excessif de considérer que celle-ci se déploie selon une logique revenant à un certain *laisser-faire*, éventuellement corrigé par un parti-pris défavorable aux opérateurs dominants des différents Etats membres, afin de faciliter l'émergence d'un marché intérieur caractérisé par une *concurrence complète*. Il apparaît en fait que les contraintes induites par les politiques de concurrence laissent des marges de manœuvres significatives aux Etats membres et que les énoncées mêmes de celles-ci laissent la place à des initiatives de politique publique pouvant porter une bonne part des objectifs traditionnellement assignés aux politiques industrielles (1-). Ceci peut être analysé sous l'angle de l'encadrement des aides publiques (a), du contrôle des concentrations (b) mais aussi sous l'angle plus général de la mise en œuvre des politiques de concurrence dans les secteurs nouvellement ouverts à la concurrence (c). Cependant, une

³³ Motta M., (2004), *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press.

³⁴ « 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. [...] It can only increase collective wealth by requiring that any lawful products [...] be produced and sold under conditions most favourable to consumers ».

Bork R.H., (1993), *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, Free Press, New York.

telle politique de concurrence ne va pas sans rencontrer certaines des difficultés classiquement mises en exergue dans le cadre des politiques industrielles traditionnelles (2-).

1 – Des politiques de concurrence laissant des portes ouvertes à des interventions publiques relevant de politiques industrielles

a- Le cas des aides publiques

Les politiques de concurrence menées au niveau européen ne font pas obstacle à toute mesure d'aide publique. Les Etats membres peuvent aisément dans le cadre de l'article 107 du TFUE soutenir certaines industries ou le développement de certaines zones géographiques. Tout d'abord, le Traité ne limite que les possibilités de mettre en œuvre des aides sélectives, susceptibles d'induire des distorsions compétitives entre firmes³⁵. En effet, dans la continuité de la Stratégie de Lisbonne, l'encadrement des aides publiques a été non pas resserré dans l'optique d'une réduction de leur volume mais au contraire modifié en vue de favoriser leur réorientation vers des objectifs horizontaux. Ces derniers ne sont pas de nature à favoriser telle entreprise vis-à-vis d'une autre mais s'avèrent potentiellement profitables à l'ensemble de l'économie³⁶. Il en va de même pour l'ensemble des mesures de soutien à la recherche-développement, à la formation, à la promotion des énergies renouvelables ou à la protection de l'environnement, lesquelles bénéficient de conditions des plus favorables en matière d'encadrement des aides publiques.

La logique qui préside au traitement des mesures d'aides visant au développement et à l'attractivité des territoires est sensiblement identique. A nouveau, certaines évolutions récentes, par exemple en matière de soutien apportés par des gestionnaires de plateformes aéroportuaires régionales à des compagnies de type *low-cost*, semblent témoigner d'un pragmatisme certain des autorités européennes envers certains soutiens publics (y compris à l'exploitation) dès lors que ces derniers font écho à des préoccupations plus larges telles la construction d'un marché intérieur du transport aérien unifié et concurrentiel³⁷.

Un même phénomène est sensible pour les aides à la reconversion et au sauvetage des entreprises en difficultés. La question de l'encadrement des aides au sauvetage des entreprises constitue d'ailleurs l'un des points de contestations traditionnels des politiques de

³⁵ Gérardin D. et Petit N., (2007), *op. cit.*

³⁶ Commission européenne, (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.

³⁷ Malavolti E. et Marty F., (2010), *op. cit.*

concurrence³⁸. L'expérience de la crise a montré que la Commission a su, dès octobre 2008, apporter de nombreux ajustements à sa position habituelle en matière d'exigences de contreparties pour les aides au sauvetage, notamment en termes d'exigences de restructuration des entreprises soutenues. Elle a tenu compte des difficultés de l'heure et de la nécessité de prévenir la défaillance d'opérateurs du marché financier pouvant induire des effets systémiques ou d'acteurs de l'économie réelle dont les effets en termes d'emplois pourraient être particulièrement importants. Cependant, dès que les phases les plus aigües de la crise furent passées, en février 2009, la Commission entama un retour vers sa pratique décisionnelle d'avant crise, en accompagnant par exemple ses acceptations de programmes d'aides à la recapitalisation des établissements financiers d'exigences croissantes en termes de mesures correctives comportementales ou structurelles. Ce faisant, tout en essayant de prévenir la réitération d'un scénario à la japonaise³⁹, la Commission ne renouait pas moins avec une pratique relevant d'une certaine forme de politique industrielle. Ses décisions relatives à l'acceptation des aides en faveur d'acteurs en difficultés s'accompagnent de mesures correctives de nature à peser sur la structure de la concurrence dans la branche considérée et sur la dynamique future de celle-ci.

b- Le contrôle des concentrations

Une même logique peut également être mise en exergue quant au contrôle des concentrations. Dans ce domaine, il convient tout autant de nuancer l'image habituellement diffusée d'une politique européenne excessivement restrictive par rapport aux pratiques américaines⁴⁰. L'immense majorité des projets de fusions-acquisitions notifiés à la Commission font l'objet d'acceptations ou d'acceptations sous conditions. Cependant, le contrôle préalable des projets de concentration, constitue un moyen de peser sur la structure des branches considérées. Dans certains domaines, tels l'énergie, les mesures correctives exigées pour accepter un projet peuvent en fait porter sur le renforcement de la concurrence dans les marchés nationaux des parties à la concentration et n'être que très indirectement reliés à l'opération en cours. Par exemple, dans le cas de l'opération EDF/ EnBW en 2001, les exigences de la Commission portèrent en fait sur l'ouverture du marché français de l'électricité à la concurrence et pas seulement sur les moyens de remédier à l'affaiblissement de la concurrence sur le marché

³⁸ Gérardin D. et Petit N., (2007), *op. cit.*

³⁹ Dans les années quatre-vingt-dix des soutiens publics à des banques définitivement non viables avaient hypothéqué l'assainissement du secteur et partant la croissance économique de l'archipel.

⁴⁰ Lévêque F., (2006), « Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations ? », *Concurrences*, n°1-2006, pp.27-31.

allemand. Il en alla d'ailleurs pareillement dans le secteur des télécommunications. Par exemple, Deutsche Telekom et France Telecom furent autorisées à créer une société commune en contrepartie de l'ouverture de certaines infrastructures, non encore exigée par les directives alors en vigueur⁴¹. En d'autres termes, le contrôle des concentrations peut être saisi, dans les secteurs jugés insuffisamment concurrentiels, comme un levier additionnel pour exiger des remèdes allant bien au-delà du problème de concurrence induit par chaque opération prise isolément. Dans certains secteurs, par exemple ceux nouvellement libéralisés, il pourrait s'agir en fait d'une politique industrielle – relevant d'une optique constructiviste – qui est mise en œuvre au gré des opportunités apportées par les opérations de croissance externes mises en œuvre par les entreprises du secteur concerné.

c- La répression des pratiques anticoncurrentielles dans les industries de réseaux nouvellement libéralisées

La mise en œuvre de l'article 102 du TFUE constitue également un levier efficace de déploiement d'une telle logique. Celle-ci s'exprime à la fois par le traitement spécifique des pratiques mises en œuvre par les opérateurs dominants et par la définition des mesures correctives prises sur la base des articles 7 et 9 du règlement 1/2003.

Une politique industrielle implicite pourrait tout d'abord être observée au travers d'une régulation asymétrique de la concurrence au détriment de l'opérateur dominant. La politique de concurrence européenne ne conduit pas seulement à réclamer à un tel opérateur qu'il se comporte comme s'il était en situation de concurrence – i.e. *preneur de prix* -. Elle se traduit par la sanction pour abus de position dominante de pratiques pourtant admises si elles étaient le fait d'opérateurs dépourvus de pouvoir de marché. Il en va par exemple ainsi de pratiques de couplage (ventes liées ou ventes groupées) ou encore de certains mécanismes remises de fidélité. L'idée sous jacente est alors que du seul fait de la puissance de marché de l'opérateur dominant, sa pratique est de nature à évincer un concurrent aussi efficace que lui. Ainsi, la stratégie même non intrinsèquement anticoncurrentielle peut avoir pour effet de mettre en cause la pérennité d'une concurrence effective sur le marché. Cependant, cette sévérité – qui peut conduire à une régulation asymétrique de la concurrence⁴² – est encore accrue par deux

⁴¹ Commission, décision du 17 juillet 1996, Atlas, affaire 35.337.

⁴² Celle-ci apparaît notamment en matière d'activation de la théorie des facilités essentielles. Il est parfois à craindre que le critère d'essentialité (tout comme les critères de nouveauté et de balance des incitations) ne soit parfois que peu effectif pour décider de l'obligation faite à un opérateur dominant d'ouvrir l'accès d'un de ses actifs à des nouveaux entrants sur son marché. Le risque de régulation asymétrique de la concurrence peut alors se faire jour.

traits de la pratique décisionnelle européenne, non encore réellement remis en cause par la convergence vers une approche plus économique des pratiques anticoncurrentielles, fondée sur l'évaluation des effets concrets des pratiques sur les marchés en question. Il s'agit tout d'abord du fait qu'il n'est pas obligatoire d'évaluer les effets concrets d'une pratique d'éviction mise en œuvre sur un marché donné dès lors que celle-ci émane d'un opérateur en position dominante⁴³. Il s'agit ensuite du subreptice glissement entre la notion d'un concurrent aussi efficace que l'opérateur dominant à celle d'un opérateur qui pourrait, à terme et potentiellement, s'avérer aussi efficace que lui s'il bénéficiait des mêmes économies d'échelle ou d'effets de réseau⁴⁴. La notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant constitue donc indubitablement un premier canal par lequel la mise en œuvre des politiques de concurrence revêt des caractéristiques d'une politique industrielle implicite.

Le jeu des mesures correctives constituerait un second canal par lequel la mise en œuvre des règles de concurrence peuvent porter des objectifs de politique industrielle. Celles-ci peuvent en fait être prononcées à titre de sanctions par la Commission ou acceptées après négociations – et rendues obligatoires au travers d'une décision – dans le cadre d'une procédure d'engagements. A nouveau, le cas des secteurs nouvellement libéralisés, au premier rang desquels l'électricité, montre que la Commission européenne peut utiliser ces outils en vue de peser sur la structure et la dynamique concurrentielle des marchés considérés. L'hypothèse serait que ces remèdes permettraient d'aller au-delà de ce qui est nécessaire à la sanction et à la réparation du dommage causé à l'économie par les pratiques en question. Des mesures correctives disproportionnées ou sans réel lien direct avec les pratiques en cause permettraient d'obtenir par le jeu (et peut être au hasard) des décisions contentieuses des résultats que la Commission n'a pu obtenir par l'intermédiaire des directives de libéralisation. Le cas du 3^{ème} paquet de directives européennes sur l'énergie pourrait être ici emblématique. La dé-intégration verticale des groupes de l'électricité exigée en vain par la Commission qui n'a pu avoir raison de la résistance de certains grands Etats membres, a été obtenue dans deux cas impliquant des groupes allemands E.On et RWE, dans le cadre de procédures contentieuses en 2008 et 2009.

2 – Des limites d'une politique industrielle implicite

Marty F. et Pillot J., (2010), « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *Revue d'Economie Industrielle*, n°129-130, 1er et 2ème trimestres, pp.277-300.

⁴³ Voir à ce sujet la décision Intel de la Commission européenne du 13 mai 2009.

⁴⁴ Gérardin D., (2010), *op. cit.*

Il apparaît donc que la politique de concurrence européenne peut être – dans une certaine mesure bien entendu – être lue comme une politique industrielle implicite. Cependant, celle-ci revêt deux dimensions bien distinctes. Une première est celle d'un interventionnisme limité et non sélectif. Il s'agit de politiques d'environnement bénéficiant à toutes les entreprises et tous les acteurs du marché. Il s'agit d'une orientation classique au vu de standards ordolibéraux qui de plus s'accompagne d'un élargissement du périmètre de la régulation de marché. Une deuxième dimension procède également de cette logique d'une politique industrielle passant par la libéralisation des marchés mais la dépasse par maints aspects. Il s'agit d'un activisme concurrentiel passant par des efforts vers la construction de marchés concurrentiels au travers d'une régulation asymétrique de la concurrence au détriment de l'opérateur dominant. Dès lors les risques et difficultés pointées pour la politique industrielle peuvent se retrouver dans le cas d'espèce.

En effet, dans un premier point de vue, il apparaît que la réorientation de l'encadrement des aides publiques et les politiques de libéralisations sectorielles au sens large répondent effectivement à une logique d'actions horizontales et à une politique d'environnement conduisant à accroître le périmètre des interactions sociales assuré par le processus de marché. La politique industrielle, ainsi conçue, passe par l'extension du périmètre des activités régulées selon une logique de marché, par la mise en place de règles générales et stables gouvernant les interventions des pouvoirs publics dans l'économie, par l'accompagnement des restructurations industrielles, le soutien aux activités telles la recherche-développement pour lesquelles le rendement social des investissements s'avère supérieur à leur rendement privé et plus généralement – comme en témoigne l'encadrement des aides publiques – par la correction des défaillances de marché.

Cependant, cette politique industrielle implicite ne saurait être considérée comme à l'abri des errements des politiques traditionnelles. De mêmes difficultés incitatives et informationnelles se posent. Par exemple, en matière de correction de défaillance de marché, il apparaît que l'identification et la quantification de celles-ci ne vont guère d'elles-mêmes. Se pose alors la question de l'adéquation de l'intervention aux difficultés rencontrées par le processus économique. Dès lors qu'une dimension de choix apparaît, les risques mis en exergue pour le cas des politiques industrielles traditionnelles peuvent à nouveau être identifiés. La question dépasse celle des aides publiques (qu'il s'agisse de la démonstration de la nécessité de l'aide ou de celle de sa proportionnalité). Elle se pose dans des termes comparables tant dans le domaine du contrôle des concentrations que dans celui de la politique de concurrence dans sa

définition la plus large. Dès lors qu'il s'agit de se saisir de la politique de concurrence pour prendre en charge des objectifs de renforcement de la concurrence au détriment des opérateurs dominants ou d'approfondissement du marché intérieur, la décision de l'autorité de concurrence dépasse la seule sanction de pratiques concurrentielles identifiées *a posteriori*. Elle revêt une dimension interventionniste. Elle est porteuse d'un choix social, lequel est exposé aux mêmes risques que ceux pourtant dénoncés dans le cas de la politique industrielle traditionnelle.

Il est possible de s'interroger quant à la possibilité de construire des marchés concurrentiels – des ordres spontanés dans un cadre hayékien – au travers de règles d'organisation (au travers des directives) ou incrémentalement au gré des décisions sur la base de l'article 102 ou des notifications de projets de concentrations. D'une part, se posent les questions de la légitimité et de l'efficacité potentiellement d'un tel projet constructiviste. D'autre part, se posent des questions relatives à la marge discrétionnaire ainsi offertes aux autorités en charge de l'application des règles de concurrence.

- *Politique de concurrence et construction de marchés concurrentiels*

Il s'agit ici d'une interrogation commune à toute intervention publique finalisée. Construire un marché concurrentiel, suppose de disposer d'un acteur public omniscient, omnipotent et bienveillant. De la même façon, se pose la question de l'identification de la structure de marché optimale devant servir de cible, sachant qu'il ne saurait s'agir de reprendre l'approche structuraliste dérivée des prescriptions de l'Ecole de Harvard, dominante aux Etats-Unis jusqu'aux années soixante. La logique ordo-libérale, si l'on suppose que celle-ci est à la source de la politique européenne, suppose seulement de protéger le processus de concurrence en lui-même (et non un résultat donné de ce dernier) en faisant en sorte qu'une situation de concurrence complète prévale – en d'autres termes une situation dans laquelle tous les agents se comportent comme s'ils étaient preneurs de prix. Cependant des désinvestissements peuvent être exigés de la part de l'opérateur dominant dans certaines situations. C'est notamment dans le cas où des solutions comportementales s'avèreraient insuffisantes pour remédier aux effets de la dominance. Une telle situation n'est pas sans faire écho aux conclusions tirées par la Commission de l'enquête sectorielle sur la concurrence dans le marché de l'énergie menée de 2005 à 2007 en faveur de la dé-intégration verticale des groupes présents sur les secteurs de la production, du transport, de la distribution et de la fourniture.

Une telle approche pose tout d'abord des questions afférentes au respect des droits de propriété et à la liberté contractuelle des opérateurs dominants. Le sujet est d'autant plus difficile que les mesures pouvant interférer avec les droits des opérateurs dominants ne se limitent pas, dans la pratique décisionnelle, aux héritiers de monopoles légaux. Elles peuvent également concerner des entreprises dont la position n'est le fruit que des investissements passés ou tout simplement de circonstances heureuses de marché. Une seconde dimension tient à la capacité des autorités à identifier une structure de concurrence souhaitable et à y faire converger le marché considéré. En effet, pour reprendre les termes de J.-L. Gaffard, "policy cannot be devoted at reducing gap between the existing market structure and [an] entirely unknown [optimal] structure⁴⁵".

Un modèle de marchés pleinement concurrentiels au sens de la théorie économique constitue-t-il un parangon idéal en tout lieu et toute circonstance ? Certaines imperfections de marché peuvent être tolérées dès lors que l'on ne considère plus la concurrence comme un équilibre mais comme un processus. La politique économique dans son ensemble pourrait dans le cadre d'une telle approche se voir allouer une mission de prévention des défaillances de marché. Celle-ci peut passer par une tolérance vis-à-vis de certaines imperfections de court terme, liées à un certain degré de coordination des plans d'investissements des firmes ou des déformations des fonctions de coûts liés aux décisions d'investissement⁴⁶. Dans un tel cadre théorique, le décideur public peut être amené à réaliser un arbitrage entre efficacité statique et efficacité dynamique. Un problème équivalent se pose également pour les entreprises dominantes. Des décisions allant dans un sens contraire à leurs intérêts (au travers par exemple d'une obligation d'accès des concurrents à une infrastructure peut être trop rapidement jugée essentielle) peuvent conduire à réduire drastiquement les gains associés à la position dominante et donc les incitations des firmes tant dominantes que non dominantes d'investir pour y accéder. Ainsi, l'efficacité productive sur le long terme pourrait être sacrifiée sur l'autel de l'efficacité allocative de court terme.

- *La part discrétionnaire de l'application des règles de concurrence*

La politique de concurrence, conçue comme porteuse d'une politique industrielle implicite, n'est-elle pas également affectée, comme cette dernière, d'une dimension discrétionnaire ? La

⁴⁵ Gaffard J.-L., (2009), *op. cit.*

⁴⁶ Gaffard J.-L. and Quéré M., (2006), "What's the aim for competition policy: optimizing market structure or encouraging innovative behaviors?", *Journal of Evolutionary Economics*, vol.16, n°1-2, pp.175-187.

mise en œuvre des règles de concurrence n'est pas sans risque pour les acteurs du marché. Au-delà des risques d'erreurs dans les décisions, ces derniers sont exposés aux conséquences d'interventions discrétionnaires. Mener une politique industrielle implicite au gré de décisions ponctuelles introduit un facteur d'incertitude supplémentaire pour les firmes.

Au-delà même d'un possible approfondissement de la libéralisation de certains secteurs au travers de l'action opportune des règles de concurrence, plusieurs caractéristiques des politiques de concurrence peuvent introduire des dimensions discrétionnaires. Le domaine du contrôle des concentrations est ici à nouveau particulièrement emblématique. Une vaste marge de discrétion peut exister en matière d'appréciation des gains d'efficience associés à un projet donné. Or, ces derniers peuvent être de nature à conduire à l'acceptation du projet s'ils viennent à contrebalancer les dommages induits pour la concurrence. Une marge de discrétion peut également être observée en matière de mesures correctives lorsqu'une opération de concentration est autorisée sous conditions. J.Farrell a par exemple montré que les remèdes exigés peuvent parfois être disproportionnés au vu des risques induits pour la concurrence⁴⁷. L'autorité peut tout d'abord considérer que les mesures correctives – surtout s'il s'agit de mesures structurelles – peuvent être supérieures au strict nécessaire pour limiter autant que faire ce peut les possibilités de pratiques anticoncurrentielles futures de la nouvelle entité (*overfixing*). Elles peuvent également être usitées comme des mesures visant en premier lieu à jouer sur les structures mêmes du marché concerné par l'opération de concentration projetée (*broad scope*). Elles peuvent enfin être surdimensionnées dès lors qu'il s'agit d'un opérateur puissant dont il apparaîtrait nécessaire de limiter le pouvoir de marché (*scrap*).

La marge de discrétion dont est dotée l'autorité en charge de l'application du droit de la concurrence se retrouve également en matière de décisions relatives à l'application de l'article 102 du Traité. Cette possibilité de choix, en partie discrétionnaire, pouvant être constitutif d'un levier de politique industrielle implicite se retrouve également en matière de procédures d'engagements. Un opérateur dominant, notamment lorsqu'il a déjà fait l'objet de sanctions pour des affaires comparables, peut être tenté de recourir à une telle procédure pour mettre fin à la fin de la procédure sans qu'une infraction ne soit constatée. Il peut alors être tenté d'aller au devant des exigences de la Commission et proposer des remèdes surdimensionnés par rapport à ce qui serait nécessaire pour répondre à ses préoccupations de concurrence... Au

⁴⁷ Farrell J., (2003), "Negotiation and Merger Remedies: Some Problems", in Lévêque F. and Shelanski H., eds., *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, U.K., pp.95-105.

travers des procédures d'engagements, la capacité des autorités de concurrence à imposer leurs choix quant à la structuration et à la dynamique future des marchés est considérablement accrue...

Dès lors qu'elle joue le rôle d'une politique industrielle même implicite, la politique de concurrence s'expose à des risques et comparables à cette dernière. Elle ne saurait être tenue comme étant à l'abri de risques de capture ou de détournement de la part d'opérateurs soucieux de se protéger de la concurrence⁴⁸. L'asymétrie informationnelle existante au détriment des autorités peut les exposer à soutenir des poursuites stratégiques pouvant conduire à des cas, particulièrement préjudiciables en termes de bien-être collectif, de *faux positifs*. En outre, comme nous l'avons vu, la politique de concurrence européenne ne saurait être tenue comme entièrement préservée d'une approche par trop discrétionnaire, dénoncée comme l'un des défauts intrinsèques des politiques industrielles. En effet, les articles du Traité relatifs aux politiques de concurrence se caractérisent par une rédaction des plus générales laissant ainsi la place à des interprétations possiblement discrétionnaires. En outre, le caractère exceptionnel des attributions de la Commission par rapport aux autorités de la concurrence des Etats membres et surtout par rapport à ses homologues américains (absence de réelle séparation entre les fonctions d'instruction et de jugement), renforce d'autant le risque de décisions d'une sévérité excessive envers les opérateurs dominants, lesquels sont toujours tenus, dans le cadre de la politique européenne de la concurrence, dans une forte suspicion⁴⁹.

⁴⁸ McAfee P. and Vakkur N., (2004), "The Strategic Abuse of Antitrust Laws", *Journal of Strategic Management Education*, vol. 1, pp. 1-18.

⁴⁹ Gérardin D. et Petit N., (2007), *op. cit.*