

Politiques de concurrence :
comment améliorer les performances de l'économie de marché ?

Revue Lamy de la Concurrence, Vol. 10, janviers-mars, pp. 141-150, 2007

Christian Montet¹ et Florent Venayre²

Dans le cadre des travaux du Conseil d'Analyse Economique du Premier ministre, les Professeurs David Encaoua et Roger Guesnerie dressent un tableau critique des politiques de concurrence³ française et européenne, et en évaluent la contribution à la dynamique et aux performances de l'économie, afin d'en dégager des recommandations sur l'évolution de ces politiques et leur articulation avec d'autres interventions publiques, telles que les politiques industrielles ou d'encouragement à la recherche et à l'innovation.

Il en est résulté un rapport très riche. D'une part, les auteurs fournissent une présentation détaillée des politiques de concurrence, resituées dans une perspective historique et dans le cadre intellectuel qui en constitue le fondement. D'autre part, des suggestions d'améliorations sont effectuées, tant afin de mieux relier antitrust et politique de compétitivité et d'innovation que concernant les modalités des interventions répressives. Le rapport est complété par un ensemble de contributions de divers spécialistes sur des questions plus particulières.

Plusieurs commentaires (voir l'introduction de C. de Boissieu ou deux commentaires fournis en annexe) ont déjà souligné les multiples qualités du rapport, en particulier l'intéressante mise en perspective historique, depuis la loi Sherman aux Etats-Unis jusqu'aux évolutions en Europe, fortement influencées par l'expérience allemande. Les passages sur les fondements intellectuels des politiques antitrust sont également extrêmement stimulants. C'est

¹ Professeur en Sciences Economiques, Université de Polynésie française et LAMETA, Université de Montpellier I.

² Maître de conférences en Sciences Economiques, LAMETA, Université de Montpellier I.

³ Dans cet article, nous utiliserons indifféremment les termes antitrust, politique de concurrence et droit de la concurrence, en comprenant cette notion globale comme regroupant les trois volets de l'intervention des autorités : lutte contre les ententes, lutte contre les abus de domination et contrôle des concentrations.

enfin en matière d'articulation des politiques de concurrence et des politiques en faveur de la recherche et de l'innovation que la contribution fournira d'intéressantes perspectives de débat en matière de politique microéconomique.

Si l'unanimité se fait donc sur la grande richesse du rapport, il faut reconnaître que certaines des analyses et des propositions correspondantes seront diversement interprétées et accueillies. Certaines sont relativement classiques pour les économistes, comme la suppression de l'interdiction de la revente à perte ou le plaidoyer pour le recours à la règle de raison structurée, mais elles risquent de se heurter, au moins pour la première, à l'approche réglementaire bien ancrée dans la tradition française⁴. Quant à d'autres suggestions, telles que celles concernant les aides publiques ou l'aide à l'innovation, elles sont plus originales par rapport aux positions aujourd'hui admises par la majorité de la profession et elles seront probablement à l'origine de fructueux échanges d'arguments (voir déjà le commentaire de M. Mougeot en annexe du rapport).

L'objet du présent article n'est évidemment pas de reprendre l'ensemble des points soulevés par les auteurs. Il s'agit seulement de développer quelques réflexions inspirées par divers points marquants du rapport. Nous reviendrons tout d'abord sur les fondements intellectuels de la politique antitrust en remarquant que les économistes tendent de plus en plus à l'ancrer dans la recherche des institutions favorable à la croissance (1). Nous entrerons ensuite (2) dans le fonctionnement de la politique en tentant de poursuivre quelques pistes esquissées dans le rapport, notamment concernant la remise en cause de cet anachronisme du droit français que constitue la régulation des relations fournisseurs-distributeurs (Titre IV du Livre IV du Code de Commerce). La dernière section abordera, d'une façon plus sceptique que ne le fait le rapport, les interactions entre politique de concurrence et autres formes d'interventions microéconomiques de l'Etat (3).

1. Fondements intellectuels et applicabilité des politiques de concurrence

Les contributions majeures des économistes aux politiques antitrust sont relativement récentes. Elles ont accompagné le considérable développement de l'économie industrielle et se sont donc inscrites dans un cadre d'équilibre partiel, c'est-à-dire correspondant à une

⁴ Encore qu'il faille peut-être modérer légèrement cette dernière remarque, M. Guillaume Cerutti, Directeur de la DGCCRF, ayant fait référence à une possible suppression à terme du seuil de revente à perte lors de son intervention au Colloque de l'AFEC du 1^{er} décembre 2006 : *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 – Evolutions et perspectives*.

situation de marché particulière⁵. Ne s'agit-il pas là d'une limite, et le fondement de ces politiques ne devrait-il pas être recherché dans un contexte plus large, c'est-à-dire dans la thèse de « la main invisible du marché » de Smith, devenue ensuite la théorie de l'équilibre général en concurrence parfaite ? En réalité, dans un monde d'imperfections inévitables, ce n'est pas la concurrence pure qu'il faut rechercher, mais bien les conditions nécessaires de flexibilité et d'ouverture des marchés, afin que leur fonctionnement contribue pleinement à la croissance économique.

1.1. Contribution des économistes au droit de la concurrence

Comme nous le rappellent les auteurs du rapport, le droit de la concurrence est né et s'est développé de façon largement indépendante de l'analyse économique. Aux Etats-Unis à la fin du XIX^e siècle, puis en Europe à partir des années 1950, ce droit fut élaboré en défense des consommateurs face aux risques de prix abusivement élevés de firmes en position de monopole, mais aussi en défense des petites entreprises contre les grandes, voire simplement pour garantir les libertés économiques et politiques face à la montée en puissance de grands groupes industriels.

Depuis la thèse des bienfaits de la main invisible du marché avancée à la fin du XVIII^e siècle par Adam Smith, les économistes avaient cherché à montrer de façon rigoureuse la cohérence de l'ensemble des marchés dans l'hypothèse de concurrence parfaite, c'est-à-dire lorsque les offreurs sont nombreux et leurs produits peu sophistiqués au point que n'existe aucun véritable pouvoir de marché. A la fin du XIX^e siècle, le français Walras a fourni une première formulation de cette théorie dite de l'équilibre général et Pareto a démontré que le résultat était un usage efficace des ressources. Ce furent ensuite des efforts approfondis de modélisation jusqu'à la théorie moderne de Arrow et Debreu, démontrant les conditions d'existence et d'efficacité des équilibres de concurrence parfaite. Mais cela ne pouvait être d'une utilité opérationnelle pour les praticiens du droit de la concurrence. Tout au plus pouvait-on y trouver une lointaine justification de la recherche de la concurrence parfaite sur tous les marchés. Mais comme le rappelle fort justement Encaoua et Guesnerie, cet objectif d'un optimum de premier rang peut difficilement constituer le vrai fondement des politiques antitrust. En fait, il a fallu attendre les années 1950 et les progrès des analyses en équilibre

⁵ Coase note ainsi que : « L'économie industrielle est devenue l'étude des politiques de prix et de production des firmes, en particulier dans les situations oligopolistiques » (Coase, R.H., 1991, « L'organisation industrielle : un programme de recherche », *Revue d'Economie Industrielle*, vol. 58, 15-27).

partiel des marchés de concurrence imparfaite pour que la contribution des économistes à l'antitrust devienne importante et soutenue. Il y avait bien sûr des précurseurs : les français Cournot et Bertrand au XIX^e, puis Hotelling, Chamberlin et Robinson dans la période de l'entre deux guerres. Mais la consolidation est venue avec les développements de ce que l'on nomme aujourd'hui « l'économie industrielle ». Mason, Bain et les tenants du paradigme « structure-conduite-performance » d'un côté, Stigler et l'école de Chicago de l'autre, ont posé les bases de la théorie moderne des marchés en concurrence imparfaite. Le déferlement de la théorie des jeux non coopératifs à partir des années 1970 a donné la pléiade de modèles qui éclairent les spécialistes modernes de l'antitrust. L'article de 1964 de Georges Stigler sur la théorie de l'oligopole⁶ constitue la base de l'étude moderne de la collusion entre les firmes, et représente le fondement des *Mergers Guidelines* américains de 1982, qui servent encore à présent de référence dans les processus de contrôle des concentrations, même si depuis lors des progrès importants ont été accomplis, notamment dans la prise en compte des risques d'effets unilatéraux des fusions.

La contribution des économistes s'est ensuite caractérisée par une introduction croissante de complexité dans les analyses de marchés. Ainsi, dans le contrôle des concentrations, les tests de marché ont été de plus en plus raffinés pour parvenir aux délimitations des marchés pertinents, comme en atteste l'usage désormais standard du test SSNIP⁷. Mieux encore, le recours à des simulations du fonctionnement des marchés permet d'éviter l'étape toujours un peu hasardeuse de la délimitation précise des contours de marché, en particulier pour les produits différenciés, et obtenir des estimations directes des effets des fusions sur les prix et autres caractéristiques des équilibres de marché. Aux interdictions *per se*, sont préférés les bilans concurrentiels des effets souvent contradictoires des différentes pratiques des entreprises soumises à l'examen des autorités. L'exemple le plus frappant est à cet égard celui des restrictions verticales. Autrefois suspectées de ne constituer qu'une forme comme une autre d'ententes nuisibles à l'économie, leur rôle pro-concurrentiel a été mis en évidence par les économistes de Chicago. Avec les progrès de l'économie industrielle et l'application de la théorie des jeux, on sait aujourd'hui que les effets des accords verticaux sont ambigus et vont dépendre des contextes stratégiques complexes qu'il appartient à l'autorité de concurrence de surveiller. A la suite de Motta (2004)⁸, Viscusi et *al.* (2005)⁹ et

⁶ Stigler G.J. (1964), « A Theory of Oligopoly », *Journal of Political Economy*, vol. 72, n° 1, pp. 44-61.

⁷ *Small but Significant Non transitory Increase in Price*.

⁸ Motta M. (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press.

⁹ Viscusi W.K., Harrington J. et Vernon J. (2005), *Economics of Regulation and Antitrust*, 4th edition, MIT Press, Cambridge.

quelques autres, les auteurs du rapport développent cela avec minutie, de même qu'ils soulignent à leur tour la difficulté de juger les cas d'entente tacite et les moyens facilitant celles-ci sans que des cartels effectifs ne soient mis en place. Plus que d'autres, ils soulignent les difficultés nées de la prise en compte des incitations à la R&D et à l'innovation, dont on connaît l'importance pour l'efficacité dynamique des marchés et le rôle moteur dans la croissance économique.

1.2. Les objectifs théoriques du droit antitrust confrontés à la réalité du marché

Si la contribution de l'analyse économique au droit de la concurrence est surtout notable dans les trente dernières années avec le développement des modèles d'équilibre partiel sur les marchés de concurrence imparfaite, qu'en est-il au plan de la théorie économique du fondement même des politiques antitrust ? Dans un passage du rapport intitulé « Une analyse économique coûts-avantages des politiques de concurrence », Encaoua et Guesnerie soulèvent cette question quelque peu inhabituelle et néanmoins très pertinente. De la réponse qui peut lui être apportée dépendent les objectifs pratiques que se donnent les autorités de concurrence dans leur travail quotidien et toute la culture de l'administration en ce domaine. La question principale revient à déterminer si la politique de concurrence constitue une recherche de l'idéal dit de *first best*, c'est-à-dire du monde de concurrence parfaite que l'on trouve développé dans la théorie de l'équilibre général walrassien, ou bien de solutions de *second best*, ou de moindre mal, seules atteignables dans des environnements où abondent positions de monopole, effets externes, problèmes d'information et autres imperfections de la concurrence.

Même s'il s'agissait d'une quête de *first best*, les choses ne seraient pas simples. Comme cela a souvent été souligné par les économistes, la recherche d'une maximisation du surplus global ne donne pas les mêmes résultats que celle de la maximisation du seul surplus des consommateurs, qui semble parfois être l'objectif visé par certaines des politiques de concurrence. En matière de contrôle des concentrations, la recherche de l'efficacité globale voudrait que l'on accorde autant d'importance aux profits accrus des firmes qu'aux effets sur les surplus des consommateurs. Mais dans la pratique, on privilégie ces derniers, les autorités de concurrence se montrant en général assez réservées quant aux gains de productivité et d'efficacité annoncés par les firmes qui s'associent. Même si la jurisprudence a évolué, aussi bien aux Etats-Unis qu'en Europe, dans le sens d'une meilleure prise en compte des gains d'efficacité, les autorités exigent cependant une démonstration que les gains d'efficacité vont

bénéficiaire également aux consommateurs. C'est donc toujours un critère de maximisation du bien-être des consommateurs qui l'emporte sur celui de la maximisation du bien-être global.

Cependant, l'objectif ultime des politiques de concurrence est-il véritablement la recherche d'une éradication de tout pouvoir de marché et l'obtention généralisée d'une tarification au coût marginal ? Il est facile de trouver des situations où la quête absolue de la concurrence parfaite se traduirait par des pertes en bien-être économique.

Accroître la concurrence en prix risque de générer des effets pervers sur le bien-être, par exemple en réduisant la gamme des produits offerts, ou encore, lorsque l'on distingue concurrence *ex-post* et concurrence *ex-ante*, en restreignant les possibilités d'entrée. Divers travaux avaient déjà montré que les lois destinées à favoriser la concurrence étaient susceptibles, dans certaines circonstances, de réduire le bien-être économique. Selten (1984)¹⁰ démontre que les lois anti-cartels risquent d'entraîner, dans des conditions plausibles, un accroissement des profits des firmes d'une industrie donnée. Cela risque de se produire si l'entrée est libre sur un marché. La collusion restreignant la production de chaque firme, la place devient libre pour de nouveaux entrants. Au contraire, une loi antitrust va restreindre le nombre de firmes à l'équilibre. Selon la valeur des paramètres caractérisant les conditions de marché, le cas le plus favorable au profit des firmes peut être celui où existent des lois anti-cartels. Dans le même ordre d'idée, Whinston (2006)¹¹ montre que l'interdiction des ententes de prix peut se révéler en théorie défavorable au bien-être économique dans certaines circonstances de fonctionnement d'un marché, ce qui donne un fondement à l'idée de « cartels de crise », c'est-à-dire aux ententes destinées à éviter une entrée de firmes qui serait nuisible à l'ensemble de l'industrie et finalement aux surplus des agents économiques.

Le point fondamental, comme le rappellent fort justement Encaoua et Guesnerie, est que la recherche du *first best* est vaine dans un monde de *second best*. Dans un système d'équilibre général où subsistent des imperfections par rapport à la norme concurrentielle (effets externes, pouvoirs de marché...), la correction d'une imperfection sur un seul marché peut donner un résultat inférieur à celui d'un optimum de second rang (voir Lipsey et Lancaster, 1956)¹². Ainsi, la recherche de la maximisation du bien-être ne conduit pas nécessairement à des corrections partielles en faveur de la concurrence parfaite.

¹⁰ Selten R. (1984), « Are Cartel Laws Bad for Business ? », in : Hauptman H., Krelle W. et Mosler K.C. (Eds.), *Operation Research and Economic Theory*, Springer-Verlag, Berlin.

¹¹ Whinston M.D. (2006), *Lectures on Antitrust Economics*, MIT Press, Cambridge.

¹² Lipsey R. et Lancaster K. (1956), « The General Theory of Second Best », *Review of Economic Studies*, vol. 24, pp. 11-32.

En outre, Encaoua et Guesnerie nous invitent à considérer d'autres éléments peuplant le monde de *second best*, telles ces « externalités de la concurrence » dont le traitement appelle d'autres instruments que ceux utilisés traditionnellement dans la mise en œuvre et l'évaluation des politiques de concurrence. Ces externalités, à la fois positives et négatives, touchent le marché du travail, la coordination des décisions en avenir incertain, la « valorisation sociale » du profit des firmes, l'incitation à innover.

La complexité des interactions, l'ambiguïté des effets et par conséquent la difficulté de définir des objectifs opérationnels, ainsi mises en lumière dans le rapport ne risquent-elles pas de faire place à un certain découragement ? Le droit de la concurrence, certes défini de façon assez flexible depuis ses origines, n'inciterait-il pas finalement les agents de sa mise en œuvre – autorités publiques et juges – à poursuivre de fausses pistes, peut-être rassurantes, mais pas forcément synonymes de maximisation du bien-être économique ? Telles sont les interrogations auxquelles conduit la lecture du rapport du CAE.

1.3. La politique de concurrence permet d'augmenter l'efficacité du marché

Il y a pourtant des raisons d'être optimiste et de penser que, peut-être sans en être parfaitement conscients, les responsables des politiques de concurrence tentent d'aller vers ces objectifs de *second best* évoqués dans le rapport. Cela est semble-t-il assez clair pour la majorité des économistes spécialisés dans ce domaine. A la lecture d'ouvrages tels que ceux de Motta (2004)¹³ ou Viscusi et *al.* (2005)¹⁴, l'objectif des politiques de concurrence est bien présenté comme étant de corriger des effets d'inefficacité des pouvoirs de monopole dans un cadre d'équilibre partiel pour chaque marché, étant entendu que la recherche du *first best* d'équilibre général est impossible (voir Viscusi, p. 80).

Les effets négatifs du monopole s'évaluent à trois niveaux : inefficacités allocatives, inefficacités productives et inefficacités dynamiques. Le premier type d'inefficacités, de nature statique, s'évalue à travers les triangles dits de Harberger, estimations des pertes sèches en bien-être liées au non respect de la tarification au coût marginal. Le deuxième – inefficacités productives – résulte du fait « qu'un des principaux avantages d'un monopole consiste à pouvoir dormir la nuit », c'est-à-dire que sans l'aiguillon de la concurrence, le monopoleur se relâche et ne va pas minimiser ses coûts de production en recherchant l'usage le plus efficace des ressources productives (*managerial slacks*). Enfin, les inefficacités

¹³ *Op. cit.*

¹⁴ *Op. cit.*

dynamiques consistent en la prise en compte des effets à plus long terme de cette confortable situation occupée par les monopoleurs : par paresse ou intérêt immédiat, les firmes en monopole sont moins incitées à investir dans la R&D et à innover dans de nouveaux procédés de production et dans le renouvellement des produits et services.

S'il peut être assez facile de mesurer les triangles de Harberger, il est en revanche plus difficile d'évaluer les deux autres types d'inefficacités. Or nombreux sont les exemples d'industries de certains pays qui ont manqué des révolutions technologiques du fait d'une cartellisation lénifiante de leurs entreprises, comme en témoigne le cas de l'industrie horlogère suisse, dont le paisible cartel lui a fait manquer la révolution du quartz.

Plus généralement, les spécialistes de la théorie de la croissance et du développement ont récemment mis en avant le rôle des institutions et notamment du cadre plus ou moins concurrentiel de fonctionnement des marchés. Toutes les connaissances empiriques, comme nous le verrons dans la deuxième partie de cet article, vont dans le sens d'un effet positif d'un climat concurrentiel des affaires sur la croissance d'un pays. C'est probablement en référence à ce dernier point, et au troisième type d'inefficacités du monopole qu'il représente, que l'on doit raccrocher le fondement intellectuel des politiques antitrust, plutôt qu'à la recherche d'une hypothétique tarification généralisée au coût marginal.

Le problème avec les inefficacités de type deux et trois, c'est qu'elles concernent des domaines – techniques de production et innovation – pour lesquels l'existence de positions de monopole peut aussi générer des effets positifs. Toute l'analyse de la croissance initiée par Schumpeter, et rappelée par Encaoua et Guesnerie, met en évidence le rôle incitatif des profits monopolistiques liés à l'innovation. Sans de tels profits, les investissements en R&D seraient trop faibles et le rythme des innovations serait moindre. Toute la politique des brevets repose sur cette analyse. Le droit de la concurrence va devoir composer avec ces aspects positifs des profits de monopole et les auteurs du rapport ont raison de souligner la complexité du problème. Cependant, on est clairement dans le *second best*, toute la difficulté résidant en quelque sorte dans la lutte contre les monopoles qui ne participent pas à cette dynamique décrite par Schumpeter. Tels sont bien les accords de cartel de prix, dont l'objectif n'est pas de stimuler l'innovation, mais au contraire d'exploiter artificiellement une situation de marché existante. De même, une firme dominante cherchant à verrouiller l'entrée d'un marché, ou à évincer délibérément un de ses nouveaux concurrents, ne peut prétendre à une défense au nom de l'efficacité dynamique. Une fusion pour la seule recherche du pouvoir de monopole, sans argument clair en termes de contribution à l'efficacité économique, ne doit pas plus être

acceptée. Dans notre monde de *second best*, les politiques de concurrence cherchent donc à éviter les pouvoirs de marché nocifs pour l'efficacité, et seulement ceux-ci.

La question des fondements n'est pas purement « intellectuelle ». C'est en aval toute la culture des autorités de concurrence qui en découle. « Que cherche-t-on à réprimer ou à prévenir ? » constitue évidemment une question essentielle pour un droit dont les contours sont depuis ses origines restés assez vagues et dont les frontières précises sont plutôt le résultat de la jurisprudence. Que l'exécutant de la politique soit un fonctionnaire, un expert indépendant ou un juge, son comportement va néanmoins fortement dépendre de sa propre perception de l'objectif recherché. Il est clair que rechercher une tarification proche du coût marginal, ou bien laisser vivre une grande firme en position d'oligopole tant que sa recherche de profits participe au grand mouvement de « destruction créatrice » décrit par Schumpeter, ne produira pas les mêmes décisions en matière d'abus de position dominante, par exemple, ou dans le cadre du contrôle des concentrations.

2. Les difficultés liées à la mise en œuvre de la politique de concurrence

L'exercice forcément difficile qui consiste à osciller entre la sanction des pouvoirs de marché et le respect des profits monopolistiques acquis temporairement dans la course bénéfique à l'avantage compétitif en oligopole, rend la mise en œuvre de la politique antitrust bien complexe et peut la rendre discutable. Il faut aussi que des balises assez claires soient posées pour « minimiser l'incertitude juridique » qui entoure les stratégies d'entreprises. Si l'on ajoute les « vérités » changeantes liées à l'évolution même de la vie économique : nouveaux produits, nouveaux services, nouvelles industries et technologies, on comprend que le droit de la concurrence implique de permanentes insatisfactions et nécessite des remises en cause régulières.

2.1. Evaluation des effets économiques du cadre de la concurrence en France

Dans les pays qui comme le nôtre ont une expérience de politique active de concurrence comportant les trois piliers que sont la répression des ententes, la sanction des abus de position dominante et le contrôle des concentrations, on peut se demander s'il est possible d'évaluer de façon empirique les effets des règles en vigueur. Si le droit antitrust fonctionne efficacement, cela devrait se traduire par des pressions concurrentielles vives dans les différents secteurs de l'économie. Cela devrait surtout avoir des effets sensibles sur la

productivité et la croissance, mais cette question ne devait pas faire partie de la mission confiée aux auteurs par le CAE, et elle nécessiterait d'ailleurs un rapport tout entier. Toutefois, on dispose de diverses appréciations sur l'état de la concurrence dans l'économie française, fournies par des chercheurs indépendants et de manière presque régulière par les chercheurs de l'OCDE. Les comparaisons entre pays sont difficiles à mener et sujettes à discussion, mais elles sont néanmoins éclairantes, de même que les comparaisons temporelles.

Or toutes les observations empiriques existantes convergent pour indiquer que la France connaît encore trop de secteurs insuffisamment ouverts à la concurrence, pour différentes raisons que nous allons développer : soit parce qu'y sont protégées des entreprises publiques ou liées à l'Etat, soit parce qu'y prévaut une réglementation anti-concurrentielle, soit parce que le droit de la concurrence ne s'y applique qu'avec parcimonie.

Les secteurs des services, en particulier la distribution, sont l'objet de réglementations trop contraignantes dont les effets anti-concurrentiels ont déjà été souvent dénoncés, comme cela a été le cas récemment avec les lois Raffarin et Galland. Dans toutes les industries où opéraient des monopoles publics, la concurrence tarde à produire ses pleins effets : téléphonie mobile, électricité, transports aériens. *« Les rentes d'oligopole sont nombreuses et les pouvoirs publics ne s'empressent pas d'organiser leur disparition »*, écrivent P. Artus et M.-P. Virard (2004)¹⁵. Quant à l'OCDE, on trouve dans un de ses récents documents le jugement suivant : *« Les études et comparaisons internationales disponibles suggèrent qu'un renforcement du degré de concurrence permettrait d'améliorer significativement la performance économique. [...] d'autres considérations de politique économique font souvent obstacle à l'émergence d'une véritable concurrence. Des pressions concurrentielles relativement faibles prévalent dans plusieurs secteurs [...] L'action des pouvoirs publics doit pondérer davantage le bien-être global des consommateurs face à l'opposition des groupes d'intérêt spéciaux de taille relativement restreinte mais très actifs »*¹⁶.

Au total, l'observation empirique semble indiquer que le droit de la concurrence fonctionne, mais ne produit pas tous ses effets positifs potentiels du fait d'exemptions, de traitements différenciés ou de la prévalence de réglementations qui viennent le contrecarrer. Il existe donc des possibilités de baisses substantielles de prix et de marges dans certains secteurs, avec comme conséquences probables des accroissements de productivité, et de façon ultime plus de croissance économique et de créations d'emploi. Les experts de l'OCDE ont

¹⁵ Artus P. et Virard M.-P. (2004), *La France peut se ressaisir*, Economica.

¹⁶ Høj J. et Wise M. (2006), « Concurrence sur les marchés de produits et performance économique en France », *Document de travail du département des affaires économiques*, n° 473, OCDE.

ainsi estimé qu'avec un alignement de la réglementation de la France sur les pays les moins restrictifs, le taux d'emploi à long terme s'accroîtrait de plus de 1 % et que, sur dix ans, la croissance de la productivité multifactorielle (PMF) s'accélérait tous les ans d'environ 0,2 %. Par ailleurs, si la France alignait le degré de contrôle de l'Etat sur le niveau moyen observé dans les pays de l'OCDE et les réglementations sectorielles sur celles du pays le plus performant de l'OCDE, la progression annuelle de la PMF serait encore majorée, respectivement, de 0,4 % et 0,8 %. L'ensemble de ces réformes pro-concurrentielles pourrait finalement entraîner une augmentation de la PMF de 15 % sur dix ans.

D'autres travaux (voir notamment Bayoumi et *al.*, 2004)¹⁷ suggèrent que les différences en matière de concurrence entre les pays de la zone euro et les Etats-Unis pourraient expliquer plus de la moitié de l'écart actuel du PIB par habitant entre les deux espaces économiques. Etant donné que la France n'est pas un des pays les plus ouverts à la concurrence au sein de la zone euro, on comprend qu'il puisse exister un potentiel important de gain en efficacité et en croissance du fait d'un fonctionnement plus performant de l'économie de marché.

2.2. Le fonctionnement des trois piliers du droit antitrust

Même si l'OCDE suggère que la France pourrait mieux faire en matière de concurrence, l'organisation internationale reconnaît que « *La France n'est plus loin de la meilleure pratique pour ce qui est de la réforme de la politique de la concurrence* »¹⁸. Cela signifie que dans les secteurs auxquels s'applique le droit antitrust, il l'est de façon correcte – même s'il n'en a pas toujours été ainsi jusqu'à une période récente. Un autre document de l'OCDE¹⁹ indiquait ainsi que « *Le cadre juridique permettant de faire respecter la politique de la concurrence est satisfaisant, et bien que l'on ait eu le sentiment pendant une certaine période que son application n'était pas très active, la situation s'est nettement améliorée depuis la fin des années 90* ».

Si l'on reprend successivement les trois piliers du droit antitrust, on peut se risquer à dire que le bilan du fonctionnement semble assez bon pour la sanction des ententes, en amélioration pour les abus de position dominante, plus discutable en ce qui concerne le contrôle des concentrations.

¹⁷ Bayoumi T., Laxton D. et Pesenti P. (2004), « Benefits and Spillovers of Greater Competition in Europe : A Macroeconomic Assessment », *Document de travail*, Banque centrale européenne, n° 341.

¹⁸ Høj J. et Wise M. (2006), *op. cit.*

¹⁹ OCDE (2005), *Etude économique de la France, 2005. Synthèses*, juin.

Ententes. On a pu douter, durant une période, du sérieux dans la mise en œuvre de la politique de sanction des ententes. On voyait punir de petits accords entre trois commerçants de province et échapper aux foudres de l'autorité de véritables cartels d'oligopoles nationaux dans des secteurs dits « stratégiques » ou dotés de pouvoir de lobbying plus importants. Au niveau européen, les exemptions longtemps accordées au nom d'une certaine efficacité économique, notamment dans le secteur des transports, ont parfois conduit à des situations ambiguës au plan concurrentiel et sont d'ailleurs remises en question par les autorités communautaires depuis quelques années.

Progressivement, l'action des autorités a été étendue à des secteurs de plus en plus variés de l'économie et le montant même des sanctions s'est considérablement alourdi, comme le montrent en France les dispositions de la loi NRE concernant l'assiette et la proportion du chiffre d'affaires utilisées dans la définition des amendes. Aujourd'hui, ce volet de la politique répressive paraît fonctionner convenablement pour les domaines où il s'applique, avec une prohibition *per se* des ententes horizontales de prix et une application de plus en plus fréquente de la règle de raison pour les autres types d'accords – tels que certains accords verticaux, en matière de R&D, *etc.* –, ce qui permet de favoriser l'efficacité économique.

Cependant, certains points demeurent encore l'objet de débats : faut-il sanctionner la collusion tacite comme nous y invite le texte de loi ? ; quelle est l'efficacité du programme de clémence ?²⁰ ; faut-il maintenir l'interdiction *per se* du prix de revente imposé ?

Enfin, certains commentateurs reprochent au système français de manquer encore de visibilité, même si des progrès ont été réalisés en matière de communication sur la sanction des ententes grâce aux communiqués de presse du Conseil de la concurrence, plus nombreux. De même, le délai de traitement des affaires est parfois considéré comme trop élevé, bien qu'il faille là encore pondérer cette critique par l'effort de « rattrapage » du stock d'affaires en cours. Il est certain qu'une rapidité accrue dans le rendu des décisions contribuerait avec l'effort de communication à une pédagogie de la concurrence, bien nécessaire dans un pays dont une grande partie des citoyens ne reconnaît pas vraiment les avantages d'une économie de marché. Il serait également souhaitable, d'un point de vue pédagogique, que le message soit aussi relayé par les responsables politiques. Ces améliorations nécessiteraient d'accorder plus de moyens au Conseil de la concurrence pour permettre d'accélérer le traitement des dossiers sans réduire la qualité de son instruction.

²⁰ Voir Bougette P., Montet C. et Venayre F. (2006), « L'efficacité économique des programmes de clémence », *Concurrence et Consommation*, n° 146, pp. 43-48.

Abus de position dominante. Le droit européen et le droit français ont durant une longue période traité la question de la domination des marchés d'une façon assez rigide, revenant à interdire diverses options de marketing aux entreprises possédant de forts pouvoirs de marché, la frontière entre un abus de dominance et une stratégie agressive, au contraire pro-concurrentielle, étant parfois ténue. Cette approche se distinguait assez nettement de l'approche américaine, contenue dans la section 2 de la loi Sherman, et qui consiste à sanctionner les « tentatives de monopolisation » des marchés. De fait, les entreprises américaines en position dominante se voyaient moins encadrées par la règle de droit que ne l'étaient les entreprises européennes. Les premières avaient donc plus de flexibilité dans leur politique de prix (rabais, discriminations entre clients, *etc.*) et divers autres domaines de leur politique marketing.

Il semble qu'une convergence plus grande soit aujourd'hui à l'œuvre entre les traitements américains et européens. Alors que les entreprises à forts pouvoirs de marché étaient assez systématiquement suspectées de recourir à des pratiques illégales de maintien ou d'extension de la position dominante, les autorités paraissent à présent reconnaître qu'un certain nombre de ces actions concourent à l'efficacité économique ou, tout au moins, ne correspondent pas à un blocage irrémédiable de la concurrence. On ne peut que souscrire à la proposition formulée par Encaoua et Guesnerie, suggérant aux autorités de concurrence un emploi de règles de raison structurées pour le traitement des abus de position dominante. C'est la façon d'assurer à la fois une sécurité juridique et la réduction du risque d'erreur découlant de l'application de sanctions *per se* de certaines pratiques.

Contrôle des concentrations. Le droit français de la concurrence diverge de nombreux droits de pays européens et du droit américain en ce qui concerne le mode de contrôle des concentrations. Aux Etats-Unis les dossiers sont instruits par la FTC ou le DOJ, avec en dernier ressort la validation des arrangements par les tribunaux. Dans divers pays européens, l'autorité indépendante instruit le dossier et tranche, laissant éventuellement au responsable politique un droit de veto pour les affaires comportant des éléments stratégiques pour le pays. Mais en France, le contrôle est bicéphale, la DGCCRF instruisant et tranchant dans de nombreux cas, le Conseil de la concurrence étant saisi pour avis dans quelques autres cas, la décision finale revenant toujours au ministre de l'économie.

Cela n'est pas sans poser des problèmes de convergence de vue entre les deux institutions (voir dans le passé les désaccords dans les dossiers 3M / Spontex ou Heineken / Fisher). A présent, le renforcement du traitement des dossiers en phase 1, à la fois en termes de puissance de travail de la DGCCRF et en ce qui concerne l'approfondissement

de l'analyse concurrentielle lors de cette même phase, a pour conséquence qu'un nombre très faible de dossiers passe pour examen au Conseil. Il pourrait en résulter des risques de choix trop « politiques » (voir ci-dessous Section 3).

Sur le fond, les souhaits des économistes iraient dans le sens d'un renforcement des moyens donnés à l'autorité, afin d'intégrer l'apport des avancées économiques récentes : simulation des fusions afin d'apprécier les effets sur les prix et le bien-être, et par conséquent de mieux estimer aussi les effets compensateurs éventuels de l'amélioration d'efficacité ; ou encore appréciation plus fine, et étayée par des travaux empiriques, de la relative difficulté d'entrée sur les marchés. Mais il s'agit là de perspectives d'aménagements qui dépassent le seul cadre français.

2.3. Une curiosité dans le droit antitrust français : le Titre IV

Le Titre IV du Livre IV du Code de commerce est intitulé « De la transparence, des pratiques restrictives et d'autres pratiques prohibées ». Ce passage de notre droit, reconnu comme une spécificité française²¹, a été conçu comme une réponse à la demande de protection du petit commerce face aux producteurs, d'une part, et à la grande distribution d'autre part. Il contient un ensemble de règles régissant les comportements dans les relations verticales, en particulier entre producteurs et distributeurs. Il s'agit de règles *per se*, telles que des obligations sur la transparence des tarifs, le refus de vente, la vente par lots ou quantités imposées, l'imposition des prix de revente, ou encore la non discrimination à l'égard des acheteurs (à moins d'avantages réellement identifiés). Les juridictions civiles et pénales – tribunaux de commerce ou tribunaux correctionnels – peuvent sanctionner le non respect de ces règles par des amendes dont les montants sont définis de façon rigide.

Cette partie du droit français de la concurrence pose un nombre important de problèmes. On notera dès l'abord que le Titre IV fait pour partie double emploi avec les articles L. 420-1 et L. 420-2, puisque les pratiques anticoncurrentielles qu'il régleme sont en principe déjà couvertes par les deux articles principaux sur les ententes et les abus de position dominante. Il introduit cependant des différences importantes de traitement des affaires. Dans l'application du Titre IV, il n'est plus nécessaire de prouver qu'il y a une entente, ou qu'il existe de forts pouvoirs de marché ; les pratiques sont sanctionnées dès

²¹ Voir Malaurie-Vignal M. (2005), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Armand Colin, 3^{ème} édition.

qu'elles sont observées. Nous sommes loin de l'application de la règle de raison structurée défendue par les économistes.

Surtout, le contenu des interdictions est lui-même discutable au regard de la recherche de l'efficacité économique. Ce sont principalement les obligations de transparence tarifaire et de non discrimination qui posent les plus gros problèmes²². Ni transparence, ni non discrimination ne sont en effet des conditions de l'efficacité économique. C'est en fait l'inverse qui peut se produire dans les conditions d'un oligopole étroit.

Il est bien connu que dans un contexte oligopolistique la transparence joue contre la concurrence. Comme l'a parfaitement démontré la théorie des jeux répétés appliquée à l'oligopole une information parfaite des offreurs sur les conditions du marché permet d'identifier immédiatement les déviations éventuelles par rapport à un accord de prix et favorise donc un meilleur pilotage de représailles éventuelles des déviants. Au total, la transparence favorise la stabilité des ententes tacites alors que les rabais secrets et les négociations privées entre chaque offreur et ses clients favorisent les ruptures d'accords, constituant par conséquent des facteurs d'efficacité. Cet effet de la transparence est parfaitement reconnu par les autorités de concurrence européennes et les tribunaux dans les jugements sur les situations dites de position dominante collective. Il est dès lors difficile de comprendre pourquoi le droit français impose en toute circonstance la transparence tarifaire.

Certes, l'information des consommateurs, dans la mesure où elle leur permet de mieux appréhender les niveaux relatifs de prix et de qualités des produits et services, joue un rôle pro-concurrentiel. Dans des structures de marché très compétitives, cet effet l'emporte sans aucun doute. En revanche, dans les situations d'oligopole, qui sont celles qui intéressent les autorités antitrust, il convient d'appliquer la règle de raison et de peser dans chaque cas à risque les effets pro et anticoncurrentiels.

Il en va de même avec la discrimination par les prix. La théorie économique montre que les effets de cette politique de prix dépendent des circonstances. Dans un certain nombre de situations, y compris dans des structures oligopolistiques, la discrimination par les prix augmente le bien-être économique. Ce n'est que rarement qu'il peut en résulter la création ou le renforcement d'une position monopolistique. Cependant, sur ce point à nouveau, il suffit de se référer à l'article L. 420-2 et de juger avec la règle de raison des effets de la politique de prix en question. Au contraire, l'interdiction *per se* contenue dans le texte de loi risque de

²² Voir notamment, à ce sujet, les développements sur les effets anticoncurrentiels de la clause du client le plus favorisé.

s'avérer contreproductive. Høj et Wise (2006)²³ concluent ainsi sur ce point : « *La promotion de l'uniformité des prix et le découragement de la discrimination tendent également à freiner la concurrence sous forme de réductions de prix* ».

Enfin, le Titre IV contient l'interdiction de la revente à perte dont on mesure les effets néfastes sur les prix, surtout lorsqu'on la couple au principe strict de non discrimination, comme cela était le cas avec la loi Galland. Comme le note à nouveau les mêmes auteurs : « *La fixation de prix abusivement bas est généralement interdite dans les pays de l'OCDE, mais rares sont les pays qui cherchent à appliquer strictement l'interdiction de la revente à perte proprement dite car, dans plusieurs cas, ce type de stratégie n'est ni abusif ni à l'origine d'une réduction du bien-être des consommateurs* ».

Encaoua et Guesnerie suggèrent de « toiletter » le texte sur les pratiques anticoncurrentielles en supprimant les interdictions *per se* du prix de revente imposé, de la revente à perte et de la non discrimination. On ne peut qu'adhérer à ce programme, mais il serait bon d'aller plus loin encore en supprimant totalement le Titre IV. Les affaires qui en relèvent pourraient être discutées dans le cadre plus classique de la loi antitrust, les « prix abusivement bas » étant en fait traités dans le cadre des politiques éventuelles de prédation de firmes en position dominante. Cela aurait l'avantage d'apporter de la cohérence dans les objectifs recherchés par le droit antitrust, de permettre une meilleure compréhension de ces objectifs par les entreprises comme par le grand public et d'alléger la tâche de la DGCCRF – dont plus de la moitié de ses efforts seraient tournés vers l'application de ce Titre IV – autorisant ainsi un transfert de ressources vers le Conseil pour accroître la rapidité d'instruction des dossiers appelée plus haut de nos vœux.

3. L'antitrust doit-il être un outil politique de régulation des marchés ?

La France est marquée par une forte tradition historique d'interventionnisme étatique dans de nombreux domaines. Même si l'on observe une décroissance de long terme de l'influence de l'Etat, cette dernière reste présente, comme cela a souvent été souligné par l'OCDE dans ses divers travaux. Les canaux de cette intervention sont multiples, qu'il s'agisse de la politique industrielle, de la politique commerciale (et d'une manière générale de l'ensemble des interventions réglementaires), voire de la politique de concurrence elle-même, comme l'a notamment montré l'analyse précédente du Titre IV. Ces diverses formes

²³ *Op. cit.*

d'intervention de l'Etat justifient que l'on s'interroge sur les articulations des objectifs qui les sous-tendent.

3.1. Intérêts individuels et collectif dans le processus de décision politique

A la suite de la remarque effectuée par Michel Mougeot (Commentaire au rapport, p. 190), soulignons que lorsque le rapport aborde les questions de l'interventionnisme étatique, l'Etat est toujours implicitement supposé être neutre et protecteur, au sens où son objectif reste l'intérêt collectif. Cette vision d'un Etat qui serait à la fois omnipotent et strictement tourné vers la maximisation du bien-être social, agissant ainsi comme un « despote bienveillant » s'inscrit dans une tradition assez ancienne en économie (Pigou, 1920, *The economics of welfare*). Toute une littérature sur le bien-être économique s'est développée dans le prolongement du travail initial de Pigou, cherchant à approfondir la rationalité des décisions publiques et progressivement, l'école du *Public Choice* va souligner la nécessité de recourir à des visions moins désincarnées de l'Etat.

Les travaux sur le vote rationnel conduisent ainsi à prendre en compte les désirs des électeurs dans le comportement décisionnel de l'élu. De fait, en plus d'une recherche de l'intérêt collectif, apparaît également la nécessité pour l'homme politique de tenir compte des intérêts des groupes sociaux lui ayant apporté leur soutien. Ce registre, plus individuel, peut évidemment entrer en contradiction – au moins partiellement – avec la recherche de l'intérêt général. Cette dichotomie que doit gérer le décideur permet d'expliquer des situations réelles dans lesquelles des choix collectifs ne maximisant pas le bien-être social sont effectués, mais en toute rationalité, des intérêts privés ayant contraint la décision publique.

Si la réflexion se situe initialement dans le champ électoral, elle sera ensuite élargie à l'activité étatique de régulation des marchés. Lorsque certaines activités sont par exemple réglementées par des autorités de tutelle, ces dernières peuvent ainsi être « capturées » par les firmes sous leur responsabilité²⁴, c'est-à-dire que ces dernières finissent par bénéficier, pour des motifs divers, de contraintes assouplies, leur tutelle intégrant progressivement plus les intérêts privés de la firme réglementée dans leur choix final.

Plus généralement, l'ensemble des interventions de l'Etat dans la vie des affaires est soumis au risque d'infléchissement par les lobbies, comme l'ont montré de très nombreux

²⁴ Stigler G.J. (1971), « The Theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics*, vol. 2, n° 1, pp. 3-21.

travaux s'inscrivant dans la théorie des groupes de pression²⁵, les intérêts privés de certains seraient alors pris en compte au détriment de certains autres. Alors que l'action régulatrice de l'Etat naît de la volonté de corriger des dysfonctionnements initiaux des marchés, le lobbying des groupes d'intérêt privés entraîne de nouvelles distorsions qui peuvent finalement générer une situation encore plus défavorable au plan collectif que la situation initiale. Ce risque inquiétant doit, d'une manière générale, inciter à examiner avec soin les implications probables des choix étatiques.

Compte tenu de la tradition interventionniste française dont il a déjà fait état, ces enseignements de la théorie économique ne devraient pas être minimisés lorsqu'il s'agit de réfléchir sur la place relative de l'Etat et du marché. Un certain nombre d'observateurs soulignent ainsi, pour le cas français, des comportements étatiques qui illustrent cette difficulté de l'imbrication d'intérêts divers dans la prise de décision, conduisant à des inefficacités. En matière de réglementation, le cas du secteur de la distribution illustre parfaitement les dangers d'une intervention visant à protéger certains groupes d'individus. Høj et Wise (2006)²⁶ développent l'idée que cette réglementation explique vraisemblablement les marges bénéficiaires relativement élevées des producteurs de boissons et de produits alimentaires. Il en va de même dans les secteurs protégés tels que l'énergie, les télécommunications, la distribution du courrier... Au-delà des aspects réglementaires, les intérêts de l'Etat peuvent aussi se faire jour dans l'application de la politique de concurrence elle-même. Par exemple, dans ce dernier secteur de la distribution du courrier, la Commission européenne²⁷ a explicitement relevé l'existence d'un conflit d'intérêts dans le cas des entreprises de routage privées, qui sont à la fois concurrentes de La Poste et obligées de recourir aux services du monopole postal qu'elle exerce. Dans cette affaire, c'est l'Etat français qui a été sanctionné par la Commission, au motif que la réglementation française ne prévoyait pas « *de modalités de contrôle suffisamment efficaces et indépendantes pour neutraliser ce conflit d'intérêts* »²⁸. Il peut également s'agir d'intérêts de commerce

²⁵ Voir par exemple : Tullock G. (1967), « The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft », *Western Economic Journal*, vol. 5, juin, pp. 224-232 ; Krueger A.O. (1974), « The Political Economy of the Rent Seeking Society », *American Economic Review*, juin, pp. 291-303.

²⁶ Høj J. et Wise M. (2006), *op. cit.*

²⁷ Affaire COMP/C1/37.133 du 23 octobre 2001.

²⁸ Commission européenne, *Rapport sur la politique de concurrence*, 2001, point 84.

international, comme dans le cas du rachat de Jeppesen par Boeing²⁹ ou encore de « l'exemption implicite » au titre de la protection de certaines actions syndicales³⁰.

Le développement des théories économiques autour de la notion de lobbying, de même que les quelques exemples concrets qui viennent d'être cités, doivent nous amener à nous éloigner d'une conception nécessairement bienveillante de l'action de l'Etat. Dès lors, il convient de différencier les principes de la concurrence de l'action volontariste de l'Etat.

3.2. L'articulation entre principes de la concurrence et objectifs réglementaires

En matière d'application de la politique de concurrence, l'Etat devrait avant tout veiller à ce que les principes de la concurrence soient respectés, c'est-à-dire que le droit de la concurrence permette de déterminer et de sanctionner les situations dans lesquelles certains acteurs de marché bénéficient de rentes indues qui sont de nature à diminuer à la fois le surplus des consommateurs et l'efficacité globale des marchés. Cependant, comme on l'a vu, cette défense des conditions nécessaires au libre exercice de la concurrence ne constitue pas la seule ambition du décideur public. L'Etat est également en charge d'autres politiques : industrielle, commerciale, d'innovation, *etc.*, dont les objectifs (visant le développement d'une action particulière) peuvent entrer en conflit avec ceux de la politique de concurrence (visant à assurer un cadre concurrentiel permettant une meilleure efficacité).

Si les moyens d'actions de l'Etat sont indistincts, lorsque des conflits d'objectifs existeront entre concurrence et réglementation, il sera impossible de gérer de façon optimale ces conflits. Le risque évident est alors de violer les principes mêmes de la politique de concurrence, c'est-à-dire de substituer à la défense de la concurrence celle des concurrents. Or, tant que la politique de concurrence n'apparaît que comme l'un des leviers de l'action de l'Etat, ce risque ne peut pas être totalement écarté, comme le montre les exemples suivants.

La prise en compte d'intérêts individuels dans le traitement réservé aux relations entre la grande distribution et ses fournisseurs : intérêts des producteurs (loi Galland) et des petits commerces (loi Raffarin) a conduit à éloigner ce secteur des principes classiques du droit de la concurrence, générant par la suite de multiples effets pervers³¹. Comme le rappellent Høj et

²⁹ Voir Wise M. (2005), « Competition Law and Policy in France », *OECD Journal of Competition Law and Policy*, Vol. 7, n° 1, pp. 7-81 ; page 39.

³⁰ Un sabotage de la distribution d'un concurrent dont le personnel n'était pas syndiqué a fait l'objet d'un traitement relativement clément (Wise, 2005, page 43).

³¹ Pour une analyse de ces effets pervers, voir : Montet C. et Venayre F. (2004-2005), « Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, vol. 1, pp. 174-181.

Wise (2006)³², « les problèmes de concurrence dans le secteur de la distribution devraient être traités dans le cadre du droit général de la concurrence et la réglementation contraignante qui freine la concurrence par les prix devrait être abolie ».

Les distorsions observées dans le secteur des services, et particulièrement dans les industries de réseau, illustrent également les difficultés de gérer d'une même main politique de concurrence et interventions réglementaires. Certes, il est indispensable que la puissance publique réglemente de tels monopoles, mais dans le cas où certaines de leurs activités sont ouvertes à la concurrence d'entreprises privées, il convient aussi de veiller à ce que les entreprises réglementées ne puissent pas utiliser leur pouvoir monopolistique sur les segments protégés pour restreindre le libre jeu du marché sur les segments ouverts. La confusion régulière entre monopole naturel et monopole historique, de même que le choix politique de ne pas séparer explicitement les activités relevant de l'un et de l'autre, créent trop souvent un contexte favorable à la pratique de subventions croisées, qui nuisent aux concurrents alors qu'une réglementation plus modérée pourrait permettre d'éviter cet écueil (Wise, 2005)³³.

Au plan international, enfin, ces interconnexions d'intérêts divers dans le processus décisionnel des choix étatiques ont donné lieu à des décisions parfois protectionnistes, avec les pertes d'efficacité qu'on leur connaît³⁴, ou à tout le moins à des suspicions de la part de nos partenaires commerciaux, comme le rappellent les vifs débats observés au plan européen lors des aides d'Etat attribuées à Air France ou plus récemment à Alstom.

Ces diverses interventions de l'Etat, lorsqu'elles sont imbriquées avec la mise en œuvre de la politique de concurrence, peuvent donc générer des distorsions importantes sur les marchés. Une intervention distincte de l'application de la politique de concurrence, en respectant le mieux possible cette dernière, paraît donc souhaitable. Cela ne signifie pas qu'il faille systématiquement subordonner l'action de l'Etat à la politique de concurrence, mais implique plutôt de reconnaître le droit à un Etat souverain d'agir selon des objectifs qui lui sont propres, tout en réduisant au plus possible les risques de distorsions consécutives à son action. A ce titre, des actions directes et / ou ciblées (*targeting*) de l'Etat seraient sans doute préférables à des modifications indirectes des conditions générales des marchés, plus susceptibles de générer des effets pervers multiples.

Rappeler l'importance des principes de la concurrence n'implique pas non plus de brider toutes les actions des firmes, et notamment de comprimer leurs incitations à innover.

³² *Op. cit.*

³³ *Op. cit.*, page 42 et suivantes.

³⁴ Voir Bhagwati J. (2005), *Eloge du libre échange*, Editions d'organisation, Paris, 128 p.

Une « bonne » politique de concurrence n'est en effet pas nécessairement la politique la plus répressive. Comme l'indique Martin (2000)³⁵, il existe une relation en « U » inversé entre la politique de concurrence et le bien-être social. Si une politique antitrust modérément stricte accroît le bien-être social, une politique extrêmement stricte le diminue en revanche. Cela correspond à ce que nous avons indiqué plus haut : il faut veiller à ce que les firmes puissent conserver une part des bénéfices attendus de leur compétitivité (une relative rente de situation), au moins pendant un certain temps. Souam (2001)³⁶ montre aussi qu'il est optimal, du point de vue du bien-être social, de tolérer un certain niveau (faible) de collusion. La pratique des autorités communautaires en matière d'accords entre firmes valide d'ailleurs bien cette idée dans la mesure où le passage d'un régime de notification préalable à un régime d'exception légale a été effectué pour désengorger la Commission européenne et améliorer en conséquence l'efficacité de la politique antitrust communautaire. La question de l'innovation des entreprises, pour le développement de laquelle il faut autoriser un pouvoir de marché minimal, s'inscrit dans cette même perspective du droit antitrust. Boone (2001)³⁷ montre que lorsque les autorités antitrust cherchent à augmenter le degré de concurrence d'un marché, cela augmente plus l'incitation à innover du *leader* par rapport aux *followers* et peut ainsi, quelques années plus tard, augmenter la concentration du marché. On observe d'ailleurs une pratique des autorités beaucoup plus souple à l'égard de l'innovation, qu'il s'agisse des accords de coopération ou des échanges d'informations techniques, plus susceptibles de bénéficier d'exemptions, ou même de la prise en compte de considérations technologiques ou de progrès technique dans l'aval donné aux concentrations. Cette plus grande souplesse à l'égard des diverses formes de coordination sur l'innovation participe à une meilleure efficacité globale, bien qu'il ne faille pas pour autant, dans ce domaine, délivrer un blanc-seing aux firmes ; une vigilance reste nécessaire pour s'assurer que ce type de coordination ne se transforme pas en comportements anticoncurrentiels (Baumol, 2001)³⁸.

³⁵ Martin S. (2000), « Product Market Competition Policy and Technological Performance », in : Norman G. et Thisse J.-F. (eds), *Market structure and competition policy. Game theoretic approaches*, Cambridge University Press.

³⁶ Souam S. (2001), « Optimal Antitrust Policy Under Different Regimes of Fines », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, pp. 1-26.

³⁷ Boone J. (2001), « Intensity of Competition and the Incentive to Innovate », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, pp. 705-726.

³⁸ Baumol W.J. (2001), « When Is Inter-Firm Coordination Beneficial ? The Case of Innovation », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, pp. 727-737.

3.3. La nécessité d'une autorité de concurrence forte et indépendante des missions réglementaires

Il faut donc affirmer les principes de la concurrence et les garder toujours à l'esprit lorsqu'une autre intervention de l'Etat est jugée nécessaire, afin de conserver au plus possible les gains en efficacité et en bien-être que produisent des conditions concurrentielles saines. Au-delà, il est important que la politique de concurrence ne soit pas instrumentalisée comme vecteur indirect de régulation.

On peut à cet égard s'interroger sur les ambitions des nouveaux instruments dont les autorités de concurrence disposent (transaction et engagements). Il n'est en effet pas sûr que ces outils relèvent pleinement d'une fonction qui vise à assurer le respect des conditions propices à la concurrence, au sens où ces procédures semblent plus participer d'une logique de régulation des marchés³⁹. De ce point de vue, la théorie de la capture exposée plus haut pourrait leur être appliquée. Le risque existe de voir des entreprises traitées différemment selon leur taille (le pouvoir de négociation de la firme face à l'autorité étant d'autant plus important que sa taille est grande, avec la possibilité d'invoquer des arguments de type champion national ou préservation de l'emploi)⁴⁰ et selon le secteur d'activité ou la composition du capital. On peut ainsi remarquer que l'entreprise ayant pour l'instant bénéficié de la plus forte réduction d'amende lors d'une procédure de transaction est La Poste⁴¹.

Depuis quelques années, la France s'interroge sur l'opportunité d'autoriser les actions de groupe, inspirées des *class actions* du droit américain. Un premier motif d'adoption de cette pratique relève d'une notion de justice. Lorsque les clients d'une firme sont victimes d'une pratique anticoncurrentielle, même si l'entreprise fautive est condamnée au regard du droit antitrust, cela ne permet pas aux consommateurs d'être indemnisés du préjudice subi. Le recours à une action collective peut donc permettre cette indemnisation. Bien plus, les *class actions* sont un élément qui renforce le montant global de la sanction encourue par les firmes en cas de comportement anticoncurrentiel et, à ce titre, elles accroissent donc l'efficacité de la lutte contre les pratiques répréhensibles. Le Conseil de la concurrence, qui vient de rendre un

³⁹ La même remarque peut être effectuée pour les moyens d'intervention *ex-ante* dont ont été dotées les autorités communautaires (P. Choné dans son annexe au rapport, p. 211).

⁴⁰ Voir Bougette P., Montet C. et Venayre F. (2006), « Jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transaction », *Concurrence et Consommation*, n° 146, pp. 50-56.

⁴¹ Décision du Conseil de la concurrence 04-D-65 du 30/11/2004 : La Poste a obtenu un taux de réfaction (réduction de l'amende) de 90 %, malgré une proposition initiale du Rapporteur général se situant entre 40 et 50 %.

avis plutôt favorable à la mise en place de *class actions* « à la française »⁴², souligne à juste raison cet aspect dissuasif des actions de groupe. Cela dit, il ne faut pas non plus faire de ces dernières une panacée ; le Conseil dispose en effet, depuis la loi NRE, de possibilités de sanctions financières extrêmement élevées, alors que les niveaux d'amendes réellement infligés sont en général très inférieurs au maximum légal autorisé⁴³. Les possibilités d'augmenter la dissuasion sans recourir nécessairement aux *class actions* existent donc. Le Conseil insiste par ailleurs sur la nécessité d'éviter « *la judiciarisation excessive de la vie économique* »⁴⁴. On peut donc penser, même si les dispositions législatives ne sont pas encore arrêtées, que la transposition en France des *class actions* passera par un encadrement du consommateur par le politique, par exemple sous la forme de la désignation officielle des représentants des consommateurs pouvant légalement porter les plaintes collectives devant la justice. Il n'est pas sûr qu'un tel système soit le plus efficace que l'on puisse espérer.

Au-delà des outils récemment développés par les autorités de concurrence – et de ceux dont elles bénéficieront peut-être dans un avenir proche –, se pose surtout la question de l'organisation de ces autorités. La politique de concurrence française est mise en œuvre par deux autorités distinctes, une AAI⁴⁵, qui est le Conseil, et la DGCCRF, c'est-à-dire les services du ministère de l'économie. Cette particularité, qui implique deux approches différentes de la politique de concurrence est de nature à créer des doutes sur les motivations des choix effectués⁴⁶.

En matière de contrôle des concentrations, le Conseil ne produit que des avis consultatifs, la décision finale revenant dans tous les cas au ministre de l'économie. Encore faut-il que le Conseil soit invité à donner son opinion car il y a selon les années une forme de préemption de la DGCCRF, un grand nombre de dossiers se traitant en phase 1, sans qu'ils ne soient examinés par le Conseil⁴⁷. La particularité de l'organisation du contrôle français des concentrations est fréquemment soulignée par les observateurs ; l'OCDE, par exemple,

⁴² Avis du Conseil du 21/09/2006.

⁴³ Même l'affaire de la téléphonie mobile (Décision 05-D-65 du 30/11/2005), qui représente à ce jour la plus forte amende du Conseil, soit 534 millions d'euros, représente 3,1 % du chiffre d'affaires d'Orange et SFR et 1,8 % de celui de Bouygues, alors que l'ordonnance de 1986 autorisait jusqu'à 5 % (et 10 % pour des infractions réalisées postérieurement à l'adoption de la loi NRE en 2001). Pourtant, l'UFC Que Choisir avance un chiffre de 1,2 milliards d'euros pour les pertes des consommateurs dans cette affaire.

⁴⁴ Point 105 de l'avis du Conseil.

⁴⁵ Autorité administrative indépendante.

⁴⁶ Høj et Wise (2006) indiquent ainsi que la DGCCRF se voit confier à la fois des missions relevant de la politique de la concurrence et d'autres ayant trait à la réglementation et à la surveillance des marchés, ce qui est « *inhabituel dans les pays de l'OCDE* ». Ce système accroît pour eux la « *perception d'un risque d'influence politique* ».

⁴⁷ Pour l'année 2005, la DGCCRF a reçu 119 notifications de concentration et le Conseil a été saisi pour 35 avis. Ces mêmes chiffres étaient respectivement de 162 et 30 (en 2004) ; 240 et 18 (en 2003) et 145 et 26 (en 2002) ; voir : DGCCRF, *Rapport d'activité 2005* et Conseil de la concurrence, *Rapport d'activité 2005*.

indique que « *En ce qui concerne le contrôle des fusions, il serait bien que la France suive l'exemple de la plupart des autres pays de l'OCDE, qui ont confié la responsabilité de la mise en œuvre de la politique dans ce domaine aux autorités de la concurrence plutôt qu'au gouvernement* »⁴⁸. Le fait que le pouvoir politique puisse intervenir directement dans les processus de concentration des entreprises jette en effet un trouble sur les raisons pour lesquelles une fusion est autorisée, dans la mesure où l'on peut penser que l'autorité ministérielle sera plus sensible qu'une AAI à des considérations de constitution d'un champion national, d'emploi, ou autres, qui traduisent plus des intérêts commerciaux ou des choix industriels plutôt que le souci du maintien d'une concurrence active et efficace.

Concernant les pratiques anticoncurrentielles, les décisions du Conseil sont cette fois exécutoires, ce qui lui confère un pouvoir quasi-judictionnel. Cependant, nous l'avons vu lors de l'analyse du Titre IV, un certain nombre de comportements, qui devraient légitimement relever de l'application du droit de la concurrence – comme c'est le cas dans la plupart des autres pays – sont ici traités par la DGCCRF elle-même, du fait qu'ils sont soumis à une réglementation distincte des règles du droit de la concurrence. C'est bien entendu le cas des relations commerciales verticales, qui représentent une part importante de l'activité des services de Bercy. Plus encore, la faiblesse des moyens matériels du Conseil au regard de ceux de la DGCCRF explique que les enquêtes soient principalement menées par cette dernière. Ainsi, même dans sa pratique décisionnelle, le Conseil reste dépendant des services du ministère, notamment dans l'apport des preuves nécessaires à une instruction correcte.

On peut regretter, en suivant l'analyse de Høj et Wise (2006), que le système français n'établisse pas une séparation plus nette entre les autorités chargées de fonctions régulatrices et celles qui veillent au respect du bon fonctionnement de la concurrence : « *Le cadre du droit de la concurrence devrait être renforcé soit en transférant au Conseil de la concurrence la totalité des compétences en matière d'application du droit de la concurrence avec les ressources que cela implique, soit en séparant plus nettement les fonctions et les ressources des autres activités de surveillance du marché au sein du ministère des Finances* ».

L'apport indéniable de la théorie économique à la compréhension des enjeux du droit antitrust ne doit pas occulter l'impératif pratique auquel est soumis ce dernier. Une bonne mesure reste une mesure applicable, c'est-à-dire qui n'accapare pas inutilement les ressources

⁴⁸ Høj et Wise (2006).

des autorités chargées de sa mise en œuvre, respecte les libertés individuelles des uns et des autres, ne complexifie pas indûment le système, et produit des effets probants. Car en matière de politique de concurrence, c'est la culture du résultat qui prime. Or la vie économique est par définition faite d'incertitudes et d'imperfections. Les changements sont nombreux : contexte, acteurs, technologie, goûts, comportements... A l'image de ce domaine auquel il s'applique, le droit de la concurrence doit lui aussi s'adapter, fréquemment, aux évolutions du monde qui l'entoure. Le rapport d'Encaoua et Guesnerie sur *Les politiques de la concurrence* a l'immense mérite de relancer le débat sur ces questions.

Le plus grand écueil auquel est confronté la règle de droit, concernant la concurrence, est probablement celui de la rigidité. Face à un monde mouvant, un droit figé ne pourrait que conduire à un nombre croissant d'inefficacités économiques. Ainsi des réformes sont-elles régulièrement menées : modification des seuils de contrôlabilité pour les concentrations, adjonction de nouveaux outils pour les autorités, modifications des sanctions encourues... Plus généralement, l'évolution des décisions rendues par les autorités et les tribunaux permet d'adapter le droit, dans son application, à l'apparition de nouveaux comportements et en tenant également compte de nouveaux regards portés sur des comportements plus anciens. On ne peut que s'en réjouir, car c'est à cette condition que l'on permet le développement du bien-être social.

Cependant, certaines rigidités sont encore présentes, de deux ordres, qui nécessitent que l'on aille plus avant dans les évolutions actuelles. La première source d'inerties tient à la règle elle-même. Il faudrait ainsi, par exemple, ramener la grande distribution dans le domaine d'action du droit antitrust et lancer une profonde interrogation sur l'ensemble des relations verticales, et donc sur le Titre 4 du Code de commerce. La seconde origine des rigidités est plus organisationnelle. Cela pose la question de l'existence de deux autorités de concurrence, de leur articulation avec le pouvoir politique et des immixtions réglementaires qui en découlent, au risque, comme nous l'avons indiqué, de restreindre la concurrence. Or, comme le rappelle Champsaur (2006), « *des interventions au titre de la politique industrielle ne peuvent trouver un sens et une efficacité durables que si les entreprises touchées par ces interventions sont soumises à une concurrence réelle* »⁴⁹.

C'est bien la recherche de l'efficacité qui est le cœur de la politique de concurrence. Efficacité de chaque marché, en assurant le respect des règles d'une concurrence suffisamment active par la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et des structures

⁴⁹ Champsaur P. (2006), « Politique de la concurrence et politique industrielle », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n° 144, pp. 16-19.

adéquates grâce au contrôle des concentrations, mais également efficacité plus globale de l'économie. Dans un pays comme le nôtre, traditionnellement rongé de doutes sur les vertus du marché, il est bon de rétablir la confiance en cette institution capable de promouvoir l'efficacité économique et ses conséquences sur l'ensemble de l'économie en termes de productivité, de croissance et d'emploi. L'objectif de recherche d'efficacité qui devrait toujours être celui de la politique antitrust implique nous semble-t-il de rendre les dispositions du droit de la concurrence et les choix des autorités chargées de son application radicalement indépendants des choix politiques, préférant pour ces derniers des interventions ciblées plutôt qu'une régulation protéiforme de l'ensemble des décisions des acteurs de la vie économique.