

60 ans de politique de concurrence européenne

Fabienne Ilzkovitz

Conseiller principal à la Direction générale de la Concurrence de la Commission européenne

Adriaan Dierx

Expert confirmé à la Direction générale de la Concurrence de la Commission européenne^{1,2}

SOMMAIRE

I. Introduction

II. Évolution de la politique de concurrence européenne

1. Antitrust

1.1 Origine

1.2 Modernisation en 2004

1.3 Amélioration des outils de mise en œuvre

2. Contrôle des concentrations

2.1 Origine

2.2 Nouveau règlement adopté en 2004

2.3 Amélioration des outils de mise en œuvre

3. Aides d'État

3.1 Objectifs et justification

3.2 Grandes tendances dans l'évolution

3.3 Nouvelle architecture des aides

3.4 Plan d'Action (2005-2009)

3.5 Modernisation (2012-2014)

III. Les grands défis de la politique de concurrence européenne

1. Antitrust

1.1 Concilier rapidité et qualité des décisions

1.2 Adapter l'analyse concurrentielle à l'économie numérique

1.3 Donner davantage de moyens aux autorités nationales de concurrence

1. Les auteurs tiennent à remercier Johannes Laitenberger, Directeur Général, et différents collègues de la Direction générale de la Concurrence pour leurs commentaires sur cet article ainsi que Matteo Laffi pour son assistance de recherche.

2. Les vues exprimées dans cet article sont celles des auteurs et ne peuvent engager la responsabilité de la Commission européenne.

2. Contrôle des concentrations

2.1. Contrôler les concentrations dans un monde globalisé et numérique

2.2 Analyser les coûts/bénéfices des concentrations

2.3 Vers un espace européen en matière de concentrations

3. Aides d'État

3.1 Concentrer davantage les efforts sur les cas d'aide d'État les plus significatifs

3.2 Développer l'analyse économique et l'évaluation ex-post

3.3 Renforcer le partenariat avec les États membres et intégrer la dimension internationale

IV. Conclusion

I. Introduction

Cet article a pour but de décrire les bases de la politique de concurrence européenne, les grandes étapes de son évolution et ses défis dans les années à venir. Ce bilan vient à point nommé au moment où l'on vient de célébrer les soixante ans du traité de Rome. En effet, les fondateurs de l'Europe, tels que Jean Monnet, ont tout au début de la construction européenne mis l'accent sur l'importance de la politique de concurrence européenne pour un bon fonctionnement du marché commun, en tant que facteur de croissance économique, mais aussi de paix économique entre les États membres.

Au moment de la signature du traité de Rome, le courant ordo-libéral allemand a fortement influencé la conception de la politique de concurrence européenne³ et il a contribué à ce que des compétences importantes dans ce domaine soient confiées au niveau européen. Dès lors, le traité de Rome inclut, dans son préambule, l'objectif d'établir une concurrence libre et non faussée et comprend des règles qui interdisent les pratiques des entreprises et des États membres de nature à la dégrader. Ce Traité donne à la Commission européenne (CE) des compétences exclusives permettant de veiller à l'application de ces règles dans les États membres. La CE assure le respect de ces règles en collaboration avec les autorités de concurrence qui ont été progressivement mises en place dans tous les États membres. Les décisions de la CE sont soumises au contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne (UE), dont la jurisprudence est essentielle pour garantir leur impartialité et cohérence. Selon la conception de la politique de concurrence retenue au niveau européen, la concurrence n'est pas considérée comme une fin en soi mais comme un instrument qui vise à améliorer l'efficacité des marchés au bénéfice des consommateurs. Pour ce faire, la politique de concurrence européenne s'appuie aujourd'hui sur trois familles d'instruments : (i) l'antitrust ; (ii) le contrôle des concentrations ; et (iii) le contrôle des aides d'État.

Résumer soixante années de politique de concurrence dans un court article n'est pas aisé et dès lors, dans ce qui suit, des choix ont été faits visant à mettre en lumière certains développements plutôt que d'autres. Après avoir brièvement rappelé les principales règles caractérisant les trois familles d'instruments de la politique de concurrence de l'UE, la section II de cet article mettra l'accent sur les principaux développements intervenus dans la foulée de la création du marché intérieur.

3. Warlouzet L., *Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire : la naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années 1960*, CAIRN info, 2008.

Ensuite, la section III s'attachera à décrire les grands défis auxquels chaque instrument est confronté. Finalement, la conclusion résumera les grandes leçons à tirer de soixante années de politique de concurrence européenne.

II. Évolution de la politique de concurrence européenne

1. Antitrust

La politique antitrust inclut les mesures visant à empêcher les ententes qui introduisent des restrictions de concurrence et les abus de position dominante. Cette politique (voir Encadré 1) a joué un rôle important au cours des premières décennies d'existence du marché commun. Elle a accompagné et appuyé le démantèlement progressif des entraves au commerce entre États membres.

Encadré 1

La politique antitrust (articles 101 et 102 du TFUE)

Les dispositions de base des règles antitrust de l'UE sont énoncées dans les articles 101 et 102 du TFUE⁴.

L'article 101 interdit les accords anticoncurrentiels, à savoir les accords qui ont pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. Selon l'article 101(1), un accord est considéré comme anti-concurrentiel s'il a comme objet ou comme effet notamment de (i) fixer les prix ; (ii) limiter la production ou les débouchés ; (iii) répartir les marchés ; (iv) appliquer des conditions inégales pour des prestations équivalentes ; et (v) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations supplémentaires.

L'article 102 interdit les abus de position dominante. Une « position dominante » se définit comme la capacité d'agir indépendamment de ses concurrents et de ses clients (arrêt *Continental Can c. Commission*, CE 9/12/1971). Une position dominante n'est pas en soi anticoncurrentielle (arrêt *United Brands et United Brands Continentaal c. Commission* du 14/02/1978, aff. 27/76). Il y a abus dès lors qu'une entreprise exploite cette position pour extraire des profits indus de ses fournisseurs et clients (abus d'exploitation) ou pour éliminer des concurrents (abus d'exclusion).

1.1 Origine

L'origine des dispositions sur les ententes et les abus de position dominante dans le Traité est liée essentiellement à un débat franco-allemand. L'Allemagne était favorable à une politique d'interdiction à l'égard des ententes alors que la France préférait un système d'exceptions légales. Les articles 85 et 86 du traité de Rome sont l'expression d'un compromis entre ces deux positions. Ces dispositions du Traité sont restées inchangées au cours du temps et ont pu être appliquées dans des environnements économiques différents. La Cour de justice a contribué à éclaircir leur interprétation.

Pour faciliter la mise en œuvre de ces articles, le Conseil a tout d'abord adopté le règlement 17/62

4. Anciennement articles 85 et 86 du traité de Rome et articles 81 et 82 du Traité établissant la Communauté européenne.

qui clarifiait les règles procédurales de leur application⁵. Ce règlement conférait des pouvoirs substantiels à la CE puisqu'il lui reconnaissait un double monopole, celui de l'information (toutes les entreprises souhaitant être exemptées de l'interdiction devaient notifier à la CE leurs ententes) et celui de la décision (la CE décidait seule de l'admissibilité ou non d'une entente), y compris par l'imposition de sanctions sous forme d'amendes. La CE pouvait aussi intervenir sur base de plaintes de tiers intéressés ou d'États membres, d'une procédure d'office ou d'une enquête sectorielle.

Ce règlement a été appliqué de 1962 à 2004. Mais durant les années qui ont suivi son adoption, son application s'est avérée compliquée principalement pour deux raisons. Tout d'abord, il était difficile pour les autorités européennes de développer une politique qui n'existait pas de facto dans la plupart des États membres. Ensuite, la CE a eu des difficultés à faire face à l'ampleur de la tâche. Les réglementations en la matière étaient nouvelles, les experts en ce domaine peu nombreux et les informations transmises par les intéressés à la CE pas toujours suffisantes. La notification obligatoire des accords a posé de gros problèmes d'organisation au vu du nombre de notifications adressées à Bruxelles dans les 4 années qui ont suivi la promulgation du règlement^{6,7}.

Pour répondre à ces défis, la CE a pris des mesures pour accroître l'efficacité de ses services en ayant recours à des règlements d'exemption à partir de 1967. Grâce à de tels règlements, la CE a pu déclarer certains types d'ententes (tels que des accords de R&D ou entre PME) compatibles avec le Traité sans avoir à se prononcer sur des cas individuels. Par ailleurs, la CE a pris un nombre de décisions individuelles de manière à montrer sa détermination à agir et aussi à éclairer les entreprises sur la manière dont elle entendait mener sa politique. La condamnation en septembre 1964 de l'entente relative à l'accord de distribution exclusive entre le fabricant allemand Grundig et le distributeur français Consten fut la première d'une série de procédures visant à dissuader les entreprises d'entrer dans des accords anti-concurrentiels.

La CE a aussi lancé des travaux visant à réprimer les abus de position dominante. La première décision d'interdiction est ainsi prise en 1971 à l'égard de GEMA, une société allemande de droits d'auteurs, notamment parce que cette dernière établissait une discrimination entre les auteurs selon leur nationalité et imposait à ses membres de lui céder par contrat pour le monde entier et à titre exclusif tous leurs droits actuels et futurs pour une durée de six ans. Elle est suivie au cours des années 1970 par une série d'autres décisions imposant des amendes à des entreprises dominantes, décisions pour la plupart confirmées par la Cour de justice et permettant de clarifier la notion d'abus de position dominante.

Toutefois, jusqu'à la première moitié des années 80, le nombre de décisions est resté plutôt limité. Le mauvais contexte économique, associé aux crises pétrolières de 1973 et 1979, a notamment créé des conditions propices à l'émergence de cartels de crise⁸.

5. Leucht B. et Seidel K., « Du traité de Paris au règlement 17/62 : ruptures et continuités dans la politique européenne de concurrence, 1950-1962 », *Histoire, économie & société*, n° 1, 2008.

6. Bussière E., « La concurrence », in Dumoulin M., *La Commission européenne, 1958-1972. Histoire et mémoires d'une Institution*, OPOCE, 2007.

7. CE, « Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE », Programme de la Commission n° 99/027, 1999.

8. Warloutz L., *La politique de concurrence européenne depuis 1950 : surveiller les entreprises et les États*, CVCE, 2012.

1.2 Modernisation en 2004

Au fil des décennies, le système centralisé de notifications des ententes a de plus en plus cantonné la CE dans un rôle réactif en raison du nombre élevé de notifications qui lui parvenaient : par exemple, les procédures engagées à l'initiative de la CE n'ont représenté que 13 % des affaires nouvelles enregistrées sur la période 1988-1998. Une réforme a donc été initiée pour permettre à la CE d'avoir une politique plus offensive à l'égard d'ententes et d'abus de position dominante qui restreignent sévèrement la concurrence dans le marché intérieur⁹. Cette réforme s'inscrivait également dans le cadre du grand élargissement de l'UE aux pays d'Europe centrale et orientale.

Cette réforme visait à mettre en place un système centralisé par un système décentralisé dans lequel à la fois la CE, les autorités nationales de concurrence (ANC) et les tribunaux nationaux sont habilités à mettre en œuvre les règles de l'antitrust. Cette réforme n'a été possible que grâce à l'établissement progressif d'une culture commune relative à la politique antitrust dans les États membres façonnée par les 40 premières années de la mise en œuvre de cette politique et grâce à la plus grande connaissance et expérience des règles de concurrence européenne acquises par les entreprises et les États membres. Ce nouveau régime visait à la fois à assurer un respect plus effectif des règles et à alléger la bureaucratie pesant sur les entreprises.

L'abolition du système centralisé de notifications a été formalisée par l'adoption du règlement n° 1/2003. L'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 2004, de ce règlement a représenté une réforme capitale des règles de procédure¹⁰. Ce système s'appuie dans une large mesure sur la responsabilisation des acteurs du marché qui apprécient eux-mêmes la compatibilité de leurs pratiques avec les règles de concurrence de l'UE et sur un contrôle ciblé exercé *a posteriori* par les autorités européenne et nationales de concurrence. Celles-ci sont non seulement habilitées à mettre en œuvre les règles de l'UE mais elles sont également obligées de les appliquer lorsqu'un accord ou un comportement est susceptible d'affecter les échanges entre États membres.

Ce système a l'avantage de garantir une application plus complète des règles de l'antitrust dans l'ensemble du marché intérieur européen, tout en offrant à la CE une plus grande marge de manœuvre pour recentrer ses activités sur les infractions les plus graves, notamment celles impliquant plusieurs États membres, et pour consacrer davantage de ressources à l'instruction des dossiers et aux enquêtes dans des secteurs clef de l'économie. Mais il suppose également une plus grande coopération entre les ANC et la CE afin de garantir une application cohérente des règles et une répartition efficace des tâches. C'est la raison pour laquelle a été établi un réseau européen de concurrence (REC) destiné à favoriser la coopération et les échanges de bonnes pratiques entre autorités nationales. Une plus grande collaboration a également été instaurée avec les tribunaux nationaux.

Une autre innovation apportée par le règlement n° 1/2003 est la formalisation des recours aux engagements. Ainsi, l'article 7 de ce règlement permet à la CE d'obliger les entreprises à mettre fin à l'infraction constatée et à cette fin, elle peut leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour la faire cesser effectivement. L'article 9, quant à lui, permet aux entreprises concernées d'offrir des engagements de nature à répondre aux préoccupations de la CE et à la CE de rendre ces engagements obligatoires.

9. Voir note 7, *op. cit.*

10. Gauer C., Dalheimer D., Kjolbye L. et De Smijter E., « Regulation 1/2003 : a modernised application of EC competition rules », *Competition Policy Newsletter*, n° 1, 2003.

Cette procédure permet à la CE de clôturer des affaires plus rapidement et aux entreprises de ne pas être condamnées pour infraction aux règles de concurrence. Finalement, l'article 23 du règlement a précisé les conditions dans lesquelles la CE peut infliger des amendes aux entreprises concernées.

Dix ans après la mise en œuvre du règlement n° 1/2003, la CE a tiré les leçons de son application. Ce bilan est largement positif^{11,12}. Ce règlement a permis de renforcer le respect des règles et d'améliorer la collaboration entre la CE et les ANC dans le cadre du REC. Les ANC sont devenues un pilier essentiel de l'application des règles antitrust : sur les 1 000 décisions adoptées depuis 2004, 85 % l'ont été par les ANC. Par contre, le passage au système décentralisé n'a pas permis d'augmenter le nombre de décisions d'interdiction prises par la CE. Ainsi, le nombre moyen de ces décisions adoptées sur la période 1988-2003 est identique à celui adopté sur la période 2004-2012¹³. Cela s'explique par la complexité croissante des affaires les plus importantes, au recours consécutif à davantage de contrôles de qualité internes (notamment avec la création de l'équipe de l'économiste en chef) et au développement accru de l'analyse des effets économiques des infractions. Ainsi, les enquêtes peuvent prendre plusieurs années pour des affaires complexes et un des défis de la politique antitrust européenne est de raccourcir ces délais, tout en maintenant des décisions de qualité (voir troisième partie de cet article).

1.3 Amélioration des outils de mise en œuvre

À la suite de l'adoption du règlement n° 1/2003, la CE a adapté ses méthodes de travail afin de pouvoir continuer à identifier les infractions importantes aux règles en l'absence du système centralisé de notifications. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur deux instruments : la politique de clémence et les enquêtes sectorielles.

La politique de clémence a pour but de découvrir et de réprimer les ententes secrètes, tels que les cartels, en incitant les entreprises à les dénoncer. Elle a été introduite en 1996 et révisée en 2002 et 2006. Cette politique a été améliorée sur le plan de la transparence (par exemple, concernant les conditions pour bénéficier de l'immunité ou de la réduction d'amendes) et de la sécurité juridique afin de rendre la dénonciation des ententes plus attractive pour les entreprises. Ce type de programme a démontré son efficacité : la CE a triplé le nombre de ses décisions dans le domaine des cartels après l'introduction du programme en 1996¹⁴. Plus récemment, en mars 2017, ce programme a été complété par un nouvel outil de lancement d'alertes qui permet aux particuliers de fournir anonymement des renseignements à la CE sur des ententes secrètes.

Pour mettre en œuvre la politique antitrust, la CE peut lancer une enquête sectorielle dans un secteur donné lorsqu'elle considère qu'il y existe des dysfonctionnements de marchés et qu'elle suspecte que ceux-ci résultent de pratiques anti-concurrentielles. Les informations collectées lors de ces enquêtes sectorielles ont permis à la CE de cibler des interventions dans des secteurs à problèmes. Depuis 1999, six enquêtes sectorielles ont été lancées. La dernière enquête sur le commerce électronique qui

11. CE, « Dix ans de mise en œuvre des règles concernant les pratiques anticoncurrentielles sous le régime du règlement n° 1/2003 : bilan et perspectives », COM(2014)453, 2014a.

12. Wils W.P.J., « Ten Years of regulation 1/2003 – A Retrospective », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 4, n° 4, 2013.

13. Voir note 12, *op. cit.*

14. Wils W. P.J., « The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement : An Assessment after Twenty Years », *World Competition*, vol. 39(3), 2016, pp. 327-388.

s'est clôturée en mai 2017 a permis d'ouvrir plusieurs procédures formelles d'examen concernant des restrictions imposées par des producteurs à des distributeurs en ligne. En même temps, elle a déclenché des initiatives spontanées de mise en conformité de la part de certains opérateurs économiques.

La CE a aussi adapté ses instruments afin d'accroître la rapidité de ses décisions et ainsi de libérer des ressources pour poursuivre de nouvelles enquêtes. Afin d'agir plus rapidement dans le domaine des cartels, la CE a introduit en 2008 une procédure de transaction qui prévoit que les parties à un cartel qui ont pris connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier de la CE peuvent décider de reconnaître leur participation au cartel et leur responsabilité en la matière. En échange de cette reconnaissance, la CE pourra réduire de 10 % le montant de leur amende. Sur la période 2010 à 2016, la CE a adopté 22 décisions de transaction sur un total de 41 décisions concernant des cartels.

Dans les domaines de l'antitrust autres que les cartels, il n'existe pas de cadre juridique formalisé encadrant la coopération des parties. Toutefois, la décision récente de la CE dans l'affaire ARA¹⁵ ouvre une nouvelle voie vers davantage de coopération dans ces autres domaines de l'antitrust¹⁶. Dans cette décision, la CE a constaté une infraction, imposé une amende, tout en reconnaissant la coopération d'ARA dans la procédure (avec notamment l'offre de remèdes structurels). Une telle coopération est avantageuse à la fois pour les entreprises qui bénéficient d'une réduction d'amendes et pour la CE qui peut accroître l'efficacité de ses procédures.

2. Contrôle des concentrations

Le contrôle des concentrations est l'instrument le plus récent de la politique de concurrence européenne puisqu'il n'a été introduit qu'en 1990. Une réforme importante de ce règlement a eu lieu en 2004 et une procédure d'évaluation du règlement de 2004 est en cours.

Encadré 2

Le contrôle des concentrations (règlement du Conseil (EC) 139/2004)

Le système de contrôle des concentrations donne à la CE le pouvoir d'interdire les fusions et acquisitions risquant de nuire à la concurrence de manière significative. L'introduction d'un contrôle des concentrations au niveau européen permet aux entreprises qui opèrent dans plusieurs États membres de n'avoir besoin que d'une seule autorisation de fusionner qui est valable dans l'ensemble de l'Union européenne (guichet unique). Mais ne doivent être notifiées à la CE que les opérations de concentration qui concernent des entreprises dont le chiffre d'affaires dépasse certains seuils et dont les activités prennent place dans plusieurs États membres. Un projet de concentration peut être interdit s'il est établi que l'opération aurait pour effet d'affaiblir ou de restreindre la concurrence dans l'Union européenne de manière significative. Il est toutefois rare que la CE interdise une concentration : depuis la mise en œuvre du règlement 0.4 % des opérations notifiées à la CE ont été interdites.

15. Cette affaire concerne un abus de position dominante concernant une entreprise de traitement de déchets (Altstoff Recycling Austria ou ARA) qui a empêché ses concurrents d'accéder au marché autrichien de la gestion des déchets d'emballages ménagers de 2008 à 2012.

16. Gauer C. et Lübking J., « Cooperation with the European Commission in antitrust cases : A new way paved by the ARA case », *Concurrences Review*, n° 1-2017, pp. 81-87.

2.1 Origine

Un règlement assurant un contrôle des concentrations de dimension communautaire (règlement 4064/89) a été adopté en décembre 1989 et est entré en application le 21 septembre 1990. Avant l'adoption de ce règlement, la CE avait exercé un certain contrôle sur quelques opérations de concentration, d'abord sur base de l'article 86 (devenu article 102) et ensuite sur base de l'article 85 (devenu article 101)¹⁷ mais de manière ponctuelle et non satisfaisante (notamment en raison de l'impossibilité d'exercer un contrôle *ex-ante* sur base de ces articles).

L'introduction du contrôle des concentrations doit aussi s'apprécier à la lumière du projet de création d'un marché intérieur pour le 31 décembre 1992. Dans ce contexte, les entreprises, désireuses d'augmenter leur présence dans plusieurs pays européens, pouvaient être incitées à fusionner et à acquérir des actifs au-delà de leurs frontières nationales. En combinant leurs activités, les entreprises peuvent développer plus efficacement des nouveaux produits ou réduire leurs coûts, conduisant ainsi à des bénéfices pour les consommateurs. Mais certaines opérations de concentration risquent aussi de porter préjudice aux consommateurs, si, en réduisant la concurrence, elles font monter les prix, réduisent le choix des produits ou freinent l'innovation. La politique de concurrence de l'Union européenne devait donc se doter d'un instrument lui permettant d'établir un contrôle des concentrations revêtant une dimension communautaire. Ce contrôle permettrait d'éviter que des concentrations entre entreprises ne réduisent les conditions de concurrence dans le marché intérieur, éliminant par là l'un des canaux des effets positifs de l'intégration accrue.

2.2 Nouveau règlement adopté en 2004

Une réforme clef du contrôle des concentrations a été l'adoption d'un nouveau règlement en 2004¹⁸. Il est souvent évoqué¹⁹ qu'un des éléments déclencheurs de cette réforme a été l'annulation en 2002 par le Tribunal de première instance (aujourd'hui dénommé Tribunal de l'UE) de trois décisions de la CE interdisant des concentrations. Les motifs invoqués par le Tribunal étaient que des erreurs d'appréciation avaient été commises, concernant notamment les effets coordonnés et les effets congloméraux (voir Encadré 3), et plus généralement que l'analyse économique était insuffisante²⁰. Mais d'autres raisons ont été à l'origine de ce nouveau règlement, notamment le souhait de modifier le test pour l'appréciation des concentrations, l'élargissement de 2004 et un pic de transactions observé à la fin des années 90 et au tout début des années 2000, pouvant conduire à une forte augmentation des cas à traiter.

17. En 1971, la CE a pour la première fois interdit une concentration sur base de l'article 86 dans le cas *Continental Can*. Au milieu des années 80, la CE a aussi utilisé l'article 85 pour contrôler des concentrations dans le cas *Philip Morris*.

18. Règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

19. CE, *Rapport sur la politique de concurrence 2010*, Office des publications de l'Union européenne, 2011a.

20. Il s'agit des décisions : *Airtours c. First Choice* (septembre 1999), *Schneider c. Legrand* (octobre 2001) et *Tetra Laval c. Sidel* (octobre 2001). Voir notamment *Lyons* (2009), p. 144, pour les raisons qui ont conduit à l'annulation de ces décisions.

Encadré 3**Les effets anti-concurrentiels pouvant résulter de concentrations**

L'analyse des concentrations distingue deux principales catégories d'effets : (i) les effets non coordonnés qui résultent de l'exercice d'un pouvoir de marché sans qu'il n'y ait une coordination dans les stratégies des entreprises et (ii) les effets coordonnés qui analysent dans quelle mesure une fusion peut faciliter la coordination des comportements entre entreprises pour porter atteinte à la concurrence. Ces deux catégories d'effets peuvent se manifester dans des concentrations horizontales et non horizontales (concentrations verticales ou conglomérats) mais les concentrations verticales ou conglomérales n'entraînent pas l'élimination de la concurrence directe entre les parties à la concentration sur le même marché en cause. Pour cette raison et aussi parce ces concentrations peuvent induire des gains d'efficacité substantiels, elles sont généralement moins susceptibles de créer des problèmes de concurrence que les concentrations horizontales.

Sur le fond, deux innovations importantes sont apportées par le règlement de 2004, à savoir l'introduction d'un nouveau test pour l'appréciation des opérations de concentration et la reconnaissance explicite des gains d'efficacité comme partie intégrante de l'analyse des effets des concentrations. L'ancien test analysait si l'opération de concentration plaçait l'entreprise dans une position dominante ou lui permettait de la renforcer. Sur base du nouveau test sont interdites les opérations de concentration qui entravent de manière significative la concurrence effective. Ce nouveau test était plus adapté aux structures de marché oligopolistiques sur lesquelles une concentration peut réduire significativement la concurrence effective sans créer ou renforcer une position dominante. Il a encouragé une analyse économique des cas allant au-delà de l'approche plus formaliste du test de dominance du règlement antérieur basé essentiellement sur les parts de marché. En matière de gains d'efficacité, trois critères doivent être remplis pour que les arguments d'efficacité avancés par les parties puissent être pris en compte : les efficacités doivent être (i) vérifiables ; (ii) spécifiques à la concentration (c'est-à-dire non réalisables par d'autres moyens que la fusion) et (iii) transmises aux consommateurs.

Une autre mesure prise à la suite de l'annulation des trois décisions précitées est la création d'une équipe d'économistes chargés de veiller à la rigueur économique des décisions sous l'autorité d'un économiste en chef. L'économiste en chef, avec l'aide de son équipe, a essentiellement deux fonctions : une fonction d'appui et une fonction de contrôle^{21,22}. Ces deux fonctions s'exercent tant pour les décisions individuelles dans l'antitrust, les concentrations et le contrôle des aides que pour la définition de nouvelles règles ou lignes directrices. Dans sa première fonction, l'équipe de l'économiste en chef fournit une assistance méthodologique et contribue à l'analyse économique des décisions individuelles. Dans sa seconde fonction, l'économiste en chef doit veiller à la qualité des analyses économiques des décisions. Il conseille les services de la Direction générale de la Concurrence et le membre de la CE chargé de la politique de concurrence et il émet en toute indépendance des opinions sur les propositions de décisions qui sont soumises à l'approbation de la CE.

21. Röller L.-H. et Buigues P.A., « The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission », *Global Competition Review*, juin, 2005.

22. Valletti T., « Economics in competition law – Working together », *Interview in Concurrence*, n° 4, 2017, pp. 11-15.

2.3 Amélioration des outils de mise en œuvre

La période qui a suivi l'adoption du nouveau règlement de 2004 est une période durant laquelle la CE a introduit des lignes directrices et des communications lui permettant de clarifier et de préciser les circonstances dans lesquelles une concentration était pressentie comme ayant des effets anti-concurrentiels et ainsi de dissuader certains projets présentant des risques élevés d'interdiction. Parmi les plus importantes, on peut citer les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales (2004/C 31/03), et non-horizontales (2008/C 265/07) et la communication de la CE sur les remèdes (2004).

Cette période est aussi caractérisée par un effort de simplification des procédures et par le lancement d'une réflexion sur l'éventuelle nécessité d'une révision du règlement de 2004. Ainsi, en 2013, la CE a adopté une série de mesures visant à alléger les procédures de contrôle de certaines opérations de concentration afin de réduire les contraintes administratives pesant sur les entreprises et de diminuer les coûts y associés. Ces mesures de simplification mis en œuvre le 1^{er} janvier 2004 ont notamment permis d'accroître de plus de 10 pp le pourcentage total des cas Traités dans le cadre de la procédure simplifiée (soit environ 70 %) par rapport à la période précédant cette réforme.

Si la CE a fait des efforts afin de simplifier les règles de procédure de l'UE aux concentrations, il n'en reste pas moins vrai que ces règles doivent être appliquées correctement et que les entreprises qui les enfreignent sont sanctionnées. Ainsi, en 2017, la CE a infligé une amende de 110 millions d'euros à Facebook parce que cette société avait fourni des renseignements inexacts ou dénaturés au cours de l'enquête concernant son acquisition de Whatsapp²³.

Parallèlement à l'amélioration de la mise en œuvre, la CE a lancé des initiatives d'examen et de révision du fonctionnement du règlement sur les concentrations. Dans son Livre blanc de 2014, la CE a exploré s'il convenait d'étendre le champ du règlement de 2004 afin de pouvoir couvrir les prises de participations minoritaires ne conférant pas de contrôle mais susceptibles d'affecter les conditions de concurrence et a formulé des propositions qui simplifieraient et accéléreraient les procédures de renvoi. La consultation publique lancée sur base de ce Livre blanc a permis de conclure que dans l'ensemble, le règlement sur les concentrations fonctionnait bien et qu'une refonte complète n'était pas nécessaire. Elle a cependant identifié des améliorations susceptibles d'être apportées dans certains domaines qui sont en cours d'analyse.

3. Aides d'État

En 2016, les États membres ont consacré 102,8 milliards d'euros ou 0,7 % du PIB de l'UE aux aides d'État²⁴. Dès lors, il importe que ces montants soient utilisés pour promouvoir des projets d'intérêt commun et n'entraînent pas ou peu de distorsions de concurrence. Le contrôle des aides d'État (Encadré 4) est un instrument essentiel de la politique de concurrence européenne qui permet d'assurer une bonne utilisation de l'argent public et d'établir des conditions de concurrence équitables entre les entreprises dans le marché intérieur en évitant une course aux subventions entre États membres. Il

23. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_fr.htm

24. CE, « State Aid Scoreboard 2017 : Results, trends and observations regarding EU28 State Aid expenditures reports for 2016 », 2017.

s'agit d'un instrument unique introduit par le traité de Rome qui était essentiel à la construction du marché commun parce qu'il permettait d'éviter les distorsions de concurrence émanant des États.

Encadré 4

Le contrôle des aides d'État (articles 107 à 109 du TFUE)²⁵

Selon le TFUE, les aides d'État sont interdites sur base de l'article 107(1) à moins qu'elles ne soient autorisées parce qu'elles remplissent les conditions des articles 107(2) ou (3). L'article 107(1) précise les critères qui doivent être remplis pour qu'une mesure soit considérée comme une aide (Verouden and Werner (2017)²⁶ : (i) utilisation de ressources publiques (subventions, allègements fiscaux, bonifications d'intérêt, garanties) ; (ii) avantage accordé à une entreprise c'est-à-dire une entité ayant une activité économique ; (iii) sélectivité de la mesure (octroyée à certains secteurs ou certaines entreprises) ; (iv) effets sur les échanges entre États membres ; et (v) risque de distorsions de la concurrence. Si ces conditions sont remplies et que la mesure ne tombe pas en-dessous d'un certain seuil (200 000 euros sur 3 ans), elle est considérée comme une aide qui ne peut être autorisée que si elle remplit des critères de compatibilité. Ainsi, la CE pourra autoriser les aides qui contribuent à un objectif d'intérêt général, tels que les aides à la recherche et à l'innovation, à l'environnement, aux réseaux de communication à haut débit, au développement régional, aux PME, à la formation ou pour faire face à une perturbation importante de l'économie. En pratique, moins de 10 % des aides notifiées font l'objet d'une enquête détaillée et seulement 5 % des aides notifiées sont interdites.

3.1 Objectifs et justification

L'objectif principal du contrôle des aides est de mettre en balance les effets positifs et négatifs d'une aide. Ainsi, des aides peuvent être justifiées pour corriger des dysfonctionnements de marchés ou pour des raisons d'équité. D'une part, des dysfonctionnements de marché peuvent résulter d'externalités, d'informations asymétriques, de problèmes de coordination et de pouvoir de marché^{27,28}. En cas de défaillance de marché, il faut vérifier que l'aide constitue l'instrument le plus approprié pour la corriger en créant les incitants nécessaires et en étant proportionnée à ses objectifs. D'autre part, même si des marchés concurrentiels conduisent à une allocation optimale des ressources, cette allocation peut être inéquitable. Certaines aides peuvent alors contribuer à améliorer l'équité. C'est par exemple le cas des aides régionales ou des aides destinées au financement de services d'intérêt économique général.

Ces effets positifs des aides doivent être comparés à leurs effets négatifs. Les effets négatifs sont dus aux distorsions de concurrence qui donnent lieu à des inefficacités dans l'allocation des ressources. Ainsi, des distorsions de concurrence peuvent être créées si l'aide a pour effet d'empêcher la sortie du marché de firmes inefficaces comme cela peut être le cas pour des aides au sauvetage et à la restructuration mal encadrées, ou si l'aide contribue à accroître le pouvoir de marché d'un

25. Anciennement articles 92 à 94 du traité de Rome et articles 87 à 89 du Traité établissant la Communauté européenne

26. Verouden V. et Werner P., « The Law and Economics of EU State Aid Control », in *EU State Aid Control : Law and Economics*, Kluwer Law International, 2017.

27. Spector D., « State Aids : Economic Analysis and Practice in the European Union », in Vives X., *Competition Policy in the EU. Fifty Years on from the Treaty of Rome*, Oxford University Press, 2009.

28. Voir note 26, *op. cit.*

bénéficiaire ayant déjà une position dominante. De même, les aides sectorielles peuvent ralentir le processus d'ajustement des secteurs en déclin vers des secteurs en développement.

Finalement, les aides peuvent donner lieu à des distorsions dans l'allocation internationale des ressources lorsque certains gouvernements subventionnent leurs entreprises nationales pour les protéger de la concurrence étrangère ou accordent des aides pour attirer les investisseurs étrangers. Ces externalités négatives transfrontalières qui peuvent mettre à mal le fonctionnement du marché intérieur sont l'un des éléments clés qui justifient un contrôle des aides d'État au niveau européen. En effet, en l'absence de telles externalités, on pourrait laisser ce contrôle aux gouvernements nationaux qui devraient supporter les conséquences négatives d'une mauvaise allocation de leurs deniers publics.

3.2 *Grandes tendances dans l'évolution*

Le contrôle des aides a évolué au cours du temps en raison de changements dans le contexte politique et dans l'environnement économique. D'une manière générale, les interventions de l'État sont passées d'une approche plutôt défensive selon laquelle les aides étaient destinées à venir en aide à des secteurs en déclin ou à des entreprises en difficultés à une approche plus offensive selon laquelle les interventions de l'État s'inscrivent dans une politique destinée à améliorer la compétitivité et l'ajustement dans l'UE. En 2016, les aides sectorielles et les aides au sauvetage et à la restructuration ne représentaient que 6 % du total des aides (hors aides agricoles) contre plus de 50 % dans les années 90.

Une analyse rétrospective suggère qu'une application moins rigoureuse du contrôle des aides tend à prendre place lorsqu'une période de ralentissement dans le processus d'intégration européenne coïncide avec une récession économique²⁹. En fait, le contrôle des aides n'a réellement été dynamisé qu'à partir de 1968, au moment où la création de l'union douanière devient une réalité et ce pour éviter que les États membres ne substituent aux droits de douane des subsides pour protéger leurs entreprises de la concurrence étrangère. Au début des années 90, l'unification allemande, l'ouverture à la concurrence de monopoles dans les industries de réseau, l'audiovisuel, les services financiers et la création du marché intérieur ont accru le rôle joué par le contrôle des aides. Par la suite, la perspective de l'Union économique et monétaire a mis en lumière l'importance d'une discipline budgétaire et a encore renforcé le besoin d'une surveillance et d'une régulation des interventions de l'État³⁰. Pendant la crise économique et financière qui a débuté en 2007, la politique de contrôle des aides a joué un rôle tout à fait essentiel dans le maintien d'une approche commune et d'une discipline équitable sur les marchés, notamment dans le secteur bancaire. Sur la période plus récente, des réformes ont été mises en œuvre pour inscrire les aides dans la stratégie de croissance inclusive et durable de la CE.

Trois réformes importantes ont été prises depuis la fin des années 90 : la première a défini l'architecture des aides, la seconde le Plan d'Action de 2005-2009 et la troisième la Modernisation de 2012-2014. Ces trois réformes sont décrites dans les sections suivantes.

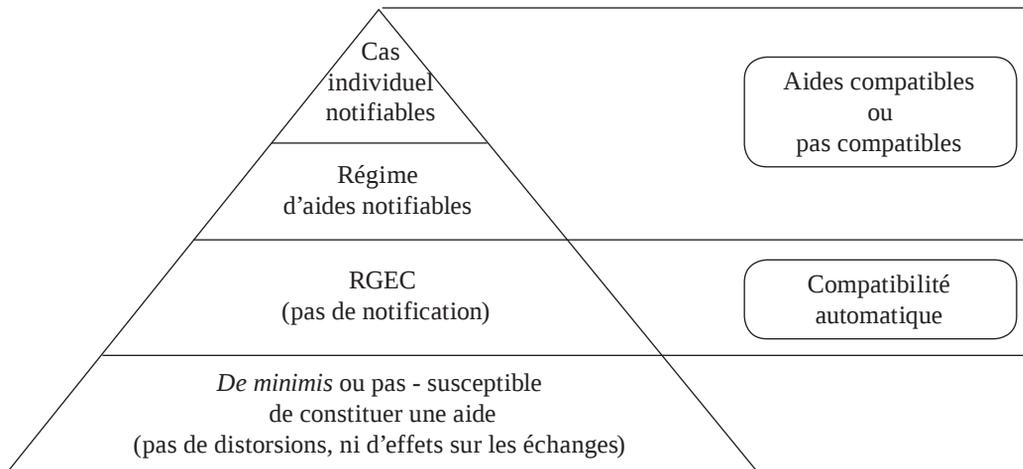
29. Mederer W., « Évolution of State aid control », in Mederer W., Pesaresi N. et Van Hoof M., *EU Competition Law*, vol. IV, State Aid Book One, Claeys & Casteels, 2008.

30. Voir note 29, *op. cit.*

3.3 Nouvelle architecture des aides

Une première réforme importante du système de contrôle des aides est intervenue à la fin des années 90 avec l'adoption du règlement n° 994/98 du Conseil, dit « règlement d'habilitation » qui permet à la CE d'adopter des règlements exemptant certaines catégories d'aides horizontales de notification. Ce règlement a jeté les bases du futur règlement général d'exemption par catégorie (RGEC) qui, avec le seuil *de minimis*, est à la base de l'architecture actuelle des aides permettant à la CE de mener une analyse approfondie uniquement dans un nombre limité de cas importants (voir figure 1).

Figure 1 : Architecture des aides d'État



Ce RGEC a été établi en 2008 dans le cadre des réformes du Plan d'Action dans le domaine des aides d'État et élargi en 2014 dans le cadre de la modernisation des aides et plus récemment en 2017. Parallèlement, la CE a clarifié dans un certain nombre de lignes directrices les conditions dans lesquelles des régimes d'aides contribuant à des objectifs d'intérêt général pouvaient être considérés comme compatibles.

3.4 Plan d'Action (2005-2009)

Au début des années 2000, la politique de contrôle des aides d'État était confrontée à de nouveaux défis. Il s'agissait tout d'abord d'intégrer davantage cette politique dans la stratégie de croissance de l'Union (la « stratégie de Lisbonne »). Ensuite, l'élargissement de 2004 rendait nécessaire d'améliorer la gouvernance des aides afin de garantir un contrôle effectif dans une Union élargie. Finalement, la complexité croissante et la masse des documents adoptés par la CE au fil du temps imposaient aussi de rationaliser la politique des aides. C'est dans ce contexte qu'un paquet ambitieux et novateur de réformes a été initié dans le cadre d'un Plan d'Action des aides d'État (PAAE) en 2005.

Ces réformes des règles qui concernaient tant le fond que les procédures reposaient sur quatre principes³¹. Tout d'abord, le nouveau système devait permettre l'octroi d'aides moins nombreuses et

31. CE, « Plan d'action dans le domaine des aides d'État. Des aides d'État moins nombreuses et mieux ciblées : une feuille de route pour la réforme des aides d'État 2005-2009 », COM(2005) 107 final, 2005.

mieux ciblées vers des activités qui participent à la croissance, la compétitivité ou la création d'emplois durables. Ensuite, pour identifier ces « bonnes » aides, il importait de définir une approche économique plus affinée permettant de mieux comparer les effets positifs et négatifs des aides. Troisièmement, le plan d'action visait à mettre en place des procédures plus efficaces, notamment en étendant le champ d'action du RGEC et en réduisant le nombre d'aides à notifier. Finalement, ce plan d'action entendait renforcer le partage des responsabilités entre la CE et les États membres. Ces deux derniers aspects du Plan d'Action seront véritablement exécutés dans le cadre de la modernisation des aides de 2012-2014.

La mise en œuvre du Plan d'Action a pris place sur la période 2005-2009, une période qui empiète sur le début de la crise économique et financière. Durant cette période de crise, la CE a adopté des règles spécifiques pour permettre aux États membres d'intervenir rapidement et efficacement afin d'assurer une résolution ordonnée des problèmes auxquels faisait face le secteur financier. Ces règles ont garanti la cohérence des interventions nationales et donc préservé l'intégrité du marché intérieur, tout en assurant la restructuration des banques. Mais la crise a pesé lourdement sur le budget des États, nécessitant une utilisation plus efficace des ressources disponibles. C'est dans ce contexte qu'un nouveau chantier de réformes a été ouvert avec l'adoption en 2012 d'une communication définissant les principes d'une modernisation des aides d'État.

3.5 Modernisation (2012-2014)

Ce qui différencie essentiellement la modernisation des aides du PA AE qui l'a précédé est qu'elle approfondit les grands principes de la nouvelle architecture des aides établis par ce dernier et met en place des mesures permettant de responsabiliser davantage les États membres dans la mise en œuvre du contrôle des aides.

La Communication sur la « Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État »³² ouvre un vaste processus de réformes qui poursuit trois buts principaux. Premièrement, le contrôle des aides d'État visera à favoriser les aides qui soutiennent une croissance durable et à décourager les subventions inutiles et contreproductives. Dans ce cadre, la CE a révisé et rationalisé 10 lignes directrices (par exemple, dans le domaine des aides régionales, à la R&D, en faveur des réseaux à haut débit, à la protection de l'environnement et de l'énergie,...), a largement étendu le champ d'application du RGEC et a clarifié la notion d'aide. Deuxièmement, le contrôle des aides se concentrera davantage sur les affaires ayant la plus forte incidence sur le marché intérieur. L'analyse des affaires à caractère plus local et n'ayant qu'un impact limité sur les échanges sera simplifiée en élargissant le champ du RGEC. Troisièmement les procédures seront simplifiées afin d'accélérer l'adoption des décisions.

Cette réforme du contrôle ex-ante des aides qui accorde une plus grande responsabilité de mise en œuvre aux États membres nécessite aussi une plus grande coopération de leur part avec la CE. À cette fin, des mesures ont été prises pour accroître la transparence des aides, pour garantir un meilleur contrôle du respect des règles et pour organiser une évaluation *ex-post* des régimes importants. S'il est trop tôt pour dresser un bilan de cet exercice de modernisation, il apparaît néanmoins qu'il a déjà eu des conséquences notoires. Ainsi, il a permis d'accroître sensiblement le nombre de cas tombant sous le RGEC. Il a donné à la CE une plus grande marge de manœuvre pour investiguer des cas importants dans de nouveaux domaines (par exemple, dans le domaine des aides fiscales).

32. CE, « Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État », COM(2012) 209 final, 2012.

Finally, it has also strengthened cooperation between the EC and the Member States, notably in the context of transparency and of the *ex-post* evaluation. Nevertheless, there are still new challenges to undertake in order to continue to make the control of aid more effective and efficient. These are described in the third part of this article.

III. Les grands défis de la politique de concurrence européenne

1. Antitrust

The antitrust analysis is today confronted with three main challenges. First, to reconcile quality and speed of decisions. Then, to adapt the antitrust analysis to the development of the digital economy. Finally, to equip the Member States with the means allowing them to apply more effectively the competition rules of the Union in order to guarantee their uniform and equitable application in the internal market.

1.1 Concilier rapidité et qualité des décisions

At the beginning of the 2000s, the EC policy in the area of the fight against cartels and abuses of dominant position has started to bend sensibly towards a more economic approach based on effects. The implementation of such an approach is today a well-established practice of the EC which allows it to identify the agreements most likely to harm consumers. It is however confronted with a certain number of challenges.

First, the costs of instruction are higher than in the case of a more formalist approach. In fact, as the analysis is not based on form but on effects, the authority of competition must define the mechanisms by which the action of companies concerned affects competition on the markets concerned, evaluate the negative effects on competition and determine, where appropriate, whether these negative effects are potentially offset by gains in efficiency. To do this, it must use the new economic methodologies which allow it to produce a robust empirical analysis of effects. This also requires access to the data necessary to apply these empirical analyses. Finally, in the area of measurement where parties also carry out sophisticated analyses of effects, the EC is faced with voluminous and complex files to analyse. In general, human and IT resources for investigating and concluding antitrust cases have increased significantly.

This can help explain that, in certain cases, the necessary delays to take decisions can be long. Increasing the speed of decisions without compromising their quality is a principle of the EC, under the impulsion notably of the current Commissioner for Competition, Margrethe Vestager. Several important decisions relating to complex cases have thus been taken within more reasonable delays. For example, in the cases relating to essential patents of Motorola and Samsung or the cases concerning the clauses « NPF »³³

33. The parity clauses, also called clauses of the « nation most favoured » (NPF), obliged publishers to inform Amazon of the offer of favourable or different conditions to its competitors and/or to offer to Amazon similar conditions to those granted to its competitors.

employées par Amazon dans le domaine des livres numériques, le délai entre l'ouverture de la procédure et la décision finale a été de deux ans ou moins.

Différentes pistes sont poursuivies pour continuer à accroître l'efficacité et l'efficacités de la CE dans le domaine de l'antitrust : (i) cibler encore davantage les secteurs et les marchés qui présentent le plus de risques pour le bon fonctionnement du marché intérieur et le bien-être des consommateurs européens, notamment en ayant recours à des enquêtes sectorielles. Le seul fait de lancer de telles enquêtes peut, en effet, avoir des effets dissuasifs importants ; (ii) améliorer l'efficacité procédurale de l'accès au dossier, notamment en s'appuyant sur des nouvelles technologies, tout en respectant les droits de la défense et les secrets d'affaires ; et (iii) focaliser les enquêtes sur les éléments clés de l'infraction, comme dans le cas Google. Ainsi, la CE a attaqué Google pour abus de position dominante parce que Google utilisait sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche généraliste pour privilégier son propre service de comparaison des prix sur un marché voisin³⁴.

1.2 Adapter l'analyse concurrentielle à l'économie numérique

Accroître la rapidité des décisions est crucial à l'ère de l'économie numérique parce qu'il importe de prendre des décisions en temps utile sur des marchés qui se transforment très vite. En fait, l'économie numérique pose un défi au droit de la concurrence sur le plan de la procédure plus que sur le fond³⁵. En effet, les notions de droit de la concurrence sont suffisamment larges et précises pour pouvoir s'appliquer à l'économie numérique. Il n'en reste pas moins que l'environnement économique s'est complètement modifié sous l'impulsion de la numérisation des contenus culturels et de l'information, de la digitalisation de l'accès aux services (apparition de l'économie du partage) et plus récemment du développement de l'intelligence artificielle et de la multiplication d'objets connectés (voiture autonome, par exemple)³⁶. Le passage aux objets numériques rend aussi plus floue la distinction entre l'économie numérique et les secteurs plus traditionnels de l'économie. Ceci implique que les développements de l'économie numérique s'appliquent aussi à ces secteurs.

Ces développements de l'économie numérique ont donné naissance à de nouveaux modèles commerciaux qui supposent un affinage des analyses de marché réalisées par la CE. Par exemple, de nombreux marchés numériques ne présentent pas de prix monétaires explicites dans la mesure où les clients « payent » en donnant accès à leurs données personnelles ou avec leur attention en termes de temps passé sur l'écran. Les autorités de concurrence se focalisent alors sur les autres paramètres de la concurrence, tels que la qualité, le choix et l'innovation. Elles doivent aussi appréhender des nouveaux phénomènes, tels que l'importance stratégique de l'accès aux données privées qui peut être un facteur de pouvoir de marché ou l'utilisation d'algorithmes qui peuvent faciliter la collusion.

Certains font valoir qu'il n'y a pas lieu pour les autorités de concurrence d'intervenir dans ces marchés en développement rapide parce que de nouveaux venus vont y entrer avec des idées innovantes et concurrencer l'opérateur dominant. Mais c'est précisément le rôle des autorités de concurrence de veiller à ce que de telles entrées favorables à l'innovation puissent avoir lieu et d'examiner au cas par cas si des comportements anti-concurrentiels y faisant obstacle font leur apparition. En effet, le

34. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_fr.htm

35. Laitenberger J., *Le numérique et la concurrence dans une économie et société en transformation*, discours prononcé au Colloque de l'autorité de concurrence française, 24 novembre, 2017.

36. Van Gorp N. et Batura O., *Les enjeux de la politique de concurrence à l'heure du numérique*, Etude pour la Commission ECON du Parlement européen, IP/A/ECON/2014-12, 2015.

secteur du numérique présente un nombre de caractéristiques technologiques et économiques, telles que les effets d'échelle, les effets de réseau et les coûts de changement, qui peuvent donner lieu à une concentration des marchés. Sur chaque marché numérique, un seul acteur concentre une large majorité d'utilisateurs s'il existe un point de basculement à partir duquel le gagnant remporte une grande partie, voire la totalité, du marché et il acquiert ainsi une position dominante. Par exemple, une fois qu'une plateforme a été établie et dispose d'un nombre élevé d'utilisateurs, il est plus difficile de créer des plateformes concurrentes. Une entreprise dominante pourrait alors chercher à assurer sa position en réduisant l'interopérabilité et en pratiquant l'exclusivité, favorisant ses propres produits au détriment de ceux des concurrents et réduisant les choix des consommateurs.

Un autre moyen de protéger sa position sur le marché est de contrôler l'accès à la technologie. De nombreuses technologies clés s'appuyant sur des normes industrielles mondiales (notamment la 4G et le WiFi) sont protégées par des brevets essentiels à une norme. Le rôle de la politique de concurrence est d'éviter que tels brevets ne soient utilisés pour fermer l'accès aux marchés. Ces problèmes ont suscité davantage d'attention dans les marchés numériques mais sont aussi présents dans d'autres secteurs intensifs en R&D, tels que les médicaments.

On voit donc que le rôle des autorités de concurrence dans les marchés numériques est essentiellement d'éviter que la création de barrières à l'entrée ou d'autres comportements anti-concurrentiels ne fassent obstacle à l'innovation, tout en continuant à surveiller les nouveaux développements et à analyser leur impact sur les conditions de concurrence. Mais l'économie numérique soulève d'autres problèmes, tels que le respect de la vie privée lié à l'utilisation de données, la protection des droits des travailleurs dans le cas de services fournis par des particuliers ou la création d'une fracture sociale qui exclut les plus démunis et les moins instruits des nouvelles technologies. Ces problèmes ne sont pas en premier lieu du ressort de la politique de concurrence mais ils illustrent la nécessité d'une bonne articulation entre la politique de concurrence et la régulation.

1.3 Donner davantage de moyens aux autorités nationales de concurrence

Depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003, la mise en œuvre de la politique antitrust a été largement décentralisée. Un premier effort pour assurer une cohérence dans cette mise en œuvre a été l'établissement du REC. Toutefois, le bilan de dix années d'application de ce règlement a fait apparaître des divergences dans les ressources et les instruments à la disposition des ANC.

Dans ce contexte, en mars 2017, la CE a fait une proposition de directive³⁷ visant à donner davantage de moyens aux ANC et à faire en sorte que celles-ci disposent des outils de mise en œuvre appropriés quand elles appliquent la même base juridique. Une fois adoptées, les règles proposées fourniront aux ANC une boîte à outils commune et des pouvoirs coercitifs effectifs grâce auxquels elles pourront (i) agir en toute indépendance ; (ii) avoir les ressources nécessaires pour effectuer leur travail ; (iii) posséder les pouvoirs nécessaires pour recueillir toutes les preuves pertinentes ; (iv) imposer des sanctions proportionnées et dissuasives en cas d'infractions ; et (v) disposer de programmes de clémence coordonnés³⁸.

Ce type de réformes est essentiel pour permettre aux ANC de devenir des agents d'exécution plus

37. COM(2017) 142 final du 22.3.2017.

38. Sinclair A., « Proposal for a Directive to Empower National Competition Authorities to be More Effective Enforcers (ECN+) », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, n° 10, 2017.

efficaces et plus équitables des règles européennes de l'antitrust. Elles assureront aux entreprises européennes un traitement identique quelle que soit leur localisation dans le marché intérieur. Une fois que la directive aura été adoptée, il conviendra de poursuivre la collaboration dans le cadre du REC pour assurer qu'elle soit suivie d'effets.

Un tel renforcement des ANC est encore plus important depuis l'adoption en 2014 de la directive sur les actions en dommages et intérêts³⁹. Celle-ci permet aux citoyens et aux entreprises de demander à être indemnisés quand ils sont victimes d'une infraction aux règles de l'UE relatives aux pratiques anti-concurrentielles.

2. Contrôle des concentrations

Les défis auxquels fait face le contrôle des concentrations sont liés au changement de l'environnement économique dans lequel les entreprises opèrent, à la complexité accrue des effets à analyser, à la capacité d'assurer plus de convergence dans les règles et au renforcement de la coopération entre autorités de concurrence.

2.1. Contrôler les concentrations dans un monde globalisé et numérique

L'analyse du contrôle des concentrations doit s'adapter au nouvel environnement plus globalisé et numérique dans lequel opèrent les entreprises. Dans un monde globalisé, les entreprises de différents pays peuvent interagir beaucoup plus facilement et les marchés acquièrent une dimension de plus en plus internationale. La globalisation de l'économie se reflète dans la part croissante des fusions incluant des entreprises de pays tiers qui sont notifiées à la CE : sur la période 2004-2013, la part des concentrations impliquant des entreprises de pays tiers ne faisant pas partie de l'UE s'est accrue de 36 % à 58 %⁴⁰. Très souvent, la CE est donc amenée à prendre des décisions impliquant des entreprises américaines, japonaises ou chinoises. Dans ce contexte, une coopération avec les autorités de concurrence des pays tiers impliqués est indispensable pour garantir une cohérence dans les analyses de marchés de dimension internationale.

L'analyse du marché géographique de référence dans les décisions de concentrations prises par la CE permet de constater que sa pratique a évolué en ligne avec l'internationalisation des marchés : en 2012/2013, le marché géographique de référence était l'Espace Économique Européen ou au-delà dans 61 % des décisions contre 48 %, 10 ans plus tôt⁴¹. Par ailleurs, les conclusions d'études récentes⁴² et des échanges avec d'autres autorités de concurrence ont démontré que l'approche suivie par la CE était adaptée au nouvel environnement globalisé.

Parallèlement à l'internationalisation des marchés, le développement de l'économie numérique peut avoir des implications sur la pertinence des seuils de notification basés sur le chiffre d'affaires. Sur certains marchés sont apparus des entreprises détenant des actifs qui leur confèrent une valeur marchande pour d'autres entreprises ne se reflétant pas nécessairement dans leur chiffre d'affaires. Des acquisitions de sociétés qui ne génèrent pas encore un chiffre d'affaires suffisant pour atteindre

39. Directive 2014/104/UE.

40. CE, « Market definition in a globalised world », *Competition policy brief*, mars, 2015.

41. Voir note 40, *op. cit.*

42. Fletcher A. et Lyons B., *Geographic Market Definition in European Commission Merger Control*, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, janvier, 2016.

les seuils mais qui ont un fort potentiel de marché peuvent alors tomber en dehors du contrôle des concentrations. Des secteurs où ce type de problème peut se rencontrer sont les services numériques et l'industrie pharmaceutique. Dès lors, la question se pose de savoir s'il ne faut pas réviser les critères de notification pour tenir compte de cette éventualité, par exemple, en intégrant des critères basés sur le prix d'acquisition des entreprises concernées. La CE a procédé à une consultation publique⁴³ sur cette question dont les résultats sont en cours d'analyse, vu les avis très partagés.

Une autre conséquence de l'économie numérique est la croissance du commerce en ligne qui a aussi conduit à une adaptation des analyses des concentrations. D'une part, les autorités de concurrence tiennent compte de la pression concurrentielle que les opérateurs de ventes en ligne peuvent exercer sur les détaillants traditionnels. D'autre part, elles adaptent le périmètre géographique du marché géographique lorsque des produits numériques de pays tiers sont fournis aux consommateurs grâce à une connexion internet⁴⁴.

Finalement, dans un environnement en développement technologique rapide, l'innovation est un facteur clé de la compétitivité des entreprises mais aussi un moyen d'exercer des pressions sur les concurrents. Il est donc important d'analyser les effets des fusions sur l'innovation. Ces analyses sont complexes et soulèvent des difficultés d'ordre méthodologique et technique, en particulier la mesure de l'innovation. Une analyse au cas par cas est nécessaire. Dans un certain nombre de cas récents impliquant des concentrations sur des marchés concentrés, notamment dans certains secteurs tels que l'industrie pharmaceutique et le secteur des équipements médicaux⁴⁵, la CE a pu identifier que, dans certaines conditions, les fusions pouvaient faire obstacle à l'innovation. Plus récemment, certaines préoccupations concernant l'impact d'une concentration sur l'innovation ont été identifiées par la CE puis remédiées dans le secteur des pesticides avec le cas Dow/Dupont⁴⁶. Mais dans d'autres cas, la CE a aussi reconnu que les fusions pouvaient créer des synergies favorables à l'innovation de nature à contrebalancer les effets anti-concurrentiels de la concentration (cas Tomtom/Tele Atlas⁴⁷). Un des défis du contrôle des concentrations est de continuer à développer des outils permettant de réaliser une analyse plus dynamique des fusions appréhendant leurs effets sur l'innovation.

2.2 Analyser les coûts/bénéfices des concentrations

La théorie économique permet de mettre en évidence qu'une fusion qui réduit la concurrence entraîne des coûts pour les consommateurs résultant de prix plus élevés, d'un moindre choix et d'une moins bonne qualité des produits, mais elle peut également engendrer des gains d'efficacité en permettant aux entreprises fusionnant de réaliser des économies d'échelle et d'apprentissage, en réduisant les redondances organisationnelles et en créant des synergies dans le domaine de la R&D et innovation⁴⁸.

Le premier règlement de contrôle des concentrations n'incluait pas explicitement la possibilité d'une défense fondée sur les gains d'efficacité. La seconde mouture du règlement adopté en 2004 accepte de tels gains mais sous certaines conditions (voir section II.2.2). Depuis 2008, les efficacités que peut

43. Voir http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html

44. OCDE, *Définir les marchés géographiques au-delà des frontières nationales*, DAF/COMP/WP3(2016)5, 2016.

45. CE, « EU merger control and innovation », *Competition policy brief*, avril, 2016.

46. Voir http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-772_fr.htm

47. Voir http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-742_fr.htm

48. Ilzkovitz F. et Meiklejohn R., « European Merger Control : Do We Need an Efficiency Defence », *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 3, n° 1-2, 2003.

engendrer une opération de concentration sont évaluées dans environ la moitié des cas faisant l'objet d'un examen approfondi. À ce jour, aucune décision de fusion n'a été acceptée exclusivement sur base d'arguments d'efficacité soit parce que les gains d'efficacité évoqués par les parties ne remplissaient pas les conditions nécessaires pour être pris en compte, soit parce qu'ils s'avéraient insuffisants pour compenser les effets négatifs anti-concurrentiels de la concentration (cas Deutsche Börse/NYSE⁴⁹). Cette question des gains d'efficacité des fusions a été récemment au centre d'une controverse entre les opérateurs de téléphonie mobile et les autorités de concurrence à la suite de la vague de fusions observée dans ce secteur. Les premiers argumentaient que les fusions étaient nécessaires pour permettre aux entreprises de développer à moindres coûts des investissements en infrastructure permettant le déploiement de nouvelles technologies et ainsi d'offrir des produits de meilleure qualité aux consommateurs. Les secondes défendaient l'idée que les efficacités pouvaient être réalisées autrement qu'en fusionnant et ne compensaient pas les effets négatifs sur les prix des fusions. Cette controverse démontre qu'il est important pour les autorités de concurrence de couvrir ces effets des fusions.

2.3 Vers un espace européen en matière de concentrations

Différentes voix se sont fait entendre en faveur d'une harmonisation plus poussée des règles de contrôle des concentrations entre pays membres de l'UE. Ainsi, le rapport Monti de 2010⁵⁰ plaide pour davantage de convergence sur la façon dont les concentrations sont évaluées sur le fond et sur les procédures d'examen menées au niveau national. Dans le même esprit, un rapport de l'autorité française de concurrence⁵¹ propose notamment d'unifier les notions de base des droits nationaux des concentrations, notamment en appliquant les règles européennes dans toute concentration notifiable dans deux États membres.

Ce débat a trouvé écho dans le Livre blanc de 2014 de la CE⁵² qui considère qu'à long terme, il faudrait évoluer vers un « espace européen en matière de concentrations » dans lequel un seul et même ensemble de règles s'appliquerait à toutes les concentrations examinées par la CE et les ANC, comme c'est le cas pour les règles relatives aux pratiques anti-concurrentielles. Cela nécessiterait cependant une révision fondamentale du système actuel.

À plus court terme, il importe de continuer à renforcer la coopération et le partage d'expérience, notamment dans le cadre du groupe de travail sur les concentrations du REC et il serait aussi utile de voir comment le renvoi d'affaires entre la CE et les ANC pourrait encore être rationalisé.

3. Aides d'État

Les trois principaux défis pour le contrôle des aides dans le futur sont : (i) concentrer encore davantage le contrôle au niveau européen sur les cas d'aides les plus significatifs ; (ii) améliorer l'analyse économique et l'évaluation *ex-post* ; et (iii) renforcer le partenariat avec les États membres et intégrer davantage la dimension internationale.

49. Voir http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-94_fr.htm

50. Monti M, *Une nouvelle stratégie pour un marché unique au service de l'économie et de la société européennes*, Rapport au président de la Commission européenne José Manuel Barroso, 9 mai 2010.

51. Zivy F., *Pour un contrôle des concentrations plus simple, plus cohérent et stratégique en Europe*, Rapport au ministre de l'Économie et des Finances, Autorité de la concurrence, 16 décembre 2013.

52. CE, « Vers un contrôle plus efficaces des concentrations dans l'UE », *Libre blanc*, COM(2014)449 final, 2014b.

3.1 Concentrer davantage les efforts sur les cas d'aide d'État les plus significatifs

Un effort remarquable a été effectué dans le cadre de l'exercice de modernisation pour concentrer le travail de la CE sur les affaires les plus importantes. Le dernier tableau de bord des aides montre que l'objectif d'étendre le champ d'application du RGEC a été atteint : 80 % des mesures d'aides octroyées et 34 % du montant total des aides sont exemptées de notification en 2017⁵³. Si l'on peut conclure que la modernisation des aides a atteint l'objectif de permettre à la CE d'être plus présente sur les cas les plus importants, la question de savoir si tous les dossiers de moindre importance sont désormais couverts par le seuil *de minimis* ou les RGEC fait partie des réflexions en cours.

3.2 Développer l'analyse économique et l'évaluation *ex-post*

Le paquet de modernisation a donné une plus grande place à l'analyse économique des aides⁵⁴. Mais celle-ci doit s'appuyer sur des outils économiques toujours en développement. Par ailleurs, il n'est pas certain que l'analyse coûts/bénéfices dans le cas d'un type d'aide puisse être facilement transposée à un autre type d'aide. L'analyse économique fournit toutefois un cadre de référence utile pour distinguer les « bonnes » des « mauvaises » aides. Son utilité s'avère surtout présente dans les cas les plus complexes.

L'analyse économique est aussi appelée à jouer un rôle dans l'évaluation *ex-post* des régimes d'aides demandée aux États membres⁵⁵. Cette évaluation vise à analyser dans quelle mesure les régimes d'aides ont atteint leur objectif et quelle a été leur incidence sur les marchés et la concurrence. De telles évaluations *ex-post* pourront être exigées pour les régimes d'aides disposant de budgets importants. 15 États membres ont déjà présenté des plans d'évaluation portant sur 40 régimes d'aides, principalement dans le domaine de l'aide régionale et de l'aide à la R&D&I. Dans le futur, il sera important d'étendre cette initiative à un plus grand nombre d'États membres, de s'assurer de la qualité et de l'indépendance des évaluations et de veiller à ce que les conclusions des évaluations soient prises en compte dans la révision et la conception des régimes d'aides. D'une manière plus générale, l'évaluation économique *ex-post* s'est aussi développée dans d'autres domaines de la politique de concurrence (voir Encadré 5).

Encadré 5

Evaluation économique *ex-post* de la politique de concurrence

Au cours des soixante dernières années, les autorités de concurrence ont progressivement développé des évaluations *ex-post* de leurs activités⁵⁶. Le champ d'activités des autorités de concurrence pouvant faire l'objet d'évaluations *ex-post* est très large, allant des décisions individuelles à l'effet macroéconomique de la politique de concurrence.

53. Voir note 24, *op. cit.*

54. CE, « State aid modernisation – a major revamp of EU State aid control », *Competition policy brief*, n° 11, novembre, 2014c.

55. Peduzzi R. et Sapi G., « State aid evaluation », in Pesaresi N., Van De Castele K., Flynn L. et Siaterli C., *EU Competition Law*, vol. IV, State Aid Book One, Claeys & Casteels, 2016.

56. Ilzkovitz F. et Dierx A., *Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement : A review of the literature*, juin, CE, 2015.

Une première illustration des travaux de la CE dans ce domaine est une analyse qualitative réalisée en 2005 des remèdes utilisés dans le cadre de concentrations. Cette étude a été à l'origine d'une révision de la politique en la matière. Plus récemment, la CE a réalisé ou fait réaliser des évaluations quantitatives portant sur les effets sur les prix et les investissements de décisions dans des secteurs clés de l'économie, tels que l'énergie et les télécommunications^{57,58,59}. Un troisième groupe de travaux porte sur l'impact plus global de la politique de concurrence sur les performances macro-économiques. Dierx et al.⁶⁰ présentent des travaux qui modélisent non seulement les répercussions macroéconomiques des effets directs mais aussi des effets dissuasifs d'importantes décisions prises par la CE dans le domaine des concentrations et des cartels. Sur base des travaux les plus récents, il apparaît que la politique de concurrence a des effets positifs significatifs sur la croissance (de l'ordre de 0,45 % après 5 ans) et sur l'emploi (de l'ordre de 450 000 emplois créés après 5 ans).

3.3 Renforcer le partenariat avec les États membres et intégrer la dimension internationale

La modernisation des aides a rendu nécessaire une plus étroite coopération entre la CE et les États membres. Une coopération prend place aujourd'hui dans le Forum à Haut Niveau, le Groupe de Travail sur la modernisation des aides ainsi que dans le cadre de rencontres bilatérales. De tels lieux de rencontres multilatérales et bilatérales se sont avérés extrêmement utiles pour échanger des expériences et des bonnes pratiques dans plusieurs domaines des aides et pour discuter de futures réformes.

Dans la mesure où la politique de contrôle des aides est unique au niveau mondial, la CE est consciente du défi que peut représenter ce contrôle dans un environnement international. Elle dispose de trois types d'outils pour assurer des conditions de concurrence équitables aux entreprises européennes à l'échelon international. Ainsi, dans les cas où des subventions octroyées par un pays tiers provoqueraient une distorsion de concurrence pour les entreprises européennes, les règles de l'OMC servent de cadre de référence pour remédier aux conséquences spécifiques de ces subventions. Mais ce système ne couvre pas les secteurs de services et de nombreuses aides aux effets défavorables persistent. Par ailleurs, les accords bilatéraux de libre-échange conclus par l'UE peuvent aussi contenir des règles sur les subventions portant sur des questions spécifiques non couvertes par l'OMC. Enfin, des canaux de coopération sont disponibles tant entre États membres de l'UE qu'entre l'UE et les pays tiers. Ainsi, des dialogues entre l'UE et certains de ces pays représentant des marchés importants, tels que la Chine, sont en train d'être établis afin de les sensibiliser davantage aux bienfaits d'un contrôle des aides et de tenter de faire évoluer leur politique dans ce domaine.

57. Aguzzoni L., Buehler B., Di Martile L., Ecker G., Kemp R., Schwarz A. et Stil R., *Ex-post evaluation analysis of two mobile telecom mergers : T-Mobile/tele.ring in Austria and T-Mobile/Orange in the Netherlands*, novembre, CE, 2015.

58. ICF et DIW, *The economic impact of enforcement of competition policies on the functioning of EU energy markets*, janvier, Rapport pour la CE, 2016

59. Lear, DIW Berlin et Analysys Mason, *Economic impact of competition policy enforcement on the functioning of telecoms markets in the EU*, juin, Rapport pour la CE, 2017

60. Dierx A., Ilzkovitz F., Pataracchia B., Ratto M., Thum-Thysen A. et Varga J., « Does EU competition policy support inclusive growth ? », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 13(2), 2017, pp. 225-260.

IV. Conclusion

Cet article a choisi une approche par instrument pour décrire l'évolution et les grands défis de la politique de concurrence européenne. Toutefois, de nombreuses similitudes apparaissent à la fois dans l'évolution des instruments et dans les défis auxquels ils font face.

Ainsi, depuis la réalisation du marché intérieur, on observe une tendance vers davantage de priorisation de la CE et de responsabilisation des États membres, un recours accru à l'analyse économique et une volonté d'accélération des décisions, dans un respect de qualité des analyses. Une tendance à la responsabilisation est d'abord apparue dans le domaine de l'antitrust et plus récemment dans celui du contrôle des aides. Son objectif est de permettre à la CE de focaliser ses enquêtes sur les cas les plus importants pour le bon fonctionnement du marché intérieur. L'analyse économique s'est développée grâce à la création d'une cellule d'économistes travaillant sous la responsabilité d'un économiste en chef. Elle est la plus aboutie dans le domaine de l'analyse des fusions, notamment en raison du développement de techniques statistiques et de modèles économétriques dans ce domaine. Mais, sur la période plus récente, on a pu observer le développement d'une analyse économique dans l'antitrust et le contrôle des aides. Finalement, les réformes permettant d'établir des priorités dans l'exécution de la politique de concurrence ouvrent aussi la voie à une simplification des procédures et à une accélération des décisions.

Face à ces ressemblances en termes d'évolution, il est normal qu'apparaissent également des points communs dans les défis. Ceux-ci sont liés au changement dans l'environnement économique, notamment la globalisation et la numérisation des activités économiques, à la nécessité de renforcer les outils d'analyse face à des cas plus complexes et à l'importance d'une plus grande coopération entre autorités de concurrence à la fois au niveau européen et mondial. Ces similitudes en termes d'évolution et de défis doivent conduire à établir davantage de synergies dans l'utilisation des trois grandes familles d'instruments pour améliorer le fonctionnement des marchés au bénéfice des consommateurs. Par exemple, dans le secteur des télécommunications, une coopération est souhaitable entre le contrôle des aides et l'antitrust. Comme la CE est favorable au développement de l'internet à haut débit, les régimes d'aides permettant le déploiement de cette technologie dans des régions peu peuplées sont autorisés. Il convient d'être attentif à ce que ces aides ne favorisent pas l'opérateur dominant au détriment de plus petits concurrents.

Le bilan des soixante années écoulées de la politique de concurrence européenne est largement positif. Cette politique joue un rôle central dans le bon fonctionnement du marché intérieur et contribue aux objectifs de croissance durable et inclusive dans l'Union européenne. Ainsi, des travaux récents^{61,62} montrent que les décisions importantes prises dans le domaine de la lutte contre les cartels et du contrôle des concentrations procurent des bénéfices significatifs aux consommateurs et se traduisent par des effets positifs importants en termes de croissance et d'emploi. La politique de concurrence a résisté aux pressions visant à l'assouplir durant la crise économique et financière mais elle fait aussi preuve de flexibilité et d'adaptation aux changements dans son environnement, tout en ne transigeant pas sur ses principes fondamentaux et en restant pleinement dans le cadre juridique fixé par les Traités. Finalement, une coopération a été renforcée entre autorités à la fois au niveau européen et mondial et la CE est au centre de cette coopération.

61. Voir note 60, *op. cit.*

62. Ilzkovitz F. et Dierx A., « Measuring the contribution of EU competition policy to economic well-being », *CPI Europe Column*, novembre, 2017.