



# Concurrence et commerce : quelles politiques pour l'Europe ?

Les notes du conseil d'analyse économique, n° 51, mai 2019

La politique de la concurrence européenne est actuellement soumise à des questions sur son efficacité et sa finalité. Il lui est notamment reproché de nuire à l'émergence d'entreprises de grande taille. Au-delà du fait que la taille ne confère pas toujours un avantage déterminant, les comparaisons effectuées dans cette *Note* montrent que la politique de la concurrence en Europe donne plutôt des signes de succès au regard de ses finalités actuelles, favorisant l'investissement, la productivité et le pouvoir d'achat. S'agissant des préoccupations relatives à la concurrence internationale, c'est l'articulation avec la politique commerciale qu'il faut interroger. Cette *Note* défend l'idée selon laquelle l'Europe ne doit pas sacrifier sa politique de la concurrence mais plutôt se montrer plus exigeante pour défendre ses intérêts et faire appliquer les règles, dans le respect de ses engagements internationaux.

Depuis les années 2000, la concentration et les marges bénéficiaires ont plus augmenté aux États-Unis qu'en Europe. Dans le même temps, le pouvoir d'achat et l'investissement américains ont eux aussi connu des baisses plus importantes. Ainsi, ce n'est pas la politique de concurrence européenne qui serait trop rigoureuse mais celle des États-Unis qui serait trop laxiste. Cela ne signifie pas pour autant que la politique de la concurrence européenne ne doit pas évoluer. À ce titre, face aux problèmes de délais excessifs des procédures d'abus de position dominante, nous recommandons de faciliter l'usage des mesures provisoires. De la même façon, nous sommes en

faveur d'un contrôle *ex post* de certaines concentrations pour lutter contre les acquisitions préemptives.

Concernant la politique commerciale, l'objectif prioritaire doit rester une réforme de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) concernant prioritairement les subventions industrielles et les obligations de transparence sur les mesures non tarifaires, sur la mise en œuvre des réglementations et sur les subventions. Toutefois, face aux difficultés et au temps nécessaire pour faire évoluer les règles de l'OMC, il est impératif de consolider dans le même temps la défense des intérêts européens. Nous recommandons de renforcer la vigilance et l'exigence dans l'application du principe de réciprocité dans l'accès au marché, notamment en ayant recours de manière plus stratégique et plus offensive au système de consultation et de règlement des différends en cas de manquements. Les marchés publics sont aussi un domaine important dans lequel une action en faveur d'une plus grande réciprocité est nécessaire. Pour incarner et mettre en œuvre cette exigence de réciprocité, nous sommes favorables à la nomination d'un procureur commercial européen. Concernant les subventions, nous recommandons de renforcer les obligations de transparence et de faciliter l'adoption de mesures compensatoires lorsque les subventions d'un partenaire sont préjudiciables, mais aussi d'utiliser de façon plus réactive les instruments de défense commerciaux en cas de subventions industrielles ou de pratiques concurrentielles déloyales préjudiciables aux intérêts européens.

Cette note est publiée sous la responsabilité des auteurs et n'engage que ceux-ci.

## Un problème de concurrence en Europe ?

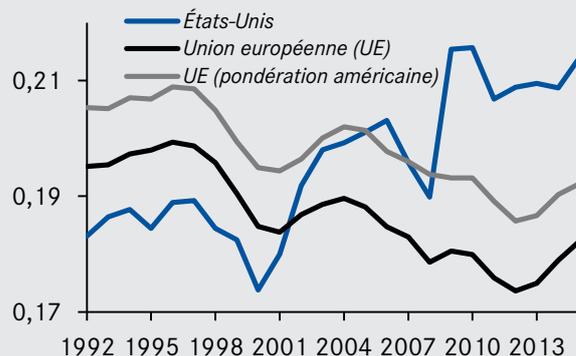
La politique européenne de la concurrence repose sur deux piliers : une doctrine claire de protection des consommateurs européens et une indépendance affirmée de son application par la Commission, qui garantit son impartialité et fonde la confiance des États envers ses décisions. Cette politique est parfois accusée de freiner la réalisation d'objectifs stratégiques de l'Union. Pour évaluer ce point, nous analysons les effets de la politique de concurrence en Europe en la comparant avec les États-Unis. Le champ de notre analyse inclut l'ensemble des politiques qui ont un impact sur les structures de marché et les comportements concurrentiels des entreprises : le contrôle des concentrations, mais aussi les aides d'État, et l'ouverture des marchés publics et privés.

### Concurrence, concentration et partage de la valeur ajoutée

Jusqu'aux années 2000, les marchés américains sont plus concurrentiels que les marchés européens, avec des prix plus bas et des marges souvent inférieures. Ces tendances s'inversent ensuite, avec une forte hausse des marges bénéficiaires aux États-Unis, mais pas en Europe (voir graphique 1). Cette évolution des marges peut être mise en parallèle avec l'évolution de la concentration au cours des quinze dernières années : en hausse marquée aux États-Unis, elle est relativement stable en Europe. Mesurer la concentration en Europe (soit 28 États membres dans lesquels le degré de concentration peut être disparate selon les secteurs) est un exercice plus compliqué qu'aux États-Unis, mais toutes les études disponibles concluent que la hausse est nettement plus forte aux États-Unis que dans l'Union européenne<sup>1</sup>. Par ailleurs, concernant les États-Unis, ce résultat reste vrai lorsque les géants du numérique (GAFAM) sont exclus. En revanche, les marges sont stables ou en baisse lorsque l'analyse est limitée aux secteurs soumis à la concurrence internationale.

**Constat 1.** Aux États-Unis, on observe une hausse significative de la concentration dans de nombreux secteurs et une déformation du partage de la valeur ajoutée en faveur des profits. Ce n'est pas le cas en Europe.

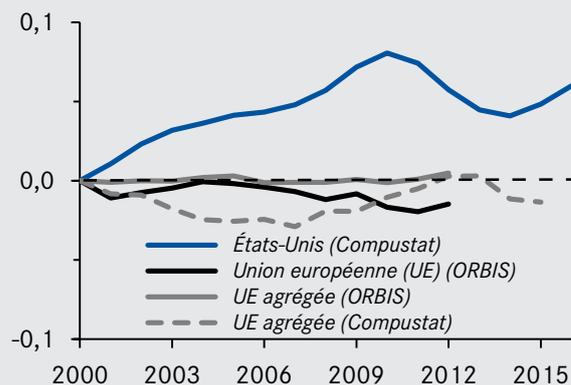
### 1. Évolution de marges bénéficiaires aux États-Unis et en Union européenne, 1992-2015



*Lecture :* Taux de profit pour le secteur des entreprises autres que l'agriculture, à l'exclusion du secteur immobilier. La série noire est d'abord agrégée dans les pays de l'Union européenne (UE), au sein des industries, en pondérant la production des pays de l'UE, puis dans les industries de l'UE en pondérant par la production industrielle brute. La série grise utilise les pondérations industrielles américaines pour éliminer les effets de composition.

*Source :* OCDE, STAN.

### 2. Évolution des niveaux de concentration aux États-Unis et en Union européenne, 2000-2015



*Lecture :* Variations absolues du ratio de concentration des huit plus grandes entreprises (CR8) dans tous les secteurs, pondérées par la production brute réelle, à partir de 2000. Les CR8 américains se basent sur les données financières consolidées de Compustat. Les chiffres de l'Union européenne (UE) se basent aussi sur les données de Compustat et sur les données financières non consolidées d'ORBIS. Les séries par pays traitent chaque pays comme un marché indépendant. Les séries agrégées considèrent l'UE comme un marché unique. Voir Philippon T. (2019) : « Les marchés européens sont-ils devenus plus concurrentiels que les marchés américains ? », *Focus du CAE*, n° 31-2019, mai.

*Sources :* ORBIS et Compustat.

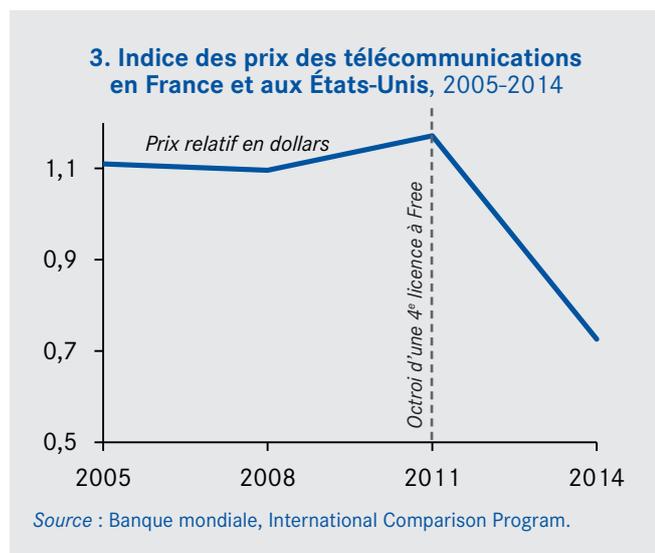
Les auteurs remercient Jean Beuve, conseiller scientifique du CAE qui a assuré le suivi de ce travail, ainsi que Étienne Fize économiste au CAE qui leur a prêté assistance.

<sup>1</sup> D'après l'OCDE le CR8 est passé de 0,35 à 0,45 aux États-Unis et de 0,26 à 0,29 en Europe, voir Bajgar M., G. Berlingieri, S. Calligaris, C. Criscuolo et J. Timmis (2019) : « Industry Concentration in Europe and North America », *OECD Productivity Working Papers*, n° 18. Pour plus de détails, voir Philippon T. (2019) : « Les marchés européens sont-ils devenus plus concurrentiels que les marchés américains ? », *Focus du CAE*, n° 31-2019, mai.

### Concurrence, prix et pouvoir d'achat

Une politique de la concurrence en faveur des consommateurs devrait permettre des prix plus faibles. Pour tester cette idée, on compare l'évolution des prix par rapport au coût unitaire du travail entre l'Europe et les États-Unis. Cet exercice mené sur les dix principaux pays de l'Union européenne et les États-Unis montre que sur la période 2000-2015, les prix ont augmenté de 15 % de plus aux États-Unis qu'en Europe mais les salaires de seulement 7 %. La marge prix/salaire a ainsi baissé d'environ 8 % en Europe par rapport aux États-Unis. Pour un travailleur au salaire médian cela représente une hausse de 8 % du pouvoir d'achat<sup>2</sup>.

Par ailleurs, les baisses de prix en Europe résultent souvent de mesures de politique économique ayant des effets pro-concurrentiels. Par exemple, suite à l'octroi d'une quatrième licence à Free en France en 2011, les prix ont baissé de 40 % en moins d'un an. Les prix des services de télécommunication, qui étaient plus élevés en France qu'aux États-Unis jusqu'en 2011, sont devenus plus bas et le sont restés (voir graphique 3). Ces résultats sont cohérents avec le rapport du régulateur européen des télécoms qui montre que dans les trois pays (Allemagne, Autriche et Irlande) où le nombre d'opérateurs est passé de quatre à trois, les prix ont augmenté<sup>3</sup>.



### Concurrence, investissement et productivité

Une politique de concurrence (trop) stricte pourrait peser sur les profits des entreprises au point de limiter l'investissement

ou l'innovation : l'argument théorique est valide mais sa pertinence empirique semble limitée. Les évolutions comparées aux États-Unis et en Europe de la concentration, des profits, du prix des actions et de l'investissement pour les cinq industries ayant connu la concentration la plus rapide aux États-Unis sont de ce point de vue très parlantes : la concentration, les marges opérationnelles et le prix des actions ont augmenté aux États-Unis concomitamment à une diminution des investissements, y compris les investissements intangibles, dont la R&D. À l'inverse, la concentration a diminué en Europe et les investissements sont restés (relativement) stables, malgré des bénéfices plus faibles et une baisse du prix des actions<sup>4</sup>. Un tel constat correspond exactement à ce que prédit la théorie si la concentration aux États-Unis est le signe d'un déficit de concurrence.

**Constat 2.** L'investissement et la productivité en Europe n'ont pas été négativement affectés par la moindre concentration des industries, comparativement aux États-Unis.

Plus généralement, des travaux récents qui analysent l'impact de la politique de concurrence (concentration, barrières à l'entrée) sur le différentiel de productivité entre États-Unis et Union européenne montrent que dans les industries où la concurrence est plus intense en Europe, on observe la même productivité qu'aux États-Unis, voire un niveau un peu plus élevé<sup>5</sup>.

*In fine*, rien ne suggère que l'Europe ait une politique de concurrence « excessivement » rigoureuse, au sens où elle entraverait le développement de l'activité, même si les États-Unis paraissent dans le même temps être devenus trop laxistes. Les hausses de profits aux États-Unis se sont transformées en augmentations de dividendes et en rachats d'actions, pas en investissement ou en R&D. De plus, des travaux récents montrent que la baisse de l'intensité concurrentielle a été favorisée par une hausse des dépenses de lobbying auprès des régulateurs et des politiques<sup>6</sup>. La politique de la concurrence en Europe donne au contraire des signes de succès avec des prix plus bas et une productivité au moins équivalente. La relative faiblesse de l'innovation en Europe a de nombreuses causes, mais la politique de la concurrence n'est probablement pas l'une d'entre elles. Pour expliquer les performances des entreprises européennes à l'exportation, c'est plutôt l'articulation avec la politique commerciale qu'il faut interroger.

<sup>2</sup> Gutiérrez G. et T. Philippon (2018) : « How EU Markets Became More Competitive Than US Markets: A Study of Institutional Drift », *NBER Working Paper*, n° 24700, juin.

<sup>3</sup> Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) (2018) : « Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany », *BEREC Report on Post-Merger Market Developments*, n° BoR (18) 119, 15 juin.

<sup>4</sup> Voir Philippon (2019) *op. cit.*

<sup>5</sup> Voir Gutiérrez et Philippon (2018) *op. cit.*

<sup>6</sup> Gutiérrez G. et T. Philippon (2019) : « The Failure of Free Entry », *NBER Working Paper*, à paraître.

## L'articulation entre politique de concurrence et politique commerciale

La politique de concurrence et la politique commerciale sont étroitement complémentaires : la première encadre le marché intérieur tandis que la seconde définit les conditions de nos échanges extérieurs. Leur action conjointe doit permettre une « concurrence par les mérites » (non biaisée) à l'échelle internationale. La cohérence de cette approche est renforcée par la coordination et la convergence progressive des principes et pratiques sur les questions liées au contrôle des concentrations, aux ententes et aux abus de position dominante<sup>7</sup>. Elle s'appuie également sur le cadre commercial multilatéral de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), fondé sur les principes de non-discrimination, de réciprocité et de transparence. Les actions des politiques de concurrence et commerciale sont supposées détecter et sanctionner les comportements des entreprises et des États qui ne respectent pas les règles du jeu communes. Toutefois, le contexte actuel, marqué par un recul du multilatéralisme et par l'interférence croissante des États dans la concurrence internationale, fait naître des interrogations sur l'adéquation de l'approche héritée du cadre de l'OMC pour défendre les intérêts européens.

### La politique de la concurrence : contrôler les distorsions liées à l'exploitation du pouvoir de marché

La politique de la concurrence tire sa justification du fait que des marchés pleinement concurrentiels garantissent la meilleure allocation des ressources et des avantages en termes de prix, de qualité et d'innovation pour les consommateurs. En particulier, le bon fonctionnement concurrentiel des marchés fait disparaître les entreprises peu performantes ou à la technologie dépassée, attirant capitaux et emplois vers les secteurs et les technologies plus performants ; cet effet dynamique, souvent oublié par ceux qui ne voient dans la concurrence qu'un vecteur d'abaissement des prix, conditionne l'innovation et sa diffusion dans le tissu économique. Toutefois, la présence d'externalités (par exemple, environnementales ou liées à la R&D) ou de comportements stratégiques des entreprises (ententes, abus de position dominante) empêche parfois ces mécanismes vertueux de jouer. Pour diverses raisons, les prix ne constituent plus de bons signaux pour orienter les décisions. Dans de tels cas, la politique de la concurrence est chargée de corriger les imperfections liées aux comportements des entreprises qui entravent le bon fonctionnement des marchés<sup>8</sup>.

Cette politique de la concurrence est l'un des piliers de la construction européenne et du marché unique. Ses principes juridiques sont contenus dans des textes de niveaux

différents : traités, règlements et lignes directrices. Sa mise en œuvre, quant à elle, est une compétence exclusive de la Commission<sup>9</sup> (à travers sa Direction générale de la concurrence), qui intervient principalement dans trois domaines que sont la détection et la répression des ententes, des abus de position dominante et le contrôle des concentrations.

Si l'action contre les ententes et les abus de position dominante intervient *ex post*, une fois les comportements potentiellement illégaux observés, le contrôle des concentrations quant à lui, prend place *ex ante* (voir encadré 1). C'est ce qui rapproche ce volet de la politique de concurrence de la régulation sectorielle, qui définit elle aussi *a priori* les règles sous lesquelles peuvent évoluer les entreprises des secteurs régulés (télécommunications, énergie...). Si dans sa mise en œuvre, la politique de concurrence a été plus stricte en Europe qu'aux États-Unis (voir *supra*), les rejets de fusions par la Commission sont toutefois extrêmement rares, tandis que les acceptations sans conditions constituent l'immense majorité des cas. Sur la période allant de janvier 2010 à décembre 2018, parmi les 2 980 opérations de concentrations notifiées à la Commission, 2 704 ont été acceptées sans conditions (90,7 %), dont 1 949 (65,4 %) en phase 1, et 156 opérations ont été autorisées sous conditions. Parmi ces fusions acceptées, certaines ont donné naissance à des champions européens de très grande taille, à l'image des fusions entre Luxottica et Essilor dans l'optique et entre Lafarge et Holcim dans le ciment pour ne citer que ces deux exemples. Qui plus est, le contrôle des concentrations n'a pas dissuadé les opérations de fusion puisque sur les 2 980 cas ouverts par la Commission entre 2010 et 2018, seules 56 opérations ont été retirées en phase 1 et 9 en phase 2, sans que l'on puisse d'ailleurs imputer ces retraits à la sévérité des critères de la Commission. Enfin, seules 7 opérations ont été refusées par la Commission (dont 2 impliquaient des entreprises américaines). Si la préservation de la concurrence motive les cessions d'actifs parfois imposées aux entreprises, le contrôle des concentrations n'apparaît pas comme un obstacle à l'émergence de grandes entreprises européennes.

Qui plus est, quelles que soient la complexité et l'ampleur des problèmes de concurrence soulevés par la Commission lors d'une opération de concentration, il existe le plus souvent des solutions *via* la mise en place de « remèdes » discutés entre les parties et la Commission (voir encadré 1). Cependant, alors que de nombreuses autorités nationales acceptent des engagements « comportementaux » (par lesquels les entreprises s'engagent à ne pas mettre en œuvre, ou au contraire à mettre en œuvre, tel ou tel comportement), tel n'est pas le cas de la Commission, qui au fil du temps et sous le contrôle strict de la Cour de Justice de l'Union, a limité de plus en plus étroitement les engagements qu'elle accepte aux remèdes « structurels » : les entreprises

<sup>7</sup> Les enjeux liés à la mise en œuvre de ces politiques (par exemple, les défis de régulation posés par les plates-formes numériques et l'évolution des méthodes d'évaluation des dommages concurrentiels) sont régulièrement discutés dans le cadre de l'International Competition Network et de l'OCDE.

<sup>8</sup> La correction des autres défaillances du marché est généralement confiée à d'autres politiques, comme la politique environnementale ou les politiques par lesquelles l'État assure lui-même la production de certains biens publics (éducation, santé, etc.).

<sup>9</sup> C'est pourquoi le fait de donner à un autre organe, comme le Conseil, un pouvoir d'évocation perturberait considérablement l'équilibre institutionnel européen. Les décisions en matière de concurrence sont prises par le collège des commissaires.

## 1. Contrôle des concentrations

La logique du contrôle des concentrations repose sur le fait que le rapprochement d'entreprises, en particulier les fusions horizontales entre opérateurs présents sur un même marché pertinent, peut générer deux effets. D'une part, la fusion peut réduire la pression concurrentielle, le pouvoir de marché obtenu par la nouvelle entité lui permettant d'augmenter ses prix, de réduire l'offre de produits différenciés, de ne plus être soumise à l'« aiguillon concurrentiel » pour engager des actions de R&D, etc. D'autre part, il peut avoir des effets bénéfiques d'un point de vue économique : l'entité fusionnée peut réaliser des économies d'échelles (suppression des doublons, atteinte de la taille critique) et dispose de moyens plus importants pour la R&D. Le rôle des autorités de concurrence est d'examiner les projets de fusion et de dresser le bilan concurrentiel, qui comprend l'analyse de tous ces aspects, pour empêcher les concentrations qui entraveraient de manière significative l'exercice d'une concurrence effective dans l'Espace économique européen ou une partie substantielle de celui-ci.

Au-delà de certains seuils exprimés en chiffre d'affaires<sup>a</sup>, les projets de fusion doivent être notifiés auprès de la Commission qui réalise une procédure d'évaluation en deux phases. La phase 1 est une analyse concurrentielle rapide (25 jours ouvrés) à l'issue de laquelle la fusion peut être autorisée avec ou sans engagements de la part des parties. Lorsque le cas est plus complexe, la Commission ouvre une enquête approfondie (phase 2) à l'issue de laquelle elle autorise ou refuse la fusion. Comme en phase 1, lorsque la Commission autorise la fusion, elle peut éventuellement la conditionner à la prise d'engagements de la part des entreprises. Ces engagements peuvent être de nature comportementale (engagement à faire ou ne pas faire) ou, le plus souvent, structurels (cessions d'actifs à des concurrents de manière à préserver une concurrence suffisante sur le marché postérieurement à la fusion).

<sup>a</sup> Seuils définis dans le règlement (CE) n° 139/2004 sur le contrôle des concentrations entre entreprises.

doivent s'engager à vendre tel ou tel actif (établissement, ligne de production, filiale...). De tels engagements, dont la réalisation est moins difficile à surveiller par la Commission, présentent toutefois l'inconvénient de ne pas être réversibles, tandis que des engagements comportementaux peuvent toujours être adaptés si des événements nouveaux modifient le fonctionnement concurrentiel du marché. En France, l'autorité de la concurrence a ainsi revu à la baisse les engagements que le Groupe Canal+ avait pris lors de sa fusion avec TPS puis lors du rachat des chaînes Direct 8 et Direct Star, pour prendre en compte l'arrivée de plates-formes de contenus audiovisuels telles que Netflix ou Amazon<sup>10</sup>. Il serait pertinent de permettre une application plus facile et plus fréquente de ces mesures comportementales, notamment en modifiant (*a minima*) la communication de la Commission concernant les mesures correc-

trices recevables conformément au règlement (CE) 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) 802/2004.

### Recommandation 1. Faciliter l'application des mesures comportementales dans les engagements pris par les entreprises, pour s'adapter aux évolutions de marché postérieures aux opérations de concentration.

En matière d'aides d'État, la compétence de la Commission découle de la nécessité d'harmoniser les conditions de concurrence entre les États membres : c'est donc une spécificité européenne. Comme dans les domaines précédents, l'un des objectifs du contrôle des aides d'État est de s'assurer qu'elles ne faussent pas le jeu des marchés. S'y ajoute un objectif connexe mais fondamental : la réalisation du « marché intérieur » unique, au sein duquel les conditions de concurrence sont équivalentes d'un bout à l'autre de l'Union. Cela exclut la possibilité pour un État membre de subventionner ses entreprises de façon distorsive pour la concurrence sur le marché intérieur.

La mise en œuvre de la politique de la concurrence a considérablement évolué depuis le milieu des années 2000, d'une approche initialement plus juridique vers une mise en œuvre plus économique. En matière d'ententes, la notification *ex ante* des accords, lourde et administrative, a laissé place à un contrôle *ex post* (règlement 1/2003). De même, le contrôle des concentrations a entériné l'abandon du test de « création ou renforcement d'une position dominante » au profit du test économique de « réduction substantielle de concurrence » découlant de l'opération (règlement 139/2004). En matière d'abus de position dominante, la Commission a adopté, après de nombreux débats portés au niveau européen, sa Communication relative aux abus de position dominante qui prend le même virage en faveur d'une approche plus économique<sup>11</sup>. Enfin, le contrôle des aides d'État connaît une évolution similaire vers une approche plus économique : d'une part, étant dérogatoires au fonctionnement normal des économies de marché, les aides doivent être justifiées par une défaillance de marché identifiée, pour laquelle l'intervention de la puissance publique est nécessaire ; d'autre part, l'aide doit juste compenser ce qui est nécessaire à surmonter la défaillance en question, sans donner à l'entreprise qui la reçoit, au-delà de cette compensation, un avantage de nature à fausser la concurrence.

### La politique commerciale européenne : la défense des intérêts offensifs et défensifs de l'Union européenne

La politique commerciale de l'Union est, elle aussi, une compétence exclusive de la Commission européenne, qui négoc-

<sup>10</sup> Voir les deux décisions de l'Autorité de la concurrence 17-DCC-92 et 17-DCC-93 du 22 juin 2017.

<sup>11</sup> Orientations sur les priorités retenues par la Commission dans l'application de l'article 82 (devenu 102) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux pratiques d'exclusion abusives des entreprises dominantes.

cie pour le compte des États membres les accords de libre-échange avec les différentes régions du monde, sous l'égide de l'OMC qui définit un cadre multilatéral aux échanges internationaux. C'est elle qui dispose des instruments de défense commerciale permettant de remédier aux pratiques déloyales : les droits anti-dumping et les mesures compensatoires aux subventions<sup>12</sup>. Leur mise en œuvre définitive est toutefois subordonnée à un examen par le Comité des instruments de défense commerciale, composé de représentants des États membres, qui peut s'opposer aux préconisations de la Commission par une majorité qualifiée. Les procédures en matière de droits anti-dumping prennent appui sur les plaintes d'entreprises européennes concernant les prix « anormalement bas » pratiqués par des concurrents étrangers sur le marché européen. La difficulté réside dans l'évaluation du prix « normal » qui devrait prévaloir en l'absence de dumping, un prix faible pouvant révéler des coûts plus bas et pas nécessairement un comportement d'éviction des concurrents. L'enquête de la Commission doit donc apporter des éléments démontrant que ces prix sont bien liés à une pratique de dumping et que les entreprises européennes subissent un dommage. Si ces preuves sont fournies, la Commission peut appliquer aux produits en question des droits anti-dumping compensant l'écart lié à ladite pratique. En pratique, 94 mesures anti-dumping étaient en vigueur fin 2018 (27 d'entre elles étant étendues à des pays tiers pour éviter d'être contournées), dont les deux tiers concernaient la Chine<sup>13</sup>.

En matière de mesures compensatoires, des droits de douane additionnels peuvent être appliqués aux produits importés bénéficiant dans leur pays d'origine de subventions interdites ou préjudiciables, mais les choses sont plus complexes. Si la procédure est proche de celle de l'anti-dumping, la démonstration de l'existence de subventions est parfois difficile et l'établissement d'un « dommage » ou d'un « préjudice grave » (selon les termes de l'article 5 de l'accord sur les subventions de l'OMC) plus encore. L'OMC prévoit que ses membres notifient les subventions accordées aux entreprises, en donnant la priorité à la présentation d'une information complète tous les deux ans. À défaut, la Commission doit instruire le cas qui lui est soumis afin de démontrer l'existence de subventions. À la fin de 2018, douze mesures compensatoires étaient en vigueur (une étant étendue), dont la moitié concernait la Chine<sup>14</sup>.

Mais contrairement aux enquêtes de concurrence, pour lesquelles la Commission est dotée d'une capacité d'investigation vis-à-vis des entreprises sous sa juridiction, elle s'en trouve démunie dans les enquêtes sur les pratiques de subventions aux entreprises opérant à partir d'États souverains. Pour accéder aux informations pertinentes, la Commission

doit demander aux États et aux entreprises visées de coopérer, et en cas de refus, procéder à des estimations à partir des sources disponibles, parfois limitées. De plus, la politique commerciale européenne s'organise principalement autour de la négociation d'accords commerciaux mais assez peu autour de leur suivi, si bien que le non-respect d'engagements par les États signataires d'accords avec l'Union européenne n'est qu'insuffisamment détecté et corrigé par des mesures appropriées.

Par ailleurs, la Commission européenne opère sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union et dans le respect des règles de l'OMC. Ceci emporte une conséquence importante : l'une comme l'autre ont une définition restrictive de ce qui constitue une subvention (ou une aide d'État au sens de la politique de la concurrence européenne). Est considérée comme une subvention une aide accordée sur ressource directe de l'État. Les aides qui prennent des formes plus indirectes, comme l'accès à une ressource (ressource naturelle ou facteur de production) à un prix préférentiel ou le recours à un prêt à un taux bonifié par une banque publique, sont ainsi difficiles à qualifier et à quantifier.

Les instruments de défense commerciale défensive européenne ont été modernisés en juin 2018 pour donner à la Commission la capacité d'agir de façon plus efficace. Ainsi, entre autres modifications, la Commission peut se saisir *ex officio* et n'est plus limitée par les pratiques dénoncées par les entreprises : si elle découvre d'autres pratiques que celles dénoncées initialement (dumping ou subventions), elle peut imposer des droits. Toutefois, il est encore trop tôt pour savoir si ces changements seront suffisants pour avoir une efficacité réelle.

Dans une même volonté de mieux se protéger, le mécanisme de filtrage (*screening*) des investissements étrangers entré en vigueur en mars 2019 dote l'Union d'un mécanisme de coopération relatif au contrôle des achats d'entreprises nationales par des entreprises étrangères, dès lors que la sécurité ou l'ordre public sont potentiellement menacés. Ce mécanisme coordonne les structures institutionnelles et organise un partage de l'information et de l'évaluation, la Commission pouvant émettre un avis consultatif. Dans ce sens, il s'agit d'une innovation institutionnelle importante, issue de doutes croissants sur la capacité de l'Union européenne à défendre ses intérêts par un régime d'investissement complètement ouvert, dès lors que les logiques étatiques et les enjeux de souveraineté prennent une place croissante dans les projets d'acquisition. Ses limites sont cependant évidentes, notamment parce qu'il ne crée pas d'obligation autre que d'information et parce qu'il est seulement destiné à protéger la sécurité et l'ordre public, même s'il prévoit explicitement la prise en

<sup>12</sup> Les mesures de sauvegarde sont également des instruments de défense commerciale, mais elles ne sont pas supposées répondre à des pratiques déloyales, seulement à une situation de poussée soudaine des importations rendant problématique l'adaptation de l'industrie européenne.

<sup>13</sup> Commission européenne (2019) : 37<sup>th</sup> Annual Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the EU's Anti-Dumping, Anti-Subsidy and Safeguard Activities and the Use of Trade Defence Instruments by Third Countries Targeting the EU in 2018.

<sup>14</sup> Commission européenne (2019) *op. cit.*

compte du contexte et des circonstances de l'investissement, y compris le contrôle éventuel de l'investisseur par un État<sup>15</sup>.

**Constat 3.** Les contrôles anti-dumping et anti-subsidations sont longs et complexes à mettre en œuvre. En réaction, l'Europe développe des instruments de défense, notamment le filtrage des investissements.

## Quels problèmes avérés et quelle stratégie pour l'Europe ?

En dépit de leur cohérence, les principes qui viennent d'être énoncés se heurtent à différentes limites dans leur mise en œuvre. Alors que ses principaux concurrents n'ont pas toujours des pratiques équivalant aux siennes, la question est de savoir dans quelle mesure l'Union européenne défend efficacement ses intérêts, et le cas échéant quelles mesures complémentaires seraient utiles. Deux problèmes principaux relatifs aux positions dominantes et aux subventions se posent en pratique.

### Risque d'abus de position dominante sur un marché étranger

L'asymétrie dans l'application de la politique de la concurrence, soulignée plus haut vis-à-vis de États-Unis, existe également pour l'Union en comparaison de la Chine, pour des raisons différentes. La politique de concurrence en Chine est au contraire en phase de construction, avec des réformes structurelles significatives au cours des dernières années, mais elle reste subordonnée aux décisions de politique industrielle (voir encadré 2). Dans les secteurs où les autorités chinoises privilégient la capacité d'exportation, la concurrence sur le marché intérieur n'est donc pas toujours un objectif, les autorités cherchant souvent à promouvoir (à constituer) un ou plusieurs champions nationaux, quitte à créer une position dominante sur leur marché.

Cette asymétrie dans l'application de la politique de la concurrence crée le risque pour les entreprises européennes d'être confrontées à des concurrents qui peuvent s'appuyer sur une position dominante sur leur marché national. Concernant le risque de distorsion de la concurrence que cela implique, soulignons d'emblée que la compétence de la politique de la concurrence européenne s'étend à tous les cas emportant des effets sur le marché européen, qu'il s'agisse de fusion-acquisition ou d'abus de position dominante. Un projet de fusion entre entreprises étrangères susceptible de distordre la concurrence sur le marché européen

peut donc faire l'objet d'une demande de remède ou d'un blocage par la Commission, comme dans le cas de l'interdiction, en 2001, de la fusion entre Honeywell et General Electric. Le cas ne s'est jamais présenté jusqu'ici pour des entreprises chinoises, mais le même contrôle s'appliquerait alors, et la politique de concurrence européenne aurait les moyens de faire respecter ses décisions, par exemple, en ne reconnaissant pas l'entité nouvellement formée en droit européen, l'empêchant ainsi d'exercer toute activité économique en Europe.

Lorsque l'entreprise bénéficie déjà d'une position dominante sur son marché, les règles européennes de répression des abus de position dominante s'appliquent. Différentes procédures récentes ont montré le caractère contraignant de cette politique pour les entreprises, européennes ou non. Trois questions principales restent néanmoins posées, relatives aux délais, au cas des acquisitions tueuses d'innovation et à la concurrence sur les marchés tiers.

### Des délais parfois excessifs

Les délais de traitement des abus de position dominante peuvent poser problème, notamment lorsque le cas est particulièrement technique. D'une manière générale, l'approche dite « par les effets » en politique de la concurrence est exigeante en termes d'analyse économique. Elle mobilise des quantités de données parfois gigantesques et demande aux parties comme aux autorités un important travail de modélisation, de discussion sur les hypothèses retenues, de sélection des techniques, des modèles économétriques et des résultats. Cet échange, nécessairement long, peut être incompatible avec le temps des affaires dans des univers où certains comportements d'entreprises dominantes peuvent aboutir à la disparition de concurrents. Des instruments existent pour prendre des mesures rapides, qui figent le marché dans un état compatible avec la survie des concurrents, le temps que le cas soit traité. Cet instrument, appelé « mesures provisoires », existe dans les textes au niveau européen, mais la Cour de Justice de l'Union européenne en a peu à peu réduit la portée en imposant à la Commission d'avoir au préalable qualifié les pratiques pour prononcer de telles mesures, c'est-à-dire d'attendre que le problème soit résolu. Rendre ces mesures conservatoires plus faciles et permettre à la CJUE de laisser la Commission accepter des mesures conservatoires est souhaitable, mais ceci doit passer par un assouplissement du règlement 1/2003 (article 8) relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 (devenus 101 et 102) du Traité.

**Recommandation 2.** Permettre une application plus rapide des mesures correctives d'abus de position dominante en facilitant l'usage des mesures provisoires.

<sup>15</sup> Voir le projet de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union de février 2019, paragraphe 13.

## 2. La politique de concurrence en République populaire de Chine

La loi dite « anti-monopole » entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, a marqué la naissance en Chine d'une véritable politique de la concurrence, au sens que lui donne les économies capitalistes modernes. Cette loi a pour objectif de « prévenir et restreindre les comportements monopolistiques, garantir une concurrence équitable sur le marché, améliorer l'efficacité économique, protéger les intérêts des consommateurs et de la société dans son ensemble et promouvoir le développement sain de l'économie socialiste de marché » (article 1). Sa mise en œuvre s'est appuyée principalement sur la Commission nationale pour le développement et la réforme (NDRC) pour l'encadrement des pratiques tarifaires, sur l'Administration d'État de l'industrie et du commerce (SAIC) pour les pratiques non tarifaires et sur le ministère du Commerce (MOFCOM) pour le contrôle des concentrations.

Si cette loi est largement inspirée des pratiques européennes, elle inclut également des dispositions particulières, ajoutant à l'objectif de protection des consommateurs sur le marché intérieur celui de la défense des intérêts économiques et industriels de la Chine à l'échelle internationale. L'article 4 souligne ainsi que l'État élabore et applique des règles de concurrence compatibles avec l'économie de marché socialiste et l'article 5 permet d'encourager les fusions et acquisitions comme moyen de réaliser des économies d'échelle. La loi prévoit également de larges exceptions aux règles encadrant les pratiques,

l'examen d'une fusion ou acquisition devant par exemple tenir compte de l'« influence sur le développement économique national » (article 27-v), une notion aux contours pour le moins flou, tandis que la sauvegarde de l'« intérêt légitime dans le commerce extérieur » peut exempter des règles encadrant les ententes anticoncurrentielles (article 15-vi).

Cette possibilité de « subordination » de la politique de concurrence à la politique industrielle s'observe également dans la pratique. Elle est notamment rendue possible par un certain manque de transparence dans l'application de la politique de la concurrence. Ainsi, les entreprises étrangères déclarent être ciblées de manière disproportionnée par rapport aux entreprises locales (inégalités dans l'accès au marché, dans l'obtention de subventions étatiques et dans l'application des réglementations)<sup>a</sup>. Les difficultés de mise en place du droit de la concurrence sont aussi liées aux spécificités chinoises, notamment le poids important des pouvoirs locaux qui s'opposent parfois aux volontés du Parti au niveau national et donc aux agences centrales en charge de la politique de la concurrence particulièrement sur les questions des pratiques non tarifaires d'entreprises d'État. Face à ces difficultés, l'ensemble des prérogatives relatives à l'application de la politique de la concurrence a été regroupé au sein d'une agence unique, l'Administration d'État de contrôle du marché (AECM) mais il est trop tôt pour juger de ses effets.

<sup>a</sup> Voir, par exemple, Deloitte et AmCham China (2019) : *China Business Climate Survey*.

### Le cas des acquisitions « tueuses » d'innovation

Du fait des effets de réseaux, qui se développent à une échelle mondiale, et de la faculté à se développer sur de très nombreux marchés plus ou moins connexes en capturant la valeur des consommateurs, les grandes plates-formes numériques posent des problèmes de concurrence inédits. Les risques d'abus de position dominante y sont nombreux, comme l'illustrent les abus de position dominante traités par la Commission de Google Shopping en 2017 et Android en 2018 (respectivement 2,4 et 4,3 milliards d'euros de sanction).

Si l'analyse des questions spécifiques aux grandes plates-formes numériques dépasse le cadre de cette *Note*, ce cas illustre bien les problèmes posés par les secteurs où l'innovation de rupture joue un rôle central dans la concurrence, créant un contexte favorable aux « acquisitions tueuses », c'est-à-dire le rachat de start-up innovantes mais sans chiffre d'affaires conséquent par des géants qui cherchent à tuer dans l'œuf des concurrents potentiels<sup>16</sup>. Ces achats échappent au contrôle des concentrations lorsque les entreprises rachetées en sont à un stade précoce de développement, et exercent une influence nocive sur l'innovation.

Ainsi, entre 1991 et 2018, les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft) ont réalisé 634 acquisitions

pour un montant total de plus de 142 milliards de dollars. Sans pouvoir préjuger du caractère « tueur » de toutes ces acquisitions, de tels montants indiquent toutefois qu'il est nécessaire de réfléchir à la question. Plusieurs solutions sont envisagées pour faire face au problème des acquisitions tueuses. La première consisterait à abaisser les seuils de notification en chiffre d'affaires. L'autorité de la concurrence allemande qui a expérimenté cette solution depuis un an n'en est pas satisfaite. Le droit de la concurrence étant transversal et non sectoriel, cet abaissement conduit à rendre contrôlables de nombreuses opérations sans intérêt du point de vue des risques concurrentiels. Une telle solution doit donc être écartée.

Une autre solution consiste à introduire un seuil en termes de valeur de la transaction, ce qui fait sens du point de vue économique : si une transaction atteint un montant élevé pour l'achat d'une entreprise au chiffre d'affaires faible, c'est que cette entreprise représente un enjeu important pour l'acquéreur. Ceci ne traduit pas nécessairement une volonté préemptrice, mais on pourrait imaginer que l'entreprise acquéreuse ait à le démontrer, en inversant la charge de la preuve. La valeur de la transaction est toutefois un montant manipulable, contrairement au chiffre d'affaires, et des comportements de dissimulation du prix réel de la transaction pourraient apparaître.

<sup>16</sup> Les acquisitions tueuses ne sont pas l'apanage des grandes entreprises du numérique, elles sont aussi très présentes dans les biotechnologies, voir Cunningham C., F. Ederer et S. Ma (2018) : « Killer Acquisitions », *SSRN Working Paper*, n° 3241707.

La troisième solution consiste à permettre un contrôle *ex post* par l'autorité de concurrence de certaines concentrations. Un tel contrôle *ex post* existe de manière générale aux États-Unis et au Royaume-Uni où la notification *ex ante* des opérations de concentration est facultative et où l'autorité peut intervenir bien après la réalisation de la concentration et imposer son démantèlement. Une telle solution pourrait créer de l'insécurité juridique mais présente un double avantage. D'une part, elle traite les cas des acquisitions préemptrices comme des abus de position dominante, ce qu'elles sont (et il est normal que ces abus soient traités *ex post*). D'autre part, elle permet aux autorités de se concentrer sur les seuls cas qui semblent poser un problème de concurrence. Cette solution, également préconisée par l'Autorité de la concurrence française, nous paraît la meilleure.

### Recommandation 3. Pour contrôler les acquisitions préemptrices, permettre un contrôle *ex post* de certaines concentrations par l'autorité de concurrence.

Il reste, au-delà de l'application de la politique de la concurrence, que le développement des plates-formes numériques est aussi largement conditionné à la taille du marché, étant donné l'importance des effets de réseaux. À cet égard, les barrières réglementaires sont un obstacle à la constitution d'un marché de taille suffisante et au développement d'acteurs de premier plan. Une intégration européenne plus importante serait nécessaire pour réduire la fragmentation du marché unique, en particulier dans les secteurs de services.

### La concurrence sur les marchés tiers : faut-il craindre les « mastodontes » ?

Par nature, la politique européenne de la concurrence ne traite que les effets sur le marché européen. Elle laisse donc entière la question de savoir si la position dominante dont bénéficient certains de leurs concurrents étrangers constitue un avantage indu sur des marchés tiers. La position concurrentielle sur le marché intérieur affecte celle sur les marchés tiers principalement dans deux cas : l'entreprise met en œuvre des subventions croisées (une partie des recettes sur son marché finançant un prix de vente très bas ailleurs) ; l'entreprise évolue dans un secteur où la taille constitue un avantage concurrentiel déterminant.

L'existence de subventions croisées n'est pas avérée à grande échelle, à notre connaissance. Dans un tel cas, toutefois,

deux réponses sont envisageables. La première est de réclamer auprès du pays importateur l'ouverture d'une procédure anti-dumping, car cette pratique correspond précisément à la définition du dumping en droit commercial. La seconde est de saisir l'OMC d'un différend pour mise en œuvre de subventions préjudiciables. Ce serait cohérent avec l'accord de l'OMC sur les subventions dans les cas où la position dominante octroyée sur le marché domestique peut s'interpréter comme une forme de soutien des prix (article 1.1, alinéa a.2). Étant donné la difficulté à établir la réalité et les conséquences de la déficience d'application de la politique de concurrence, cependant, on peut douter du caractère opérationnel d'une telle approche en l'état actuel des accords internationaux.

La question de la taille est plus complexe. Certes, l'application laxiste de la politique de concurrence chez nos partenaires peut permettre à certaines de leurs entreprises d'atteindre une taille plus importante qu'elles ne le feraient autrement, souvent nettement supérieure à celle de leurs concurrents européens, mais s'agit-il d'un avantage concurrentiel déterminant ? Plusieurs arguments peuvent le laisser penser : l'importance croissante des plates-formes numériques, pour lesquelles les effets de réseau font de la taille un atout central ; l'importance croissante du capital intangible, qui donne lieu à des coûts non recouvrables souvent importants ; les montants de plus en plus élevés nécessaires pour investir dans de nouveaux outils de production (fonderies de semi-conducteurs par exemple) ou pour développer de nouveaux produits (automobile, pharmacie, aéronautique...). Ces éléments sont cependant spécifiques à certains secteurs ou activités. D'autres, plus généraux, amènent au contraire à relativiser l'importance de la taille : la baisse tendancielle du prix des biens de capital abaisse les coûts fixes de production, tandis que la chute des coûts de transaction permet une spécialisation plus fine des entreprises, y compris à l'international. L'échec fréquent des opérations de fusion illustre par ailleurs le fait qu'une entreprise plus grosse n'est pas toujours plus performante<sup>17</sup>. Dans le contexte très spécifique des entreprises d'État chinoises, les regroupements orchestrés par l'Agence de supervision des actifs de l'État (SASAC) se sont accompagnés d'une dégradation sensible de leurs performances économiques<sup>18</sup>.

On ne peut donc pas préjuger de l'impact de la taille sur la productivité, il faut s'en remettre aux études empiriques. Les travaux académiques récents font état de niveaux d'économie d'échelle proches de 1, avec une faible tendance à la hausse au cours des vingt dernières années<sup>19</sup>. De surcroît, un lien positif entre les performances à l'exportation et le fait pour les entreprises d'avoir été confrontées à une concu-

<sup>17</sup> La plupart des études font état de taux d'échec des fusions (dans leur capacité à atteindre les objectifs attendus) compris entre 70 et 90 %. Voir Christensen C.M., R. Alton, C. Rising et A. Waldeck (2011) : « The New M&A Playbook », *Harvard Business Review*, vol. 89, n° 3, mars.

<sup>18</sup> Alors que la SASAC était chargée d'améliorer la performance des grandes entreprises d'État, ce qui l'a amené à provoquer des regroupements divisant leur nombre par deux environ, le taux moyen de rendement des actifs correspondants est passé de 6 % en 2005 à 2,6 % en 2017. Voir Lardy N.R. (2018) : *The State Strikes Back*, Peterson Institute for International Economics.

<sup>19</sup> Une augmentation de 10 % de la taille d'une entreprise augmente sa production de 10,3 à 10,8 %, ce qui signifie que sa productivité augmente de 0,3 à 0,8 %, voir De Loecker J., J. Eeckhout et G. Unger (2019) : « The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implication », *NBER Working Paper*, n° 23687. Par ailleurs, Covarrubias M., G. Gutiérrez et T. Philippon (2019) : « From Good to Bad Concentration? », *NBER Macroeconomics Annual et University of Chicago Press*, à paraître, trouvent des rendements d'échelle proches de 1 et sans évolution significative.

rence plus intense sur leur marché domestique a été mis en évidence par plusieurs études<sup>20</sup>.

La taille ne saurait donc conférer de façon générale un avantage déterminant, et son importance ne semble pas plus grande que par le passé. Néanmoins dans certains secteurs où les coûts fixes non recouvrables sont très élevés et/ou les effets de réseau et d'échelle sont particulièrement importants, l'application déficiente de la politique de la concurrence dans le pays d'origine constitue de fait un avantage indu. Contrairement à une subvention, cependant, cette distorsion se traduit par une hausse des prix<sup>21</sup>, ce qui suggère deux réponses possibles. Une première serait de considérer qu'il s'agit d'une subvention transitant par un soutien des prix, mais les difficultés de mise en œuvre soulignées à propos des subventions croisées seraient probablement plus grandes encore dans ce cas.

Mieux vaut donc privilégier la seconde réponse, consistant à insister sur la réciprocité de l'accès au marché : si une telle politique fait monter les prix sur le marché intérieur du pays qui la pratique, alors elle offre des opportunités aux entreprises étrangères, à condition que l'accès à ce marché ne soit pas entravé. La réciprocité est l'un des principes fondateurs du système commercial multilatéral, il s'agit donc avant tout d'être vigilant et exigeant dans sa mise en œuvre. Les règles de l'OMC permettent de lutter efficacement contre les entraves indues à l'accès au marché lorsqu'elles sont formelles. Pour assurer l'effectivité de la réciprocité des accords, il faut renforcer les obligations de transparence sur les mesures non tarifaires et sur la mise en œuvre des réglementations, pour minimiser les obstacles informels ou mal identifiés. Ces demandes doivent constituer un axe important des négociations de réforme de l'OMC. L'effectivité des engagements internationaux suppose également que l'on se donne les moyens de les faire respecter, notamment en déposant des recours lorsque des manquements sont constatés. Cela est loin d'avoir toujours été le cas jusqu'ici, comme en témoignent le nombre et l'ambition limités des recours auprès de l'OMC concernant les subventions chinoises<sup>22</sup>. L'Union européenne n'a jamais engagé de procédure de différend devant l'OMC contestant directement des dispositifs de subventionnement en Chine ; elle ne s'est plainte qu'en 2018, après les initiatives américaines, contre les transferts forcés de technologie ; elle n'a pas non plus fait valoir d'une façon plus générale que les politiques chinoises la frustraient des bénéfices attendus des accords (« plaintes en situation de non-violation »). En dépit des menaces qui pèsent sur le système de règlement des différends de l'OMC, il est temps d'en faire une utilisation plus stratégique et plus offensive.

L'effet de ces actions étant à la fois incertain et souvent long à se matérialiser, il est nécessaire de renforcer dès à présent la capacité de l'Union à faire pression sur ses partenaires pour obtenir le respect de ce principe de réciprocité. Les marchés publics sont un domaine important dans lequel une action est possible. Leur ouverture n'est en effet assurée dans le cadre de l'OMC que par l'intermédiaire d'un accord plurilatéral, dont seule une partie des membres de l'organisation est signataire ; la Chine, en particulier, ne l'a toujours pas signé, alors que cette perspective avait été tracée dès son accession en 2001. Les engagements larges d'ouverture des marchés publics européens à la concurrence étrangère ne trouvent donc pas de réciprocité chez un grand nombre de nos partenaires. Des propositions sont discutées depuis 2012 pour rétablir une certaine symétrie et rendre possible la pénalisation des entreprises de partenaires n'ayant pas pris d'engagement d'ouverture de leurs propres marchés publics. Elles n'ont pas abouti jusqu'à présent, même si une nouvelle proposition d'instrument international de marchés publics (*International Procurement Instrument*) a été formulée en 2016. Il est désormais urgent de conclure.

**Recommandation 4.** Renforcer la vigilance et l'exigence dans l'application du principe de réciprocité dans l'accès au marché. Recourir plus systématiquement au système de consultation et de règlement des différends lorsque des manquements sont constatés. Rétablir la réciprocité dans l'ouverture des marchés publics.

La nomination d'un « procureur commercial » serait également utile. Nommé par la Commission européenne et doté de moyens d'enquête, ce procureur serait habilité à prendre différentes mesures visant à remédier aux manquements constatés (publication des conclusions – *naming and shaming* –, demandes officielles, transmission à la Commission pour saisine de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, ouverture *ex officio* d'enquêtes anti-dumping et anti-subvention comme le permet la réforme récente des instruments de défense commerciale, mesures de sauvegardes). Le cas échéant, ses conclusions devraient également être prises en compte dans les décisions relatives aux marchés publics et aux investissements directs. Une telle incarnation est nécessaire parce que les règles de politique commerciale ne sont pas suffisamment précises et complètes pour garantir une mise en œuvre effective des engagements des partenaires, apportant les bénéfices attendus. L'enjeu n'est alors pas d'obtenir le

<sup>20</sup> Clark D.P., J. Creswell et D.L. Kaserman (1990) : « Exports and Antitrust: Complements or Substitutes? », *Review of Industrial Organization*, vol. 5, n° 2, pp. 41-51, et Hollis A. (2003) : « Industrial Concentration, Output, and Trade: An Empirical Exploration », *Review of Industrial Organization*, vol. 22, n° 2, pp. 103-19.

<sup>21</sup> Lorsque ce n'est pas le cas, par exemple pour certaines plates-formes numériques, cela signifie que leur développement – même en position dominante – n'est pas le signe d'une déficience de la politique de concurrence.

<sup>22</sup> Zhou W., H. Gao et X. Bai (2019) : « China SOE Reform: Using the WTO Rules to Build a Market Economy », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, n° 2.

strict respect de tous les engagements, ce qui est hors de portée, mais de mettre en œuvre les actions ciblées et cohérentes permettant de corriger les problèmes les plus importants.

**Recommandation 5. Nommer un procureur commercial pour incarner et mettre en œuvre les exigences de réciprocité.**

### Les subventions industrielles

L'utilisation des subventions industrielles et les instruments pour remédier à leurs effets préjudiciables (mesures compensatoires ou droits anti-subventions) sont encadrés par l'accord correspondant de l'OMC. En pratique ce cadre s'avère aujourd'hui insatisfaisant : ses règles sont trop restrictives dans leur définition et trop exigeantes dans les preuves qu'elles nécessitent. En particulier, une subvention ne peut être caractérisée que lorsqu'une contribution financière par le gouvernement ou une entité publique peut être identifiée (hors cas de soutien au revenu ou aux prix), et l'Organe d'appel du règlement des différends de l'OMC a interprété qu'une entité devait « posséder, exercer ou être investie de l'autorité du gouvernement » pour être considérée comme publique<sup>23</sup>. Or, ce cas de figure ne couvre qu'une partie des pratiques. Dans le cas chinois, le caractère protéiforme des subventions, prenant souvent la forme d'accès privilégié au capital et de différends intrants, transitant par une multitude de canaux et de structures, dépasse très largement ce cadre<sup>24</sup>. Ce problème est aggravé par le manque de transparence de nombreux membres de l'OMC. De fait, les obligations de notification sont souvent mal respectées, quand elles ne sont pas tout simplement ignorées<sup>25</sup>. Témoin des tensions induites par la mise en œuvre de ces obligations, les contre-notifications effectuées à cinq reprises depuis 2011 par les États-Unis, qui dénonçaient auprès de l'OMC près de 500 mesures de subventions chinoises qui auraient dû être notifiées et ne l'avaient pas été<sup>26</sup>.

Seuls deux types de subventions spécifiques à une entreprise ou une industrie sont interdits par l'accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires, à savoir celles qui sont conditionnelles à des performances à l'exportation ou à l'utilisation de produits nationaux plutôt qu'importés. Les autres sont seulement opposables s'il est possible d'établir l'existence d'un préjudice, ce qui est souvent très difficile. Étant donné le caractère nécessairement limité des pouvoirs d'investigation de la Commission, ceci rend difficile le rétablissement de l'équilibre entre entreprises opérant à partir de pays ne respectant pas les mêmes règles. En revanche,

la durée des procédures d'examen préalables à la mise en place de mesures compensatoires est souvent trop longue au regard de la vie des affaires.

La meilleure réponse à ce constat serait une réforme de l'accord de l'OMC sur les subventions. Les propositions formulées dans ce sens par la Commission sont bienvenues, puisqu'elles visent notamment à « améliorer la transparence et les notifications des subventions », mieux préciser les engagements concernant les entreprises d'État et rendre plus efficaces les contraintes concernant les types de subventions les plus distorsives<sup>27</sup>. La création d'une présomption réfutable selon laquelle les subventions non notifiées seraient préjudiciables pour les partenaires, et donc susceptibles d'actions compensatoires, serait en particulier un levier puissant pour modifier la nature des incitations dans ce domaine.

**Recommandation 6. Faire des subventions un sujet prioritaire dans les négociations de réforme de l'OMC, afin de renforcer les obligations de transparence et de rendre plus facile l'adoption de mesures compensatoires lorsque les subventions d'un partenaire sont préjudiciables.**

Une telle réforme doit rester l'objectif prioritaire : l'établissement de règles multilatérales permettant de limiter les distorsions liées aux subventions est la solution la plus conforme aux valeurs et aux intérêts européens. Mais comme l'a montré l'extrême difficulté à faire évoluer de façon substantielle les règles de l'OMC depuis sa création, il est nécessaire de préparer un « plan B » en cas d'échec, permettant d'assurer la défense des intérêts européens et, de ce fait même, d'améliorer la capacité de l'Union à négocier une réforme constructive. La réforme des instruments de défense commerciale et celle de la méthodologie de détermination des droits anti-dumping, entrées en vigueur récemment, sont un premier pas dans ce sens. Il faut désormais utiliser de façon réactive ces instruments dès que cela est justifié, dans le respect de nos engagements internationaux. En particulier, la réponse la mieux appropriée aux subventions industrielles des partenaires est la mise en œuvre de mesures compensatoires : même si nous avons souligné les limites des accords actuels de l'OMC, il faut pleinement utiliser les règles en vigueur et la flexibilité permise par la réforme récente des instruments de défense commerciaux dès lors que des subventions industrielles ou des pratiques concurrentielles déloyales causent un préjudice à l'industrie européenne<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> OMC (2011) : « Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China », *Appellate Body Report*, n° WT/DS379/AB/R, para. 317.

<sup>24</sup> Wu M. (2016) : « The 'China, Inc.' Challenge to Global Trade Governance », *Harvard International Law Journal*, vol. 57, pp. 1001-1063.

<sup>25</sup> Voir les rapports annuels du groupe de travail sur les notifications (dernier en date : WTO, G/SCM/152, 29 octobre 2018).

<sup>26</sup> Office of the US Trade Representative (2018) : *Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program*, pp. 105-106, mars.

<sup>27</sup> Commission européenne (2019) : *Concept Paper on WTO Modernisation*, septembre.

<sup>28</sup> Dans le cas de la Chine, la section 15(b) de son protocole d'accession à l'OMC permet de se prévaloir de « difficultés spéciales » dans l'application de l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires pour rendre plus flexible l'évaluation des subventions concernées. Voir Zhou *et al.* (2019) *op. cit.*

Les investissements étrangers directs doivent également être pris en compte, parce qu'ils sont un autre sujet sur lequel les stratégies étatiques peuvent dévier la logique concurrentielle. En l'occurrence, nous avons rappelé plus haut que l'Union européenne vient de se doter d'un dispositif de filtrage des investissements étrangers directs lorsqu'ils représentent une menace potentielle pour la sécurité nationale ou l'ordre public. Sur un plan purement économique, toute restriction à cet égard doit être maniée avec prudence, dans la mesure où elle peut facilement être détournée pour protéger sans justification valable des intérêts sectoriels de la concurrence, et où elle peut peser sur les incitations à investir. Il reste que les préoccupations liées au financement public (pour éviter les distorsions liées aux subventions) et à la préservation de la concurrence (pour parer les acquisitions tueses) pourraient également être prises en compte de façon plus systématique.

**Recommandation 7.** Utiliser de façon réactive les instruments de défense commerciaux dès lors que des subventions industrielles ou des pratiques concurrentielles déloyales causent un préjudice à l'industrie européenne.

Prendre en compte de façon plus systématique les préoccupations liées au financement public et à la préservation de la concurrence dans le filtrage des investissements étrangers directs.

## Les aides d'État peuvent être utilisées pour une réponse européenne active

Sans entrer dans le débat complexe de la politique industrielle européenne, la question se pose de savoir si la réponse de l'Union devrait également prendre des formes plus actives. À cet égard, la politique de la concurrence est souvent considérée comme un frein étant donné les disciplines qu'elle impose aux aides d'État. En la matière, la principale critique d'ordre général formulée à l'égard de la politique industrielle est que la puissance publique est mal placée pour sélectionner les entreprises bénéficiaires de ses actions (*picking winners*) : l'information sur les performances des entreprises est souvent lacunaire et les candidats potentiels à être ainsi aidés ont intérêt à dissimuler les informations sur leurs coûts pour distordre

à leur profit la décision publique. Dans le cadre européen, en outre, les aides d'État portent le risque de stratégies non coopératives des États membres. Cela explique le cadre strict appliqué en Europe, qui peut susciter la crainte que des investissements publics ne soient pas mis en œuvre alors qu'ils seraient socialement profitables.

La modernisation des règles encadrant les aides d'État a toutefois prévu un cadre pour remédier à ces inconvénients, puisqu'elle promeut la réalisation de projets difficiles à financer en raison des risques technologiques ou financiers qu'ils présentent, alors même qu'ils permettent de relever des défis importants. Ce cadre légal dit des Projets importants d'intérêt européen commun (PIIEC), permet d'octroyer des montants d'aides importants à des projets industriels larges. Les critères d'admissibilité qui leur sont attachés permettent de s'assurer qu'ils évitent les défauts mentionnés précédemment en exigeant de cibler un secteur tout entier et non des entreprises individuelles qui seraient choisies *ex ante*, et en s'assurant que les bénéfices ne sont pas limités à un seul État membre. Ces critères évitent que les aides en question n'atténuent la vigueur de la concurrence intra-européenne, ce qui risquerait de s'avérer contre-productif. Moyennant leur respect, donc, rien n'interdit aux États membres et/ou aux institutions européennes de mettre en œuvre des initiatives ambitieuses visant à orienter l'activité économique par une combinaison d'investissements dans les technologies et les infrastructures, notamment, comme ceux motivés par la nécessité de répondre aux défis de l'adaptation au changement climatique. La concordance des intérêts nationaux peut certes représenter une limite dans certains cas. La Pologne s'est ainsi montrée plutôt réticente au départ au développement en cours d'un PIIEC franco-allemand sur les batteries électriques, car elle héberge sur son sol une usine coréenne de batteries. Dans ce domaine comme dans les autres, l'adaptation aux défis de la concurrence met l'Europe au défi de la cohésion.

Dans le contexte actuel de recul du multilatéralisme, l'Europe doit s'armer pour défendre ses intérêts économiques. C'est moins du côté de sa politique de concurrence, compte tenu des bénéfices pour les consommateurs européens, que dans l'articulation avec la politique commerciale qu'elle doit chercher les moyens de mieux faire respecter les règles et défendre ses intérêts. ●



**conseil d'analyse  
économique**

Le Conseil d'analyse économique, créé auprès du Premier ministre, a pour mission d'éclairer, par la confrontation des points de vue et des analyses de ses membres, les choix du Gouvernement en matière économique.

**Président délégué** Philippe Martin

**Secrétaire générale** Hélène Paris

**Conseillers scientifiques**

Jean Beuve, Clément Carbonnier,  
Claudine Desrieux

**Chargé d'études/Économiste**

Samuel Delpuech, Étienne Fize

**Membres** Yann Algan, Emmanuelle Auriol,  
Stéphane Carcillo, Gabrielle Fack, Élise Huillery,  
Sébastien Jean, Camille Landais, Philippe Martin,  
Thierry Mayer, Anne Perrot, Thomas Philippon,  
Corinne Prost, Xavier Ragot, Katheline Schubert,  
Claudia Senik, Stefanie Stantcheva, Jean Tirole, Farid Toubal

**Correspondant**

Dominique Bureau

**Les Notes du Conseil d'analyse économique**  
ISSN 2273-8525

**Directeur de la publication** Philippe Martin

**Rédactrice en chef** Hélène Paris

**Réalisation** Christine Carl

**Contact Presse** Christine Carl  
christine.carl@cae-eco.fr Tél. : 01 42 75 77 47