

532– Les moyens de la politique de la concurrence

Les autorités de la concurrence concentrent leurs actions en 5 grands axes d'interventions qui peuvent être regroupés en deux grandes politiques :

- ▣ **Politique préventive ex ante : le but est d'éviter de créer ou de renforcer une position dominante sur le marché. 3 moyens sont alors utilisés : l'analyse des impacts anticoncurrentiels des opérations de concentration, l'interdiction des aides publiques, l'ouverture à la concurrence des marchés**
- ▣ **Politique répressive et rétrospective qui est basée sur des sanctions . 2 moyens sont alors utilisés: lutte contre les cartels et les abus de position dominante**

Les mesures de politique préventive

- ▣ l'analyse des impacts anticoncurrentiels des opérations de concentration :
 - **les opérations de concentration sont les opérations qui ont en commun d'affecter les structures de marché : fusions, acquisitions, transferts d'actifs, prises de contrôle et créations de filiales communes. Or, certaines opérations de croissance externe sont susceptibles de créer ou de renforcer une position dominante sur le marché et donc d'affecter sensiblement le jeu des forces du marché.**
 - Le contrôle des concentrations est alors prospectif et préventif : la Commission européenne donne son accord ou pas à l'opération de concentration. Dès la constitution de la CEE, le contrôle communautaire des opérations de concentration est apparu comme un objectif car les perspectives du marché commun puis du marché intérieur devaient permettre aux entreprises d'exploiter les économies d'échelle associées à la taille croissante du marché et donc s'accompagner d'un vaste mouvement de restructuration.
 - Le droit communautaire du contrôle des concentrations s'est transformé :
 - ✓ Il a longtemps retenu comme critère de fond pour l'évaluation d'une opération de concentration celui de la création ou du renforcement d'une position dominante individuelle ou collective. Ainsi après la cession préalable par Perrier à BSN des actifs de Volvic, le marché des eaux minérales en France se trouvait réparti entre, d'une part, un oligopole à trois firmes : Nestlé (20-25 %), Perrier (20-25 %) et BSN (32 %) et, d'autre part, une frange concurrentielle composée de firmes de petite taille de part agrégée de l'ordre de 20 à 30 %. La fusion Nestlé/Perrier en 1991 transformait le marché en un duopole composé de la nouvelle entité (40-50 %) et de BSN (32 %), le reste étant réparti entre les firmes de la frange concurrentielle. La Commission a estimé que le risque d'une domination conjointe du marché par les membres du duopole ne pouvait être écarté. La Commission européenne a accepté la fusion sous réserve que Nestlé/Perrier transfère 20% de parts de marché, et donc Vichy, Thonon, Pierval, St-Yorre et autres sources mineures à un troisième concurrent, le groupe Castel.
 - ✓ une réforme du droit communautaire du contrôle des concentrations a eu lieu en 2004 :
 - le test de dominance économique a été remplacé par le test de l'entrave significative de concurrence, équivalent du test anglo-saxon dit de réduction substantielle de concurrence : l'article 2 du règlement 2004 énonce que « *les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun* ».
 - Les gains potentiels d'efficacité liés à la fusion ont été explicitement introduits dans le nouveau règlement du contrôle des concentrations. La Commission reconnaît à présent explicitement que les fusions peuvent conduire à des gains de compétitivité. Le nouveau règlement reconnaît que ces gains peuvent contrebalancer les effets négatifs d'une opération de concentration et qu'il convient de procéder à un bilan global. Cependant, l'évaluation de ce bilan est toujours délicate, car elle repose sur des informations prospectives ayant trait à des conditions non directement observables.
- ▣ La surveillance des aides publiques :
 - **Les articles 107 et 108 du traité posent le principe de l'interdiction des aides d'Etat, c'est-à-dire des subventions publiques aux entreprises. Les aides interdites sont de deux types :**
 - ✓ **les subventions : transferts d'argent, prêts à taux privilégiés**
 - ✓ **les exonérations : renoncement à percevoir des taux, exonérations fiscales**
 - Cette interdiction par le droit européen repose sur le fait qu'une entreprise bénéficiant d'aides publiques de son pays sera avantagée par rapport à une entreprise étrangère qui n'en bénéficierait pas. Cela n'est pas uniquement valable pour les

aides à l'import ou à l'export, puisque même une entreprise officiant sur le sol national favorisée pourrait y renforcer sa position au détriment d'autres entreprises notamment étrangères. Ainsi, toutes les aides qui favorisent les entreprises nationales par rapport aux entreprises étrangères sont interdites.

- Certaines aides sont autorisées, par exemple : dédommager une entreprise dans la réalisation d'un service public structurellement déficitaire ; aider à la consommation de certains produits alimentaires ; favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ; promouvoir la culture et la préservation du patrimoine.
- Le contrôle de la Commission sur les aides publiques se fait de 2 manières :
 - ✓ Pour les aides existant déjà (par exemple celles qui seraient en vigueur dans un Etat membre avant qu'il n'intègre l'UE), la Commission exerce une surveillance permanente. Si elle constate qu'une aide n'est pas compatible, elle en informe l'Etat membre. Celui-ci, s'il ne choisit pas de la modifier ou de l'interrompre, s'expose à l'ouverture d'une procédure d'examen formel, au terme de laquelle la Commission devra réitérer sa décision en la motivant.
 - ✓ Pour les nouvelles aides, l'Etat notifie à la Commission les régimes d'aide qu'il souhaite mettre en place avant de le faire. La Commission a l'obligation de répondre à toute notification, sans quoi l'aide est automatiquement validée. La plupart des aides, plus de 9 sur 10 notifiées, est autorisée par la Commission européenne

□ L'ouverture à la concurrence des marchés :

- L'ouverture des services publics à la concurrence a été le maître mot des années 80. Les pays européens ont, progressivement, les uns après les autres, pratiqué une politique de libéralisation de leurs activités d'intérêt économique général.
- la notion même de « service public » n'est nulle part mentionnée dans les Traités européens. Ce concept semble ne pas faire l'objet d'une vision commune. On peut définir **les services publics comme des services collectifs, réglementés par l'Etat parce qu'ils sont jugés essentiels à la collectivité. Répondant à une mission d'intérêt général, ils doivent garantir le principe d'égalité. Ils sont assurés par les administrations publiques, par des entreprises publiques mais peuvent aussi être délégués par les pouvoirs publics au secteur privé.** Chaque Etat membre a développé sa propre définition du service public et sa propre approche nationale, désignant parfois des services offerts au grand public, parfois des services fournis par un organisme du secteur public ou encore des services soumis à « une obligation de service public dans l'intérêt général ». Le souci de l'Union européenne est de veiller à ce que les services publics, qu'il s'agisse des services de réseau ou des services sociaux, travaillent dans des conditions économiques et financières qui leur permettent d'accomplir leur mission. L'Union européenne se réfère à cette dernière notion et utilise le concept de « **service d'intérêt général** » (SIG) :

✓ **Les services d'intérêt général non économique (SIGNE) : les systèmes d'éducation obligatoire, les régimes de sécurité sociale, etc.**

- Leur caractère non économique les exclut du champ d'application des règles du traité.
- La Commission reconnaît qu'il est impossible de dresser une liste exhaustive d'activités qui ne seraient, à priori, jamais de nature économique. Elle admet cependant que « les activités qui font intrinsèquement partie des prérogatives de puissance publique et qui sont exercées par l'Etat ne constituent pas des activités économiques » (police, justice). Il en est de même des régimes de sécurité sociale fondés sur le principe de solidarité, des « hôpitaux intégrés dans un service national de santé dont le fonctionnement repose presque intégralement sur le principe de solidarité », de l'enseignement public organisé dans le cadre du système de l'éducation nationale, et des principales activités des universités et des organismes de recherche.

✓ Les Services d'Intérêt Economique Général (SIEG) : **services de nature économique que les Etats membres ou la communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général.**

- Ce sont les grands services de réseaux (électricité, gaz, services postaux, transport et télécommunication). Ces activités sont en situation de monopole naturel : elles présentent des économies d'échelles, car le coût moyen de production de ses produits diminue à mesure que les quantités augmentent du fait de l'importance des coûts fixes (infrastructures).
- Les SIEG, compte tenu de leur importance particulière, doivent demeurer accessibles à tous, même dans des zones où ils ne seraient pas rentables. C'est un **service universel : un service de base offert à tous dans l'ensemble de la communauté à des conditions tarifaires abordables et avec un niveau de qualité standard.** Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne reconnaît, afin de garantir l'accès universel à ces services et leur qualité, l'importance des pouvoirs publics pour encadrer leur fourniture. Ces derniers peuvent confier la mission de service public à une entreprise et lui fournir des compensations financières pour qu'elle puisse effectivement s'acquitter de celle-ci et garantir ainsi l'accessibilité et la qualité à tous, tout en étant compatible avec les règles sur les aides d'Etat. En effet, les entreprises qui offrent les services d'intérêt général sont le plus souvent dans l'incapacité de facturer la totalité du coût au bénéficiaire final. Elles sollicitent donc un soutien de l'Etat ou des collectivités locales pour compenser la différence. Si la compensation accordée est proportionnelle aux obligations de service public, elle ne sera pas qualifiée d'aide d'Etat incompatible avec le marché intérieur.

- Le problème est qu'une fois en monopole, l'entreprise peut en profiter pour augmenter ses prix et diminuer la qualité grâce à son pouvoir de marché, ce qui nécessite l'intervention des pouvoirs publics. Ceux-ci peuvent par exemple lui imposer un prix plus faible tout en veillant à ce que les coûts, fixes et variables, soient couverts. Cela n'est pas aisé pour l'Etat car, en situation d'asymétrie informationnelle, l'entreprise a tendance à surestimer ses coûts pour obtenir un prix plus élevé ou des aides publiques plus conséquentes, et celui-ci ne peut pas toujours le savoir. Afin que la régulation soit la plus efficace possible, les Etats européens ont appliqué le principe suivant à l'ouverture des marchés dans le secteur du transport ferroviaire, de l'électricité ou de la téléphonie : une libéralisation des marchés nécessitant l'utilisation du réseau mais une gestion de l'infrastructure confiée à une seule entreprise en raison de la présence de coûts fixes et qui la met à la disposition des premières. Par exemple, en France, la gestion du réseau de distribution d'électricité a été confiée à Enedis. L'entreprise développe, exploite et modernise le réseau ; elle a le monopole des interventions techniques alors que d'autres entreprises sont en concurrence pour la vente d'électricité. L'ouverture à la concurrence n'implique pas une privatisation des entreprises publiques. Par exemple, SNCF réseau, qui a en charge la gestion des infrastructures ferroviaires demeure une société anonyme à capitaux publics. Avec l'ouverture à la concurrence sur le marché du transport de personnes, SNCF Voyageur, aussi société anonyme 100 % publique, est entrée en concurrence avec des entreprises privées.

Les mesures de politique répressive et rétrospective

- La lutte contre les cartels :
 - **Cartel de producteurs : entente formelle entre quelques producteurs pour maximiser leurs profits communs en fixant notamment leurs prix et leurs quantités de manière coordonnée . Le cartel peut être assimilée à une concentration horizontale où de grandes entreprises juridiquement et financièrement indépendantes ayant des activités comparables sur un même marché, s'entendent en vue de contrôler et parfois partager ce marché, dans le but de rendre plus difficile l'entrée de nouveaux concurrents et de maximiser leurs profits.**
 - Les cartels sont préjudiciables au bien-être de la collectivité :
 - ✓ On estime qu'en moyenne, un cartel permet de faire monter les prix de 20% au niveau national et de 30% au niveau international
 - ✓ Les cartels défavorisent l'innovation : une entreprise n'a pas besoin d'innover, car ses parts de marché sont assurés
 - ✓ Les situations de cartel nuisent donc aux consommateurs, car les clients ne peuvent pas profiter des effets positifs d'une véritable concurrence entre les vendeurs d'un même marché comme la baisse des prix ou l'augmentation de la qualité favorisée par la concurrence.
 - La législation européenne pour lutter contre les cartels:
 - ✓ les amendes peuvent atteindre au maximum 10% du chiffre d'affaires mondial des entreprises
 - ✓ le programme de clémence a été mis en place en 1996 : si une entreprise impliquée dans une entente se dénonce et qu'elle apporte des preuves de cette entente, elle bénéficie de l'immunité ou d'une réduction substantielle de l'amende finale. Ce système a de nombreux avantages :
 - o la procédure d'enquête est accélérée, car l'entreprise qui dénonce doit amener les preuves.
 - o un climat de méfiance et de suspicion se développe à l'intérieur de ces cartels : chaque entreprise veut être la première à dénoncer le cartel. Les cartels disparaissent alors plus rapidement.
 - o Tous les participants à un cartel ont intérêt à le dénoncer : le deuxième qui passe aux aveux peut voir son amende réduite de 30 à 50 %, le troisième de 20 à 30 %, etc.
- Les abus de position dominante :
 - **Une entreprise occupe une position dominante lorsqu'elle est en mesure d'agir indépendamment de ses concurrents, clients, fournisseurs et, en définitive, du consommateur final.**
 - **En droit européen de la concurrence, il n'est pas illégal de détenir une position dominante, si elle est obtenue par des moyens concurrentiels légitimes : l'entreprise produit des biens moins chers, innovants et de meilleure qualité, par exemple en concevant et en vendant un meilleur produit.**
 - **En revanche, l'abus de position dominante est interdit par le droit européen. L'abus de position dominante est le fait d'exploiter abusivement une situation de puissance économique sur un marché; par exemple, en pratiquant des prix ou des conditions commerciales inéquitables ou en freinant le développement technique au préjudice des consommateurs**
 - Les pratiques mises en œuvre par une entreprise dominante et constitutives d'un abus tendent généralement à préserver la position dominante de cette entreprise sur son marché « principal » (celui sur lequel l'entreprise est dominante), ou bien sur un marché « connexe » ou « adjacent », qu'il soit verticalement ou horizontalement relié au marché principal)
 - ✓ **Les pratiques de prix prédateurs : une entreprise en position dominante, capable de faire face à des pertes temporaires, met en œuvre des prix bas (en dessous des coûts). Ses concurrents, incapables de suivre des conditions de concurrence aussi intenses, sortent du marché. Une fois seule l'entreprise peut soit remonter ses prix, soit simplement servir la demande abandonnée par les concurrents de façon à récupérer les profits perdus durant la phase prédatrice. Les prix prédateurs**

pratiqués sur un marché donné peuvent aussi servir à convaincre les entrants potentiels sur d'autres marchés (futurs ou connexes) que le prédateur se comportera toujours de façon agressive à l'égard de l'entrée d'un concurrent.

- ✓ Les ventes liées : une entreprise, en position dominante sur un marché, protège celui-ci en liant la vente de plusieurs biens. Les formes revêtues par la pratique sont très diverses : le « *bundling* » peut être pur (les biens ne sont disponibles qu'ensemble) ou mixte (au moins l'un des biens peut être acheté seul). La liaison opérée entre les biens peut être de nature commerciale ou technologique (c'est le cas de biens compatibles entre eux, mais incompatibles avec les autres). Le caractère anticoncurrentiel d'une telle pratique n'apparaît que si les ventes liées empêchent un concurrent au moins aussi efficace que la firme en place d'exercer son activité.
- ✓ Les remises : une entreprise dominante peut offrir de façon profitable à ses acheteurs des remises (qui devraient conduire pour elle à une perte par rapport à la vente au « prix catalogue »). Elles peuvent également diminuer la transparence sur les prix : les prix effectivement payés par les acheteurs ne sont plus nécessairement des « prix publics »
- Plusieurs pratiques (prix prédateurs, ventes liées, remises, exclusivité) peuvent avoir le même effet sur un de ces marchés
 - ✓ exclusion sur le marché principal : il s'agit pour l'entreprise de protéger sa position dominante, soit en contraignant les concurrents à sortir de son marché principal, soit en empêchant des concurrents potentiels d'y entrer. C'est l'objectif d'une pratique de prix prédateur
 - ✓ exclusion sur un marché connexe : l'entreprise se sert de sa position dominante sur son marché principal pour acquérir ou consolider son pouvoir de marché sur un marché connexe (bien complémentaire ou indépendant du marché principal). C'est l'objectif essentiel d'une pratique de vente liée
 - ✓ exclusion verticale : l'entreprise se sert de sa position dominante sur un marché pour interdire à une autre d'avoir accès à un autre étage d'une industrie organisée verticalement. Par exemple, une entreprise qui accorde des remises de fidélité à ses distributeurs, leur consentant des avantages importants s'ils concentrent leurs achats auprès d'elle, peut décourager ces distributeurs de vendre les produits concurrents et empêcher l'entrée d'une entreprise concurrente sur son marché.
- La législation européenne pour lutter contre les abus de position dominante : *les amendes peuvent atteindre au maximum 10% du chiffre d'affaires mondial des entreprises*