

OBSERVATIONS prononcées à la suite de la communication de Bruno Lasserre (séance du lundi 7 mars 2016)

Yvon Gattaz : Les lois en faveur d'une concurrence active considèrent un peu l'entrepreneur comme un suspect, comme un délinquant possible. C'est pourquoi l'on éprouve le besoin d'ériger des barrières susceptibles d'empêcher la tricherie. Certes, il existe des ententes de grands groupes internationaux et parfois des malversations qu'il faut combattre. Mais pour l'entrepreneur français moyen, consciencieux et honnête, la concurrence est quelque chose de nécessaire car elle favorise l'innovation, laquelle innovation est le facteur essentiel de la croissance qui est, comme chacun devrait le savoir, le facteur essentiel de l'emploi, impératif catégorique du XXI^e siècle pour tous les pays du monde.

Quant à la situation de monopole, nous autres entrepreneurs, nous la souhaitons. Heureusement que la concurrence n'est pas parfaite car si elle l'était, les entreprises feraient faillite. La concurrence étant imparfaite, on n'est pas plagié tout de suite – on connaît la formule : il y a de l'hystérésis dans le plagiat – et, par les brevets que l'on dépose, on parvient à un petit monopole. Mais celui-ci n'est en fait qu'un quasi-monopole provisoire. Il ne dure que quelques années, mais il permet à l'entreprise de gagner de l'argent, et donc d'investir, de grandir et éventuellement d'embaucher du personnel.

Il y a en France des monopoles admis, avec des dérogations admises. Je pense aux SCOP, sociétés coopératives ouvrières de production, qui bénéficient d'une fiscalité préférentielle. Il s'agit là d'une concurrence déloyale par rapport aux entreprises privées, d'autant plus privées qu'elles sont privées de subventions... Pensez-vous que l'on puisse un jour arriver à ce que les SCOP soient soumises à la même fiscalité que celle de toutes les autres entreprises ?

Réponse : Le droit de la concurrence est neutre par rapport à la propriété des entreprises. L'Autorité de la concurrence n'a pas de choix à faire entre l'actionnariat public ou privé, ni entre le statut coopératif ou non. C'est aux acteurs économiques de s'organiser.

Bien entendu, nous souhaitons, dans le cadre de l'égalité des chances entre les entreprises, que le droit fiscal n'avantage pas un statut par rapport à un autre et que chacun parte avec les mêmes règles dans la grande rivalité qu'est le marché.

Quant au monopole, le droit de la concurrence n'a rien contre le monopole en soi. La recherche du monopole, même provisoire, est un ressort du capitalisme. Une entreprise qui veut grandir, répondre à la demande et servir les clients jusqu'à les servir tous, doit être encouragée. Nous ne sommes pas non plus contre le fait que les entreprises cherchent à protéger leurs innovations. Si les brevets étaient immédiatement accessibles aux concurrents, il n'y aurait plus aucune incitation à investir dans l'innovation et la recherche.

Ce que condamne le droit de la concurrence, c'est l'abus du pouvoir de monopole. Il s'agit de mettre en balance les gains d'efficacité et les risques pour la concurrence.

Michel Pébereau : Je voudrais reprendre la question évoquée par mon confrère Yvon Gattaz, en la plaçant sur un autre terrain : celui des avantages consentis par l'Etat, pour l'exercice de la même activité, à certaines structures juridiques par rapport aux autres. Je pense en particulier en Europe continentale et particulièrement en France aux structures mutualistes ou publiques. De telles questions peuvent-elles être traitées par les autorités de concurrence ? Comment établir les conditions d'une concurrence loyale entre des établissements de statuts différents ?

Vous avez dirigé deux autorités administratives indépendantes, avec succès dans les deux cas. Pensez-vous que les AAI sont une forme efficace de régulation ? Et puisque vous avez été successivement responsable de la régulation des télécommunications et de la régulation de la concurrence, estimez-vous avoir apporté aux problèmes de régulation de ce secteur des réponses différentes ou identiques dans ces deux fonctions ?

Réponse : Sur la question des mutualistes, l'Autorité de la concurrence pas plus que son prédécesseur, le Conseil de la concurrence, n'est en mesure de sanctionner l'Etat régulateur. C'est la juridiction administrative qui, dans son arrêt « Million et Marais », a intégré le droit de la concurrence dans le bloc de légalité en contrôlant le respect par l'Etat. L'Autorité de la concurrence ne peut sanctionner que l'intervention sur un marché par un acteur public ou privé qui se livre à une activité économique. Par exemple, lorsque le ministre des Finances, dans son activité de commercialisation de monnaies et médailles, adopte un comportement sur un marché, il nous est arrivé de le sanctionner parce que, même doté d'un statut étatique, il s'agit d'un acteur économique. Nous avons même condamné la Banque de France pour un accord qu'elle avait passé avec des banques concernant les commissions interbancaires applicables au traitement du chèque.

C'est à titre consultatif que nous pouvons convaincre le gouvernement et le parlement de garantir l'égalité des chances entre mutualistes et autres acteurs du monde de l'assurance. Nous l'avons fait par exemple sur l'extension de la couverture collective santé. Il existait des clauses de désignation qui imposaient le recours, le plus souvent, à des institutions de prévoyance très proches des syndicats. Le Conseil constitutionnel a, sur cette question précise, adopté une décision très proche de notre avis, en demandant au gouvernement d'abandonner le recours aux clauses de désignation obligatoire pour privilégier des clauses de recommandation qui donnent une égalité des chances dans les appels d'offre que vont lancer les branches pour choisir le prestataire de cette couverture santé complémentaire.

Je suis personnellement favorable au recours aux autorités administratives indépendantes, notamment dans le domaine économique, afin de clarifier le rôle de l'Etat. Lorsqu'il est l'actionnaire du principal opérateur, on suspectera toujours son intervention. Il est donc bon qu'une autorité indépendante applique les règles du jeu. Je tiens à saluer le Conseil constitutionnel qui a accommodé cette évolution en considérant que ce mouvement était compatible avec la constitution française, y compris lorsque la loi dote les AAI d'un pouvoir de sanction. Le regret que j'ai est que l'Etat n'ait pas toujours tiré les conséquences de la création des AAI. Il reste en effet un rôle que les Etats ne pourront jamais déléguer aux AAI. C'est celui de construire des politiques publiques, d'édicter des lois, de négocier des accords internationaux et surtout d'évaluer *ex post* l'ensemble de l'action publique. Il faut bien reconnaître que

dans ces domaines que sont les transports, la santé, l'énergie, le numérique, l'État a perdu en expertise ces quinze dernières années et, partant, les moyens de définir des politiques publiques et de conduire une stratégie.

*
* *

Jean-Claude Casanova : Vous avez fait allusion à la gêne qu'éprouve la France à l'égard de l'idée de concurrence. Cette gêne est très visible dans la négociation du traité de Rome. Les deux conseillers de Maurice Faure étaient Georges Vedel et Pierre Uri, ce dernier chargé de rédiger les articles sur la concurrence. Ferme partisan de la concurrence, Pierre Uri, qui était socialiste, eut beaucoup de mal à se faire comprendre de ses « camarades ».

Après cette remarque, j'aimerais vous poser une question concernant la justification analytique de l'anti-trust. Au début, c'est extrêmement simple. Il y a la formule d'Adam Smith : Quand les chefs d'entreprise se réunissent, c'est nécessairement pour conspirer contre l'intérêt public. Il y a donc l'idée simple que l'entente et le monopole sont mauvais. Le monopole est créateur de corruption, de rente et d'inefficacité – et l'entente aboutit au monopole. Mais il va y avoir un biais auquel vous avez fait allusion plusieurs fois en parlant d'une partie de l'école continentale, des réticences européennes, de ce que vous avez appelé l'école de Harvard. Ce biais est que la concurrence par elle-même nie le profit, donc l'investissement, et nie l'innovation. Or l'investissement et l'innovation ont nécessairement des effets monopolistiques. Quand vous avez un brevet, il y a par définition un monopole. C'est d'ailleurs pourquoi les ultras de la concurrence réclament la suppression des brevets et le libre accès à la propriété intellectuelle. Mais cette école, dans un deuxième temps de réflexion, va dire que le progrès économique et la croissance nécessitent l'innovation qui implique des monopoles de non-concurrence, marques, brevets, etc. et l'investissement. Il faut donc faire une synthèse en choisissant les degrés de concurrence favorables à la croissance. De quels instruments disposez-vous dans les différentes autorités pour faire la bonne jurisprudence et dissocier au cas par cas le besoin de concurrence et le besoin de monopole ?

Réponse : Il n'y a pas de divergence aujourd'hui sur l'analyse que vous venez de faire. Je crois que les autorités de la concurrence doivent encourager l'innovation et l'investissement, même si c'est au prix de constitution de positions dominantes.

La divergence est plutôt sur le rôle du marché et sur le rôle des autorités de la concurrence. Aux États-Unis, il y a une croyance beaucoup plus forte qu'en Europe, parce que c'est un pays de pionniers où l'initiative individuelle est toujours très forte. Les Américains croient en la vertu auto-correctrice du marché. L'enquête sur le moteur de recherche Google en fournit une parfaite illustration. L'Europe a ouvert une enquête au motif que Google pourrait avantager ses propres services de recherche verticaux par rapport aux services concurrents dans les résultats affichés sur son moteur de recherche. La même enquête aux États-Unis n'a pas débouché car on croit, aux États-Unis, qu'à la vague d'innovation sur laquelle Google a surfé s'opposera un jour une autre vague d'innovation qui apportera des concurrents et corrigera l'effet de cette position dominante. En Europe, nous pensons qu'on ne peut

prendre ce risque et qu'il convient de prévenir ou sanctionner l'abus de position dominante.

*
* *

Jean Tirole : Avec les économies d'envergure (Google) ou de réseau (Facebook), il est clair que l'on a de plus en plus de monopoles. Il faut que des entrants plus efficaces puissent avoir accès sans pour autant exproprier les entreprises en place de leurs investissements, une forme de concurrence dynamique plutôt que statique. Il n'y a donc pas de contradiction sur le plan économique entre l'innovation et la concurrence.

Ma question porte sur la convergence qui est un peu *de facto*. En effet quand on regarde le *Sherman Act 1* et *2*, les articles 101 et 102 en Europe, ce que fait la Chine, etc., on constate qu'il n'a pas été nécessaire d'avoir des « accords de Bâle » pour arriver à un socle commun, même s'il existe encore des différences. Au niveau de la pratique par contre, les autorités peuvent avoir des opinions assez divergentes, alors que les pratiques ou remèdes (dégrouper, obtention d'aides d'État, fusions...) ne sont pas spécifiques à un pays. Comment percevez-vous ce problème ?

Réponse : J'ai essayé d'expliquer que, par des procédés souples et pragmatiques, nous avons progressé sur le chemin de la convergence, malgré le fait que les droits ne sont pas exactement les mêmes. Par exemple, aux États-Unis les cartels sont interdits *per se*. Ils donnent lieu à des peines de prison ferme. En Europe, nous ne connaissons pas l'interdiction *per se*. Il est possible pour les auteurs d'une entente de ce côté de l'Atlantique de racheter cette entente en demandant ce qu'on appelle une exemption, c'est-à-dire en démontrant que la contribution de cette entente au progrès économique l'emporte sur les risques concurrentiels qu'elle recèle. Nous avons donc une invitation faite aux autorités de la concurrence à balancer les effets pro- et anticoncurrentiels d'une entente.

C'est, de mon point de vue, un élément bénéfique car il invite à la prudence là où les Américains ont une approche plus brutale et tranchée. Mais sur les abus de position dominante, c'est l'inverse. Les Européens ont une approche plus interventionniste que les Américains qui croient davantage aux vertus correctrices du marché. Telle est la situation et il est vain de rêver de règles universelles idéales. Nous progressons grâce à une approche pragmatique. Il ne se passe pas une semaine sans que nous rencontrions nos collègues étrangers, notamment américains, pour discuter autour d'une même table des cas qui se présentent.

*
* *

Bertrand Collomb : En matière de concentrations, vous avez parlé d'une convergence des systèmes européen et américain, mais vous avez également remarqué que les considérations politiques - ou stratégiques - ne sont pas absentes des procédures américaines puisque celles-ci donnent un droit d'initiative plus important à une autorité politique, alors que dans le système européen, c'est une autorité indépendante qui a la main.

Cela a conduit à d'importants changements. Au début les Américains étaient très idéologiques dans leur approche de la concurrence et ont procédé à tous les démantèlements que vous avez cités. Ils ont d'ailleurs, au passage, tué l'industrie du ciment américaine en l'empêchant de se concentrer horizontalement et de s'intégrer verticalement. Après Reagan, ils ont eu au contraire une approche beaucoup plus réaliste et stratégique.

On a l'impression que la Commission européenne a hérité de l'idéologie américaine initiale et qu'elle a continué ainsi, même après que les Américains eurent changé. Pensez-vous qu'elle ait aujourd'hui évolué ?

J'aimerais aussi vous interroger sur le problème des aides d'État. C'est un problème que j'ai eu l'occasion d'aborder très concrètement en faisant partie de plusieurs groupes de réflexion sur les questions de l'énergie, du réchauffement climatique, etc. Y participaient généralement trois commissaires européens, l'un représentant l'industrie, l'autre l'énergie et le troisième chargé de la concurrence, seul à avoir un pouvoir réel. Quand les deux premiers faisaient des propositions pour impulser certaines innovations, le troisième précisait qu'il fallait avant tout respecter le droit de la concurrence, si bien que rien ne se faisait.

Je suis aussi surpris du seuil extrêmement bas de notification des aides d'État, ce qui veut dire que l'on prive le pouvoir politique de toute capacité d'impulsion en matière d'investissement et d'innovation. Empêcher l'État de prendre des initiatives participe, à mon sens, de la frustration des citoyens européens sur le fait que l'on a une Europe des règles, mais pas vraiment une Europe des initiatives. Quel est votre regard sur ce point ?

Réponse : Sur les concentrations, la Commission européenne a évolué depuis l'échec qu'elle a subi par l'annulation de sa décision Schneider/Legrand par la Cour de justice. La Commission européenne en a tiré les conséquences en renforçant l'analyse économique. Le chef économiste joue aujourd'hui le rôle d'un avocat du diable pour contester les analyses internes de la Commission. Le test, qui était celui d'un renforcement de la position dominante et était hérité de la position allemande, a lui-même été changé. Aujourd'hui, il est le même que celui pratiqué aux États-Unis, à savoir la diminution significative de l'intensité concurrentielle sur le marché. Depuis le début des années 2000, Bruxelles a bloqué peu de rachats ou de fusions – alors qu'à Washington, l'administration américaine n'a pas hésité récemment à s'opposer à des rapprochements très sensibles, que ce soit dans les mobiles, dans la télévision, dans l'alimentation, dans les fournitures de bureau, etc.

Le rôle du politique en matière de concentration est important en France, en Allemagne, en Italie et même au Royaume Uni. Les ministres peuvent toujours surmonter une décision défavorable d'une autorité de la concurrence qui s'opposerait à un rachat ou une fusion, au nom de la contribution de cette concentration à un intérêt général plus large que celui de la seule protection de la concurrence : l'emploi, l'investissement, la compétitivité du pays.

En ce qui concerne les aides d'État, vous avez raison. Le contrôle est nécessaire pour éviter les distorsions de concurrence qui pourraient résulter d'une intervention de l'État en favorisant certaines entreprises par rapport à d'autres. Mais il faut assurément être plus sélectif dans les aides d'État, rehausser les seuils pour que les chiffres impactent réellement les échanges entre États membres et, là encore, renforcer l'analyse économique.

*

* *

Jean-David Levitte : Le 11 février, Jack Lew, secrétaire d'État américain au Trésor a envoyé une lettre assez venimeuse au président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, pour reprocher à la Commission son comportement à l'égard des grands groupes américains, Apple, Amazon, Facebook, etc. dans le domaine de la fiscalité. C'est la commissaire à la concurrence, Margrethe Vestager, qui a été chargée de répondre que naturellement la Commission avait une approche équitable. Quel est votre jugement ?

Réponse : Premièrement, ce reproche n'est pas fondé. Quand on regarde les chiffres, on voit très clairement qu'une entreprise européenne ou asiatique a plus de chances d'être sanctionnée sur son territoire qu'une entreprise américaine en Europe.

Deuxièmement, sur les enquêtes et les décisions prises par la Commission européenne sur les fameux accords fiscaux, il faut remarquer que la Commission ne s'attaque nullement aux règles de la fiscalité établies par les États, mais qu'elle s'oppose seulement aux accords individuels négociés entre certains États et certaines entreprises, qui allègent de façon considérable la fiscalité de ces grands groupes mondiaux. Je suis tout à fait favorable à ces actions engagées par la Commission car nous sommes là en présence d'une distorsion manifeste de la concurrence. Il est en effet indubitable que les grands groupes, tel Starbucks ou Google, installent leur siège en Irlande parce que le gouvernement irlandais a négocié des règles fiscales dérogatoires.

*
* *

Jacques de Larosière : Je souhaite revenir un instant sur le concept même de lutte contre les abus de la concurrence. Aux États-Unis, le concept est global, c'est-à-dire que quand il y a une fusion ou un rapprochement qui peut poser problème au regard des règles de la concurrence, on examine la question sur l'ensemble du marché américain. En Europe, la Commission examine l'affaire État par État. Cela rend certaines opérations impossibles, telle celle qu'avait souhaitée Legrand. On comprendra sans doute un jour que cette politique de la Commission européenne a été un frein important à l'innovation et au développement industriel de l'Europe. L'idée d'un "champion" européen est antinomique avec la doctrine de la Cour américaine.

En outre, il y a un côté très irénique dans tout cela. On est très choqué à Bruxelles du fait que la France a un monopole qui s'appelle EDF. Mais quand on a ouvert le marché de l'électricité en France, on a pu constater à Bruxelles qu'EDF était très efficace, au point que les concurrents qui voulaient prendre des parts de marché à EDF ne pouvaient le faire que si l'on contraignait EDF à augmenter ses tarifs au détriment des consommateurs ! Je suis enclin à penser que face à la réussite éclatante de ce monopole qu'est EDF, il conviendrait de manifester un peu de souplesse.

Réponse : Sur votre première remarque concernant l'inhibition des entreprises européennes face à une jurisprudence trop sévère de la Commission, je vais vous donner une liste des opérations de concentration qui sont actuellement sur mon bureau. Auchan veut fusionner avec System U ; Decaux veut racheter Métrobus ; la FNAC veut racheter Darty ; Orange va peut-être racheter Bouygues Télécom.

Voyez-vous là une quelconque inhibition ? Loin de croire à une inhibition, je constate tout au contraire une désinhibition des entreprises européennes et françaises pour procéder à des rachats ou des fusions qu'elles n'auraient sans doute pas tentées il y a cinq ou dix ans.

Par ailleurs, la Commission européenne ne limite pas la définition du marché européen à une collection de marchés nationaux. Elle photographie la réalité de l'offre et de la demande. Il y a des cas où le marché est mondial – construction d'avions par exemple avec Boeing et Airbus – des cas où le marché est européen et des cas où les marchés restent cloisonnés. Cela ne relève nullement d'une volonté politique, mais d'une fragmentation encore bien réelle du continent européen avec des goûts, des habitudes qui varient d'un pays à l'autre.

*
* *

Rémi Brague : Je me suis demandé, au nom de la corporation philosophique, quel est le plus ancien monopole dont nous aurions gardé une trace historique fiable ? Il me semble que c'est celui de Thalès et je vois dans le fait que le premier monopole ait été le fait du premier philosophe une sorte de parabole. On se rappelle l'histoire : il est reproché à Thalès d'avoir la tête dans les nuages. En réponse, prévoyant, grâce à son astronomie, une chaleur exceptionnelle et donc une récolte exceptionnelle d'olives, il se réserve tous les pressoirs de la région de Milet et se fait une fortune lorsque la récolte arrive. J'aimerais bien un regard extérieur sur cette tentation philosophique monopolistique.

Réponse : *monopolion*, c'est en effet l'organisation du marché autour d'un seul offreur. Je ne crois pas que la philosophie comme l'observation de ce qui s'est passé sous l'Antiquité condamne, par définition, le monopole. Il peut y avoir des cas dans lesquels, parce que les ressources sont rares et pour réaliser des économies d'échelle, il convient d'organiser la production autour d'un monopole. Mais, pour qu'un monopole soit vertueux, il faut qu'il soit régulé afin d'éviter qu'il ne prélève la rente la plus élevée possible sur la part des consommateurs qui lui sont soumis, au détriment de l'investissement et de l'innovation.

*
* *

Jean Mesnard : Nous avons uniquement envisagé le droit de la concurrence, mais je crois que la concurrence ne s'achève pas dans le droit de la concurrence. La concurrence est un fait de société. Toute la société y est engagée. Il n'y a pas que les acteurs de la concurrence. Il y a aussi les destinataires de la concurrence, c'est-à-dire le public, les clients, et le rapport entre l'acteur et le client est un élément fondamental dans les règles, même juridiques, à établir pour ce qui est du fonctionnement de la concurrence.

Réponse : Le droit de la concurrence est effectivement une incitation pour les acteurs économiques à gagner en productivité et en efficacité. L'action des

autorités en charge de ce droit est en fait très simple. Elle consiste à encourager la prise de risque, l'innovation et les gains en efficacité et à faire en sorte que celui qui en est l'auteur, l'entrepreneur, partage équitablement les profits de cette efficacité accrue entre les actionnaires, les salariés et les consommateurs.

*
* *