



Politique industrielle ou les interstices du droit de la concurrence

Antoine Winckler

13 Avril 2012

Introduction / Historique

- Actualité de la question
 - Politique de concurrence → choix de marché?
 - Politique industrielle → choix de la puissance publique?

- K. Polanyi « embedded liberalism »; ordo-libéralisme allemand

- Traité de Paris et le concept de « concurrence normale »
- Traité de Rome: début de renversement?
 - Articles 85 et 86 devenus 101 et 102 TFUE
 - Articles 92 et 93 devenus 107 et 108 TFUE

- L'interprétation normative des années 80
 - La norme du marché et l'exception politique
 - Deux illustrations
 - Droit des concentrations: Règlement n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le Règlement sur les concentrations »)
 - Droit des aides d'état

- La crise de 2008 a-t-elle changé quelque chose?

I. Le droit des concentrations et la protection des « intérêts légitimes »

Le droit des concentrations et la protection des « intérêts légitimes »

- Historique : les projets de 1973 et de 1981

- Le cadre juridique
 - Règlement n°139/2004 sur les concentrations
 - Le critère unique: concurrence effective

- Les exceptions: politique industrielle et intérêts légitimes

Article 21, paragraphe 4 du Règlement sur les Concentrations

- Principe de compétence exclusive de la Commission en matière de concentrations de dimension communautaire

- Mais possibilité pour les Etats membres, en vertu de l'article 21, 4 du Règlement sur les concentrations de prendre des mesures appropriées pour assurer la protection
 - d'intérêts légitimes (sécurité, médias, règles prudentielles)
 - autres que ceux pris en considération par le Règlement sur les concentrations
 - compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire

Nonobstant les paragraphes 2 et 3, les États membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire.

Sont considérés comme intérêts légitimes, au sens du premier alinéa, la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles.

Tout autre intérêt public doit être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire avant que les mesures visées ci-dessus puissent être prises. La Commission notifie sa décision à l'État membre concerné dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à dater de ladite communication.

Intérêts légitimes – Sécurité Publique

- Intérêts liés à:

- la défense nationale
- la sécurité intérieure
- la sécurité d'approvisionnement d'un produit ou d'un service ayant une importance fondamentale pour l'existence d'un Etat

Aff. COMP/M.4197, E.ON/Endesa, 2006 : « la sécurité publique ne peut être invoquée que lorsqu'il y a une menace véritable et suffisamment sérieuse à un intérêt fondamental de la société »

Intérêts légitimes – Pluralité des médias

- Exemple: *Aff. COMP/M. 423, Newspaper Publishing, 1994*, dans laquelle la Commission a reconnu le droit aux autorités britanniques de soumettre une opération de fusion dans le secteur de la presse à des conditions appropriées et proportionnées, dans le but de garantir la diversité de la presse et la pluralité des opinions.

Intérêts légitimes – Règles prudentielles

- Règles visant à soumettre à un régime de contrôle spécial les entreprises dans le secteur des services financiers et à permettre aux autorités de régulation, en particulier de contrôler:
 - La propriété et le niveau des actifs des banques et compagnies d'assurances;
 - L'intégrité des individus dirigeant les organismes financiers;
 - La régularité des transactions
 - La solvabilité de ces entreprises

- Exemples
 - *Aff. IV/M.759, Sun Alliance / Royal Insurance, 1996*, dans laquelle la Commission a reconnu le droit aux autorités britanniques d'examiner les situations de changement de contrôle sur une compagnie d'assurance dans le cadre de l'application des règles prudentielles en matière d'assurance;
 - *Aff. IV/M.1616, BSCH / Champalimaud, 1999*, dans laquelle la Commission a, au contraire, considéré que la mesure prise par le ministre portugais des finances, à savoir la suspension de l'exercice des droits de vote acquis par BSCH, dans le but d'empêcher BSCH d'obtenir le contrôle conjoint des sociétés financières d'Antonio Champalimaud, n'était pas justifiée de façon crédible par des règles prudentielles.

Intérêts légitimes – Autres

- Possibilité pour les Etats membres d'invoquer tout autre intérêt public à condition que celui-ci soit:
 - Communiqué à la Commission et,
 - Reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire.

- Exemples
 - *Aff. COMP/M.567, Lyonnaise des Eaux / Northumbrian Water, 1995*, dans laquelle la Commission a considéré que le Royaume-Uni avait un intérêt légitime à appliquer certaines dispositions du Water Industry Act de 1991 aux concentrations intervenant dans le secteur de la distribution de l'eau.
 - *Aff. Autostrade / Abertis*, dans laquelle, inversement, la Commission a considéré que l'opposition des autorités italiennes au rachat de l'opérateur de concessions d'autoroutes, sous couvert de défense d'un intérêt public lié à la viabilité financière de la nouvelle entité issue de la transaction était contraire au Règlement dans la mesure où (i) l'intérêt invoqué n'avait pas été communiqué préalablement à la Commission et (ii) ne constituait pas un intérêt public réellement menacé dans le cas d'espèce.
 - *Aff. COMP/M.2054, Secil / Holderbank / Cimpor, retirée en 2001*, dans laquelle la Commission, après avoir constaté que le Portugal avait manqué à son obligation de notifier l'intérêt légitime invoqué à la Commission, a considéré que la prétendue incompatibilité de la concentration avec la « stratégie industrielle » du gouvernement ne justifiait pas l'opposition de l'Etat portugais à la dite concentration sur la base de l'article 21 du Règlement.

Intérêts légitimes – Autres (suite)

- Une fois la légitimité de l'intérêt invoqué par l'Etat membre reconnu par la Commission, celui-ci est autorisé à prendre toutes « mesures appropriées » visant à le protéger
- Limites:
 - Principe de proportionnalité (mesure la moins restrictive objectivement pour atteindre l'objectif légitime recherché)
 - Principe de non-discrimination (mesure ne représentant pas un obstacle injustifié à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement)
- En cas de non respect de ces obligations, la Commission peut saisir la Cour de Justice en application d'une version accélérée de l'Article 226 CE, après avoir émis des conclusions préliminaires à l'égard de l'Etat membre
- Exemples
 - *Aff. C-196/07, E.ON/Endesa (2008)*, dans laquelle la Cour a jugé que l'Espagne avait enfreint ses obligations en s'abstenant de supprimer les conditions supplémentaires auxquelles le régulateur espagnol de l'électricité avait soumis l'acquisition d'Endesa par E.ON
 - *Aff. COMP /M.4685, Enel/Acciona/Endesa (2007)*, dans laquelle la Commission a saisi la Cour pour non-respect par l'Espagne de la décision rendue par la Commission à l'encontre des conditions imposées par les autorités espagnoles à l'opération.

Protection d'intérêts nationaux en marge de l'article 21 du Règlement sur les Concentrations?

- **Aff. Mittal/Arcelor, 2006**: tentative de blocage de l'acquisition d'Arcelor par Mittal des autorités luxembourgeoises en proposant de réformer leur réglementation interne sur les offres publiques d'achat
- **Aff. Sacyr/Eiffage, 2008**: lecture extensive de la notion d'action de concert de l'Autorité des marchés financiers française en décidant que l'espagnol Sacyr avait agi de concert avec six autres actionnaires espagnols, l'obligeant par là même à lancer une OPA qui rendait l'opération recherchée impossible en pratique
- Opérations étrangères visant à l'acquisition de deux banques italiennes en 2005
- Questions non résolues:
 - **Volvo - Scania** (définition de marché et asymétrie des états)
 - **Scheider - Legrand** (intégration verticale et concurrence entre groupes)
 - **Nyse - Deutsche Börse** (le traitement des efficiences et la politique industrielle)

II. Droit des aides d'état et les exceptions politiques

Article 107 du Traité

- Une interdiction de principe (Article 107 (1))
- Article 107 (3) b) et c): Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur:
 - les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre,
 - les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun
- Plan d'action dans le domaine des aides d'Etat 2005-2009:

Les mesures d'aide d'Etat peuvent parfois constituer des outils efficaces pour réaliser des objectifs d'intérêt général. Elles peuvent dans certaines conditions, corriger des défaillances du marché, ce qui permet d'en améliorer le fonctionnement et de renforcer la compétitivité.
- Critères de mise en balance:
 - Objectif d'intérêt commun bien défini
 - Aide conçue pour atteindre l'objectif d'intérêt commun, i.e. permettre de remédier à la défaillance du marché ou d'atteindre un autre objectif
 - Instrument approprié
 - Effet incitatif (les investissements en cause n'auraient pas été entrepris en l'absence d'aide d'Etat)
 - Aide proportionnée
 - Distorsions de concurrence et effet sur les échanges limités de sorte que le bilan global est positif

Exemples – Aides au sauvetage et à la restructuration d'entreprises (Article 107(3)(b))

- L'octroi d'aides au sauvetage ou à la restructuration à des entreprises en difficulté peut être justifié à certaines conditions, par exemple par:
 - Des raisons de politique sociale ou régionale
 - La nécessité de prendre en considération le rôle bénéfique des petites et moyennes entreprises dans l'économie
 - L'intérêt qu'il y a à maintenir une structure de marché concurrentielle lorsque la disparition d'entreprises pourrait aboutir à une situation de monopole ou d'oligopole étroit
- Type d'aides: aides de trésorerie sous forme de garanties de crédits ou de crédits
- Les conditions des aides au sauvetage:
 - Délai de 6 mois
 - Raisons sociales graves, pas d'effets négatifs inacceptables dans d'autres Etats membres
 - Plan de restructuration, plan de liquidation ou preuve du remboursement du prêt ou de la fin de la garantie
 - Non-récurrence
 - Limitation au montant nécessaire pour maintenir l'entreprise en activité pendant la période de l'aide
- Les conditions des aides à la restructuration:
 - Éligibilité de l'entreprise
 - Retour à la viabilité à long terme via un plan de restructuration intégralement mis en œuvre et dont les conditions doivent être respectées
 - Prévention de toute distorsion de la concurrence à long terme
 - Limitation de l'aide au minimum: contribution réelle, exempte d'aide (<25% PME, <50% GE)

Exemples – Aides à la protection de l'environnement (Article 107(3)(c))

- L'aide d'Etat peut
 - dans le cadre d'un niveau insuffisant de protection de l'environnement, offrir aux entreprises des incitations positives à exercer des activités ou à réaliser des investissements que des entreprises à but lucratif n'entreprendraient pas autrement
 - être un instrument approprié pour permettre aux Etats membres d'adopter une réglementation nationale en matière d'environnement plus stricte que les normes communautaires, en diminuant la charge pesant sur les entreprises les plus affectées par cette réglementation

- Exemples
 - Aides aux entreprises / à l'acquisition de nouveaux véhicules de transport qui vont au delà des normes communautaires ou qui augmentent le niveau de protection environnementale en l'absence de normes communautaires (<50% des coûts d'investissement admissibles)
 - Aides en faveur des énergies renouvelables (<60% des coûts d'investissement admissibles)
 - Aides à la gestion des déchets (<50% des coûts d'investissement admissibles)
 - Aides en faveur de l'assainissement des sites contaminés (jusqu'à 100% des coûts admissibles)
 - Aides à la relocalisation d'entreprises (<50% des coûts d'investissement admissibles)
 - Aides sous forme de réductions ou d'exonérations des taxes environnementales
 - Aides aux études environnementales (<50% des coûts de l'étude)

Exemples – Aides à la recherche, au développement et à l'innovation (Article 107(3)(b) et (c))

Défaillances	Types d'aides pour y remédier
Effets externes positifs/diffusion des connaissances	<p>Aides destinées à couvrir les frais de droits de propriété intellectuelle des PME (montant équivalent à celui de l'aide à la R&D dont auraient pu bénéficier les activités de recherche ayant conduit à l'obtention des droits de propriété intellectuelle en question)</p> <p>Aides en faveur de l'innovation de procédé et d'organisation dans les services (<15% , <25%, <35%, selon la taille de l'entreprise)</p> <p>Aides pour le recours à des services de conseil en innovation et de soutien à l'innovation (PME, <200.000 euros sur 3 ans, reconnaissance nationale ou européenne, utilisation de l'aide pour acquérir les services au prix du marché)</p>
Biens publics/diffusion des connaissances	Aides en faveur des projets R&D (100% des coûts admissibles en cas de recherche fondamentale, <50% des coûts admissibles en cas de recherche industrielle et <25% des coûts admissibles en cas de développement expérimental)
Information imparfaite et asymétrique	<p>Aides aux études de faisabilité technique (<40% à 75% des coûts des études selon la taille de l'entreprise et le type de recherche)</p> <p>Aides aux jeunes entreprises innovantes (petite entreprise ou une entreprise innovante, <1.000.000 euros)</p> <p>Aides pour l'engagement temporaire de personnel hautement qualifié (<50% des coûts admissibles)</p> <p>Aides pour le recours à des services de conseil en innovation et de soutien à l'innovation</p>
Problèmes de coordination et de réseau	<p>Aides aux pôles d'innovation (<15% des coûts)</p> <p>Aides pour le recours à des services de conseil en innovation et de soutien à l'innovation</p>

Une explication pointilliste et de dissuasion

- Pas d'analyse approfondie du marché ou des externalités
- Une protection des concurrents – pas de la concurrence
- Une politique active de découragement des aides d'état

- Définition des aides: Gibraltar
- Affectation de concurrence v. distorsion de concurrence

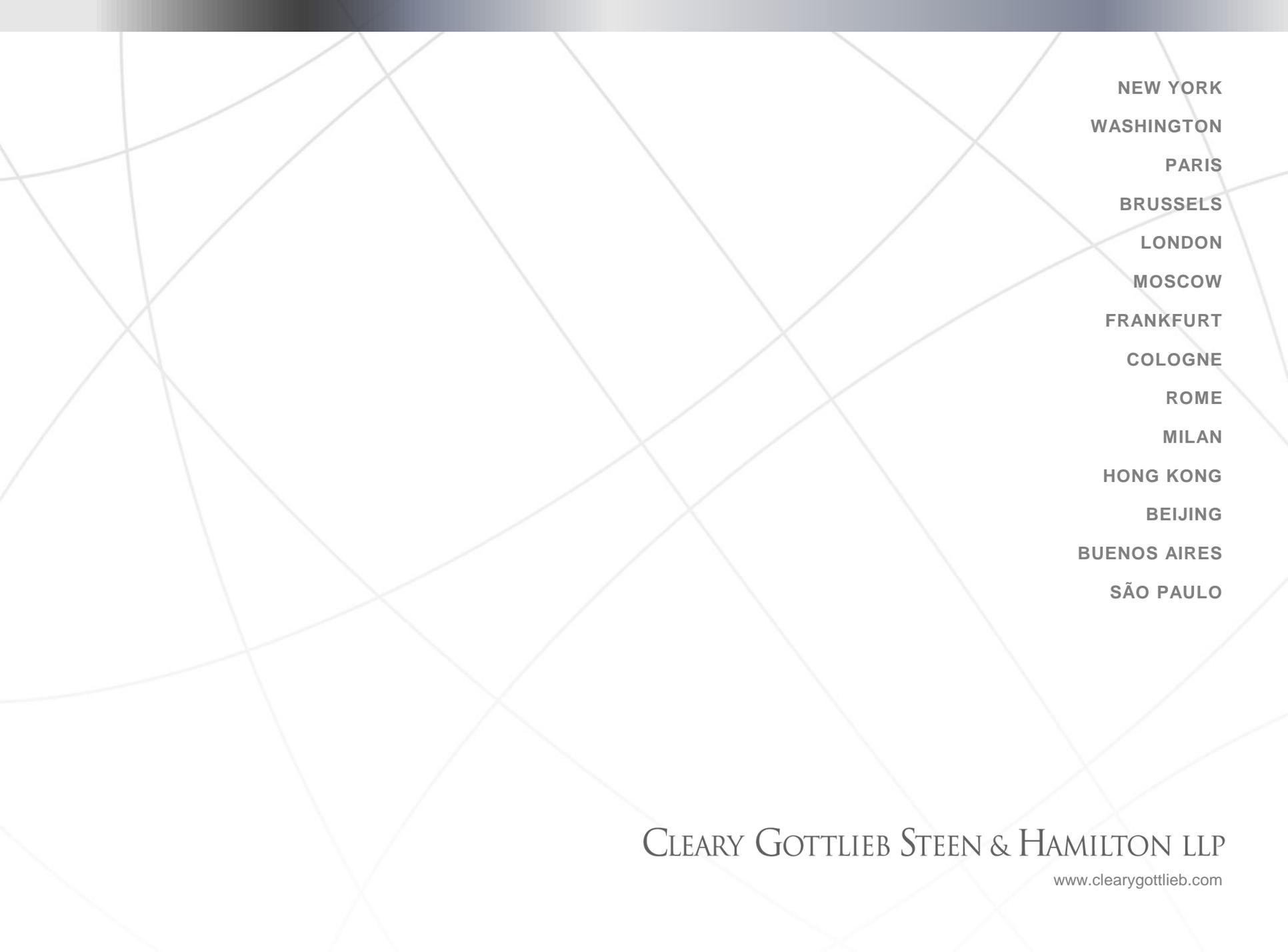
- Effets de seuils

L'exemple des aides au secteur financier

- Les lignes directrices (secteur bancaire, garanties, recapitalisation, défaisances)
- Règles de concurrence ou régulation bancaire?

Conclusion

- La politique industrielle s'oppose-t-elle à la politique de la concurrence?
 - OUI s'il s'agit de politique de champions nationaux ou de sauvetage d'entreprises en faillite
 - NON s'il s'agit de politiques de l'offre (politiques horizontales, de compétitivité) ou d'action contre les défaillances de marché (ex. environnement, régulations financières)



NEW YORK
WASHINGTON
PARIS
BRUSSELS
LONDON
MOSCOW
FRANKFURT
COLOGNE
ROME
MILAN
HONG KONG
BEIJING
BUENOS AIRES
SÃO PAULO

CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON LLP

www.clearygottlieb.com