

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

SUBVENTIONS, CONCURRENCE ET ÉCHANGES – Note de référence

- Note du Secrétariat -

1^{er} décembre 2022

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE en tant que note de référence à l'appui de la Session II du 21^e Forum mondial sur la concurrence, qui se tiendra les 1^{er} et 2 décembre 2022.

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ni des gouvernements de ses pays Membres.

D'autres documents sur le même thème sont disponibles à l'adresse oe.cd/sctr.

Veuillez contacter M. Wouter Meester [Wouter.Meester@oecd.org] ou Mme Lynn Robertson [Lynn.Robertson@oecd.org] pour toute question relative à ce document.

JT03510310

Subventions, concurrence et échanges*

Le recours aux subventions est en forte progression depuis quelques années. Ce phénomène peut s'expliquer par différents facteurs, tels que les circonstances récentes qui ont nécessité, et nécessiteront encore à l'avenir, l'intervention des pouvoirs publics, comme la relance post-COVID, la lutte contre le changement climatique, la vulnérabilité et la désorganisation des chaînes de valeur mondiales, ou encore la transformation numérique. De nombreuses subventions influent sur la concurrence et sur les échanges en faussant les règles du jeu et en altérant les signaux du marché, ce qui se traduit par des pertes d'efficacité, par des distorsions de prix et par une dénaturation des incitations.

En conséquence, on pourrait s'attendre à ce que les subventions fassent l'objet d'une attention particulièrement soutenue de la part des pouvoirs publics de tous les pays. C'est toutefois loin d'être le cas et, à quelques rares exceptions près, l'évaluation ou le contrôle des subventions s'effectue majoritairement à l'aune des règles multilatérales et des accords de libre-échange.

La présente note de référence examine dans quelle mesure, et par quels moyens, les subventions publiques pourraient entrer dans l'analyse de la concurrence menée par les autorités chargées de ce domaine. Pour ce faire, elle identifie les effets potentiellement délétères des subventions sur la concurrence – principalement la constitution de « trésors de guerre » et

* Le présent document a été rédigé par Wouter Meester, avec des commentaires d'Ori Schwartz, d'Antonio Capobianco et de Ruben Maximiano, tous rattachés à la Division de la concurrence de l'OCDE. Il a également bénéficié des contributions d'autres collègues de l'OCDE, en l'occurrence de la Direction des échanges et de l'agriculture et de la Direction de la science, de la technologie et de l'innovation.

les pratiques d'éviction qui peuvent en découler – et décrit le rôle modeste qu'elles ont joué jusqu'ici dans la jurisprudence.

Enfin, cette note laisse entendre que, du fait des nouveaux dispositifs proposés, les subventions pourraient occuper une place plus importante dans l'analyse des fusions au regard de la concurrence, en améliorant les connaissances et la transparence sur ce sujet, ce qui pourrait entraîner une augmentation de l'action répressive. En dernier lieu, cette note examine les difficultés que pourrait poser l'intégration des subventions dans l'analyse menée par les autorités de la concurrence.

Table des matières

Subventions, concurrence et échanges	2
1. Introduction	5
2. Subventions : la situation actuelle	6
2.1. Un recours accru aux subventions	6
2.2. Les subventions de plus en plus souvent sources de tensions commerciales	9
2.3. Effets des subventions sur la concurrence et sur le commerce	11
2.4. Contrôle des subventions au moyen des instruments de politique commerciale et de la concurrence	14
3. Le rôle des subventions dans l'application du droit de la concurrence	21
3.1. Effets néfastes des subventions sur la concurrence	21
3.2. Prise en compte des subventions dans la jurisprudence	24
3.3. Difficultés liées à la prise en compte des subventions dans le contrôle du respect du droit de la concurrence	30
4. Conclusions	34
Notes	35
Références	43
GRAPHIQUES	
Graphique 1. Les subventions en vigueur dans le monde, en volume	6
Graphique 2. Deux des principaux types de subventions, en pourcentage du chiffre d'affaires des entreprises, par secteur de l'industrie manufacturière (moyennes, pour l'ensemble de la période 2005-19)	8
Graphique 3. Mesures compensatoires, 2003-21	9
Graphique 4. Intensité des subventions (aides financières directes, dotations en espèces et remboursements de frais) par rapport aux capacités de production (en USD par tonne de capacité de production d'acier brut)	10
ENCADRÉS	
Encadré 1. Quantification du marché et effets de distorsion des subventions sur certains secteurs	7
Encadré 2. Subventions et tensions commerciales dans la sidérurgie	10
Encadré 3. Politique industrielle et concurrence	13
Encadré 4. Contrôle des aides d'État par les autorités de la concurrence	16
Encadré 5. Suites de l'affaire Alstom-Siemens	17
Encadré 6. Prix d'éviction et imperfections des marchés de capitaux	23
Encadré 7. CNRC/Pirelli	25
Encadré 8. CRRC/Vossloh	27
Encadré 9. Subventions croisées dans le secteur postal	30

1. Introduction

1. Le nombre et l'ampleur des mesures de subvention mises en œuvre partout dans le monde n'ont cessé d'augmenter ces dernières années. Ce phénomène peut s'expliquer par différents facteurs, tels que les circonstances récentes qui ont nécessité, et nécessiteront encore à l'avenir, l'intervention des pouvoirs publics, comme la relance post-COVID, la lutte contre le changement climatique, la vulnérabilité et la désorganisation des chaînes de valeur mondiales, ou encore la transformation numérique.

2. Il est clairement attesté que bon nombre de subventions ont une incidence sur la concurrence et les échanges. D'abord, elles ont tendance à fausser le jeu de la concurrence en modifiant les signaux de marché, entraînant des pertes d'efficacité, des distorsions de prix et une dénaturation des incitations. Ensuite, dans la mesure où les pratiques de subventionnement manquent souvent de transparence, les désaccords en la matière sont une source importante de tensions dans les relations commerciales. Ces désaccords peuvent donner lieu à un nationalisme économique accru, à une intervention renforcée des pouvoirs publics ou à un regain de protectionnisme.

3. Au vu de leur importance et des distorsions qu'elles peuvent causer par leur nature même, on pourrait s'attendre à ce que les subventions fassent l'objet d'une attention particulièrement soutenue de la part des pouvoirs publics de tous les pays. C'est toutefois loin d'être le cas, même s'il existe quelques rares exceptions comme l'Union européenne, où des régimes de contrôle ont été mis en place pour les aides d'État et les subventions étrangères. Les subventions sont ainsi majoritairement analysées à l'aune des règles multilatérales, bien que le manque d'efficacité des disciplines multilatérales qui leur sont applicables soit pointé du doigt depuis un certain temps déjà.

4. Alors que la propension des subventions à fausser les échanges et à compromettre l'équité des règles de concurrence est étudiée en détail depuis plusieurs années, leur rôle (potentiel) dans l'analyse de la concurrence a suscité moins d'attention. Peu d'études ont été consacrées en particulier à la manière dont les autorités de la concurrence tiennent compte (ou non) du fait qu'un acteur visé par une enquête de concurrence ait bénéficié de subventions nationales ou étrangères susceptibles de lui octroyer un avantage sur ses concurrents. Bien que cette question semble moins pertinente dans la lutte contre les ententes, certains débats récents en matière d'action publique se sont intéressés au rôle des subventions dans le contrôle des fusions.

5. Cette note de référence commence par une vue d'ensemble succincte du concept de subventions, et notamment de ses fondements, de leur effet potentiel de distorsion, de leur multiplication récente, ainsi que des moyens de les contrôler et de les évaluer (section 2.). La section 3 expose les théories du préjudice applicables aux subventions, ainsi que les bases économiques sur lesquelles elles reposent. Elle examine également dans quelle mesure, et par quels moyens, les subventions ont été intégrées jusqu'ici à l'analyse de la concurrence par les autorités compétentes, avant d'aborder quelques-unes des difficultés que peuvent rencontrer les autorités de la concurrence pour faire appliquer les règles en tenant compte des subventions dans leur analyse. Enfin, la section 4. présente des conclusions.

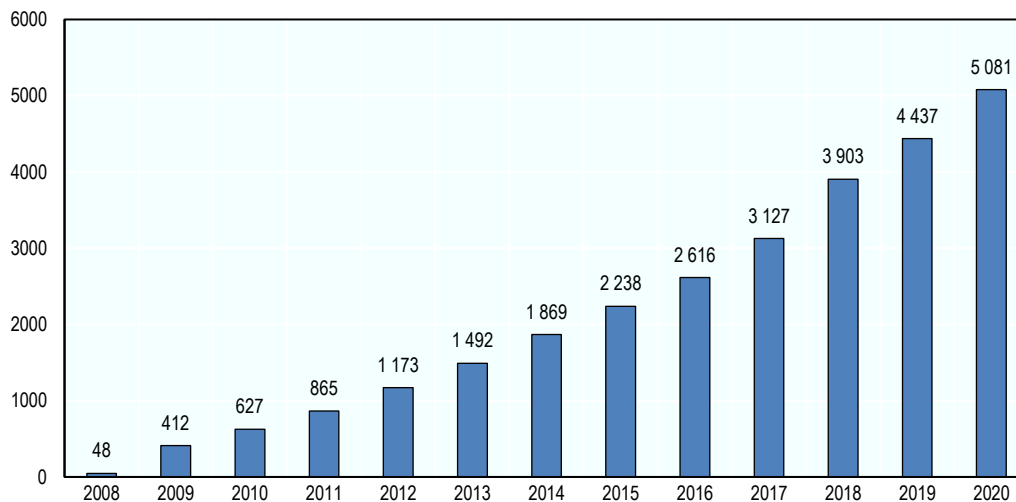
2. Subventions : la situation actuelle

2.1. Un recours accru aux subventions

6. Les subventions¹ prennent de nombreuses formes différentes, telles que : dépenses publiques directes, incitations fiscales, injections de capitaux propres, prêts accordés à des conditions favorables, fourniture de biens et de services par les pouvoirs publics et achats à des conditions privilégiées, ou encore mesures de soutien des prix (FMI et al., 2022^[1]). Bien que les subventions constituent un phénomène ancien et bien étudié, le recours à cette pratique est en hausse depuis quelques années. Tandis qu'elles représentaient la principale forme d'intervention des pouvoirs publics suite à la crise financière de 2008 (FMI et al., 2022, p. 11^[1]), leur usage n'a cessé de croître depuis (voir le Graphique 1).

Graphique 1. Les subventions en vigueur dans le monde, en volume

Le nombre de subventions en vigueur est en forte augmentation depuis 2008



Note : GTA communique des données relatives aux interventions unilatérales des pouvoirs publics susceptibles d'influer sur les intérêts commerciaux étrangers constatées depuis novembre 2008. Les intérêts commerciaux étrangers pris en compte par GTA sont les échanges de biens et de services, l'investissement et la migration de la main-d'œuvre. Pour la classification des mesures analysées, GTA s'est appuyé sur la classification des mesures non tarifaires (MNT) établie par l'Équipe d'appui multiorganisations (MAST) de la CNUCED, qui propose une définition claire et concise des MNT et constitue leur classification de référence pour les biens. La présente étude s'est intéressée au chapitre L de la Classification internationale des mesures non tarifaires de la CNUCED, consacré aux subventions (hors subventions à l'exportation). Pour davantage de détails, voir (Evenett et Fritz, 2020^[2]).

Précisons que les données compilées représentent un simple recensement des mesures, sans prise en compte de la valeur de la production ni des échanges concernés. Les décomptes purement numériques peuvent être trompeurs en cela qu'un pays pourra communiquer un grand nombre de petites subventions, quand un autre fera état d'un seul (mais très important) programme global.

Source : calculs de Global Trade Alert (<https://www.globaltradealert.org/>)

7. Si le recours aux subventions a indéniablement augmenté, nous peinons encore à appréhender précisément leur rôle et leur ampleur. Cette vision inégale et incomplète s'explique par le manque de transparence des pouvoirs publics concernant leurs mesures de soutien aux entreprises. Plusieurs bases de données existent, mais elles présentent bien souvent des lacunes et des carences significatives. Plusieurs études spécifiques de l'OCDE (voir l'Encadré 1) permettent néanmoins d'avoir une idée de l'ampleur des subventions.

Encadré 1. Quantification du marché et effets de distorsion des subventions sur certains secteurs

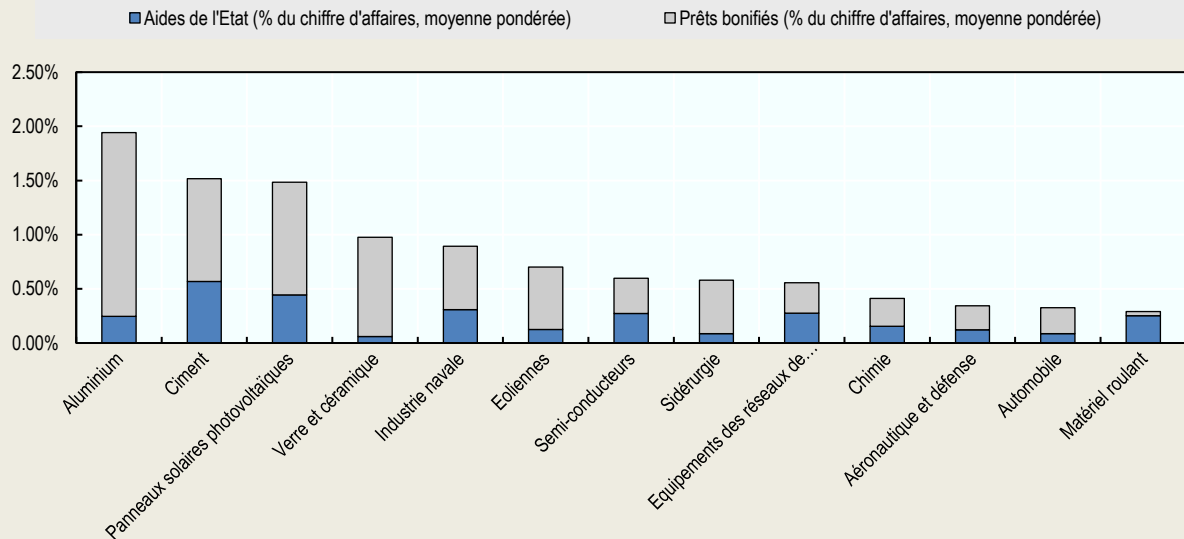
L'OCDE se consacre depuis longtemps au recensement et à la quantification des aides d'État dans un certain nombre de secteurs, notamment l'agriculture, la pêche ou les combustibles fossiles. Elle s'intéresse également depuis peu aux soutiens apportés à différentes entreprises dans les secteurs de l'aluminium, des semi-conducteurs et de l'acier, et a étudié de manière plus globale l'octroi de prêts bonifiés (accordés à des conditions plus favorables que le marché) à 13 industries clés.

En 2019, l'OCDE a mené une enquête destinée à mesurer les distorsions sur la chaîne de valeur mondiale de l'**aluminium** (OCDE, 2019^[3]). À partir d'un échantillon de 17 entreprises représentant plus de 80 % du chiffre d'affaires total du secteur à l'échelle mondiale, cette enquête a montré que les aides accordées par les pouvoirs publics s'élevaient en tout à plus de 12.7 milliards USD au cours de la période 2013-17, avec une forte concentration puisque les cinq principaux bénéficiaires avaient reçu plus de 80 % du total des aides. Concernant les subventions accordées au secteur de l'aluminium, il ressort de l'étude de l'OCDE qu'elles auraient atteint entre 7.5 milliards USD et 55.5 milliards USD entre 2013 et 2017 (OCDE, 2019^[3]).

En 2019 également, l'OCDE a montré que le total des aides publiques accordées à la chaîne de valeur des **semi-conducteurs** aurait dépassé 50 milliards USD au cours de la période 2014-18 (OCDE, 2019^[4]). Les calculs s'appuyaient sur un échantillon de 21 entreprises représentant les deux tiers du chiffre d'affaires mondial de ce secteur.

Enfin, en 2021, l'OCDE a analysé les mesures de soutien prenant la forme de prêts bonifiés et de financements par capitaux propres accordées à un échantillon de 306 grandes entreprises manufacturières de 13 secteurs industriels entre 2005 et 2019 (OCDE, 2021^[5]). Pour la plupart des secteurs, l'échantillon retenu représentait plus des deux tiers du chiffre d'affaires ou des capacités globales. Cette étude est arrivée à la conclusion qu'au cours de la période 2014-18, les aides publiques sous forme de prêts bonifiés et de financements par capitaux propres s'inscrivaient respectivement dans des fourchettes de 21 à 66 milliards USD et de 94 à 258 milliards USD. Il ressort également de cette étude qu'en termes sectoriels, c'est l'industrie du ciment qui a bénéficié du plus vaste volume de subventions en pourcentage du chiffre d'affaires annuel des entreprises, tandis que le secteur de l'aluminium constituait le principal bénéficiaire de prêts bonifiés (voir le Graphique 2 ci-dessous). (OCDE, 2021, p. 37^[5]).

Graphique 2. Deux des principaux types de subventions, en pourcentage du chiffre d'affaires des entreprises, par secteur de l'industrie manufacturière (moyennes, pour l'ensemble de la période 2005-19)



Note : Voir également pour davantage de données chiffrées [le portail de l'OCDE consacré aux subventions et aux aides publiques](#) (en anglais).

Source : (OCDE, 2021^[5])

8. Les subventions devraient rester au premier rang des préoccupations des décideurs politiques dans l'avenir proche, notamment parce qu'il est peu probable que leur utilisation diminue au cours des prochaines années. Plusieurs difficultés d'ampleur mondiale devraient en effet inciter les États à (continuer de) soutenir la consommation, les entreprises et l'industrie, de manière directe ou indirecte, au moyen de toutes sortes de mesures, parmi lesquelles les subventions. Citons parmi ces facteurs² :

1. **Les réactions des pouvoirs publics face au COVID-19.** Les pouvoirs publics ont déployé des plans d'aides sans précédent pour soutenir les entreprises et des secteurs entiers face à la pandémie, en particulier par le biais de subventions (Evenett et Fritz, 2021, p. 17^[6]). Dans de nombreux pays, ces plans de soutien sont encore en place, et les différentes approches de réduction progressive, puis de suppression, des subventions ainsi accordées (vitesse, ampleur, etc.) sont susceptibles d'induire des tensions significatives sur la concurrence et sur les échanges.
2. **Le verdissement des économies.** La transition énergétique nécessaire pour lutter contre le changement climatique et décarboner les économies exige d'importants investissements. Si les subventions peuvent parfois s'avérer nécessaires pour provoquer les changements indispensables en termes de production et de consommation, leur conception devra être particulièrement soignée pour atténuer leurs effets délétères éventuels sur la concurrence et sur les échanges.
3. **La politique industrielle et les différents modèles économiques.** Les subventions ne jouent pas le même rôle dans les différents modèles de politique économique et configurations économiques. De telles divergences, et la manière dont les subventions sont employées pour soutenir une politique industrielle ou commerciale, peuvent induire des tensions significatives sur les échanges.
4. **Des chaînes de valeur mondiales résilientes.** La crise du COVID-19 a ramené l'attention sur la fragmentation internationale de la production, en particulier pour l'approvisionnement en biens essentiels, mais aussi sur des problématiques plus larges liées à la concentration des chaînes de valeur. Les pouvoirs publics multiplient les efforts de recherche et, dans certains cas, de

subventions, en quête d'autres modes d'approvisionnement et de production pour des intrants essentiels (FMI et al., 2022, p. 10_[11]).

5. **La crise de l'énergie récente déclenchée par l'agression à grande échelle de l'Ukraine.** Compte tenu du poids de la Russie dans le secteur de l'énergie dans le monde, et en particulier en Europe, le conflit russo-ukrainien a de lourdes répercussions sur les prix de l'énergie, ce qui a incité de nombreux gouvernements, en particulier européens, à mobiliser des fonds significatifs pour atténuer l'effet de cette hausse des prix (OCDE, 2022_[7]).
6. **L'essor du numérique.** L'économie numérique a attiré un volume significatif de subventions pour l'innovation. Or, celles-ci tendent à avoir d'importantes retombées transsectorielles sur les marchés intérieurs et étrangers, tandis qu'il n'est pas aisé d'utiliser les subventions en faveur de la recherche et développement pour pallier des défaillances spécifiques sur des marchés technologiques en mutation rapide, où les rendements privés de la recherche et développement sont élevés. Les liens perçus avec les questions de sécurité nationale posent en outre des problèmes stratégiques de concurrence et d'aide aux approvisionnements des différents pays (FMI et al., 2022, p. 10_[11]).

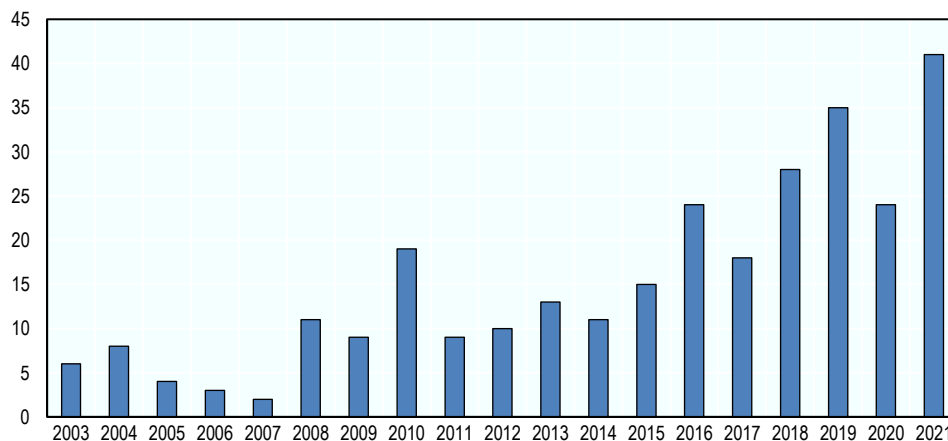
2.2. Les subventions de plus en plus souvent sources de tensions commerciales

9. L'augmentation du recours aux subventions a des conséquences claires et marquées sur les échanges internationaux et ces pratiques peuvent être à l'origine de vives tensions commerciales, causées par de nombreux facteurs, tels que leur ampleur, tout d'abord, mais aussi leur injustice (perçue) et leurs vastes répercussions négatives potentielles sur les autres pays. Ajoutons qu'elles sont souvent extrêmement difficiles à mesurer et à prouver (par exemple en cas de soutien dissimulé des pouvoirs publics).

10. Un bon indicateur des tensions commerciales croissantes ainsi créées réside dans le nombre de mesures compensatoires mises en œuvre depuis vingt ans (voir le Graphique 3).

Graphique 3. Mesures compensatoires, 2003-21

Le nombre de mesures compensatoires a fortement augmenté au cours des vingt dernières années



Note : Mesures de compensation communiquées par les Membres de l'OMC. Les mesures de compensation sont des droits supplémentaires éventuellement imposés sur certains biens importés par une autorité nationale chargée des enquêtes si celle-ci découvre que les biens en question bénéficient de subventions qui portent un préjudice significatif aux producteurs nationaux du pays importateur (art. 15 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires).

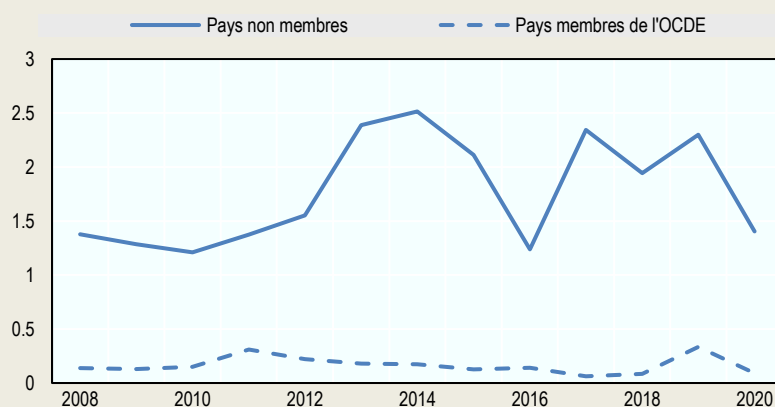
Source : OMC ([OMC | Subventions et mesures compensatoires](#))

11. À titre d'exemple, la sidérurgie représente un des secteurs les plus touchés par des tensions commerciales imputables à la pratique des subventions (voir l'Encadré 2).

Encadré 2. Subventions et tensions commerciales dans la sidérurgie

Le Comité de l'acier de l'OCDE recueille et analyse des données relatives aux subventions et autres aides publiques accordées au secteur de la sidérurgie, afin de faciliter le débat sur ce sujet et sur l'interaction entre subventions et conditions du marché. Le Comité a constaté entre autres que le niveau de subventions était 10.7 fois plus élevé dans les pays non membres de l'OCDE que dans les pays membres concernant les instruments de transparence comparables tels que les aides financières directes, les dotations en espèces et les remboursements de frais (par unité d'analyse, c'est-à-dire par tonne de capacité de production d'acier brut) (Graphique 4).

Graphique 4. Intensité des subventions (aides financières directes, dotations en espèces et remboursements de frais) par rapport aux capacités de production (en USD par tonne de capacité de production d'acier brut)



Source : (OCDE, 2022^[8])

Le contexte national de l'octroi de subventions joue un grand rôle dans la propension d'un pays à subventionner son industrie sidérurgique, d'une part, mais aussi dans le degré de transparence de cette pratique. Par exemple, certains pays soutiennent la compétitivité de leur industrie sidérurgique en fixant des objectifs de production et d'exportation d'acier brut difficiles à atteindre, parfois sans tenir compte des conditions du marché mondial. D'autres ont accordé des subventions à leurs entreprises sidérurgiques pour servir leurs propres objectifs sociaux, par exemple à travers le « verdissement » et la décarbonation de leur industrie sidérurgique nationale dans le contexte des engagements internationaux pour le climat, mais aussi en vue d'améliorer les conditions de travail.

Bien qu'elles constituent de précieux dispositifs pour les décideurs politiques soucieux d'atteindre leurs objectifs à l'échelle nationale, les subventions peuvent créer des distorsions sur le marché, entraver la concurrence et exacerber les tensions commerciales. De tels problèmes sont surtout fréquents dans l'industrie lourde, et notamment dans la sidérurgie, où la formation de capacités de production excessives due aux subventions se révèle particulièrement préoccupante. Par exemple, l'écart entre les capacités mondiales de production d'acier et la demande n'a cessé de croître depuis 2010 à peu près, pour atteindre 538 millions de tonnes (mt) en 2020, réparties entre 59 % pour les pays non membres de l'OCDE et 41 % pour les pays membres.

Des capacités de production d'acier excessives sont à l'origine de très nombreuses difficultés pour les producteurs des économies avancées ou émergentes. Elles pèsent sur les prix, entament la rentabilité,

créent des distorsions commerciales, nuisent à l'efficacité des mesures de protection de l'environnement et déstabilisent les rapports commerciaux à l'échelle mondiale. Un des principaux effets délétères des capacités excessives du marché mondial de l'acier concerne les dynamiques commerciales internationales. Ainsi, les subventions peuvent inciter les sidérurgistes à produire même quand les conditions de marché ne sont pas porteuses et décourager les entreprises insuffisamment performantes de cesser leur activité. En outre, des capacités de production excessives ont toutes les chances de se traduire par une envolée des exportations de produits sidérurgiques à bas prix. Les distorsions commerciales qui en découlent peuvent fausser les règles du marché, aussi bien au niveau national qu'international, débouchant sur une aggravation des tensions commerciales et sur l'adoption de mesures protectionnistes (une étude récente de l'OCDE montrait que plus de 18 % des enquêtes antidumping et environ 28 % du total des enquêtes sur les droits compensatoires menées par l'OMC entre 2013 et 2018 concernaient les importations de produits sidérurgiques (OCDE, 2022^[9])).

2.3. Effets des subventions sur la concurrence et sur le commerce

12. En pratique, l'octroi de subventions est motivé par de nombreuses raisons différentes. Il existe des « bonnes » et des « mauvaises » subventions, voire un mélange des deux, en fonction de leur(s) objectif(s), de leur conception et de leurs retombées (FMI et al., 2022, p. 5^[11]). Toutefois, la difficulté consiste à décider lesquelles sont bonnes et lesquelles sont mauvaises, ce qui revient fondamentalement à se poser la question « bonne ou mauvaise pour qui ? ». Si, dans le contexte du commerce international, la réponse dépend souvent du pays ou du secteur concerné, il s'agit plutôt, si l'on se place sous l'angle de la concurrence, de déterminer leur efficacité économique. Autrement dit, du point de vue d'une autorité de la concurrence, une « bonne » subvention pallie les déficiences du marché et améliore l'efficacité économique, tandis qu'une « mauvaise » subvention pervertit le marché et amoindrit l'efficacité économique. En l'occurrence, la plupart des autorités de la concurrence se soucient de l'intérêt du consommateur, ce qui laisse à penser qu'elles pourraient considérer favorablement une subvention ayant pour effet d'abaisser les prix finaux, même si cela implique une surproduction.

13. Les pouvoirs publics peuvent avoir des raisons légitimes de subventionner les entreprises dans certains cas. Selon la justification la plus fréquente, les subventions permettent de corriger les différents types de défaillances du marché (OCDE, 2010^[10]). À cette fin, elles peuvent atténuer les externalités négatives (par exemple les différences entre les systèmes juridiques ou les normes environnementales), induire des externalités positives (comme l'investissement dans la recherche et développement), ou atteindre certains objectifs visés par les pouvoirs publics.

14. Citons parmi les raisons fréquemment avancées pour justifier les subventions³ :

- la redistribution – les subventions peuvent permettre de redistribuer les richesses, par exemple en soutenant les membres d'une profession donnée. Les subventions à l'agriculture en constituent un parfait exemple ;
- le sous-investissement dans la recherche et développement – les entreprises tendent à sous-investir dans la recherche et développement (R-D) quand le taux de rendement privé de la R-D est inférieur à son rendement social. Les subventions peuvent éviter ces pertes de capital intellectuel en incitant à investir dans la R-D ;
- les politiques de l'emploi – les subventions peuvent viser à préserver l'emploi dans certaines circonstances, par exemple en empêchant une entreprise de faire faillite ou d'être rachetée par une société étrangère ;
- des considérations environnementales – les subventions peuvent s'imposer pour encourager les projets dans les énergies renouvelables destinés à réduire les émissions de dioxyde de carbone. Comme dans le cas susmentionné de la R-D, le raisonnement sous-jacent s'appuie ici sur le fait

que des biens et services respectueux de l'environnement ont des effets sociaux positifs qui dépassent leurs effets bénéfiques pour l'entreprise ;

- l'atténuation des imperfections du système de crédit et des marchés financiers – lorsque les marchés de capitaux ne sont pas totalement efficaces, certaines activités de production peuvent ne pas se matérialiser faute d'un accès suffisant au crédit. Subventionner les prêts, de manière directe ou indirecte, peut constituer un moyen d'y remédier ;
- les externalités d'agglomération – les pouvoirs publics peuvent accorder des subventions en vue de regrouper des entreprises actives dans le même secteur dans une zone géographique donnée, une pratique souvent considérée comme génératrice d'externalités positives ;
- l'exploitation d'économies d'échelle – les subventions peuvent aider les entreprises à atteindre une certaine taille, ce qui leur fera bénéficier d'économies d'échelle et d'une baisse des coûts unitaires.

15. Quels que soient leur motif et les différents moyens dont les pouvoirs publics les accordent aux entreprises, les subventions ont tendance à fausser les échanges et la concurrence sur les marchés des entreprises bénéficiaires. Cette distorsion peut constituer soit la première intention d'une politique publique donnée, soit l'effet secondaire ou involontaire de la poursuite d'autres buts.

16. La principale source de l'inefficacité causée par les subventions, outre le gaspillage qu'elles peuvent entraîner par nature (inefficacités découlant du coût d'opportunité des fonds publics) réside dans le fait qu'elles faussent les signaux du marché. En conséquence, elles amoindrissent la prospérité et interfèrent avec le mécanisme « darwinien » voulant que le capital soit affecté aux entreprises les plus efficaces. Par exemple, une aide à l'achat de moyens de production pour un secteur donné peut, en l'absence de défaillances du marché ou d'externalités, créer un écart entre les coûts de production et le prix d'un produit ou d'un service donné, à l'origine d'inefficacités allocatives et productives⁴. Elle pourra entraîner une surproduction dans les secteurs subventionnés et une sous-production dans les autres. De même, l'octroi de subventions à certaines entreprises en particulier peut se traduire par une allocation inappropriée du capital. Les subventions aux entreprises inefficaces réorientent la production en leur faveur, ce qui augmente les coûts de production totaux et/ou abaisse les volumes de production. En outre, il est réaliste de penser que les entreprises bénéficiaires de subventions pourraient prendre des mesures susceptibles de porter préjudice à d'autres sociétés, par exemple en pratiquant des prix d'éviction⁵. Enfin, les subventions, en allégeant les contraintes budgétaires des entreprises, peuvent les dissuader d'innover, d'accroître la qualité ou de réduire leurs coûts.

17. Tandis que certaines distorsions causées par les subventions peuvent se limiter à un pays donné, nombre d'entre elles (voire la grande majorité) ont des répercussions sur d'autres régions du monde. Bien que l'effet précis de telles subventions sur la prospérité dépende de plusieurs facteurs, notamment la nature des subventions et la situation de chaque pays (par exemple, s'il est importateur ou exportateur net, ou si les subventions peuvent influencer sur le prix mondial), elles perturbent bien souvent les autres économies en faussant la concurrence et les échanges internationaux, ce qui peut induire des tensions commerciales et/ou une course aux subventions⁶.

18. Plus récemment, les préoccupations suscitées par les subventions étrangères ne concernaient généralement pas les effets nets sur la prospérité mais plutôt (i) les risques de perturbation de la production nationale et du marché du travail et (ii) la perte éventuelle de secteurs « stratégiques » (FMI et al., 2022^[1]). De tels effets résultent souvent de la politique industrielle d'un pays, par exemple en vue d'encourager et de promouvoir un secteur ou une branche en particulier. Une telle politique industrielle nationale peut, délibérément ou non, avoir des conséquences économiques négatives pour d'autres pays. Même si certains considèrent qu'elles s'expliquent par des politiques ou par une concurrence inéquitables⁷, de telles distorsions commerciales ne sont pas nécessairement du ressort des autorités de la concurrence (voir l'Encadré 3)⁸. La section suivante présente les différents instruments disponibles pour contrôler les subventions.

Encadré 3. Politique industrielle et concurrence

Les pays membres de l'OCDE recourent de plus en plus à la politique industrielle pour intervenir sur les marchés¹. Si les subventions constituent un instrument clé en la matière, elles ne sont pas le seul. Les pouvoirs publics peuvent également atteindre leurs buts de politique industrielle au moyen des leviers suivants : droits de douane, exigences de contenu local, marchés publics, exemptions du droit de la concurrence, barrières réglementaires à la concurrence, fusions et acquisitions arrangées, droit de regard sur les acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers, accès facilité au crédit et aux ressources (OCDE, 2009, p. 11^[11]). Les subventions sont considérablement montées en puissance ces dernières années (voir la section 2.1), ce qui peut s'expliquer en partie par le recours plus fréquent aux politiques industrielles.

Une politique industrielle peut avoir différents objectifs, tels que l'innovation, la productivité et la croissance, la compétitivité, l'inclusion, des buts économiques ou de développement durable, la résilience ou encore l'autonomie (Criscuolo et al., 2022^[12]). Toutefois, les pouvoirs publics peuvent également l'utiliser d'une manière susceptible de réduire le bien-être du consommateur et l'efficacité, par exemple en privilégiant de nouveaux marchés intérieurs, en protégeant l'emploi national ou en sélectionnant des champions nationaux (OCDE, 2009^[11]).

Utilisée de cette manière, la politique industrielle peut fausser et entraver la concurrence. Cette situation est particulièrement problématique si les subventions bénéficient aux entreprises historiques ou à des champions prédéterminés, ou si elles soutiennent des entreprises en difficulté, voire plus mortes que vives. Plusieurs effets négatifs potentiels doivent être pris en considération. Par exemple, le coût du soutien à des secteurs en particulier peut se révéler élevé, les subventions et la protection d'entreprises nationales peuvent déclencher des représailles de la part d'autres pays, une limitation de la concurrence étrangère peut peser sur la productivité et sur la compétitivité de l'économie nationale et la protection des acteurs historiques est susceptible de freiner la croissance économique (OCDE, 2009, p. 14^[11]).

Néanmoins, une politique industrielle et un système de subventions bien conçus peuvent améliorer la concurrence, ou du moins ne pas l'entraver. Dans ce cas, elles peuvent également entraîner une augmentation de la productivité, stimuler la croissance économique et encourager l'innovation. L'expérience montre que la politique industrielle peut accélérer la croissance de la productivité lorsqu'elle est appliquée à des secteurs compétitifs ou qu'elle stimule la concurrence d'un secteur donné (Aghion et al., 2015^[13]). Il peut aussi exister un lien de cause à effet : des statistiques coréennes montrent ainsi qu'une fois les subventions arrêtées, les entreprises qui en avaient bénéficié affichaient une croissance supérieure à celles qui n'en avaient jamais profité (Choi et Levchenko, 2022^[14]). L'OCDE a constaté que, selon des études récentes, des subventions bien conçues stimulaient la R-D et l'innovation (Criscuolo et al., 2022, p. 3^[12]).

Les conséquences de la politique industrielle sur la concurrence dépendent largement de sa forme et de sa conception, comme dans le cas des subventions. (Aghion et al., 2015^[13]) fait ainsi valoir, par exemple, que la croissance de la productivité peut être encouragée en ciblant les secteurs les plus compétitifs, surtout si l'aide n'est pas restreinte à une ou à un petit nombre d'entreprises de ce secteur.

Note : ¹ Il existe différentes définitions de la politique industrielle. Au sens le plus large, ce terme englobe tous les types d'instruments visant à améliorer structurellement les résultats des entreprises d'un pays (Criscuolo et al., 2022, p. 14^[15]). Dans d'autres contextes, toutefois, y compris souvent dans les débats sur le droit et les politiques de la concurrence, il désigne des pratiques plus « nationalistes », telles que les exigences de contenu local dans les marchés publics, l'octroi de subventions directes ou indirectes à certaines entreprises ou des politiques directives comme la création de champions nationaux ou leur protection contre les concurrents et repreneurs étrangers (OCDE, 2009^[11]).

Sources : (OCDE, 2009^[11]), (Criscuolo et al., 2022^[12]), (Aghion et al., 2015^[13]) et (Choi et Levchenko, 2022^[14]).

2.4. Contrôle des subventions au moyen des instruments de politique commerciale et de la concurrence

19. Compte tenu de l'effet de distorsion que les subventions peuvent entraîner aussi bien sur la concurrence que sur les échanges, cette section présente brièvement quelques-unes des principales mesures employées actuellement pour les contrôler, ainsi que des initiatives mises en place ou proposées récemment.

2.4.1. Instruments de politique commerciale

20. Plusieurs instruments peuvent s'appliquer aux subventions influant sur les échanges commerciaux.

Règles multilatérales

21. Toute une série de règles de l'OMC visent à lutter contre les aides publiques qui faussent le marché (FMI et al., 2022, pp. 17-23^[1]). Les règles applicables à l'échange de biens sont principalement énoncées dans l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires de l'OMC (ASMC)⁹ ainsi que dans l'Accord de l'OMC sur l'agriculture (AA). Les subventions influant sur les échanges de services sont abordées dans l'Accord général sur le commerce des services de l'OMC (AGCS), dont les mesures disciplinaires sont moins développées. Ces règles multilatérales font toutefois l'objet de discussions et de négociations permanentes destinées à les rendre plus efficaces – l'ASMC a notamment été critiquée pour son caractère inapproprié et pour son manque d'efficacité¹⁰.

22. En outre, l'Arrangement sur les crédits à l'exportation de l'OCDE définit les limites des modalités et conditions financières applicables à l'octroi de crédits à l'exportation.

23. Bien que les différents pays aient intérêt à coopérer pour décourager les subventions qui entravent de manière significative le bon fonctionnement des échanges ou de l'investissement, ils s'efforcent aussi de conserver suffisamment de flexibilité pour pallier les défaillances du marché et servir leurs objectifs légitimes d'intérêt général. Les règles multilatérales actuelles applicables aux subventions ont été conçues notamment en tenant compte de cette dimension (FMI et al., 2022, p. 7^[1]).

Accords de libre-échange (ALE) et blocs commerciaux

24. Un nombre croissant d'accords de libre-échange (ALE) comportent des clauses relatives à la concurrence et/ou aux subventions. Selon la base de données sur les Accords commerciaux régionaux (ACR) de l'OMC (« RTA-IS »), sur les 355 ACR en vigueur aujourd'hui, 244 (69 %) porteraient principalement sur la concurrence, et 59 (17 %) comporteraient des clauses relatives aux mesures compensatoires ou aux subventions¹¹. Ces accords de libre-échange visent de plus en plus à résoudre les conflits susceptibles de se produire entre les pays signataires en raison des subventions. Ainsi, l'Accord global sur les investissements (AGI) conclu entre l'UE et la Chine (qui ne constitue toutefois qu'un accord de principe sachant qu'il n'a été ni signé, ni ratifié à ce jour) comporte une clause relative aux subventions (l'article 8 de la section III), qui préconise la transparence sur ce sujet pour certains secteurs tertiaires prédéfinis et propose une marche à suivre pour atténuer ce qui serait perçu comme les effets négatifs des subventions.

25. Certains accords commerciaux vont au-delà des règles de l'OMC en intégrant des clauses de sanction des entreprises publiques et des subventions aux entreprises insolubles, ou en étendant aux services, voire à l'investissement, les règles applicables aux subventions en matière commerciale. À titre d'exemple, l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) exige des entreprises publiques qu'elles suivent les règles du marché et que les pouvoirs publics s'abstiennent de leur apporter toute aide non commerciale telle qu'une annulation de la dette ou une garantie sur leurs prêts. De même, l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) encadre les subventions aux entreprises publiques avec

bien plus de rigueur que l'ASMC en interdisant de financer les entreprises publiques insolubles ou ne répondant pas aux exigences d'octroi d'un crédit. Nombre de ces accords commerciaux préférentiels comportent également des exigences de transparence supplémentaires applicables aux entreprises publiques et aux monopoles (FMI et al., 2022^[11]).

2.4.2. Neutralité concurrentielle et subventions

26. La neutralité concurrentielle constitue un autre instrument conçu pour traiter la question des aides publiques aux entreprises. Il s'agit d'un « principe selon lequel les 'règles du jeu' doivent être équitables pour toutes les entreprises en ce qui concerne le statut d'actionnaire de l'État (ou des collectivités locales), la réglementation ou l'activité sur le marché » (OCDE, 2021^[16]). Les interventions de l'État profitant à certaines entreprises au détriment d'autres peuvent fausser la concurrence et porter préjudice à l'équité comme à l'ouverture des marchés.

27. Le 31 mai 2021, l'OCDE a adopté la Recommandation du Conseil sur la neutralité concurrentielle¹², qui énonce un ensemble de principes destinés à encourager l'application de règles équivalentes pour toutes les entreprises concurrentes et à empêcher que les aides publiques accordées à certaines d'entre elles seulement ne faussent la concurrence sur un marché donné.

28. En pratique, les autorités de la concurrence disposent de différents moyens pour lutter contre les manquements au principe de neutralité concurrentielle, en fonction du cadre légal applicable et des attributions de l'autorité concernée. Nous en avons retenu trois (OCDE, 2021^[16])¹³ :

1. **Les mesures destinées à mettre un terme aux lois et actes administratifs anticoncurrentiels.** Cette catégorie comprend les mesures prises par les autorités de la concurrence pour faire appliquer la loi de manière directe ou indirecte. L'application directe suppose que l'autorité de la concurrence ait le pouvoir de sanctionner les organismes publics qui adoptent des actes anticoncurrentiels ou agissent à l'encontre des principes de la concurrence, voire qu'elle puisse faire abroger de tels actes. Même si les autorités de la concurrence n'ont pas ce pouvoir, elles peuvent contester des actes spécifiques devant les tribunaux pour demander leur annulation par décision de justice.
2. **L'aide à l'élaboration de la réglementation et des réformes.** Les autorités de la concurrence peuvent se voir attribuer un rôle officiel de contrôle de la législation ou, à défaut, user de leurs attributions pour conseiller les pouvoirs publics concernant les implications que leurs initiatives législatives et réformatrices, subventions incluses, pourraient avoir en termes de concurrence¹⁴.
3. **Le contrôle des aides publiques.** Il peut s'agir notamment de la mise en application, par une autorité de la concurrence, des règles qui régissent les aides publiques (voir l'Encadré 4), de l'attribution à une autorité de la concurrence de responsabilités relatives à la réglementation des obligations de service public (soit directement, en tant qu'instance de réglementation officielle, par exemple dans les industries de réseau, ou de manière plus informelle, sous forme de suivi ou de conseil relatif aux compensations de service public) ou d'une campagne de sensibilisation aux mesures de soutien pro-concurrentielles menée par une autorité de la concurrence.

29. Comme cette étude va le montrer, face au recours croissant aux subventions, les autorités de la concurrence peuvent aussi se trouver contraintes de tenir compte de ces pratiques dans leurs actions de mise en application du droit de la concurrence, lorsqu'elles facilitent les fusions ou des pratiques anticoncurrentielles.

Encadré 4. Contrôle des aides d'État par les autorités de la concurrence

La réglementation des aides publiques dans l'UE comporte à la fois une procédure d'analyse préalable et un dispositif d'évaluation *a posteriori* ; elle vise les subventions qui pervertissent le marché intérieur. L'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne proscrit les aides accordées par les États qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, dans la mesure où cela affecte le commerce entre les États membres¹. Toute aide d'État doit être proportionnée et appropriée, et la Commission européenne l'examine à l'aune du « critère de la mise en balance » (voir (OCDE, 2021_[16]), Box 3.6). Ces principes sont mis en œuvre par la Commission européenne et par l'autorité de surveillance de l'AELE.

Peu de pays en dehors de l'UE disposent d'un système de contrôle des subventions. Parmi ceux-ci figurent le Royaume-Uni depuis le Brexit², quelques pays candidats à l'accession à l'UE et voisins de l'Union³ ou encore des blocs commerciaux régionaux tels que l'Union économique et monétaire ouest-africaine (voir (OCDE, 2021_[16]), encadré 3.7), mais le cadre de l'UE reste le plus détaillé.

Notes :

¹ En outre, l'article 106 du traité sur le fonctionnement de l'UE interdit aux États membres d'adopter, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.

² La réglementation communautaire relative aux aides d'État a largement cessé de s'appliquer au Royaume-Uni au terme de la période de mise en œuvre du Brexit. En juin 2021, le pays a adopté une loi relative au contrôle des subventions (« Subsidy Control Act 2022 »), qui confère à l'autorité de la concurrence britannique, la Competition and Market Authority (CMA), des fonctions dans ce sens et prévoit la création d'une cellule chargée du conseil en matière de subventions au sein de la CMA.

³ Les pays désireux d'adhérer à l'UE doivent mettre en place des dispositifs de contrôle des aides d'État afin de respecter les règles communautaires avant leur entrée dans l'Union (par ex. la République de Serbie). Des systèmes de contrôle des aides d'État ont également été institués dans des pays voisins de l'UE par le biais de traités commerciaux et d'intégration régionale (par ex. l'Ukraine) (voir (OCDE, 2021, pp. 49-50_[16]).

Source : (OCDE, 2021_[16])

2.4.3. Initiatives récentes visant à instaurer les mêmes règles pour tous à l'échelle mondiale

30. L'utilisation et l'importance croissantes des subventions et les lacunes de certains instruments existants de contrôle des subventions ont intensifié la réflexion sur l'opportunité d'instaurer de nouveaux dispositifs, ce qui s'est traduit, entre autres, par la multiplication des systèmes d'examen des investissements étrangers, y compris à des fins de sécurité nationale (Svetlicinii, 2018, p. 118_[17]).

31. En Europe, par exemple, l'interdiction de la fusion prévue entre Siemens et Alstom en 2019, qui ambitionnait de créer un champion européen de l'industrie ferroviaire, a donné lieu à un débat sur le lien entre politique industrielle et politique de la concurrence (voir l'Encadré 5). Ce débat a fait ressortir plusieurs questions, mais le cœur de la discussion consistait à savoir si le contrôle des fusions dans l'UE devait tenir compte de la mondialisation croissante de l'économie et/ou s'il constituait un obstacle à la compétitivité des entreprises européennes, laquelle passerait en particulier par l'émergence de champions (industriels) à l'échelle de l'Union.

Encadré 5. Suites de l'affaire Alstom-Siemens

En Europe, le veto opposé à la fusion entre Siemens et Alstom¹ en 2019 a relancé le débat autour de la nécessité d'améliorer ou de développer une politique industrielle communautaire². Cette décision avait donné lieu à plusieurs prises de positions, initiatives et appels à une réforme du système de contrôle des fusions dans l'UE. (Carpi, 2020, pp. 7-11^[18]) a regroupé en cinq grandes catégories les principales idées et propositions nées de cet épisode :

1. Des propositions influant directement sur la substance et sur les éléments de procédure du contrôle des fusions dans l'UE³. Concernant la substance, certains suggèrent d'étendre l'examen de fond des projets de fusion au-delà des seules considérations de concurrence pour y intégrer explicitement d'autres intérêts publics, notamment la poursuite d'objectifs de politique industrielle clairement exprimés⁴.
2. Des propositions visant à instaurer les mêmes règles pour tous à l'échelle mondiale en ciblant plus directement, lors de l'examen du projet de fusion dans l'UE, les effets de distorsion potentiels issus des subventions et autres aides d'un pays tiers.
3. Des propositions de mieux tenir compte de la mondialisation croissante de certains secteurs d'activité. Plus précisément, certains préconisent des changements (i) de la définition géographique des marchés pertinents, souvent jugée trop restrictive⁵ ; (ii) des conditions (jugées trop strictes) posées à la concurrence potentielle des fournisseurs établis hors de l'EEE comme élément compensatoire dans l'évaluation du projet de fusion et (iii) les délais impartis pour apprécier les effets potentiels de la fusion, qui sont jugés trop courts et n'intègrent ainsi pas correctement les évolutions (possibles) du marché dans un avenir plus lointain.
4. Des propositions de révision des approches actuelles relatives à l'efficacité des fusions et de moyens de compenser ou d'éliminer les effets potentiellement anticoncurrentiels identifiés lors de l'examen d'un projet de fusion. L'efficacité devrait ainsi avoir un rôle accru et les mesures correctrices devraient être plus souvent d'ordre comportemental que structurel.
5. Des propositions de changements institutionnels et de procédure au sein du cadre juridique existant, tels qu'un renforcement du rôle des autorités des États membres dans l'examen du projet de fusion, l'extension des prérogatives de la Direction générale de la concurrence et une meilleure implication des autres Directions générales au processus d'examen du projet de fusion et à la prise de décision⁵.

Note :

¹ Affaire COMP/M.8677 – Siemens/Alstom, décision du 6 février 2019.

² « Relancé » car le débat n'est pas nouveau. Malgré l'intention claire, au niveau de l'UE, d'éviter d'introduire des considérations de politique industrielle dans le contrôle des fusions, ni les entreprises concernées, ni les gouvernements n'ont cessé de manifester leurs demandes de validation ou de soutien d'opérations spécifiques visant à créer des champions européens, pourtant au détriment de la concurrence nationale. Citons comme exemples les débats consécutifs à l'interdiction des fusions Aérospatiale-Alenia/de Havilland (affaire IV/M053) en 1991, Volvo/Scania (affaire COMP/M.1672) en 2000 ou Schneider/Legrand (affaire COMP/M.2283) en 2002 (Capobianco et Lapenta, 2022, p. 340^[19]).

³ En termes de procédure, la proposition la plus audacieuse consiste à se demander si un droit de recours devant le Conseil susceptible de prévaloir sur les décisions de la Commission européenne serait approprié dans certains cas bien définis et dans le respect de conditions strictes. Il s'agit d'un dispositif similaire à ce qui existe déjà dans certains États membres, comme le *Ministererlaubnis* en Allemagne ou le droit d'évocation en France, ce qui reviendrait à accorder un droit de veto au Conseil des ministres.

⁴ Dans un document connu depuis comme le « Manifeste franco-allemand », les ministres des Affaires étrangères français et allemand demandent un assouplissement des règles relatives au contrôle des fusions et aux aides d'État dans l'Union européenne pour permettre la création de champions européens (« [Manifeste franco-allemand pour une politique industrielle européenne adaptée au XXIe siècle](#) », 19 février 2019).

⁵ La Commission européenne a récemment réfuté la nécessité de modifier la définition d'un marché géographique. Dans son évaluation récente intitulée « Communication de la Commission sur la définition du marché en cause », elle explique que l'approche retenue pour la définition d'un marché géographique « correspond de manière appropriée à ce qui constitue un marché géographique dans le contexte de la mondialisation » (voir (Commission européenne, 2021^[20])).

Source : (Carpi, 2020^[18])

32. Un certain nombre d'initiatives nationales, régionales et multilatérales récentes, sur lesquelles nous reviendrons dans cette section, seraient susceptibles de répondre à quelques-unes des préoccupations susmentionnées, et pourraient changer l'angle d'approche ainsi que le champ d'application de l'examen des subventions.

Projet de règlement de l'UE relatif aux subventions étrangères

33. L'UE devrait adopter prochainement son règlement relatif aux subventions étrangères¹⁵. Le 30 juin 2022, le Parlement européen et les États membres se sont mis d'accord sur la version finale du texte. Le règlement doit encore être officiellement adopté et il entrera en vigueur fin 2022 ou début 2023, pour une application à compter du milieu de l'année 2023¹⁶.

34. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un instrument exclusivement destiné à faire appliquer le droit de la concurrence¹⁷, le nouveau règlement permettra à la Commission européenne d'enquêter sur les distorsions éventuellement imputables aux subventions étrangères, et à y remédier. Ces nouvelles prérogatives visent à assurer des règles équitables au sein de l'UE, sachant que la plupart des pays non membres de l'Union ne disposent pas d'un système formellement consacré aux aides d'État, comme évoqué au point 2.4.2, ce qui permet aux entreprises de ces pays de bénéficier de subventions susceptibles de fausser la concurrence sur le marché intérieur de l'UE. En outre, le droit communautaire de la concurrence et le système de contrôle des fusions ne se penchent pas explicitement sur la question des subventions étrangères et la Commission européenne n'a pas aujourd'hui les moyens d'intervenir en s'appuyant avant tout sur le constat que des subventions étrangères fausseraient la concurrence sur le marché intérieur de l'UE (Commission européenne, 2020^[21]).

35. Le règlement européen relatif aux subventions étrangères¹⁸ prévoit trois dispositifs principaux d'analyse des subventions étrangères (deux systèmes de notification préalable et une habilitation à enquêter) (Camesasca, 2021^[22]) :

1. Les entreprises devraient notifier au préalable les concentrations d'une certaine taille impliquant une subvention étrangère significative¹⁹. La Commission appréciera ainsi l'existence éventuelle d'une « distorsion sur le marché unique », en se « limitant au contexte de la concentration en question »²⁰. Ce dispositif ne semble toutefois pas exiger de la Commission qu'elle établisse un lien de cause à effet direct entre l'opération projetée et une éventuelle distorsion du marché (Batchelor et al., 2021^[23]). Une telle distorsion du marché intérieur est réputée se produire si une subvention étrangère est susceptible de conférer un avantage concurrentiel à une activité économique sur ce marché, dont la situation de concurrence s'en trouverait ainsi affectée, effectivement ou potentiellement²¹.
2. Dans le contexte des marchés publics européens, si la valeur estimée du marché dépasse 250 millions EUR, les entreprises doivent signaler au pouvoir adjudicateur toute subvention étrangère qu'elles auraient reçue au cours des trois années précédentes (Parlement européen, 2022, pp. 47-48^[24]).
3. La Commission européenne est habilitée à enquêter de sa propre initiative sur la base d'informations, quelle que soit leur source, laissant supposer une distorsion liée à des subventions étrangères, mais aussi à examiner les contrats déjà conclus dans le cadre de marchés publics européens (Parlement européen, 2022, p. 27^[24])

Loi américaine de 2022 relative à la modernisation des droits d'enregistrement pour les fusions

36. Le 29 septembre 2022, la Chambre des représentants des États-Unis a adopté la loi relative à la modernisation des droits d'enregistrement pour les fusions (« Merger Filing Fee Modernization Act of 2022 »), ci-après « la Loi »²². Cette nouvelle législation englobe également la loi relative à la déclaration de subventions étrangères en cas de fusion (« Foreign Merger Subsidy Disclosure Act »²³), qui oblige les entreprises envisageant de fusionner aux États-Unis à communiquer à l'autorité de la concurrence américaine, la Federal Trade Commission (FTC), et au service antitrust du ministère de la Justice américain (Department of Justice (DOJ) Antitrust Division) des informations concernant toute aide financière ou subvention dont elles auraient bénéficié de la part d'une administration étrangère.

37. Le chapitre II de la Loi décrit comment les « subventions étrangères [...] peuvent fausser la concurrence en permettant à l'entreprise bénéficiaire de proposer une offre plus favorable que d'autres entreprises du marché ou en influant d'une autre façon sur les incitations de l'entreprise, d'une manière susceptible d'entraver la concurrence, suite à une acquisition ». Il fait référence en particulier à l'intention exprimée dans le plan stratégique national chinois « Made in China 2025 » d'encourager les entreprises à effectuer des fusions-acquisitions, à investir au capital de sociétés et dans le capital-risque à l'étranger.

38. Les risques associés aux subventions octroyées par les pouvoirs publics chinois ont été exposés et développés dans le rapport présenté au Congrès en 2020²⁴ par la commission bipartite « U.S.-China Economic and Security Review Commission » et ils ont été évoqués lors d'une audience de cette dernière le 14 avril 2022²⁵.

Accord trilatéral UE-Japon-États-Unis sur les subventions industrielles

39. En janvier 2020, dans le cadre de leurs négociations trilatérales, l'Union européenne, le Japon et les États-Unis ont publié une déclaration commune en vue de durcir les règles déjà applicables aux subventions industrielles, avec pour objectif annoncé de lutter contre les distorsions liées aux subventions, aux entreprises contrôlées par l'État et aux transferts de technologie forcés, qui induisent des surcapacités et faussent la concurrence, empêchent le développement des technologies innovantes et perturbent le fonctionnement du commerce international. Cette déclaration commune des trois signataires propose les moyens suivants de renforcer les règles existantes de l'OMC concernant les subventions industrielles²⁶ :

1. Compléter la liste des subventions proscrites par l'OMC en révisant l'article 3.1 de l'ASMC pour y ajouter de nouveaux types de subventions.
2. Renverser la charge de la preuve pour certains types de subventions particulièrement nuisibles, en exigeant des pouvoirs publics qu'ils démontrent que celles-ci ne perturbent pas les échanges et n'induisent pas de surcapacités.
3. Ajouter une nouvelle incitation forte à l'article 25 de l'ASMC pour notifier les subventions de manière appropriée, sachant que le devoir de notification est rarement observé (voir la note de fin 10). Toute subvention non notifiée et signalée par un autre Membre qui s'en estimerait victime sera prohibée, à moins que le Membre ayant octroyé la subvention ne communique les informations requises par écrit et dans les délais impartis. Il faut pour cela que le pays concerné fournisse suffisamment d'éléments pour démontrer que la subvention en question est autorisée et accordée en toute transparence.
4. Modifier l'ASMC pour décrire les circonstances dans lesquelles il est possible de s'affranchir des prix intérieurs et comment établir un indicateur de référence fiable, notamment en s'appuyant sur les prix en vigueur hors du marché du Membre accordant la subvention. L'ASMC sera ainsi d'un intérêt plus pratique pour déterminer quelles subventions peuvent créer une distorsion.

5. Sachant que de nombreuses subventions passent par des entreprises publiques, veiller à ce que ces dernières soient englobées dans le terme « organisme public », un élément constitutif de la définition d'une subvention au sens de l'ASMC²⁷.

3. Le rôle des subventions dans l'application du droit de la concurrence

40. Comme évoqué dans la section précédente, différentes raisons peuvent inciter à subventionner les entreprises. Bien que de nombreuses subventions faussent la concurrence, la plupart des législations relatives à la concurrence des différents pays ne comportent aucune disposition consacrée aux aides publiques. Il s'ensuit que les pouvoirs des autorités de la concurrence en matière d'application du droit sont généralement limités aux cas où c'est le *comportement* d'une entreprise qui contrevient (ou peut contrevient) aux lois de la concurrence. Par conséquent, l'application du droit de la concurrence n'est souvent pas l'outil le plus approprié pour corriger les distorsions créées par les aides d'État susceptibles de favoriser (ou de contraindre) certaines entreprises, entravant ainsi le bon fonctionnement des échanges, puisque ce sont alors d'autres instruments qui s'imposent, tels que les règles commerciales multilatérales, les aides d'État ou les instruments de défense commerciale²⁸.

41. Ce chapitre abordera les différents angles sous lesquels les autorités de la concurrence peuvent aborder les subventions au moment de faire appliquer le droit de la concurrence, en dehors du contrôle des aides d'État. Nous nous pencherons sur les théories de l'effet néfaste des subventions et sur le rôle de la solidité financière dans des affaires d'application du droit de la concurrence (3.1), sur les leçons à tirer de cas de jurisprudence ayant tenu compte des subventions (3.2) et sur les difficultés que soulèvent ces cas (3.3).

3.1. Effets néfastes des subventions sur la concurrence

42. Les subventions peuvent influencer sur le compte de résultat d'une entreprise, sur ses décisions stratégiques (en matière d'intrants et de production, d'entrée ou de sortie d'un marché, ou de développement), mais aussi sur ceux de ses concurrents avérés ou potentiels. Par ricochet, elles peuvent affecter la structure, le fonctionnement et les manifestations d'un marché, tant national qu'international. Ainsi, des concurrents non subventionnés pourraient décider de ne pas pénétrer un marché, ils pourraient perdre des parts de marché ou encore être forcés de se retirer, alors même qu'ils seraient plus performants ou innovants.

43. Une entreprise subventionnée peut également réaliser des économies d'échelle inaccessibles à une concurrente non subventionnée, même si celle-ci dispose de technologies et de procédures plus performantes. La taille peut entraîner une évolution favorable de la structure de coûts – voire de l'efficacité globale –, ce qui peut constituer une barrière à l'entrée ou au développement pour d'autres acteurs. En outre, lorsque certaines entreprises bénéficient d'aides publiques directes ou indirectes, cela peut leur permettre de s'implanter sur des marchés étrangers ou internationaux, non parce qu'elles sont plus efficaces et/ou innovantes, mais parce qu'elles peuvent pénétrer des marchés pour lesquels leurs concurrentes n'auraient reçu aucune aide, ou pas dans les mêmes proportions.

44. Les autorités de la concurrence ont examiné les subventions dans le contexte d'une fusion impliquant une entreprise subventionnée, ou dans les cas où elles étaient susceptibles d'induire ou de faciliter des pratiques anticoncurrentielles. Les subventions ne jouent aucun rôle dans les affaires

d'entente car le fait qu'une entreprise reçoive ou non une aide de l'État n'entre pas en ligne de compte pour déterminer si un tel accord contrevient au droit de la concurrence.

45. Le caractère problématique des subventions réside dans l'amélioration de la solidité – ou de la puissance – financière qui peut découler de l'aide financière directe ou indirecte de l'État. Un tel « trésor de guerre » peut se muer en avantage concurrentiel pour l'entreprise bénéficiaire, et éventuellement modifier son comportement envers ses concurrents du marché. Aux fins d'application du droit de la concurrence, l'évaluation, aussi bien en cas de fusion que d'abus de position dominante, doit accorder une grande place à la mesure dans laquelle cette puissance financière (ou ce « trésor de guerre ») peut induire, ou renforcer, une position dominante²⁹.

46. La puissance financière induite par les subventions peut se révéler problématique de deux manières : (i) si elle crée ou accentue une position dominante (en cas de fusion) ou (ii) si elle incite à des pratiques répréhensibles, principalement sous la forme de prix d'éviction.

3.1.1. La puissance financière peut induire, entretenir ou renforcer une position dominante

47. Les subventions peuvent accroître considérablement les ressources financières d'une entreprise. Cette amélioration de la puissance financière par rapport à la concurrence peut influencer de manière significative sur les décisions commerciales de l'entreprise ou de ses concurrents, et éventuellement lui permettre d'étendre sa position sur le marché. De fait, (Fresnard, 2010^[25]) montre que des réserves de trésorerie plus importantes que celles des concurrents se traduisent systématiquement par des gains de parts de marché aux dépens de ce derniers. Cet effet positif de la trésorerie sur la situation concurrentielle est encore accentué si les concurrents doivent faire face à des restrictions financières. Il en découle que les ressources financières pourraient effectivement permettre à une entreprise de renforcer sa position sur le marché.

48. En outre, la puissance financière peut ériger une barrière à l'entrée, par exemple en décourageant de nouveaux entrants potentiels. Ce phénomène se vérifie particulièrement dans le secteurs fortement consommateurs de capital, ou se caractérisant par d'importants coûts irrécupérables et de vastes économies d'échelle. Le fait que ces ressources financières ou trésors de guerre puissent constituer une barrière à l'entrée a également été confirmé de manière empirique par (Boutin et al., 2012^[26]). Premièrement, ces travaux montrent que l'accès des acteurs historiques et des nouveaux entrants aux réserves de trésorerie des groupes de sociétés influence sur l'accès au marché : celui-ci *diminue* lorsque les groupes affiliés aux acteurs historiques ont pu accumuler de grandes quantités de trésorerie, tandis que l'augmentation de la trésorerie des groupes entrants *accroît* l'accès au marché. Deuxièmement, cette étude montre que les répercussions du niveau de trésorerie des groupes sur l'accès au marché sont plus importantes dans le cas des marchés sur lesquels l'obtention de financements externes est plus difficile. Enfin, les données de l'étude montrent que l'effet décourageant sur l'entrée au marché des trésors de guerre des groupes est plus marqué lorsque ceux-ci disposent de marchés de capitaux internes plus actifs. Tout cela suggère que les marchés de capitaux internes influent sur le comportement des entreprises présentes sur le marché du produit concerné, ce qui peut avoir un effet anticoncurrentiel.

3.1.2. La puissance financière peut inciter à adopter des comportements répréhensibles

49. La puissance financière est également fréquemment étudiée sous l'angle de son potentiel d'incitation à adopter des comportements répréhensibles, sachant que les subventions peuvent non seulement induire, entretenir ou renforcer une position dominante, mais aussi inciter à en profiter immodérément. La théorie du préjudice la plus répandue, aussi bien dans les affaires de fusion que d'abus de position dominante, part du principe que des ressources financières supplémentaires peuvent inciter l'entreprise bénéficiaire à adopter un comportement anticoncurrentiel, notamment en vendant ses produits

à perte pendant un certain temps et en compensant cette pratique par des prix plus élevés ailleurs (sur un autre marché) ou ultérieurement (phase de récupération des pertes)³⁰. Une telle pratique de prix d'éviction, présente de longue date dans le droit de la concurrence (voir l'Encadré 6), peut être facilitée par l'obtention de subventions, qui accroissent les ressources financières d'une entreprise et lui octroient ainsi un « trésor de guerre » plus important.

Encadré 6. Prix d'éviction et imperfections des marchés de capitaux

Pour que la fixation de prix d'éviction soit plausible, il importe en particulier que les marchés financiers soient imparfaits. Bien que nombre d'observateurs estiment que ces derniers soient généralement jugés plutôt efficaces (Motta, 2004, p. 292^[27]), ce constat est peut-être moins vrai pour les pays développés, ce qui accroît la probabilité que les prix d'éviction constituent une stratégie rationnelle et profitable pour les entreprises.

L'« argument du trésor de guerre », initialement dû à (McGee, 1958^[28]), a été étudié ultérieurement par (Telser, 1966^[29]) et par (Benoit, 1984^[30]). Le raisonnement de base sous-tendant l'éviction des concurrents au moyen des ressources financières reposait sur une situation dans laquelle une entreprise dominante disposait d'un meilleur accès au capital que son concurrent. En pratiquant des tarifs inférieurs aux coûts variables moyens de ce dernier, l'entreprise dominante pouvait épuiser les ressources financières de son rival, en vue de l'évincer du marché. Si les pertes induites par des tarifs inférieurs aux coûts de production peuvent être compensées ultérieurement par les profits (monopolistiques), l'éviction par abondance de trésorerie est à la fois faisable et rationnelle. Toutefois, ce premier modèle ne pouvait expliquer pourquoi la victime ne serait pas en état d'emprunter, sachant que cette simple possibilité pourrait décourager l'entreprise dominante ne serait-ce que de tenter de l'évincer. Pour tenir compte de cet élément, la théorie économique récente intègre les imperfections des marchés de capitaux qui découlent des failles de la relation mandant-mandataire. Par exemple, si les bailleurs de fonds n'ont que des informations incomplètes sur les entreprises désireuses d'obtenir un financement (y compris, entre autres, concernant le niveau de risque ou de compétence des dirigeants), alors celles-ci risquent de ne pas bénéficier d'un prêt, ou à des conditions moins avantageuses. Par conséquent, dans une configuration de marchés de capitaux imparfaits, la capacité à obtenir un financement dépend uniquement des actifs d'une entreprise. En pratiquant des prix d'éviction, une entreprise dominante cherche à réduire les actifs de sa victime et ses possibilités de lever des fonds, ce qui contraint en fin de compte cette dernière à se retirer du marché.

Selon ces théories, l'entreprise dominante a juste besoin d'être plus forte financièrement que ses concurrents, sans nécessairement être la plus ancienne sur le marché. En outre, l'éviction totale du marché n'est pas une condition *sine qua non*, l'entreprise dominante pouvant simplement chercher à empêcher des entreprises plus petites d'innover ou de se développer, sans nécessairement vouloir les contraindre à se retirer du marché.

Source : (Motta, 2004^[27]), (Sire, 2022^[31]).

50. Comme des prix bas et une forte concurrence profitent généralement aux consommateurs, il importe de bien faire la différence entre éviction et concurrence soutenue et légitime. Une mauvaise appréciation à ce niveau peut se traduire soit par un excès de zèle dans l'application du droit (faux positifs) soit par une intervention insuffisante (faux négatifs). Un excès de zèle dans l'application du droit s'explique par les nombreuses raisons, conformes aux principes de la concurrence, qui peuvent pousser à vendre à perte. Ainsi, pour pénétrer un marché doté d'importantes barrières à l'entrée, un nouvel entrant pourra se trouver contraint d'essayer des pertes dans un premier temps, par exemple pour se faire connaître et convaincre le consommateur³¹. L'excès de zèle dans ce cas est préjudiciable en cela qu'il peut décourager les nouveaux entrants de se lancer dans la concurrence. À l'inverse, une application insuffisante du droit, née de la difficulté à établir si les prix étaient effectivement inférieurs aux coûts de revient ou de l'absence

de considération des situations d'éviction impliquant des prix supérieurs aux coûts³², peut permettre à une entreprise dominante d'entretenir, voire d'accroître, sa position sur le marché.

51. Les affaires de prix d'éviction ont rarement suscité l'intérêt des autorités de la concurrence³³. Ce scepticisme³⁴ procède du raisonnement selon lequel vendre à perte pour évincer la concurrence est jugé irrationnel, pour deux raisons : (1) il existe des manières plus rentables d'éliminer les concurrents (par exemple en les rachetant) et (2) lorsque les prix augmenteront, les concurrents reviendront sur le marché (Gomez, Goeree et Holt, 2008^[32]). Toutefois, comme nous le verrons plus loin, dans le cas des subventions, d'autres facteurs peuvent entrer en jeu pour rendre moins irrationnelle l'idée de pratiquer des prix d'éviction (les hausses de prix futures). En effet, certaines entreprises subventionnées, y compris détenues par l'État, peuvent avoir pour mission d'exécuter, explicitement ou implicitement, la politique industrielle de leur pays et non de chercher à maximiser les profits. Les entreprises qui ne visent pas l'accumulation des bénéfices à long terme peuvent très bien pratiquer des prix d'éviction sans période de récupération ultérieure (Capobianco et Christiansen, 2011^[33]), ce qui signifie que le bénéficiaire de telles subventions n'aurait pas besoin (ou envie) de relever ses prix au terme de la phase d'éviction, étant entendu que cela peut entraîner des inefficiences en termes d'allocation et de dynamique.

3.2. Prise en compte des subventions dans la jurisprudence

52. Il existe assez peu de cas de jurisprudence dans lesquels la présence de subventions est explicitement prise en compte pour apprécier une situation dominante. Les précédents dont nous disposons actuellement nous permettent toutefois de tirer un certain nombre d'enseignements qui pourraient se révéler utiles dans l'examen d'affaires futures.

3.2.1. Le rôle des subventions dans le contrôle des fusions reste limité à ce jour

53. Les subventions ont joué jusqu'ici deux types de rôles dans les affaires de contrôle des fusions, selon qu'elles sont considérées comme une infraction ou comme un moyen de défense (Sire, 2022^[31]). Si une subvention est considérée comme une *infraction*, une des parties à la fusion a bénéficié d'une aide financière susceptible de lui avoir octroyé un avantage par rapport à ses concurrents. Si la subvention est alléguée comme moyen de *défense*, c'est qu'elle a été versée à un concurrent d'une des parties à la fusion et sert de circonstance atténuante face à une suspicion de pratique anticoncurrentielle.

54. Toutefois, le nombre d'affaires relatives à des fusions étudiées à la lumière des subventions (ou des aides d'État) est relativement limité³⁵. En outre, les subventions n'ont été jugées disproportionnées au point de perturber la concurrence dans aucune des affaires étudiées. Dans la plupart des cas, les subventions étaient trop faibles pour entraîner des problèmes de concurrence. Il est arrivé que l'entité résultant de la fusion soit jugée financièrement solide grâce à la subvention, mais pas particulièrement plus solide que ses concurrents, surtout en tenant compte des positions de marché des parties à la fusion. Il s'ensuit que les subventions n'ont pas joué un rôle décisif à ce jour.

55. Le fait de ne pas tenir compte des subventions dans l'analyse peut se révéler problématique, comme l'illustre le rachat de Pirelli par l'entreprise publique chinoise CNRC (voir l'Encadré 7)³⁶. L'acquisition avait été autorisée sans conditions, en l'absence de toute référence à des subventions (étrangères). Au bout de trois ans, toutefois, la Commission européenne a dû intervenir en imposant des droits compensatoires. Dans la décision rendue au terme de son enquête sur la présence de subventions, elle a conclu que CNRC avait bénéficié de plusieurs interventions de l'État chinois car l'entreprise ne disposait pas des fonds suffisants pour financer l'acquisition.

Encadré 7. CNRC/Pirelli

En 2015, China National Chemical Corporation (« ChemChina ») a racheté Pirelli par le biais de sa filiale China National Tyre and Rubber Company (CNRC). Cette acquisition a reçu le feu vert inconditionnel de la Commission européenne (affaire COMP/M.7643 CNRC/Pirelli)¹.

En octobre 2017, la Commission a lancé une enquête pour subventions abusives suite au dépôt d'une plainte relative à des importations déloyales de pneumatiques dans l'Union européenne. Dans sa décision finale, la Commission indique que CNRC avait bénéficié de plusieurs interventions de l'État chinois car la société ne disposait pas des fonds suffisants pour financer l'acquisition. CNRC a bénéficié en particulier des mesures de soutien suivantes :

- une aide financière de 500 millions RMB (environ 66 millions EUR) de la part de la Commission centrale d'administration et de supervision des actifs nationaux du gouvernement (« Central SASAC) en vue d'encourager la coopération mondiale autour des capacités de production dans le cadre des Nouvelles routes de la soie ;
- un prêt préférentiel (800 millions EUR) accordé par un syndicat bancaire comportant notamment la China Development Bank (publique), EXIM Bank (sous contrôle du gouvernement chinois) et la China Construction Bank (publique). Le contrat de prêt précise bien comme objet l'acquisition de Pirelli ;
- le remboursement de 17 millions RMB (environ 2.13 millions EUR) d'intérêts payés au titre du prêt susmentionné, effectué par le ministère des Finances pour l'acquisition des droits préférentiels de souscription sur les actions Pirelli, dans le cadre des grands projets du fonds spécial de 2015 pour le développement du commerce extérieur ;
- une participation au capital par l'État chinois équivalente à 533 millions EUR par le biais du Silk Road Fund (SRF), un fonds souverain chinois créé dans le cadre des Nouvelles routes de la soie. L'investissement du SRF correspondait exactement au montant dont CNRC avait besoin pour obtenir la majorité absolue du capital du groupe Pirelli (65 %, contre 48.75 % sans le SRF).

Notes :

¹ Affaire COMP/M.7643 CNRC/Pirelli

² Règlement d'application de la Commission européenne 2018/1690

Sources : affaire COMP/M.7643 CNRC/Pirelli, décision du 1^{er} juillet 2015, Règlement d'application de la Commission européenne 2018/1690, (Commission européenne, 2021^[34]).

L'expérience de la Commission européenne en matière d'aides d'État fait également ressortir le problème potentiel des acquisitions subventionnées. Dans les affaires d'aides publiques qu'elle examine, la Commission pose souvent comme condition à l'autorisation d'une telle aide l'interdiction pour le bénéficiaire de participer à toute fusion ou acquisition pendant un certain temps, précisément pour éviter que les pouvoirs publics ne subventionnent les rachats d'entreprises³⁷. De telles conditions étaient couramment imposées, par exemple, lors de la crise financière de 2008³⁸.

3.2.2. Dans le contrôle des fusions, les subventions peuvent renseigner sur la capacité et l'incitation des entreprises à pratiquer des prix d'éviction

56. Les subventions jouent un rôle dans l'évaluation de fond des fusions en renseignant sur la capacité et l'incitation de l'entité ainsi formée à pratiquer des prix d'éviction une fois l'opération réalisée³⁹. Citons par exemple une décision récente de l'Office fédéral des cartels allemand, qui s'est longuement penché sur les répercussions potentielles des subventions chinoises au moment d'évaluer un projet de fusion (voir l'Encadré 8)⁴⁰.

Capacité de l'entité issue de la fusion à pratiquer des prix d'éviction

57. La première étape de l'évaluation de fond d'un grand nombre de projets de fusion consiste à se demander si des subventions pourraient accroître la puissance financière et commerciale des parties au point que la société repreneuse soit plus à même de freiner la croissance de ses concurrents, voire d'éliminer des rivaux (éventuels) sur le marché concerné en proposant des prix systématiquement inférieurs aux leurs⁴¹. Tel pourrait être le cas si, compte tenu de sa position de marché existante et de la situation financière et concurrentielle des autres acteurs du marché, une entreprise risquait de porter gravement préjudice au bon fonctionnement de la concurrence sur les marchés en question⁴².

58. Un certain nombre de facteurs ont semblé jouer un rôle lors de l'analyse des effets des subventions sur la puissance financière et commerciale des parties à une fusion.

- Les indicateurs financiers des entités fusionnées (au premier rang desquelles l'acquéreur). La puissance financière peut être évaluée (et elle l'est couramment) en comparant plusieurs indicateurs financiers de l'acquéreur et de ses concurrents, tels que, entre autres, le chiffre d'affaires, le résultat avant impôt, la marge avant impôt ou l'excédent brut d'exploitation⁴³. Une position financière particulièrement avantageuse augmente la capacité à pratiquer l'éviction par la suite, puisque les concurrents seront moins à même de riposter face à une telle pratique.
- L'ampleur et la fréquence des subventions, en particulier rapportées à la puissance financière de l'entité issue de la fusion et à celle de ses concurrents⁴⁴. Plus une subvention sera élevée, plus l'entreprise aura la capacité de pratiquer l'éviction. En outre, une subvention fréquente ou récurrente, par exemple sous la forme d'un accès préférentiel continu au financement (ou d'un accès au financement à des conditions plus favorables que le marché, voir l'Encadré 8), accroît la capacité à pratiquer l'éviction.
- La structure de coûts des entités concernées par la fusion⁴⁵. La capacité à pratiquer l'éviction augmente lorsque les subventions ont pour effet de réduire directement et systématiquement les coûts variables des bénéficiaires par rapport à ceux de leurs concurrents.

Incitation de l'entité issue de la fusion à pratiquer des prix d'éviction

59. Toutefois, en principe, pour prévoir quel sera le comportement futur de l'entité issue de la fusion, il est nécessaire d'estimer dans quelle mesure celle-ci respectera le droit de la concurrence. On ne peut partir du principe qu'une entreprise aura des pratiques anticoncurrentielles juste parce qu'elle en a (davantage) les moyens⁴⁶. Plusieurs facteurs peuvent inciter une entreprise à pratiquer des prix d'éviction, et donc accroître la probabilité qu'elle adopte un tel comportement⁴⁷ :

- des antécédents d'agissements illégaux, tels que des infractions au droit de la concurrence, sachant que la fusion est susceptible de faciliter de telles infractions ;
- la structure d'actionnariat de la société repreneuse. Le critère principal de la maximisation des profits ne s'applique pas toujours à la gestion des entreprises publiques, en particulier dans les économies dirigées ou centralisées. Les entreprises publiques poursuivent souvent d'autres buts (voir également la section 2.3), tels que l'exécution d'un plan national (de politique industrielle). De tels objectifs peuvent avoir une influence sur l'incitation à adopter des pratiques anticoncurrentielles à l'avenir, y compris les prix d'éviction⁴⁸ ;
- la capacité à récupérer les pertes subies lors de la période de pratique des prix d'éviction (c'est-à-dire tout le temps que l'entreprise vend à perte). Dans certains pays, cette capacité est considérée comme une condition préalable pour rendre plausible un cas de prix d'éviction. La section 3.3 examine plus en détail ce critère de la capacité à récupérer les pertes dans certains pays.

Encadré 8. CRRC/Vossloh

Cette affaire portait sur le rachat de Vossloh Locomotives GmbH (« Vossloh ») par l'entreprise publique chinoise CRRC Zhuzhou Locomotives Co., Ltd. (« CRRC Zhuzhou Locomotives »). Vossloh est un acteur majeur de la technologie ferroviaire, spécialisé dans les infrastructures, tandis CRRC Zhuzhou Locomotives est une filiale de CRRC Corporation (« CRRC »). CRRC est cotée en Bourse, mais l'État chinois possède 51 % de son capital. Il s'agit du plus grand fabricant de matériel roulant au monde.

Lors de son examen du projet de fusion, l'office allemand des cartels, le BKA, a étudié de près les caractéristiques de l'acquisition du numéro un du marché européen par une entreprise publique richement dotée contrôlée par une économie centralisée. Il a évalué les retombées de subventions éventuelles, l'existence de moyens techniques et financiers et les avantages stratégiques conférés par d'autres participations (par le biais de plusieurs autres filiales, CRRC joue un rôle important dans la stratégie industrielle de la Chine) pour apprécier le contexte concurrentiel de l'opération.

Ce travail comportait notamment une évaluation du risque de stratégies de prix bas et de dumping, et des avantages, en termes de coûts, créés par les activités subventionnées de CRRC sur de nombreux autres marchés, notamment son intégration verticale, les moyens financiers octroyés par son monopole de fait ou de droit sur son ou ses marchés d'origine, le soutien explicite du gouvernement ou le fait de bénéficier d'intrants à un prix favorable. Le BKA a fait valoir que, si les stratégies de prix bas à court terme étaient « indissociables de la concurrence » et qu'elles profitaient aux clients, elles devaient trouver leur origine dans des avantages de coûts comparatifs de l'entreprise concernée par rapport à ses concurrents. Si toutefois ces stratégies de prix bas résultaient de subventions systématiques, elles étaient susceptibles de fausser la concurrence et de perturber sérieusement le fonctionnement du marché à longue échéance.

En fin de compte, les points préoccupants soulevés – à savoir les moyens financiers considérables de la société repreneuse et le risque de comportement anticoncurrentiel qui en découlait pour l'avenir – ne justifiaient pas de s'opposer à la fusion, sachant que la compétitivité de Vossloh s'était considérablement dégradée ces dernières années et que CRRC n'était jusqu'alors qu'un acteur de petite taille sur le marché européen.

Cette affaire montre que, si des entreprises publiques peuvent pénétrer des marchés avec une puissance économique substantielle, cela n'entrave pas nécessairement la concurrence. Elle montre aussi, toutefois, que la puissance financière peut constituer un facteur important, même s'il n'est pas déterminant, pour apprécier un projet de fusion (voir *infra*, la leçon n° 3).

Source : Bundeskartellamt B4-115-19 CRRC/Vossloh and Bundeskartellamt, version anglaise du communiqué de presse du 27 avril 2020, *Chinese company CRRC can acquire Vossloh's shunter division*.

3.2.3. La puissance financière ne constitue qu'un facteur parmi d'autres pour établir un risque de position dominante suite à une fusion

60. Compte tenu du petit nombre de fois où l'analyse de la concurrence a tenu compte des subventions, il peut se révéler instructif d'examiner les projets de fusion dans lesquels la puissance financière – qu'elle résulte ou non de subventions – a été intégrée à une telle analyse. En effet, la puissance financière des parties à la fusion a déjà été prise en compte dans l'évaluation de plusieurs projets. Ces affaires concernaient généralement de grandes entreprises (souvent des conglomérats) dotées de moyens financiers supérieurs à ceux de leurs concurrentes. Toutefois, si la puissance financière était considérée comme un critère important d'appréciation du risque de position dominante, elle n'a pas été jugée suffisante pour être à l'origine de la position dominante elle-même, ou pour la renforcer si elle

existait déjà⁴⁹. Autrement dit, la puissance financière peut représenter un élément contributif ou un facteur déterminant (uniquement) en présence d'autres facteurs, plutôt que le facteur décisif (unique) (Bright et Schmidt, 2005, pp. 304-305^[35]).⁵⁰

61. Les guides de bonnes pratiques en matière de fusions illustrent également l'ambiguïté qui règne autour de l'importance de la puissance financière et du risque que celle-ci n'entrave la concurrence. Par exemple, les recommandations de l'office allemand de la concurrence citent les ressources financières comme un facteur pertinent pour évaluer la puissance d'une entreprise sur le marché, tout en précisant qu'elles ne jouent qu'un rôle mineur en pratique. En outre, ces mêmes recommandations précisent que « *un tel effet d'exclusion ou de dissuasion ne se produit pas à chaque fois qu'une entreprise dispose d'importantes ressources financières. Néanmoins, ces dernières accroissent effectivement les moyens de l'entreprise et son intérêt à mener des stratégies correspondantes, telles que la pratique de prix d'éviction* »⁵¹. Enfin, bien que la puissance financière ait été prise en compte dans l'évaluation de fond de projets de fusion passés dans certains pays (tels que les États-Unis ou le Royaume-Uni), les lignes directrices sur les fusions de ces juridictions ne font pas explicitement mention de la solidité financière comme critère d'évaluation dans les affaires de fusion⁵².

62. Nous avons constaté plus haut que plusieurs facteurs permettaient de déterminer dans quelle mesure la puissance financière pouvait permettre aux parties à la fusion de pratiquer des prix d'éviction à l'avenir. Toutefois, comme la puissance financière en elle-même, comme on vient de le voir, semble insuffisante pour induire ou renforcer une position dominante, il convient d'associer l'analyse de la capacité des parties à la fusion à pratiquer des prix d'éviction à l'examen (traditionnel) du projet de fusion sous l'angle de la concurrence (sans tenir compte des subventions), qui englobe les déterminants classiques du contrôle des fusions, tels que les caractéristiques du marché concerné :

- Les caractéristiques du marché et les circonstances atténuantes. Certains facteurs peuvent influencer sur la probabilité de réussite d'une stratégie d'éviction. En effet, les prix d'éviction auront tendance à mieux fonctionner dans les secteurs dont l'accès au financement constitue une importante barrière à l'entrée ou au développement, ou sur les marchés proposant des produits homogènes, de faibles coûts de transfert et aucune autre barrière significative au développement commercial (Sire, 2022, p. 9^[31]).
- La durée envisagée. Un autre facteur pertinent pour l'analyse est la durée envisagée, par exemple pour déterminer si l'entrée sur le marché se fait en temps utile. À l'article 74 de ses Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales⁵³, la Commission européenne examine si l'entrée de nouveaux concurrents serait suffisamment rapide et durable pour dissuader ou contrecarrer l'exercice d'un pouvoir de marché. Elle estime que le moment précis auquel cette entrée doit intervenir dépend des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des capacités spécifiques des entrants potentiels. Cependant, l'entrée sur le marché n'est normalement considérée comme intervenant en temps utile que si elle s'effectue dans un délai de deux ans. Précisons toutefois que dans les deux cas Siemens/Alstom⁵⁴ et CRRC/Vossloh⁵⁵, la durée appropriée avait été fixée à un intervalle de cinq à dix ans, en raison des longs délais s'écoulant entre chaque appel d'offres.

3.2.4. Les subventions jouent rarement un rôle significatif dans les affaires d'abus de position dominante

63. Comme déjà évoqué, les affaires impliquant des prix d'éviction sont relativement rares, et il est encore plus rares que celles-ci découlent de la perception de subventions. Les cas se rapprochant le plus concernent la pratique des prix d'éviction dans le cadre de l'utilisation d'aides d'État aux fins d'une obligation de service public, souvent par des entreprises (anciennement) publiques. Lorsque ces obligations de service public sont rémunérées en excès par les pouvoirs publics, ces aides deviennent de fait des subventions qui peuvent servir à financer, au moyen de subventions croisées, des activités de la même entreprise sur des marchés où elle entre en concurrence avec d'autres, en vue d'éliminer ses rivaux.

64. On parle de subventions croisées lorsqu'une entreprise exerce une activité économique à la fois (i) sur un marché dont elle détient (quasiment) le monopole ou qui lui est réservé par la loi et (ii) sur un ou plusieurs marchés ouverts à la concurrence. Cette configuration lui permet de vendre à perte sur le marché concurrentiel, par exemple en imputant certaines charges à ses activités non concurrentielles plutôt qu'aux autres. Cette pratique de prix d'éviction peut décourager d'autres entreprises de pénétrer le marché concurrentiel, réduire la part de marché des concurrents, voire forcer ces derniers à se retirer⁵⁶.

65. En toute rigueur, dans le contexte des subventions, l'aspect de la rémunération excessive de l'obligation de service public est crucial sachant que, s'il n'est pas présent, le risque de pratiquer des prix d'éviction ne proviendra pas des subventions mais plutôt d'autres facteurs (tels que la taille de l'entreprise). Toutefois, les exemples d'entreprises susceptibles de financer leur activité sur les marchés concurrentiels au moyen des subventions dont elles disposent pour leur (quasi) monopole peuvent aider à appréhender l'analyse du rôle des subventions dans le cas des prix d'éviction.

66. À cet égard, le secteur postal présente un nombre disproportionné de cas d'abus de position dominante (qui ne sont toutefois pas toujours associés à la pratique de prix d'éviction) (voir également l'Encadré 9). En l'occurrence, l'affaire Deutsche Post de 2001, de grande ampleur et largement citée car il s'agissait de la première fois que la Commission européenne examinait la pratique des prix d'éviction dans un secteur public de services traditionnel, s'est soldée par le constat d'une infraction⁵⁷. Dans cette affaire, Deutsche Post était soupçonnée de subventions croisées, c'est-à-dire d'employer les recettes tirées de ses activités rentables d'envoi du courrier constituant son domaine réservé pour financer des ventes à perte dans le secteur des services de transport de colis, où elle était exposée à la concurrence. La Commission a conclu que les prix pratiqués par Deutsche Post pour son activité de colis revenaient effectivement à vendre à perte et que ses recettes sur ses activités monopolistiques d'envoi du courrier représentaient une source possible de subventions croisées sachant qu'elles dépassaient invariablement le coût de ces seuls services postaux. Une telle stratégie tarifaire (génératrice de pertes) pour les services d'expédition de colis entre 1990 et 1995 était considérée comme contraire aux intérêts économiques de l'entreprise⁵⁸, avait un effet limitatif sur les ventes des concurrents et laissait prévoir une augmentation ultérieure des prix pour le consommateur.

Encadré 9. Subventions croisées dans le secteur postal

À la fin des années 90 et au début des années 2000, de nombreux pays ont décidé de libéraliser et de privatiser leur secteur postal. Il s'ensuit que celui-ci fait l'objet d'une concurrence constante entre les entreprises publiques et les opérateurs privés, ou que des sociétés privées exercent à la fois sur des marchés réservés (monopoles) et sur des marchés ouverts à la concurrence. Il existe souvent un risque de comportement anticoncurrentiel sur les segments concurrentiels du secteur postal de la part des opérateurs historiques, qui bénéficient de privilèges. Ces risques résident en particulier dans les pratiques des subventions croisées et des prix d'éviction. Si, d'une part, les barrières à l'entrée relativement faibles du secteur postal peuvent limiter la probabilité que des entreprises cherchant à maximiser leurs bénéfices ne pratiquent des prix d'éviction, d'autre part, l'incitation restreinte des entreprises publiques ou réglementées à maximiser leurs profits tend à les encourager à pratiquer les subventions croisées.

De nombreux pays ont mis en place des instances de réglementation indépendantes chargées du secteur postal. Ainsi, l'article 22 de la directive européenne relative aux services postaux demande à chaque « État membre (de désigner) une ou plusieurs autorités réglementaires nationales pour le secteur postal, juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux »¹. Certains pays (comme l'Australie, les Pays-Bas ou l'Espagne) ont intégré cette instance de réglementation à leur autorité de la concurrence. Ces instances sont également affiliées au Groupe des régulateurs européens dans le domaine des services postaux (GRESPE), un organe de conseil à la Commission européenne qui facilite la consultation et la coopération tout en garantissant l'application uniforme de la législation relative à l'expédition de courrier et de colis. Ce GRESPE mentionne le risque de subventions croisées dans son rapport de 2019².

Notes :

¹ Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:02008L0006-20080227&from=EN>.

² ERGP Report on the cross-subsidisation, Groupe des régulateurs européens dans le domaine des services postaux, 4 octobre 2019.

Sources : (Cohen, 2004^[36]); (Geddes, 2008^[37]); (OCDE, 1999^[38]) ; Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence au secteur postal et sur l'évaluation de certaines mesures d'État relatives aux services postaux (JOC 39 du 6.2.1998).

3.3. Difficultés liées à la prise en compte des subventions dans le contrôle du respect du droit de la concurrence

67. Si les subventions semblent n'avoir joué jusqu'ici qu'un rôle relativement modeste dans l'application du droit de la concurrence, cela pourrait changer sous peu compte tenu des évolutions décrites à la section 2. Les autorités de la concurrence pourraient se heurter aux difficultés ci-après au moment de décider si les subventions facilitent les fusions ou peuvent inciter à des pratiques anticoncurrentielles.

3.3.1. Établir la présence de subventions ne va pas toujours de soi

68. Dans un premier temps, l'autorité de la concurrence doit établir la présence de subventions. Or, celle-ci peut être difficile à démontrer en raison du manque d'informations à ce sujet. Comme mentionné à la section 2.1, il existe peu d'informations publiquement disponibles concernant les subventions, pour plusieurs raisons, notamment le fait que ces aides soient rarement explicites, soit parce qu'elles sont volontairement dissimulées, soit parce qu'elles résultent de choix institutionnels, y compris une intégration verticale par les entreprises publiques. Il s'ensuit qu'il est souvent malaisé d'identifier les entreprises ayant bénéficié de subventions.

69. Il sera souvent facile de démontrer l'existence de subventions dans un pays doté d'un système d'aides d'État, où les subventions d'une certaine nature et d'une certaine ampleur nécessitent une approbation préalable⁵⁹. En l'absence d'un tel système, la manière la plus plausible ou la plus efficace de démontrer l'existence de subventions (même indirectes), en dehors de la communication de l'information par les intéressés, consiste à se référer aux schémas ou pratiques généraux tirés des études par pays, des différends (passés ou en cours) soumis à l'OMC ou des enquêtes commerciales⁶⁰. Il est également possible de tenir compte des documents internes, ou de leur absence, mentionnant les effets des subventions⁶¹.

70. Il peut être encore plus compliqué d'établir la présence de subventions en fonction de la norme de preuve en vigueur⁶². Ainsi, un plaignant ne sera pas nécessairement bien placé pour fournir la preuve de telles subventions, en particulier s'il s'agit de démontrer que certaines pratiques ne respectaient pas les règles du marché⁶³.

71. Les nouveaux dispositifs proposés aux États-Unis et dans l'UE mentionnés au point 2.4.3 (respectivement le Merger Filing Fee Modernization Act de 2022 et le projet de règlement européen sur les subventions étrangères) visent à aplanir une partie de ces difficultés.

3.3.2. Des acquisitions par des entreprises publiques peuvent poser des problèmes spécifiques en termes de contrôle des fusions

72. Le rachat d'une société par une entreprise publique peut être à l'origine de problèmes spécifiques sur le plan du contrôle des fusions (voir également (OCDE, 2018, pp. 17-19^[39])). Concernant les subventions, le manque de transparence sur les aides d'État accordées aux entreprises publiques est particulièrement problématique sachant que nombre de subventions ne sont pas divulguées. En outre, même sans bénéficier de subventions positives de la part de l'État, les entreprises publiques profitent souvent d'une aide implicite, dont une large part peut être qualifiée de subventions. Dans certains pays, par exemple, les entreprises publiques sont préservées de toute concurrence sur leur marché intérieur. Ajoutons que les subventions implicites, directes ou indirectes, peuvent venir d'autres entreprises publiques, avec un effet sur les capacités financières de l'entreprise publique étudiée et sur son comportement sur le marché. Pour apprécier une opération impliquant une entreprise publique, il convient donc de tenir compte de sa structure d'actionariat et des répercussions du contrôle de l'État sur d'autres entreprises publiques. Plus précisément, il importe d'identifier le « groupe » de sociétés, ou l'unité économique, effectivement impliqué dans l'opération (Svetlicinii, 2018, p. 102^[17]), (Riley, 2016^[40]). Ne pas tenir compte des autres entreprises publiques appartenant à la même sphère de contrôle de l'État peut revenir à exclure de l'analyse l'apport éventuel de financements, ou d'autres ressources, à des conditions plus favorables que le marché. Un tel octroi de subventions pourra influencer de manière significative sur la puissance financière de l'entreprise publique étudiée dans le projet de fusion. Or, dans la pratique, les autorités de la concurrence ne semblent pas toujours examiner cet aspect en détail⁶⁴.

73. L'opacité qui peut régner en matière de subventions complique souvent la mise en œuvre d'une évaluation approfondie, y compris pour déterminer les avantages financiers effectifs, la coordination réelle ou possible entre plusieurs entreprises publiques et la plausibilité de différents scénarios de verrouillage d'un marché.

3.3.3. Les subventions compliquent le calcul des coûts à prendre en compte pour établir l'existence de prix d'éviction

74. En présence d'une pratique de prix d'éviction, une autorité de la concurrence doit établir qu'un acteur dominant a abusé de son statut en vendant à perte dans l'optique de conserver ou d'affermir sa position. Le point crucial dans de telles affaires réside souvent dans le choix de la mesure des coûts et des prix de vente à prendre en compte pour déterminer si les prix d'un acteur dominant sont bien inférieurs à ses (propres) coûts⁶⁵. Si la mesure des coûts varie d'un pays et d'une affaire à l'autre, les plus fréquemment retenues sont notamment le coût marginal (CM), le coût variable moyen (CVM), le coût évitable moyen (CEM), le coût différentiel à long terme (CDLT) et le coût total moyen (CTM) (RIC, 2008, pp. 9-11^[41]). Une des causes principales de la différence entre les mesures de coûts dans les analyses est la place accordée aux coûts fixes dans le calcul, qui dépend fortement du produit et du marché concernés.

75. En employant la mesure des coûts/des prix appropriée et en appliquant les critères juridiques en usage⁶⁶, l'autorité de la concurrence peut tenter d'établir l'existence de prix d'éviction. En l'occurrence, mesurer le rapport prix/coûts pour attester l'existence de prix d'éviction est déjà complexe en soi⁶⁷. Comme évoqué au point 3.1.2, une vente à perte peut simplement refléter le sacrifice nécessaire pour se positionner sur un marché concurrentiel. En outre, mesurer les coûts est souvent difficile en cela que la base de coûts retenue dépend du secteur et des circonstances⁶⁸. Une analyse au cas par cas s'impose pour tenir compte des particularités des produits et des marchés concernés, et elle doit être corrigée des coûts qui ne s'expliquent pas par la seule productivité⁶⁹.

76. La présence de subventions rend encore plus complexe ce calcul de la différence entre prix et coûts. Pour l'analyse de fond d'une affaire de droit de la concurrence, la différence entre prix et coûts en présence de subventions correspondra à l'écart entre le prix et les coûts que l'entreprise aurait dû assumer *en l'absence de toute subvention* – autrement dit ses « vrais » coûts. Toutefois, comme déjà mentionné *supra*, les subventions peuvent prendre de nombreuses formes différentes, elles peuvent être explicites ou implicites, directes ou indirectes, ponctuelles ou récurrentes, et elles peuvent influencer sur les coûts fixes ou variables de l'entreprise bénéficiaire.

77. En fin de compte, il peut s'avérer délicat également d'établir un lien de cause à effet entre la subvention et la pratique potentiellement anticoncurrentielle alors même que l'on dispose d'informations sur la première.

3.3.4. Dans les pays où la récupération des pertes est une conditions préalable au constat d'éviction, il ne faut pas oublier que les entreprises publiques subventionnées s'en soucient rarement sachant qu'elles ne visent pas la maximisation des profits

78. Comme exposé au point 3.1.2, certains systèmes juridiques considèrent la récupération des pertes comme une condition nécessaire pour envisager la pratique de prix d'éviction. En effet, selon ce raisonnement, cette pratique ne peut fonctionner que si l'entreprise en question dispose d'un pouvoir suffisant sur le marché pour compenser les pertes pécuniaires supportées pendant la période d'éviction. Ce raisonnement n'est toutefois pas en vigueur dans tous les systèmes juridiques. Certains estiment que la récupération des pertes est une condition d'établissement de la responsabilité, pour d'autres c'est un facteur pertinent mais pas déterminant, et pour d'autres encore la capacité à compenser les pertes ultérieurement n'entre même pas en ligne de compte (RIC, 2008, pp. 16-21^[41]). Par exemple, dans l'affaire Deutsche Post de 2001 déjà citée⁷⁰, la Commission européenne ne s'est pas demandé explicitement si l'entreprise allemande était susceptible de récupérer le montant des pertes identifiées.

79. Dans les systèmes juridiques considérant la récupération des pertes comme une condition préalable à l'éviction, l'argument peut se révéler bancal en ce qui concerne les entreprises publiques. En effet, si celles-ci pratiquent (éventuellement) des prix d'éviction suite à la perception d'une subvention (que l'affaire étudiée concerne une fusion ou la pratique des prix d'éviction elle-même), ce ne sera pas nécessairement à des fins de maximisation des profits mais pour d'autres raisons, comme la mise en œuvre de la politique industrielle de l'État. En l'occurrence, le raisonnement type fondé sur la récupération des pertes comme motif sous-jacent de la stratégie de prix d'éviction d'une entreprise dominante pourrait ne pas s'appliquer et conduire à une conclusion erronée.

80. Enfin, (Leslie, 2013^[42]) fait valoir qu'une entreprise dispose de nombreux moyens de récupérer le manque à gagner induit par la vente à perte. C'est pourquoi une analyse très fine s'impose, le cas échéant, pour veiller à tenir suffisamment compte de ces différents moyens.

4. Conclusions

81. Bien que les subventions puissent avoir des motifs légitimes, elles risquent de fausser la concurrence et les échanges. Plusieurs instruments existent pour corriger ces distorsions et évaluer, contrôler ou neutraliser les subventions. Toutefois, un certain nombre d'entre eux ne relèvent pas spécifiquement de la concurrence (ou n'ont aucun rapport avec celle-ci) et font plutôt partie d'un arsenal commercial visant à corriger d'éventuelles distorsions des échanges. Du point de vue de la concurrence, il est souhaitable que les subventions obéissent à des principes de neutralité. Un des moyens de les appréhender dans ce contexte consiste à apprécier leur rôle dans les affaires d'application du droit de la concurrence.

82. Les points potentiellement problématiques imputables aux subventions résident dans l'accumulation de trésorerie par les entreprises, qui peut les inciter à pratiquer des prix d'éviction. Plus précisément, la puissance financière accrue obtenue grâce aux subventions peut contribuer à établir ou à renforcer une position dominante en cas de fusion, ou encore inciter l'entreprise bénéficiaire d'une subvention à adopter un comportement anticoncurrentiel dans un avenir proche.

83. La présente étude a montré que les subventions n'avaient été que rarement prises en compte dans les affaires de droit de la concurrence étudiées jusqu'ici. Toutefois, compte tenu de l'utilisation et de l'importance accrues des subventions depuis quelques années, certains pays ont adopté de nouveaux outils juridiques traiter les problèmes qu'elles peuvent poser sur des marchés concurrentiels. Les dispositifs les plus notables à cet égard sont le Merger Filing Fee Modernization Act de 2022 adopté aux États-Unis et le projet de règlement européen relatif aux subventions étrangères. Si l'on peut difficilement prévoir comment ces nouveaux instruments seront employés et quels seront leurs effets, on peut néanmoins s'attendre (i) à ce qu'ils améliorent l'information et la transparence sur les subventions accordées par certains pays et (ii) à ce qu'un nombre croissant d'examen de fond d'affaires relevant du droit de la concurrence tiennent compte du rôle des subventions.

84. Une telle évolution pourrait accroître l'importance de la puissance financière en tant que théorie du préjudice dans les affaires de concurrence à l'avenir. Au moment de prendre en compte le rôle des subventions dans l'examen d'une affaire de concurrence, les autorités compétentes font face à plusieurs écueils, tels que l'exercice souvent complexe d'identification des subventions, leur nature implicite dans le cas des entreprises publiques, la difficulté s'ajoutant à la tâche déjà délicate consistant à choisir la mesure des coûts la plus appropriée pour établir la présence de prix d'éviction ou encore la fonction équivoque de la récupération des pertes.

85. Le cas échéant, les autorités pourraient avoir intérêt à faire preuve d'une vigilance accrue à l'égard des projets de fusion impliquant des entreprises publiques subventionnées. En effet, dans ce cas, les parties ne chercheront pas nécessairement à récupérer le montant de leurs pertes, contrairement à ce qui se passe dans les affaires plus classiques de prix d'éviction, et il pourrait s'avérer utile d'examiner de plus près l'ensemble des activités de l'État derrière l'entité participant à la fusion. Ces activités plus larges, mais aussi les aides financières accordées par l'État, pourraient s'intégrer de plus en plus dans l'évaluation globale de la puissance financière d'une entreprise et de sa position de marché.

Notes

¹ Il existe différentes définitions des subventions, de la plus restrictive englobant seulement certaines dépenses financées par le budget de l'État aux acceptions plus larges regroupant tous les types de politiques publiques influant sur les conditions de marché. Dans la présente étude, nous entendons une subvention comme une aide financière sans contrepartie accordée sur les fonds publics, de manière directe ou indirecte, qui confère au bénéficiaire un avantage par rapport à ses concurrents (voir par exemple (FMI et al., 2022, p. 6_[11])).

² Voir par exemple (Evenett et Fritz, 2021, p. 15_[6]) et (FMI et al., 2022, p. 10_[11]).

³ Voir également pour en savoir plus (FMI et al., 2022_[11]) et (OCDE, 2010_[52]).

⁴ Les inefficiences allocatives surviennent lorsque les quantités relatives produites et consommées de différents biens ne sont pas optimales. Les inefficiences productives surviennent lorsqu'une entreprise ne produit pas au coût minimum possible pour elle.

⁵ La fixation de prix d'éviction est une stratégie anticoncurrentielle consistant à vendre à perte pour porter préjudice aux concurrents et ainsi les inciter à se retirer du marché, pour bloquer l'arrivée de nouveaux entrants ou empêcher des sociétés plus petites d'innover ou de se développer (Cabral, 2000, p. 269_[30]_[49]). Si la fixation de prix d'éviction peut servir à affaiblir les concurrents, elle peut aussi ériger des barrières à l'entrée. Si une entreprise est en mesure de montrer aux autres qu'elle réagirait violemment à toute nouvelle entrée sur le marché, elle peut ainsi décourager les candidats éventuels. Dans un tel contexte, les subventions peuvent contribuer à crédibiliser ces menaces de fixation de prix d'éviction ou, dans un secteur doté d'effets de réseau, permettre aux entreprises de conquérir un pouvoir de marché à long terme (OCDE, 2004_[53]).

⁶ La course aux subventions naît de l'existence d'externalités négatives entre les différents pays : octroyer une aide pourra sembler judicieux du point de vue étroit d'une autorité locale ou nationale, mais si cette aide ne fait que déplacer l'activité économique d'une région vers une autre, elle a un effet préjudiciable à l'échelle mondiale (OCDE, 2010_[52]).

⁷ Les plaintes pour subventions inéquitables sont difficiles à juger sachant qu'il n'existe pas de définition globalement acceptée de l'équité et qu'il y a une différence claire entre les traditions d'équité fondées sur le mérite et celles fondées sur l'égalité. Voir également (Forsyth et Guiomard, 2019, p. 49_[46])

⁸ Par exemple, l'accroissement des capacités industrielles dû aux importantes subventions accordées par un pays peut exercer une pression à la baisse sur les prix à la production et sur les marges à l'échelle mondiale. Incapables de rivaliser avec des prix subventionnés, les producteurs ne bénéficiant pas d'une aide de l'État peuvent finir par se retirer, tandis que leurs concurrents subventionnés s'octroieront leurs parts de marché (OCDE, 2021_[5]). Bien que cette capacité d'accès fausse les échanges et remette en

cause l'équité des règles pour tous les acteurs du marché mondial, de tels problèmes ne peuvent être résolus en invoquant le droit de la concurrence.

⁹ L'ASCM, entré en vigueur en 1995, constitue une base d'encadrement des politiques nationales susceptibles de fausser les marchés internationaux, y compris en offrant un dispositif de règlement des différends. Les règles de l'ASCM s'appliquent à tous les pays membres de l'OMC, avec certaines dispositions spéciales pour ceux qui sont en voie de développement et, en particulier, les moins développés. Ses exigences de notification ont permis de faire beaucoup progresser la transparence concernant ces politiques.

¹⁰ Premièrement, parce que les pays Membres, contrairement à ce qu'ils sont censés faire, s'abstiennent de signaler et de notifier leurs subventions. Le nombre de Membres de l'OMC ayant manqué à leur devoir de notification a fortement augmenté, et moins de la moitié ont respecté cette obligation en 2019. En outre, les informations contenues dans les notifications ne sont pas homogènes à l'échelle de l'OMC et il semblerait que ces dernières ne reflètent pas toutes les subventions accordées par les Membres (Commission européenne, 2021, pp. 27-28^[34]). Deuxièmement, le système de l'OMC a une portée limitée en cela qu'il ne couvre que les subventions relatives aux exportations de biens. Troisièmement, il semblerait que certaines formes d'aides d'État échappent au périmètre de l'ASCM (OCDE, 2021^[5]). Quatrièmement, le refus des États-Unis de nommer de nouveaux juges à l'Organe d'appel de l'OMC a paralysé le dispositif de règlement des différends de l'Organisation, accroissant ainsi les craintes d'un désengagement plus marqué du cadre multilatéral.

¹¹ Cette base de données (<https://rtais.wto.org>) contient des informations sur les accords commerciaux régionaux notifiés à l'OMC uniquement, ou sur ceux ayant fait l'objet d'une annonce préalable (dernière consultation le 21 octobre 2022).

¹² Voir OCDE, Recommandation du Conseil sur la neutralité concurrentielle [[OECD/LEGAL/2021](#)].

¹³ Pour davantage de détails, voir le chapitre 3 de l'étude citée (OCDE, 2021^[16]).

¹⁴ L'OCDE définit l'« évaluation d'impact sur la concurrence » comme « un examen des effets des politiques publiques sur la concurrence, y compris l'analyse de politiques de rechange ayant moins d'effets anticoncurrentiels ». Voir (OCDE, 2021^[16]), encadré 3.3.

¹⁵ En 2020, le Parlement et le Conseil européens, estimant que les mesures existantes de prise en charge des subventions extérieures à l'UE n'étaient pas satisfaisantes, ont demandé à la Commission européenne de proposer un instrument destiné à corriger la « lacune réglementaire » ainsi identifiée. C'est ainsi que la Commission a proposé son « Règlement relatif aux subventions étrangères » le 5 mai 2021 (Alexis, 2021, p. 211^[50]). Un an plus tard, le 4 mai 2022, le Parlement procédait à quelques amendements à ce projet de règlement (Camesasca, Maczkovics et Bertin, 2022, p. 1^[48]).

¹⁶ [Subventions étrangères \(europa.eu\)](#).

¹⁷ Le nouveau règlement a pour base juridique les articles 114 (« Le rapprochement des législations ») et 207 (« La politique commerciale commune ») du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il s'ensuit que, même si les règles de fond et de procédure du règlement relatif aux subventions étrangères s'appuient sur les principes existants applicables aux concentrations, au droit de la concurrence et aux aides d'État, il ne constitue pas réellement un « instrument d'application du droit de la concurrence » (Alexis, 2021, p. 211^[50]).

¹⁸ https://competition-policy.ec.europa.eu/international/foreign-subsidies_en

¹⁹ Si l'une des parties à la fusion est une entreprise de l'UE dont le chiffre d'affaires total réalisé dans l'Union atteint au moins 500 millions EUR et que l'entité issue de la fusion a perçu plus de 50 millions EUR de subventions de la part de pays tiers au cours des trois années précédant l'opération (Parlement européen, 2022, p. 37^[24])

²⁰ (Commission européenne, 2021, p. 19 [para 32]^[51]).

²¹ (Commission européenne, 2021^[51]), art. 3.

²² H.R. 3843 – Merger Filing Fee Modernization Act of 2022.

²³ Le champ de ce Foreign Merger Subsidy Disclosure Act était précédemment couvert par deux textes législatifs : [H.R.5639](#) – Foreign Merger Subsidy Disclosure Act of 2021 et [S.4322](#) – Foreign Merger Subsidy Disclosure Act.

²⁴ Voir https://www.uscc.gov/sites/default/files/2020-12/2020_Annual_Report_to_Congress.pdf.

²⁵ [Audition publique](#) sur le thème « Remise en question des pratiques commerciales de la Chine : promotion des intérêts des travailleurs, des agriculteurs, des producteurs et des acteurs de l'innovation des États-Unis ».

²⁶ Voir la déclaration commune clôturant la réunion trilatérale des ministres du Commerce du Japon, des États-Unis et de l'Union européenne du 14 janvier 2020 (https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158567.pdf).

²⁷ Dans le différend *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, l'Organe d'appel de l'OMC définit un « organisme public » comme une entité qui « possède, exerce ou se voit attribuer les fonctions d'une autorité publique ». Contrairement aux rapports antérieurs de l'organe juridictionnel de l'OMC, l'Organe d'appel estimait qu'une participation majoritaire de l'État ne suffisait pas à démontrer qu'une entité constituait un « organisme public » au sens de l'article 1.1(a)(1) de l'ASCM. L'interprétation de l'Organe d'appel reste controversée. Des travaux antérieurs de l'OCDE, et notamment un rapport de 2021 consacré aux aides publiques apportées par le biais du système financier (OCDE, 2021^[5]), laissent à penser que l'interprétation de l'Organe d'appel selon l'article 1.1(a)(1) de l'ASCM ne permettrait pas de rendre compte de certaines formes d'aides publiques, telles que les prêts bonifiés octroyés par des organismes financiers publics (rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, WT/DS379/AB/R, validé le 25 mars 2011).

²⁸ Par exemple, l'absence de réciprocité (l'octroi réciproque de droits similaires ou équivalents par des partenaires commerciaux) fréquemment critiquée n'est pas un aspect susceptible d'être réglé par le droit de la concurrence. Les problèmes résultant de déséquilibres dans les relations commerciales ne peuvent être résolus par l'examen du droit de la concurrence que dans la mesure où celui-ci s'appuie sur les conditions de concurrence effectives. Voir Bundeskartellamt, affaire B4-115-19, CRR/Vossloh, pt. 358.

²⁹ Voir également (Bright et Schmidt, 2005^[35]).

³⁰ La stratégie anticoncurrentielle consistant à vendre à perte pour porter préjudice aux entreprises concurrentes et les inciter ainsi à se retirer du marché, pour décourager l'entrée de nouveaux arrivants ou

empêcher des entreprises plus petites d'innover ou de se développer est qualifiée de pratique de prix d'éviction (Cabral, 2000, p. 269[30]^[49])).

³¹ Voir par exemple Bundeskartellamt B4-115-19 CRRC/Vossloh, para. 563.

³² Pratiquer des prix supérieurs aux coûts de revient peut avoir un effet d'éviction en décourageant (i) des concurrents plus efficaces mais qui n'auraient pas encore atteint une taille suffisante, ou (ii) des concurrents moins efficaces, qui exercent en partie une contrainte concurrentielle sur l'entreprise dominante (de la Mano et Durand, 2010, p. 1^[47]).

³³ Le paragraphe introductif sur les prix d'éviction du site internet de la Commission fédérale du Commerce des États-Unis (FTC) indique que le nombre d'affaires de prix d'éviction reste relativement réduit : « *les exemples d'une grande entreprise pratiquant des prix bas pour évincer du marché les concurrents de plus petite taille, dans l'espoir de relever les prix une fois que ceux-ci se seront retirés, sont rares* » et « *bien que la FTC examine soigneusement les plaintes relatives à la pratique des prix d'éviction, les tribunaux, y compris la Cour suprême, sont réservés à l'égard de telles allégations* ». En outre, un rapport de l'ICN de 2008 avait identifié pour les dix années précédentes 24 cas dans 35 juridictions (RIC, 2008, p. 3^[41]).

³⁴ Voir également par exemple (Henderson, 2017^[45]).

³⁵ Les affaires pour lesquelles il est établi que l'examen aurait tenu compte de la question des subventions ou des aides d'État sont les suivantes : **Commission européenne** : affaire COMP/M.2621 SEB / MOULINEX ; décision du 8 janvier 2002 ; affaire COMP/M.4841 - ENEL / EMS, décision du 20 décembre 2007 ; affaire COMP/M.4956 STX/Aker Yards, décision du 5 mai 2008 ; affaire COMP/M.5943 Abu Dhabi Mar/ThyssenKrupp Marine Systems, décision du 31 août 2010 ; affaire COMP/M.7333 Alitalia/Etihad, décision du 14 novembre 2014 ; affaire COMP/M.5153 Arsenal/DSP, décision du 9 janvier 2009 ; affaire M.9820 Danfoss/Eaton Hydraulics, décision du 18 mars 2021 ; affaire M.10078 – Cargotec / Konecranes, décision du 24 février 2022. Voir également (Stratakis et Crocco, 2010^[43]) et (Sire, 2022^[31]). **Autorité britannique de la concurrence et des marchés** : projet de fusion entre Cargotec Corporation et Konecranes Plc, rapport final du 31 mars 2022 (cette affaire été examinée par la Commission européenne et par la CMA). **Office allemand de la concurrence** : B4-115-19 CRRC/Vossloh, décision du 27 avril 2020.

³⁶ Affaire COMP/M.7643 CNRC/Pirelli, décision du 1^{er} juillet 2015.

³⁷ Par exemple, le 19 mars 2020, la Commission a mis en place un Cadre temporaire pour les aides publiques destiné à permettre aux États membres de profiter de toute la souplesse des règles applicables aux aides publiques en vue de soutenir l'économie dans le contexte de l'épidémie de coronavirus. Dans sa deuxième version, le texte proscrit expressément les subventions croisées et les acquisitions (Commission européenne, 2020^[54]) : « *Pour éviter toute distorsion indésirable de la concurrence, les bénéficiaires ne pourront ni se lancer dans un développement commercial offensif financé par l'aide d'État, ni prendre des risques excessifs. [...] Tant que l'aide octroyée au titre de la pandémie de COVID-19 n'aura pas été remboursée à hauteur de 75 % au moins, ses bénéficiaires hors PME ne pourront acquérir une participation supérieure à 10 % du capital de concurrents ou d'entreprises actives dans le même domaine, y compris dans les opérations d'aval ou d'amont.* »

³⁸ Lors de la crise financière de 2008, les interdictions de rachats visaient à assurer que les aides ne serviraient pas à financer des opérations, telles que des acquisitions, sans lien avec le processus de restructuration (voir également la « Communication de la Commission sur le retour à la viabilité et

l'appréciation des mesures de restructuration prises dans le secteur financier dans le contexte de la crise actuelle, conformément aux règles relatives aux aides d'État », 2009/C 195/04, 19 août 2009, para. 23).

Voir par exemple la Décision de la Commission du 5 avril 2011 relative aux mesures C 11/09 (ex NN 53b/08, NN 2/10 et N 19/10) mises en œuvre par l'État néerlandais en faveur du groupe ABN AMRO NV (créé à la suite de la concentration entre Fortis Bank Nederland et ABN AMRO N). Une interdiction de réaliser des acquisitions est réputée nécessaire pour que l'aide reste limitée au minimum requis. Cette interdiction a été confirmée par un jugement du Tribunal de l'UE daté du 8 avril 2014 (affaire T-319/11 ABN AMRO Group contre Commission).

³⁹ Les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales sont assez explicites concernant le risque de fixation de prix d'éviction suite à la perception de subventions : « S'ils étaient autorisés, certains projets de concentration entraveraient de manière significative la concurrence effective en maintenant l'entité issue de l'opération dans une position qui lui donnerait **la capacité et l'incitation** de rendre plus difficile le développement de petites entreprises et de concurrents potentiels ou de limiter la capacité des rivales à la concurrencer. [...] Dans le cadre de cette analyse, la Commission peut tenir compte, entre autres, de la **puissance financière de la nouvelle entité** par rapport à ses concurrents. » (c'est nous qui soulignons) (voir également (Sire, 2022^[31]))

⁴⁰ Bundeskartellamt B4-115-19 CRRC/Vossloh, décision du 27 avril 2020.

⁴¹ Voir par exemple l'affaire COMP/M.2908 Deutsche Post/DHL (II), para. 34 et l'affaire COMP/M.3971 Deutsche Post/Exel, point 79.

⁴² Affaire COMP/M.4517 Iberdrola/Scottish Power, point 44.

⁴³ Parmi les autres indicateurs employés figurent le chiffre d'affaires consolidé, le ratio de fonds propres, la marge brute, tous les degrés de résultat et de marge correspondante allant du résultat d'exploitation à l'excédent brut d'exploitation, le résultat net, le ratio de liquidité, la valeur comptable des capitaux propres, le total des actifs, la trésorerie et les équivalents de trésorerie, ainsi que la dette à long terme portant intérêt.

⁴⁴ Voir par exemple l'affaire COMP/M.5765 Foxconn/Dell (Products) Poland, para. 61 et l'affaire COMP/M.5870 Foxconn/Sony LCD TV Manufacturing Company in Slovakia, para. 49 où il est exposé que les subventions sont faibles en regard de la taille financière. Le rapport de l'affaire Bundeskartellamt B4-115-19 CRRC/Vossloh, para. 416, fait valoir que les ressources de l'État dépassent de loin les possibilités des concurrents privés.

⁴⁵ Affaires COMP/M.4956 STX/Aker Yards et COMP/M.5153 Arsenal/DSP.

⁴⁶ Voir également Bundeskartellamt B4-115-19 CRRC/Vossloh, para. 396.

⁴⁷ Voir également (Sire, 2022, p. 8^[31]).

⁴⁸ Voir également Bundeskartellamt B4-115-19 CRRC/Vossloh, para. 675.

⁴⁹ « [...] Bien que la puissance économique et financière joue un grand rôle pour déterminer si une fusion est compatible avec le marché commun, en l'absence d'autres indicateurs la puissance financière seule ne suffira pas à instaurer une situation dans laquelle les concurrents se trouveraient fortement

désavantages. » Voir par exemple l'affaire COMP/M.2908 Deutsche Post/DHL (II), para. 32 et l'affaire COMP/M.3971 Deutsche Post/Exel, para. 77.

⁵⁰ De fait, le faible rôle de la puissance financière dans les études de cas de la Commission européenne incite les auteurs à suggérer de ne plus tenir compte de ce facteur dans l'examen d'un projet de fusion.

⁵¹ *Guidance on Substantive Merger Control*, Bundeskartellamt, 29 mars 2012.

⁵² Voir également (Bright et Schmidt, 2005, pp. 294-297^[35]).

⁵³ « Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises », 2004/C 31/03, 5 février 2004.

⁵⁴ Affaire COMP/M.8677 – Siemens/Alstom, para. 490.

⁵⁵ *In Bundeskartellamt B4-115-19 CRRC/Vossloh*, para. 620.

⁵⁶ En outre, si les subventions croisées permettent à l'entreprise de vendre à perte sur le marché concurrentiel, sa production sur ce marché est susceptible d'augmenter. Dans ce cas, elle réalisera davantage d'économies d'échelle que ses rivales non bénéficiaires de subventions. Cette augmentation de la production se traduira par une baisse des coûts unitaires de production, qui entraînera à son tour une diminution des ventes des concurrents au profit de celles de l'entreprise bénéficiaire de subventions croisées (OCDE, 2018, p. 13^[39]).

⁵⁷ Affaire COMP/35.141 — Deutsche Post AG, décision du 20 mars 2001. Bien qu'il ait été jugé que Deutsche Post avait enfreint l'art. 102 du traité fondateur de l'UE, aucune amende ne lui a été infligée. La raison en était qu'une mesure appropriée des coûts servant de base à la détermination de prix d'éviction, que l'entreprise publique aurait dû prendre en compte, en l'occurrence, lors du calcul de ses prix plancher aux fins de la fixation de prix d'éviction, n'était pas encore suffisamment développée et qu'elle n'avait pas été précisée auparavant par la Commission (OCDE, 2018^[39]).

⁵⁸ Cela ne suppose pas que Deutsche Post aurait dû chercher à réaliser une marge commerciale, mais simplement que, comme pour toute autre entreprise, le fait de vendre à perte était irrationnel si l'opérateur n'espérait pas récupérer le montant de ses pertes en augmentant ses prix sur d'autres produits, ou ultérieurement.

⁵⁹ De fait, dans la majeure partie des affaires examinées par la Commission (soit la grande majorité des projets de fusion dont l'examen tenait compte de la présence de subventions), les aides publiques avaient déjà fait l'objet d'un examen (et avaient été validées) dans le cadre d'une procédure *ad hoc*. Dans quelques cas, toutefois, l'existence d'une aide de l'État n'était pas totalement claire. Soit celle-ci était contestée, soit la procédure d'examen des aides d'État était encore en cours. Dans ces affaires, toutefois, une analyse de fond des aides d'État éventuelles était également menée à des fins d'exhaustivité.

⁶⁰ Voir par exemple Bundeskartellamt, affaire B4-115-19, para. 387 et 408. Le Bundeskartellamt faisait référence à un rapport de la Commission sur la Chine (« Commission Staff Working Document: On Significant Distortions in the Economy of the People's Republic of China for the Purposes of Trade Defense Investigations », du 20 décembre, 2017) et à la stratégie industrielle « Made in China 2025 ».

⁶¹ Affaire M.9820 Danfoss/Eaton Hydraulics.

⁶² La Commission européenne a fixé un niveau d'exigence élevé pour établir la présence de subventions sachant que le jugement de l'affaire *RJB Mining* ne mentionne aucune obligation de mener une analyse indépendante pour établir l'existence de subventions étrangères (voir par exemple l'affaire COMP/M.4956 STX/Aker Yards, para. 85.).

⁶³ Selon la Commission européenne, il incombe au plaignant de démontrer que certaines pratiques contreviennent aux règles du marché. De même, si des subventions passées peuvent laisser prévoir l'existence de subventions futures, le plaignant devra prouver que les premières avaient été bien utilisées d'une manière anticoncurrentielle (affaire COMP/M.7333 Alitalia/Etihad). Enfin, les subventions doivent porter spécifiquement sur les produits concernés par le projet de fusion en question (affaire M.9820 Danfoss/Eaton Hydraulics).

⁶⁴ (Svetlicinii, 2018, pp. 112-117⁽¹⁷⁾) passe en revue les décisions publiées par les autorités nationales de la concurrence des États membres de l'UE, en se concentrant sur les entreprises publiques chinoises, pour arriver à la conclusion que leurs analyses négligent souvent le fait de la présence de l'État chinois au capital de ces sociétés.

⁶⁵ Ou, en Europe, en dessous des coûts d'un concurrent aussi efficace. Le recours, dans l'analyse européenne, à un « concurrent aussi efficace » laisse entendre qu'il conviendrait de protéger une configuration concurrentielle efficace (plutôt que de protéger simplement les concurrents), c'est-à-dire qui n'exclurait pas les concurrents par d'autres moyens que les mérites comparés de leurs produits ou services (Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOC 45, 24.2.2009, para. 6).

⁶⁶ Il existe différents critères juridiques pour établir la présence de prix d'éviction, tels que la règle Areeda-Turner, employée dans la jurisprudence des affaires de droit de la concurrence aux États-Unis, ou l'arrêt AKZO dans l'UE. Pour prouver la présence de prix d'éviction, la règle Areeda-Turner fixe deux conditions : (i) la stratégie de prix d'éviction est supposée être rentable (il est donc probable que l'entreprise cherche à récupérer le montant de ses pertes) et (ii) les prix d'éviction pratiqués sur une quantité significative de ventes sont inférieurs aux coûts tels que mesurés de manière appropriée, *a priori* le coût variable moyen ou, dans certains cas, les coûts marginaux sur une période relativement réduite. Voir par exemple (Hovenkamp, 2015⁽⁴⁴⁾). En Europe, l'arrêt AKZO de 1986 (AKZO Chemie contre Commission, C-62/86, Saml. 1999-I, 3359) rendu par la Cour de justice des Communautés européennes fixe un critère juridique pour établir la présence de prix d'éviction sur la base d'une comparaison entre les prix et les coûts, afin de définir les coûts qui varient en fonction des quantités produites. D'après cet arrêt, les prix fixés par une entreprise dominante en deçà de ses coûts variables moyens sont présumés illicites, tandis que les prix fixés au-dessus de ces coûts variables moyens mais en dessous des coûts totaux moyens ne le sont que s'ils sont destinés à éliminer un concurrent.

⁶⁷ Voir également (Hovenkamp, 2015, p. 2⁽⁴⁴⁾), qui mentionne la décision rendue en 1989 aux États-Unis dans l'affaire *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396 (7th Cir. 1989), dans laquelle le juge Easterbrook détaillait longuement les difficultés inhérentes à la mesure du rapport entre prix et coûts.

⁶⁸ Par exemple, dans la décision *Deutsche Post* de 2001 (affaire COMP/35.141 — Deutsche Post AG), la Commission européenne a estimé que le critère des coûts variables moyens et des coûts totaux retenu dans l'arrêt AKZO n'était pas le mieux indiqué pour évaluer le niveau des prix d'éviction d'une entreprise de distribution du courrier qui s'acquitte d'une mission de service public tout en proposant aussi des

services sur le marché concurrentiel. Contrairement à l'arrêt AKZO, la décision Deutsche Post AG s'appuie sur le critère des coûts marginaux (coûts marginaux moyens), qui fait ressortir le coût (marginal) moyen unitaire propre au produit en question.

⁶⁹ Parmi les mesures de coûts nécessitant une correction figurent le coût du capital pertinent (qui peut être inférieur dans le cas des entreprises publiques en conséquence de l'aide implicite ou explicite de l'État), les économies d'échelle ou le périmètre.

⁷⁰ Affaire COMP/35.141 — Deutsche Post AG.

Références

- Aghion, P. et al. (2015), « Industrial Policy and Competition », *American Economic Journal: Macroeconomics*, vol. 7/4, pp. 1-32. [13]
- Alexis, A. (2021), « Foreign subsidy controls: The new European Commission proposal », *Concurrences*. [50]
- Batchelor, B. et al. (2021), « The EU Commission proposes a new merger and public procurement control legislation to combat foreign subsidies », *Concurrences Antitrust Case Laws e-Bulletin*. [23]
- Benoit, J. (1984), « Constrained entry in a game with incomplete information », *The RAND Journal of Economics*, vol. 15, pp. 490–499. [30]
- Boutin, X. et al. (2012), « The Deep-Pocket Effect of Internal Capital Markets », *ECGI Working Paper Series in Finance*, vol. Finance Working Paper N° 258/2009. [26]
- Bright, C. et J. Schmidt (2005), « Financial strength as a Relevant Criterion in EC Merger Analysis: A Search for Meaning », *European Competition Journal*, vol. vol. 1/n° 2, pp. 293-314, <https://doi.org/10.5235/ecj.v1n2.293>. [35]
- Cabral, L. (dir. pub.) (2000), *Introduction to Industrial Organization*, MIT Press. [49]
- Camesasca, P. (2021), « The EU Commission proposes a regulation that introduces more scrutiny for companies receiving foreign subsidies », *Concurrences*. [22]
- Camesasca, P., M. Maczkovics et S. Bertin (2022), « The EU Parliament signs the Commission’s proposal which would allow the Commission to examine whether foreign subsidies have a potential negative impact on the internal market », *Concurrences*. [48]
- Capobianco, A. et H. Christiansen (2011), *Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options*. [33]
- Carpi, J. (2020), « EU Merger Control in a globalised economy », *Competition Law & Policy Debate*, vol. vol. 6/n° 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3797497. [18]
- Choi, J. et A. Levchenko (2022), « The long-term effects of industrial policy », *NBER working paper*, https://www.nber.org/system/files/working_papers/w29263/w29263.pdf. [14]
- Cohen, R. (2004), *Trade and Competition Issues Raised by the Liberalization of State-Owned Monopolies: the Example of Deutsche Post’s Cross-Subsidizing of Its Express Delivery Operations*. [36]

- Commission européenne (2021), *Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997*, Document de travail des services de la Commission. [20]
- Commission européenne (2021), *Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market*, document de travail des services de Commission. [34]
- Commission européenne (2021), *Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur*. [51]
- Commission européenne (2020), *Amendment to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*. [54]
- Commission européenne (2020), « White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies ». [21]
- Criscuolo, C. et al. (2022), « An industrial policy framework for OECD countries: Old debates, new perspectives », *OECD Science, Technology and Industry Policy Papers*, n° 127, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/0002217c-en>. [15]
- Criscuolo, C. et al. (2022), « Are industrial policy instruments effective?: A review of the evidence in OECD countries », *OECD Science, Technology and Industry Policy Papers*, n° 128, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/57b3dae2-en>. [12]
- de la Mano, M. et B. Durand (2010), *A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 102*, Discussion Paper, version du 2 février 2010. [47]
- Evenett, S. et J. Fritz (2021), *Subsidies and Market Access: Towards an Inventory of Corporate Subsidies by China, the European Union and the United States*. [6]
- Evenett, S. et J. Fritz (2020), *The Global Trade Alert database handbook*. Manuscript, 14 juillet 2020. [2]
- FMI et al. (2022), *Subsidies, Trade, and International Cooperation*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/a4f01ddb-en>. [1]
- Forsyth, P. et C. Guiomard (2019), « The economic approach to subsidies for foreign airlines », *Journal of Air Transport Management*, vol. 74, pp. 47-53. [46]
- Fresnard, L. (2010), « Financial strength and Product Market Behavior », *The Journal of Finance*, vol. LXV/3, pp. 1097-1122. [25]
- Geddes, R. (2008), « Pricing by State-Owned Enterprises: The Case of Postal Services », *Managerial and Decision Economics*, vol. 29/7, pp. 575-591, <https://www.jstor.org/stable/pdf/25151631.pdf>. [37]
- Gomez, R., J. Goeree et C. Holt (2008), « Predatory Pricing Rare Like A Unicorn », *Handbook of Experimental Economics Results*, vol. vol. 1, pp. 178-184, [https://doi.org/DOI:10.1016/S1574-0722\(07\)00022-4](https://doi.org/DOI:10.1016/S1574-0722(07)00022-4). [32]
- Henderson, D. (2017), *Why Predatory Pricing Is Highly Unlikely*. [45]
- Hovenkamp, H. (2015), « Predatory Pricing under the Areeda-Turner Test », *Faculty Scholarship at Penn Law*. 1825. [44]

- Kokkoris, I. et C. Lemus (dir. pub.) (2022), *The boundaries of public interest in merger control: taking into account non-competition issues including industrial policy and environmental protection*, Edward Elgar Publishing, <https://doi.org/10.4337/9781789903799>. [19]
- Leslie, C. (2013), « Predatory Pricing and Recoupment », *Columbia Law Review*, vol. 113/7, pp. 1695-1771. [42]
- Lianos, I. et I. Kokkoris (dir. pub.) (2010), *State Aid Law Claims in Merger Control*, Kluwer Law International. [43]
- McGee, J. (1958), « Predatory price cutting: The Standard Oil (N.J.) case », *The Journal of Law and Economics*, vol. 1, pp. 137–169. [28]
- Motta, M. (2004), *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press. [27]
- OCDE (2022), *Assessing trade measure circumvention behaviours in global steel trade*, [https://one.oecd.org/document/DSTI/SC\(2022\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/SC(2022)15/en/pdf). [9]
- OCDE (2022), « Pourquoi les gouvernements devraient cibler le soutien dans un contexte de prix élevés de l'énergie », *Les réponses de l'OCDE face aux conséquences de la guerre en Ukraine*. [7]
- OCDE (2022), *Subsidies to the steel industry: insights from the OECD data collection*, [https://one.oecd.org/document/DSTI/SC\(2022\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/SC(2022)21/en/pdf). [8]
- OCDE (2021), « Measuring distortions in international markets: Below-market finance ». [5]
- OCDE (2021), « The promotion of competitive neutrality by competition authorities, OECD Global Forum on Competition Discussion Paper », <https://www.oecd.org/competition/globalforum/the-promotion-of-competitive-neutrality-by-competition-authorities.htm>. [16]
- OCDE (2019), *Measuring distortions in international markets: the aluminium value chain*. [3]
- OCDE (2019), *Measuring distortions in international markets: the aluminium value chain*. [4]
- OCDE (2018), *Le droit de la concurrence et les entreprises publiques*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2018\)10/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)10/fr/pdf). [39]
- OCDE (2010), *Competition, State Aids and Subsidies*. [10]
- OCDE (2010), *Competition, State Aids and Subsidies - Background Note*, <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48070736.pdf>. [52]
- OCDE (2009), *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions*. [11]
- OCDE (2004), « Competition Policy in Subsidies and State Aid ». [53]
- OCDE (1999), *Promoting Competition in Postal Services*. [38]
- Parlement européen (2022), « Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur (COM(2021)0223 – C9-0167/2021 – 2021/0114(COD)) ». [24]
- RIC (2008), *Report on Predatory Pricing*. [41]

- Riley, A. (2016), « Nuking Misconceptions: Hinkley Point, Chinese SOEs and EU Merger Law », [40]
European Competition Law Review, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2778229>.
- Sire, T. (2022), « The uneven playing field: How to deal with foreign subsidies when assessing [31]
mergers? », *Concurrences n° 1-2022*, vol. février 2022, article n° 105183, pp. pp. 54-62.
- Svetlicinii, A. (2018), « The Acquisitions of the Chinese State-Owned Enterprises under the [17]
National Merger Control Regimes of the EU Member States: Searching for a Coherent
Approach », *Market and Competition Law Review*, vol. II/n° 1, pp. 99-120.
- Telser, T. (1966), « Cutthroat competition and the long purse », [29]
*The Journal of Law and
Economics*, vol. 9, pp. 259–277.