

Une coopération pour les beaux jours ? Le contrôle des concentrations industrielles

Jérôme Sgard

▶ **To cite this version:**

Jérôme Sgard. Une coopération pour les beaux jours ? Le contrôle des concentrations industrielles. Critique Internationale, 2002, 15, pp.161-172. 10.3917/crii.015.0161 . hal-01017846

HAL Id: hal-01017846

https://sciencespo.hal.science/hal-01017846

Submitted on 3 Jul 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Variations



Une coopération pour les beaux jours ?

Le contrôle des concentrations industrielles

par Jérôme Sgard

Le processus de globalisation observé depuis une vingtaine d'années montre deux tendances remarquables. D'un côté, les activités privées se sont développées à grande vitesse au plan international, qu'il s'agisse des transactions commerciales, des échanges financiers, des flux d'investissements directs ou plus généralement des échanges de droits de propriété. De l'autre, la libéralisation des règles du jeu économique a appelé la mise en place d'un nombre croissant d'institutions destinées à assurer le bon fonctionnement et la « transparence » des marchés. Ces nouveaux acteurs ont pris en particulier la forme d' « autorités de régulation », personnes de droit public dotées de ressources propres et d'une autonomie statutaire. Elles reçoivent d'abord pour fonction de réguler les échanges, par la collecte et la diffusion de l'information, le cas échéant par la sanction des agents qui enfreignent les règles. Souvent, elles arbitrent aussi les différends entre agents, ce qui peut déboucher sur la formation d'une jurisprudence spécifique, certes garantie par la loi, mais qui n'est de nature ni légale, ni réglementaire, ni judiciaire. Cette production de normes formelles présente l'avantage d'être « plus proche des marchés », ce qui peut être une garantie d'efficacité et de rapidité, mais elle prête aussi le flanc à des contestations appuyées sur des principes juridiques supérieurs.

Or ces deux tendances se sont développées dans deux espaces différents : alors que la première est un phénomène mondial, la régulation institutionnelle des marchés relève du national ou, au sein de l'Union européenne, du communautaire. Cela crée un risque de déséquilibre, voire de défaillance de la régulation, qui pourra alors déboucher sur une crise à caractère politique : les gouvernements seront pris entre la pression plus ou moins forte d'intérêts qui se considèrent comme lésés, alors que la définition d'une réponse constructive à ces dérèglements leur échappe, du fait de problèmes de coordination internationale plus ou moins aigus.

L'expérience des décennies d'après-guerre suggère trois voies possibles pour tenter de réduire ce problème de régulation fractionnée des marchés mondiaux. La moins réaliste est la recherche de normes uniques, homogènes et contraignantes, sur lesquelles s'accorderait la communauté internationale et que chaque État devrait transcrire directement dans son droit national. C'est l'approche adoptée par la Communauté européenne depuis le traité de Rome (1957) jusqu'à l'Acte unique (1985), et qui s'est révélée extraordinairement peu efficace. Seule une poignée de directives a été adoptée, sur des enjeux souvent anecdotiques, à l'issue, parfois, de plus de dix ans de négociations obscures. La construction du marché unique a alors été rendue possible par l'adoption d'une deuxième méthode : la reconnaissance mutuelle des normes, garantie par la définition de principes communs minimaux. Cette règle de décision collective a permis de faire de l'Union européenne la meilleure approximation de la « globalisation maîtrisée » : les marchés ont atteint un niveau sans égal d'intégration dans cet espace, tout en étant insérés dans des régulations publiques bien plus étroites que tout ce qu'ont produit les organisations multilatérales classiques. Ces dernières, en effet, ne sont plus guère contraignantes : depuis la fin des Accords de Bretton Woods, en 1972-1973, elles définissent surtout des règles de coordination entre États, dont le caractère est généralement volontaire. Le cas limite est celui du G7, qui n'est pas doté d'une structure formelle et dont les déclarations sont avant tout indicatives, mais auquel on reconnaît plus d'influence que, par exemple, à l'Assemblée générale des Nations unies.

Est-ce à dire qu'entre le G7 et la Commission de Bruxelles, aucune voie ne se dessine, permettant de répondre aux enjeux de la globalisation ? Dans ce cas, on aboutirait à nouveau à l'hypothèse d'une crise de la « gouvernance internationale », prise entre un besoin de régulation très fin, à caractère souvent micro-économique, et des instruments multilatéraux classiques qui n'ont guère de prise sur ces enjeux. Comme le souligne ici même Louis Pauly dans le cas des institutions financières, ceci pourrait être à l'origine de crises systémiques récurrentes, appelant des démarches unilatérales : face à un besoin urgent d'intervention, on tend à sortir des méthodes collectives définies de longue date, mais qui s'avèrent dépassées. Telle a été l'approche suivie par les États-Unis lors de la crise en Asie, dont l'exemple le plus spectaculaire a été l'intervention en Corée, pour éviter un défaut

de paiement en décembre 1997 (Sgard 1999). C'était en somme l'équivalent financier de la guerre du Golfe, avec toutefois une plus grande dépendance envers la bonne volonté des « alliés ». Dans les mois suivants, le débat sur la « nouvelle architecture internationale » a pu être perçu comme une tentative d'institutionnaliser plus fortement les nouvelles formes d'intervention financière, mais l'exercice a largement échoué : les règles existantes sont sujettes à défaillance et, comme on ne parvient pas à les réformer, la gestion des crises tend à être renvoyée à un petit nombre d'acteurs – ou, plus souvent, à un seul d'entre eux. Or non seulement celui-ci pourra être occupé ailleurs (en Afghanistan plutôt qu'en Argentine), mais il pourra aussi considérer qu'il n'y a pas urgence pour lui à agir – par exemple si sa croissance ou son système financier ne sont pas menacés.

Le déclin ou la faiblesse confirmée des règles multilatérales classiques se traduisent-ils uniquement par ces irruptions épisodiques d'un volontarisme politique unilatéral ? Clairement, cette description est insuffisante, et l'on assiste plutôt à un glissement inverse : à la surpolitisation de la gestion de crise s'oppose le développement de méthodes lâches et peu formalisées, de niveau « infra-politique », centrées en particulier sur les agences de régulation des marchés développées au plan national depuis vingt ans. C'est dans cette troisième voie que sont apparues les innovations les plus récentes sinon les plus visibles, sur lesquelles reposent les formes nouvelles de régulation, ou de coopération entre régulateurs, face aux marchés internationaux.

Dans un filet large, on trouve la définition de normes internationales portant aussi bien sur la comptabilité privée que sur la protection des investissements directs, le règlement des transactions financières, l'environnement, etc. La coordination internationale n'a pas pour objet ici de décider des interventions directes sur les marchés : c'est aux institutions locales d'assurer l'interaction décisive avec les agents, ce qui suppose une présomption d'efficacité quant à leur action. Elle constitue simplement le cadre d'une coopération *light*, peu contraignante, conduite par les experts ou les hauts fonctionnaires plutôt que par les politiques, mais qui peut aussi se montrer fragile face à la pression de la politique ou à la défaillance des acteurs locaux. Une coopération pour les beaux jours, peut-être ?

La coopération transatlantique sur le contrôle des concentrations industrielles offre un bon exemple de ce type de relations. D'un côté, elle porte bien sur un enjeu central de régulation capitaliste : la formation de monopoles est reconnue depuis longtemps comme une source majeure d'inefficacité économique. De l'autre, la régulation de ce risque micro-économique ne peut se faire au seul niveau national : elle appelle la production d'un bien public international, même s'il n'est pas aussi évident que, par exemple, la stabilité du système financier mondial. C'est pourquoi, dès le traité de Rome, la lutte contre les positions dominantes a été placée clairement dans le champ de compétences de la Commission européenne, sans pour autant exclure la présence d'institutions et de règles nationales.

Qu'en est-il dans les relations entre cette dernière et les États-Unis ? Comment se coordonnent des acteurs très différents à la fois par leur passé et par le contexte institutionnel dans lequel ils opèrent ? Cette coopération, dont ils s'accordent l'un et l'autre à reconnaître la qualité et l'intensité, est-elle limitée par des dissonances institutionnelles, doctrinales ou carrément politiques ?

Un conflit emblématique ?

La coopération transatlantique en matière de contrôle des concentrations a fait l'objet d'une publicité bruyante et largement trompeuse lorsqu'en juin 2001 la Commission a interdit la fusion de deux grands conglomérats américains, Honeywell et General Electric, alors que les autorités américaines avaient de leur côté autorisé l'opération quelques semaines plus tôt (voir notamment Giotakos *et al.* 2001, DeQ. Briggs *et al.* 2001). On était donc confronté à une défaillance grave de la relation bilatérale, dont la portée a été amplifiée par le poids de l'opération industrielle envisagée et par la politisation du débat : pressions de la Maison Blanche dans les derniers jours avant l'annonce du veto de Bruxelles, réactions violentes dans les semaines suivantes, polémiques dans la presse financière, etc[1].

Ainsi semblait s'engager un conflit qui, par excellence, mettait en question la légitimité du régulateur européen et donc la possibilité de développer avec lui une coopération fonctionnelle. Dès lors que les procédures, la doctrine, l'indépendance statutaire ou les compétences techniques sont mises en question, on ne voit guère en effet comment une coopération stable pourrait fonctionner. À une échelle différente, on songe à la reconnaissance mutuelle des normes au sein du marché unique : si tel agent national de contrôle est mis en défaut, ou s'il se révèle incompétent ou corrompu, c'est le principe même d'une régulation collective du marché qui est mis en question.

Or cette crise transatlantique s'est avérée à la fois grave et passagère : c'est une exception qui a confirmé la règle, y compris dans sa relative robustesse, mais une exception qui pourrait aussi se reproduire. Dès le mois de septembre, les divers responsables américains ont saisi toutes les occasions pour souligner l'efficacité et la continuité de la coopération, en dépit de la crise de juin et aussi de l'alternance politique de l'hiver précédent, à Washington. Du côté européen, le Commissaire en charge de la concurrence à Bruxelles, Mario Monti (2001a, b), a souligné à de nombreuses reprises la qualité de la coopération transatlantique, qu'il lui est arrivé de présenter comme un modèle. Or celle-ci ne repose sur aucune garantie institutionnelle forte, sinon un simple accord bilatéral signé en 1990. Ses instruments sont, eux aussi, très informels. D'un côté, l'examen de toute fusion demandant le double agrément donne lieu à des échanges très larges d'informations tout au long de la procédure, et aussi à des consultations sur les éventuelles demandes à

adresser aux entreprises avant d'autoriser la fusion : les *remedies* (revente de filiales, etc). D'un autre côté, les deux parties insistent sur le rôle du groupe de travail bilatéral créé dès 1990 pour discuter plus précisément des problèmes de fond posés par leur coopération, à la fois sur le plan des procédures, de la doctrine, ou des méthodes d'analyse économique utilisées de part et d'autre. À nouveau, il s'agit d'échanges informels, limités aux administrations publiques, menés sur un plan infra-politique – celui des hauts fonctionnaires – et qui ne fait l'objet d'aucune publicité ou d'aucun texte formalisé.

Reste que la crise Honeywell/GE a aussi révélé les griefs et les critiques adressés singulièrement à la Commission par les autorités et, plus encore, par le secteur privé (les *lawyers*) américains. On n'a pas eu affaire, par exemple, à un malentendu aberrant ou à un parasitage ponctuel de la ligne de communication : l'échange d'informations et la concertation se sont développés tout au long de l'affaire. Le résultat divergent ne procède pas non plus de la différence entre les structures de marchés, qui peut être une source évidente de conflit : chaque autorité étant tenue de juger uniquement en fonction de l'espace géographique sur lequel elle intervient, il n'y a aucune raison pour qu'une même opération ait les mêmes effets de part et d'autre. Cette affaire a bien mis en question des enjeux de fond. C'est pourquoi l'échauffourée a été aussi vive et a vu renaître des accusations qui, en temps normal, n'affleurent pas : l'inefficacité ou l'inéquité que produirait, par construction, l'approche européenne, les pressions politiques auxquelles elle serait exposée, la supériorité *a priori* du modèle institutionnel américain. Plus précisément, les arguments se centrent sur deux points principaux : cette crise découle-t-elle des différences très importantes entre les règles procédurales suivies de part et d'autre ? Ou bien, sur le fond, est-elle due à une attitude excessivement prudente ou répressive de la Commission face aux initiatives des acteurs privés ?

Un problème de procédure ?

Une première hypothèse est que le problème relevait de la divergence des procédures. Le contrôle des concentrations remet au jour des oppositions principielles entre les traditions américaine et continentale – notamment française – qui sont bien antérieures à la construction européenne. Côté américain, le contrôle des fusions s'inscrit dans une logique où domine la dimension judiciaire : le ministère

1. En outre, quelques semaines plus tard, l'interdiction de la fusion franco-française entre Schneider et Legrand (matériel électrique) a été interprétée par beaucoup d'intéressés comme un gage d'indépendance politique adressé à Washington : la Commission aurait voulu signifier qu'elle ne menait pas une politique industrielle déguisée en soutenant les « champions européens » contre les colosses américains.

de la Justice ou la Commission fédérale du commerce sont chargés de l'instruction de chaque dossier notifié à l'administration, qui est instruit de manière beaucoup plus opaque qu'en Europe. Après examen, l'opération peut être autorisée, ou elle est portée devant la justice. Dans ce cas, l'agence joue le rôle de procureur et doit défendre sa position devant des juges, dans une argumentation contradictoire ; en outre, l'une ou l'autre des parties peut faire appel du jugement, et l'affaire peut remonter jusqu'à la Cour suprême. Enfin, à chaque niveau, les décisions et argumentations reposent sur une jurisprudence très ancienne : la première loi instituant un contrôle des concentrations date de 1890 (Sherman Act), et elle s'appuie désormais sur des centaines de précédents, voire des milliers si l'on prend en compte les décisions prises au niveau des États.

L'Europe est au contraire, curieusement, un Nouveau Monde en matière de contrôle de concentration : la Commission n'est entrée dans ce champ qu'en 1989 et, auparavant, les règles de niveau régional étaient ou inexistantes ou faibles. Cela étant, elle s'inscrit dans le cadre institutionnel et dans les règles de droit européen, qui ont donné à la procédure un caractère fortement administratif, centré sur la Direction de la concurrence. L'instruction des affaires comme la décision finale reviennent *in fine* à cette dernière, ce qui fatalement expose à l'accusation de partialité, d'arbitraire ou bien de faiblesse face aux pressions politiques. À ce procès, la Commission européenne oppose un argumentaire très rodé, développé notamment dans un *Livre Vert* (Commission européenne 2001), dans lequel elle s'accorde un large *satisfecit* et exclut une réforme radicale.

Elle souligne notamment que, contrairement à la pratique américaine, la procédure d'instruction européenne est entièrement réglée et transparente et que les échanges écrits et les auditions offrent des garanties explicites aux différentes parties. Les risques d'arbitraire bureaucratique sont ainsi encadrés par la consultation des représentants des États membres, par la présence d'un conseiller auditeur (*hearing officer*) chargé de surveiller le respect des règles, enfin par la possibilité d'intégrer des tierces parties aux auditions (par exemple des associations de consommateurs). En outre, la Commission doit justifier par écrit ses décisions et rendre publique toute l'information sur laquelle elle s'est appuyée : elle affirme être soumise de ce fait à des règles de transparence et de *checks and balances* beaucoup plus rigoureuses que la procédure américaine, qui au stade de l'instruction offre infiniment moins de garanties. Cette contrainte est d'autant plus forte que la Commission est soumise à un contrôle judiciaire *a posteriori*, exercé par la Cour européenne de justice, devant laquelle elle est susceptible de devoir défendre ses décisions. Ce dispositif apporterait autant de garanties à la procédure administrative que les principes judiciaires adoptés aux États-Unis.

On voit toutefois que les deux arguments se croisent sans nécessairement se rencontrer. Reporter toute la dimension publique de la délibération à un éventuel procès,

comme dans la démarche américaine, implique une asymétrie entre les deux décisions possibles : la règle est d'accepter la fusion, seule l'interdiction doit être justifiée. Dans le premier cas, les compétiteurs ou les consommateurs sont peu présents dans la décision, si bien que l'appréciation plus générale du bien public est laissée assez largement à un organisme administratif et, éventuellement, aux inclinations des administrations présidentielles successives.

En revanche, si les règles de la Commission donnent des gages de transparence de l'information, elles ne laissent guère de recours, en cas de différend grave, *pendant* la procédure administrative. Toutes les garanties sont reportées sur la Cour de justice, qui tranche peut-être plus vite que la Cour suprême, mais qui n'a d'effet que par les précédents qu'elle crée : même compte tenu de la clause suspensive, les opérations dont elle est saisie ne peuvent guère être interrompues le temps que les recours soient instruits et jugés. Si personne ne met en question sur le fond l'impartialité de la Commission, la confiance qui lui est ainsi accordée porte donc sur sa *pratique* depuis 1989, et non sur une *règle instituée*, qui continuera de soulever des objections, voire des attaques politiques. Ici, le Livre Vert s'en tient à des propositions ponctuelles. Il reconnaît que le calendrier suivi par chaque procédure est trop rigide et que la division du travail avec les institutions nationales de contrôle est déficiente. Mais il escamote la question plus difficile de savoir si le contrôle des concentrations, et plus généralement la défense de la concurrence, doivent être retirés à la Commission et confiés à une autorité de régulation indépendante, ce qui les éloignerait des instances politiques. Cette hypothèse, d'inspiration à l'évidence libérale et anglo-saxonne, mais qui est également défendue par l'autorité antitrust allemande, devrait rester en débat dans les années à venir.

Un autre facteur de rigidité pèse sur les décisions communautaires : alors que les régulateurs américains traitent des fusions lorsqu'elles sont décidées, mais peuvent aussi poursuivre en justice une entreprise qui aurait acquis de fait un caractère de monopole, cette seconde option n'existe pas en Europe. La Commission peut poursuivre et punir des entreprises pour abus de position dominante (notamment dans le cas de cartel) mais, toutes choses égales par ailleurs, elle ne saurait intenter un procès à IBM ou à Microsoft pour obtenir leur démantèlement. C'est pourquoi, souligne-t-elle, elle doit être d'autant plus vigilante : elle ne dispose que d'un « fusil à un coup », contrairement aux autorités américaines qui peuvent laisser faire une fusion, quitte à intervenir plus tard en cas de dérive. Ce dispositif institutionnel peut peser sur le fond des décisions et expliquer, en partie au moins, pourquoi la Commission est attaquée régulièrement pour sa prudence et son interventionnisme excessifs.

La doctrine

Ici apparaît le principal procès intenté aux pratiques européennes : la Commission serait trop restrictive et ferait une confiance insuffisante aux mécanismes spontanés de la concurrence. Cet argument, très présent lors de l'affaire Honeywell/GE, repose sur trois éléments de doctrine, formulés de manière explicite tant par la Commission que par ceux qui la critiquent aux États-Unis (voir par exemple DeQ. Briggs *et al.* 2001).

D'abord vient l'opposition entre les deux « tests » sur lesquels, légalement, les régulateurs publics doivent faire reposer leurs appréciations et décisions. Aux États-Unis, le critère est celui de la « réduction sensible de la concurrence » (*substantial lessening of competition*) qui tente d'apprécier l'effet de la fusion envisagée sur le fonctionnement effectif des marchés : tant qu'un impact négatif ne peut pas être clairement inféré de la fusion proposée, on ne saurait la condamner. La Commission se fonde en revanche sur le « critère de position dominante » qui anticipe sur l'effet anticoncurrentiel : il porte sur la structure du marché, notamment son degré de concentration et les obstacles qu'il oppose à l'entrée de nouveaux compétiteurs, et il en infère des risques pour la concurrence future. Les différences entre les méthodes américaine et européenne sont de deux ordres.

Un élément renvoie au fond, c'est-à-dire à l'inclination plus ou moins restrictive que produirait chaque « test ». Bien que les observateurs s'accordent pour constater qu'ils aboutissent généralement au même résultat, on souligne de part et d'autre que les Européens tendent d'abord à protéger les marchés contre des risques non encore avérés, alors que les Américains portent plus d'attention aux bénéfices immédiats pour les consommateurs, c'est-à-dire aux gains d'efficacité que produira la fusion envisagée. Dans un cas extrême, on autorisera la convergence de deux technologies permettant une amélioration de l'offre, en dépit d'un risque pour la concurrence, plutôt que d'exclure *a priori* une amélioration du niveau de vie ou du bien-être de la population. Cela étant, définir le bon cap n'est pas un exercice aisé. La critique américaine présente un jugement idéologique explicite : les Européens croiraient moins à l'économie de marché et seraient inutilement interventionnistes. Or un tel argument global et *a priori*, à caractère implicitement culturaliste, ne saurait suffire ici. De nombreux problèmes de régulation des marchés ont montré que la confiance américaine dans les vertus de l'opportunisme privé peut conduire à de sérieuses déconvenues, que ce soit sur l'audit des comptes ou le contrôle des *hedge funds*.

L'autre élément porte sur la cohérence ou la simplicité des deux tests. La méthode américaine paraît plus simple et plus immédiate : elle se présente comme un principe purement pragmatique, dont le contenu effectif est donné avant tout par la jurisprudence, beaucoup plus que par une doctrine *a priori*. En revanche, sur ce plan formel, la méthode de la position dominante est mise en question par des acteurs tant

européens qu'américains parce qu'elle conduit le régulateur à développer une argumentation fondée sur les effets anticipés de la concurrence, dont on sait qu'ils sont souvent difficiles à prévoir : ainsi, un duopole peut préserver la concurrence alors qu'un oligopole peut l'affaiblir, les concurrents peuvent réagir de diverses manières à une concentration, les consommateurs peuvent aussi faciliter l'entrée de nouveaux compétiteurs s'ils sont mécontents de l'offre présente sur le marché. Le problème est alors celui des gesticulations discursives auxquelles ce test peut conduire, et donc *in fine* à l'incertitude accrue qu'il peut produire pour les entreprises.

Ce problème posé par la doctrine de la Commission a été accentué au cours des dernières années par le recours croissant à la notion élargie de « position dominante collective » : elle ne considère plus les seules positions individuelles des différentes entreprises sur un marché donné, mais le risque que la nouvelle structure du marché qui découlera de la fusion les conduise à adopter ensemble des positions contraires à la concurrence. On est donc toujours dans le cadre d'une appréciation anticipative des effets de la fusion, mais celle-ci s'étend à l'intérêt ou à l'incitation à s'engager dans des pratiques collusives. Ici, le bât blesse davantage : certes, des entreprises en oligopole ont toujours intérêt à se coordonner pour imposer des prix supérieurs. Mais la question est celle de la possibilité d'une telle action. Le risque, souligne-t-on, est d'interdire alors toute fusion qui produirait un « monopole putatif », avant même de disposer d'indications empiriques claires. Un jugement de la Cour européenne de justice attendu prochainement, concernant une interdiction de fusion fondée sur cet argument, aura sans doute un effet important sur l'évolution de la pratique européenne : si la Commission est condamnée, elle devrait revenir à une définition plus étroite de la position dominante.

Une évolution récente, enfin, concerne les « effets de leviers » (*bundling*) entre différentes activités au sein d'un conglomérat. En substance, une position dominante sur un marché pourra-t-elle être utilisée, après une fusion, pour étendre des bénéfices indus à de nouvelles activités ? C'est en s'appuyant sur cet argument que la Commission a interdit l'acquisition par Tetra-Laval, qui contrôle 80 % du marché européen de l'emballage alimentaire en carton, de Sidel, qui a une position forte dans l'emballage plastique sur plusieurs marchés nationaux. Le risque anticipé était que Tetra lie ses contrats sur les deux marchés, de telle manière qu'il élargisse au plastique les bénéfices anticoncurrentiels déjà acquis avec le carton. Le même argument a été au cœur du conflit sur Honeywell/GE : le veto de la Commission a reposé sur le risque qu'une filiale de *leasing* d'avion, appartenant au premier groupe, impose lors de ses commandes d'appareils qu'ils soient équipés de l'électronique de vol produite par le second. La première société représentant 10 % du marché international, la Commission a jugé que le risque concurrentiel serait excessif. En revanche, les autorités américaines n'ont pas retenu cet argument et ont considéré que les bénéfices potentiels pour les consommateurs justifiaient qu'on laisse faire.

Pourquoi la coopération transatlantique est-elle possible ?

Si l'on résume les différents éléments rassemblés jusqu'ici, deux points ressortent à partir desquels on peut éclairer à la fois la règle – la coordination relativement stable entre les institutions européennes et américaines – et l'exception – la crise sur l'affaire Honeywell/GE.

D'abord, la différence de doctrine est réelle et elle porte à conséquence, mais elle ne doit pas être surestimée : la plupart des analystes soulignent que, dans la grande majorité des cas, elle n'empêche pas la convergence des décisions. Ensuite, l'opposition entre des pratiques procédant d'une logique judiciaire et d'une logique administrative ne semble pas non plus décisive. C'est ainsi que certaines critiques américaines envers la Commission rejoignent celles que lui adressent des entreprises européennes ou des États membres. De même, on a vu que, sur le plan de l'instruction des dossiers, les pratiques communautaires présentent des garanties de publicité et d'argumentation contradictoire nettement supérieures à celles observées aux États-Unis : la Commission est en droit de se proposer ici en exemple.

Une question plus générale ressort alors : pourquoi réussit-on à faire fonctionner cette coopération *light* dans le cas du contrôle des concentrations alors que, dans d'autres domaines, elle ne fonctionne pas[2] ? On retiendra une hypothèse : la coopération entre autorités de régulation serait d'autant plus aisée qu'elle n'affecte pas directement les choix de politique économique, sinon par la jurisprudence, et qu'elle ne demande pas non plus une convergence des droits nationaux, laquelle implique un processus législatif à la fois long et coûteux. La relative immunité politique dont bénéficie le contrôle des concentrations le rapproche alors de celle dont bénéficie l'Organisme de règlement des différends établi dans le cadre de l'OMC : celui-ci a même un pouvoir de contrainte financière sur l'État qui contreviendrait à un jugement. Or, ici aussi, les décisions portent sur des conflits précis et échappent de ce fait aux coûts politiques majeurs qu'implique la décision formalisée des États – qu'elle porte sur ses choix de politique économique ou bien sur la structure de son droit national (cas de directives européennes antérieures à 1985).

Est-ce à dire que la coopération serait d'autant plus facile que les institutions seraient légères de part et d'autre et que, à la limite, les besoins d'une régulation globale des marchés appelleraient d'eux-même le retrait des États, de leurs institutions lourdes et d'un droit archaïque ? Aurait-on ici, dans la coopération des autorités de régulation, le principe d'une nouvelle *Lex mercatoria*, à la fois globale et d'emblée ajustée aux besoins du commerce ? À l'évidence, cette thèse, qui est certainement promise à un bel avenir, n'est pas fondée. D'abord parce qu'un capitalisme sans État est un mythe aussi vieux que le capitalisme lui-même : l'efficacité des autorités de régulation repose toujours en dernière analyse sur celle de l'État, qui lui délègue la régulation d'un marché et valide *in fine* son action. De même,

les États membres de l'Union européenne acceptent les décisions de la Commission en matière de fusions en vertu de traités formels, ratifiés par les Parlements, et dont elle tire sa légitimité politique. La normalisation infra-politique et infra-légale des marchés internationaux reste tributaire des garanties qu'apportent les États, mais aussi des défaillances de leur coopération.

Au bout du compte, l'acceptation renouvelée de cette régulation repose donc sur leur accord, qui ne sera peut-être pas explicite, mais dont le caractère politique est indéniable. Il ne porte pas tant sur la forme, la procédure et sur une définition formelle de la doctrine, comme on l'a vu avec la querelle des « tests ». La vraie condition pour coopérer est qu'il y ait une convergence de fait quant au but recherché – la défense de la concurrence telle qu'on s'accorde à la définir – et quant à l'équité, la transparence et la prévisibilité des procédures respectives. En d'autres termes, pour agir de concert, les autorités de régulation doivent *surtout* ne pas être ou ne pas paraître politisées. Elles doivent sans cesse affirmer et illustrer leur autonomie face aux préférences et aux pressions des gouvernements. Si un trait ressort des déclarations européennes et américaines, à l'automne 2001, c'est précisément que cette règle fondatrice n'a pas été enfreinte : ni lors de l'affaire Honeywell/GE, ni à l'occasion du changement d'administration à Washington (voir par exemple James 2001, Muris 2001). La réaction française, prévisible, exprimera alors une inquiétude quant à ce refoulement du politique ; elle pourra même être tentée de le combattre, quitte à mettre subrepticement en question la coopération (Fabius 2002). Un regard plus confiant retiendra que celle-ci résiste quand même au différend et que son objet est suffisamment important pour qu'on laisse fonctionner ce qui, finalement, fonctionne plutôt bien[3]. ■

Jérôme Sgard est chercheur au CEPII (Centre d'études prospectives et d'informations internationales) et professeur associé à l'Université Paris-Dauphine. E-mail : **sgard@cepii.fr**

2. Un contre-exemple frappant est donné par la règle de faillite sur laquelle, même au plan européen, la convergence s'est révélée à peu près impossible. Ceci tient entre autres à sa position centrale dans le droit commercial de chaque pays : toute modification de cette procédure, *a fortiori* toute insertion de principes juridiques étrangers met en question une très grande partie du droit commercial et notamment la définition par chaque pays, parfois depuis le Moyen-Âge, du droit de la propriété privée (voir Sgard 2001).

3. L'auteur remercie Laurence Idot, Robert Saint-Esteben, Francisco Gonzalez-Diaz et Frédéric Jenny pour les entretiens qu'ils lui ont accordés. Toutefois cet article et ses éventuelles imperfections n'engagent que lui, et aucunement ces personnes ou les institutions auxquelles elles appartiennent.

Bibliographie

Commission européenne, 2001. *Livre Vert*, Bruxelles, novembre, 65 pages.

DeQ. Briggs (J.), Gonzalez-Diaz (F.), Kogut (B.), Shapiro (C.), 2001. « Roundtable discussion », *Antitrust*, automne, pp. 7-17.

Fabius (L.), 2002. « L'efficacité de la politique de concurrence », Colloque organisé à l'occasion du 15e anniversaire du Conseil de la concurrence, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 13 février.

Giotakos (D.), Petit (L.), Garnier (G.), De Luyck (P.), 2001. « General Electric/Honeywell. An insight into the Commission's investigation and decision », *Competition Newsletter* 3, Commission européenne, octobre.

James (Ch.A.), 2001. « International antitrust in the Bush administration », Canadian Bar Association, Annual Fall Conference on Competition Law, Ottawa, 21 septembre (**www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9100.pdf**).

Kolasky (W.J.), 2002. « US and EU competition policy : Cartels, mergers, and beyond », Council of the United States and Italy, Bi-Annual Conference, New York, 25 janvier (**www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9848.pdf**).

Leary Th.B., 2001. « A comment on merger enforcement in the United States and in the European Union », Transatlantic Business Dialogue Principals Meeting, Washington, 11 octobre (**http://www.ftc.gov/speeches/leary/tabd010111.htm**).

Monti (M.), 2001a. « Prospects for transatlantic competition policy », *International Economics Policy Brief* n° 01-6, Washington, Institute for International Economics, mai (**http://www.iie.com/policybriefs/news01-6.htm**).

Monti (M.), 2001b. « Antitrust in the US and Europe : A history of convergence », General Counsel Roundtable, American Bar Association, Washington, 14 novembre (**http://www.eurunion.org/news/speeches/2001/011114mm.htm**).

Muris (T.J.), 2001. « Merger enforcement in a world of multiple arbiters », Roundtable on Trade and Investment Policy, Brookings Institution, Washington, 21 décembre (**http://www.ftc.gov/speeches/01speech.htm**).

Sgard (J.), 1999. « Contrôler une panique : le won coréen en 1997 », *L'Économie politique* 2, 2e trimestre.

Sgard (J.), 2002. « Qu'est-ce qu'un droit de propriété international ? », contribution au rapport *Gouvernance mondiale,* Conseil d'analyse économique, Paris, La Documentation française.