

PROCESSUS CONCURRENTIEL ET POLITIQUE COMMUNAUTAIRE EN MATIERE DE CONCENTRATION: INTRODUCTION A UNE PROBLEMATIQUE.

Jean-Luc GAFFARD - Jackie KRAFFT
LATAPSES/IDEFI/CNRS

I - LA NOTION DE CONCURRENCE DANS LA THEORIE ECONOMIQUE.

L'analyse économique offre deux visions distinctes de la notion de concurrence, que l'on peut faire correspondre plus largement à deux écoles d'appréhension des phénomènes économiques.

Dans l'analyse traditionnelle, tout d'abord, la concurrence est définie et étudiée comme un *état* du système industriel, à un moment donné du temps. Le nombre de firmes installées au sein de l'industrie suffit alors pour se prononcer sur le caractère concurrentiel de cette industrie. Ainsi, lorsque les firmes sont nombreuses sur un même marché, celui-ci sera jugé "concurrentiel" ; lorsqu'au contraire un petit nombre de firmes s'y rencontrent, le marché sera dit "concentré". Le degré de concurrence est donc entièrement défini par rapport à la structure du marché. Dès lors que l'on accepte ce cadre d'analyse, deux problèmes majeurs sont à résoudre. Le premier est de définir des indices de mesure de la concentration de plus en plus fins pour être capable de porter un jugement fiable, c'est à dire pour traiter correctement l'information collectée sur la structure du marché. Le second est de déterminer soigneusement les limites du marché: les résultats de l'analyse ne seront évidemment pas les mêmes si l'on mesure le degré de concentration sur un marché restreint ou sur un plus grand marché.

Dans l'autre analyse, que l'on peut qualifier d'"alternative", la concurrence est maintenant envisagée en tant que *processus*. Ceci recouvre deux éléments importants, qui sont liés. Le premier est que la concurrence est cette fois un phénomène intrinsèquement temporel, qui évolue dans le temps. Le second est qu'une mesure ponctuelle du degré de concurrence n'a plus véritablement de sens. Ainsi, une pratique jugée anti-concurrentielle à un moment donné

du temps peut éventuellement devenir bénéfique socialement par la suite. Cette pratique peut même être parfois le seul moyen de mettre en place une innovation.

Deux auteurs bien connus sont souvent cités pour être à l'origine de cette école de pensée: Hayek (1937¹,1978²) et Schumpeter (1934³). Hayek fait bien apparaître les aspects temporels de la concurrence. La concurrence est, pour lui, un processus de découverte par "essai-erreur" des plans des agents, de leurs besoins insatisfaits. La concurrence a donc un rôle essentiel dans l'acquisition et la coordination de l'information. Cette idée montre que, dans cette analyse, la concurrence n'a plus de lien direct avec la structure du marché. Le marché concurrentiel auquel l'auteur fait référence est composé d'un ensemble d'institutions qui se développent spontanément et dont le rôle est de permettre, de manière complémentaire, l'acquisition de l'information. Schumpeter, en plus des aspects temporels, indique que certaines restrictions de concurrence sont paradoxalement nécessaires pour faciliter le jeu même de la concurrence. Pour cet auteur, en effet, l'innovation est le moteur du système économique et elle est essentiellement le fait des grandes firmes. Ces firmes, toutefois, n'acceptent de s'engager dans un processus d'innovation que si elles reçoivent des garanties suffisantes sur la perception d'un profit en récompense de leurs efforts. La définition de brevets, de licence, peut alors être parfaitement justifiée pour remplir ce rôle. Ces mesures de protection du pouvoir de monopole de la grande firme innovatrice ne doivent cependant être, dans l'esprit de l'auteur, que temporaires: elles ne se conçoivent que dans le laps de temps nécessaire à la mise en place de l'innovation.

Les précédents développements offrent une vision plus concrète des phénomènes concurrentiels mais, du fait même de la plus grande complexité des éléments en jeu, semblent difficilement traduisibles sur la base de critères d'appréciation de la nature de la concurrence. Ce problème n'est toutefois pas insurmontable.

G.B. Richardson, dans son ouvrage de 1960⁴, rend les développements précédents plus facilement utilisables. Selon cet auteur, lorsque les recettes correspondant à l'investissement engagé par une firme ne seront disponibles qu'au terme d'une période incompressible (délai de gestation des investissements) et que l'information sur les engagements des autres firmes n'est connue qu'après un certain laps de temps (délai de transmission de l'information), la profitabilité ou la faisabilité du programme d'investissement dépend de deux ensembles de conditions. Les premières, qualifiées de "conditions de marché", concernent les activités que réalisent les clients, les fournisseurs et les concurrents. A contrario les "conditions techniques" caractérisent les activités spécifiques de la firme, celles qui sont rendues possibles grâce au

¹ HAYEK, F.A., 1937, "Economics and Knowledge", *Economica*, 4, repris dans *Individualism and Economic Order*, 1948, Chicago, University of Chicago Press.

² HAYEK, F.A., 1978, "Competition as a Discovery Procedure", in *New Studies in Philosophy, Politics, Economics, and the History of Ideas*, Chicago, Chicago University Press.

³ SCHUMPETER, J., 1934, *The Theory of Economic Development*, Harvard University Press.

⁴ RICHARDSON, G.B., 1960, *Information and Investment*, 1990, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford.

développement de ses propres compétences. Les conditions de marché sont directement influencées par l'organisation industrielle, c'est à dire par le réseau complexe des relations inter-firmes. Les conditions techniques sont a priori données au sens où une firme doit connaître logiquement ses capacités et compétences. Toutefois, ces dernières peuvent évoluer au cours du temps et parfois être influencées par l'organisation économique.

Le problème à résoudre est alors celui de la construction de relations inter- ou intra-firmes (les "connexions de marché") qui permettent d'accéder à ces informations techniques et de marché. L'auteur montre que l'investissement sera en général profitable ou faisable si les deux conditions suivantes sont simultanément vérifiées: (i) le volume d'investissements concurrents, c'est à dire ceux dont l'engagement risque de réduire la profitabilité de l'investissement de la firme, n'excède pas une limite fixée par la demande disponible; (ii) le volume d'investissements complémentaires, *i.e.* ceux dont l'engagement par la firme ou par un groupe de firmes dans le cadre d'un accord de coopération va augmenter la profitabilité de l'investissement, atteint au moins un seuil minimal. Le problème est donc de construire ces éléments, en particulier organisationnels, offrant la possibilité de maintenir les volumes d'investissements à des niveaux raisonnables. Ces éléments sont d'une part des formes de contraintes et d'inertie, en ce qui concerne les investissements rivaux: une firme doit être capable, pour assurer la profitabilité de sa stratégie, de limiter les actions des autres. Ces éléments sont également des signes de stabilité et de continuité nécessaires à la coordination des investissements complémentaires: la firme doit garantir, parallèlement, la succession au cours du temps des investissements participant au développement du produit, qu'ils soient engagés par elle seule ou en combinaison avec d'autres firmes. Dans les deux cas, ces éléments organisationnels sont destinés à créer de l'information; ils ne sont pas donnés et il est utile d'expliquer leur développement, leur durabilité.

L'analyse de G.B. Richardson est opérationnelle à deux titres. A partir d'un raisonnement fondé sur une observation du fonctionnement concret des firmes, il exprime les aspects temporels de la concurrence à l'aide de délais simples à définir. Il justifie, toujours sur la base de ces délais, l'apparition de pratiques restrictives de concurrence (les connexions de marché). Ainsi, plus les délais de transmission de l'information et de gestation des investissements seront longs comme c'est le cas dans les processus d'innovation, plus les besoins de coordination de l'information et des investissements seront importants et plus des relations étroites entre firmes seront nécessaires afin de les résoudre.

Dès lors, si l'on accepte ce cadre d'analyse, le problème fondamental est d'introduire ces délais dans les critères d'évaluation de la concurrence. Le concept de concurrence étant très différent de celui de l'analyse traditionnelle, les résultats issus de l'utilisation de ces critères seront certainement très différents également.

II - JURISPRUDENCE EUROPEENNE .

Le texte de loi de référence en matière de concentration est le règlement communautaire, adopté en décembre 1989 et mis en vigueur à partir de septembre 1990. La volonté d'une grande précision a accompagné l'élaboration de ce règlement qui comprend 102 paragraphes regroupés en 25 articles. Cette volonté de précision concerne en particulier la définition des différentes sortes de rapprochement entre entreprises susceptibles de se voir qualifier d'opérations de concentration. Le principe général d'appréciation de la licéité des accords entre firmes est le degré de position dominante, c'est à dire la capacité que possède une firme (l'acquéreur, dans le cas d'une fusion) d'exercer une influence dominante sur l'activité de l'autre firme. Le cas de la constitution d'une filiale commune a toutefois fait l'objet d'une disposition particulière. La Commission Européenne reconnaît l'opération comme une pratique concentrative et l'interdit en conséquence lorsque l'entreprise commune peut accomplir l'ensemble des fonctions d'une entité économique autonome et qu'elle n'entraîne pas une coordination du comportement concurrentiel entre les entreprises fondatrices. Les dispositions de ce règlement ne s'appliquent qu'aux seules opérations de concentration de dimension communautaire, c'est à dire celles (i) dont le chiffre d'affaires réalisé au niveau mondial par l'ensemble des entreprises concernées par l'opération de concentration représente un montant supérieur de 5 milliards d'Ecus; (ii) dont le chiffre d'affaires réalisé individuellement dans la communauté par au moins deux entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'Ecus (à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la communauté à l'intérieur d'un seul et même état membre). Notons enfin que l'une des grandes originalités du texte communautaire tient à l'obligation qu'ont les initiateurs d'opération de concentration de dimension communautaire de notifier au préalable le projet à la Commission.

A l'étude des ces textes et des pratiques juridiques, il semble que ne soient pas pris en compte les problèmes de délais que nous avons soulignés en paragraphe I. Des indicateurs de mesure du degré de concentration sont utilisés et on cherche essentiellement à mettre en évidence les problèmes de risque de collusion. Dans le domaine de la concentration, la volonté d'édicter une règle identique pour tous domine, même si cette règle est dans la pratique très sévère. En effet, les chances d'échapper à une interdiction sont extrêmement faibles, en l'état actuel des règles définies. Ce choix en faveur d'une parfaite intransigeance ne s'inscrit toutefois pas dans la nouvelle tendance qui apparaît tant au niveau des textes et de la jurisprudence relatifs aux ententes illicites que dans les avis d'experts en matière de concentration.

Pour juger de la licéité des accords et ententes entre firmes, le droit communautaire utilise un principe de "bilan économique", défini à partir de l'article 85 du Traité de Rome. Ce

bilan consiste en un examen minutieux des préjudices que ces pratiques font peser sur la société, contrebalancé par une étude des améliorations de bien-être qu'elles sont susceptibles de développer. Cette démarche est assez récente, elle procède du mouvement d'infléchissement que la politique de la concurrence américaine a connu à partir des années 80 et qui s'est étendu à un grand nombre de juridictions. Les effets au niveau des décisions de jurisprudence sont importants: la création d'entreprise commune, les contrats d'exclusivité de territoire et de distribution ne sont plus systématiquement interdits, mais examinés au cas par cas. Par contre, les obligations de prix de revente, les discriminations de prix sont toujours condamnées très sévèrement.

L'article 85 fait toute l'originalité du droit communautaire puisqu'il autorise certaines ententes illicites à bénéficier d'exemptions, souvent définies sur une période de temps délimitée. En effet, dans son paragraphe 1, l'article 85 interdit toutes les relations explicites ou implicites entre firmes lorsqu'elles sont susceptibles d'"*affecter le commerce entre Etats membres et ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché Commun*". Toutefois, dans son paragraphe 3, ce même article 85 prévoit d'accepter ce type de relations quand elles contribuent "*à améliorer la production ou la distribution de produits ou à promouvoir le progrès technique et économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte*". Ces relations ne doivent toutefois pas imposer aux entreprises concernées des restrictions qui ne seraient pas indispensables à l'atteinte des objectifs, ni donner à l'une de ces entreprises la possibilité de restreindre la concurrence.

La démarche de la Commission Européenne est un peu complexe, mais très intéressante, car elle renvoie aux caractéristiques temporelles des phénomènes concurrentiels et, plus précisément, aux délais définis par Richardson. Les ententes font en effet l'objet d'un examen au titre de l'article 85 et sont interdites en vertu du paragraphe 1, mais bénéficient en définitive de l'exemption temporaire prévue au paragraphe 3. Ainsi, le message de la commission est très clair. Les relations étroites entre firmes sont définies à l'origine dans un objectif d'acquisition d'informations. Le processus d'interaction des informations, bien que long et très incertain, est censé produire des résultats selon un calendrier prévu par les firmes elles-mêmes. Dès lors que ces résultats sont disponibles et que le produit ou le procédé nouveau est construit, il n'y a plus de raison de poursuivre les échanges d'information. Toutefois, pendant cette période bien déterminée, des protections organisationnelles très importantes et souvent très contraignantes pour les firmes concurrentes sont autorisées par la commission. Elles assurent, en fait, que le projet d'innovation jugé souhaitable devienne effectivement réalisable. A travers ces décisions, on retrouve bien l'idée selon laquelle des éléments de stabilité et de continuité - offerts en particulier par des relations organisationnelles - doivent être présent lorsque les délais de transmission de l'information et de gestation des investissements sont

longs. En l'absence de ces éléments organisationnels, le projet d'innovation ne serait tout simplement pas faisable.

Les avis d'experts tendent également à infléchir l'actuelle procédure d'évaluation des concentrations. C'est en tout cas la démarche qu'adopte P.J. Williamson (1993⁵) qui tente de formuler, à partir des théories économiques récentes, une véritable procédure d'évaluation utilisable dans le cadre de la politique de la concurrence européenne. L'auteur procède en deux temps: il répertorie tout d'abord les indicateurs de mesure les plus pertinents qui correspondent aux différents éléments avancés par les analyses théoriques et les classe afin de définir les étapes de la procédure ; il applique ensuite la procédure à des cas récents de fusion et compare les résultats obtenus aux décisions effectives de la Commission Européenne.

La procédure que propose l'auteur comporte une première étape, également appelée "filtre initial", qui consiste à évaluer le degré de concentration après la réalisation de la fusion, de même que la stabilité passée des parts de marché. Si cette étape est "positive" au sens où (i) le degré de concentration dépasse le seuil de 50% et (ii) les parts de marché sont toujours stables dans le passé, il est nécessaire de continuer l'examen et d'envisager la seconde étape. En revanche, si l'étape est négative, le risque de collusion est jugé inexistant et la fusion est donc tout de suite acceptée, sans nécessité de poursuivre l'étude. La seconde étape, définie comme "test de l'action coordonnée", mesure l'homogénéité des produits concernés, l'existence de points focaux facilement déterminés et connus de toutes les firmes présentes sur le marché (ex: liste de prix publiée, consultable), la nature des marchés amont et aval (poids des acheteurs dans les négociations, divergence des besoins en inputs), les relations entre firmes sur d'autres marchés. Il est alors effectué un bilan des résultats, certains critères pouvant à l'intérieur même de cette étape indiquer soit une incitation à la collusion soit, au contraire, une impossibilité de collusion. Cette fois encore, l'étape est jugée négative ou positive et dans ce dernier cas, une nouvelle étape est engagée. La troisième étape, "test du risque commercial", évalue la capacité des firmes étrangères à pénétrer le marché national. Il s'agit donc de positionner la fusion dans un cadre international. Si cette étape est négative, c'est à dire si l'entrée est facile, la fusion est alors acceptée car le risque de collusion est considéré comme minime. Si l'étape est positive, le risque de collusion persiste et on continue la procédure. La quatrième étape, le "test de la contestabilité", étudie la capacité des firmes à entrer et sortir en réalisant un gain dans le cadre national. L'importance des investissements est alors caractérisée, de même que les éventuelles barrières à l'entrée. Enfin, deux dernières étapes existent: le "test de l'efficacité", qui détermine la possibilité de gains d'efficacité des firmes et d'amélioration du bien-être des consommateurs par la fusion, puis le "test de la firme défaillante", qui examine les conséquences de l'éventuel abandon de son activité par l'une des firmes concernée par la fusion.

⁵ WILLIAMSON, P.J., 1993, "Domination Oligopolistique et Politique Communautaire en matière de Concentrations", *Intégration et Concurrence*.

L'intérêt de cette procédure est de dégager des conclusions fiables plus rapidement que le plan d'étude actuellement suivi par la Commission Européenne. Dans certains cas, en effet, la décision finale d'interdiction de la commission aurait été obtenue dès l'application du filtre initial défini par l'auteur (ex: affaires Elders IXL Ltd - Grand Metropolitan plc, Mobil-Marathon, Coca-Cola - Dr Pepper). En revanche, des conclusions différentes sont mises en évidence dans le cas Kingfisher plc - Dixons Group: la Commission Européenne a interdit cette fusion au motif d'un risque de collusion tacite entre les concurrents restés indépendants (*i.e.* ceux qui ne font pas partie de la fusion) qui auraient aligné leurs prix sur les leaders (*i.e.* ceux qui participent à la fusion), alors que la méthode de P.J. Williamson l'aurait acceptée.

En conséquence, dans certains cas la méthode d'analyse inspirée des derniers développements de la théorie économique corrobore les décisions de la commission, mais elle permet de trancher plus rapidement; dans d'autres cas, cette méthode semble négliger certains éléments qui modifient pourtant sensiblement les résultats. Plus généralement, cette procédure "en entonnoir" qui consiste à ne pas interdire tout de suite une opération - même si vraisemblablement il y a un risque de collusion - et à rechercher s'il existe des raisons valables de restreindre au moins temporairement la concurrence implique de ne plus considérer la concurrence comme un état mais bien comme un processus. En effet, à partir du moment où l'on ne s'en remet plus à un simple calcul de concentration pour apprécier la nature de la concurrence, c'est que l'on envisage les aspects temporels de cette concurrence.

III - LE CAS MSG-MEDIA SERVICE.

(1) Description du projet.

Le projet soumis en octobre 1994 à la Commission Européenne concerne la création d'une entreprise commune appelée MSG Media Service. Les sociétés-mères sont au nombre de trois.

La première société, BERTELSMAN coiffe le principal groupe multi-média allemand. Ses principales activités sont les éditions de livres et de périodiques, les clubs du livre, l'imprimerie, les éditions musicales, les enregistrements et quelques participations dans la télévision privée. Son marché le plus important est le marché allemand, mais elle dispose également d'activités internationales très étendues.

La seconde société, TAURUS, est une société holding du groupe KIRCH, KIRCH étant le principal fournisseur allemand de films de fiction et de programmes de divertissement pour la télévision. KIRCH est également présent dans le secteur de la télévision privée. Son marché est le marché allemand, tout comme BERTELSMAN. Ses participations dans des entreprises de télévision payante sont en augmentation constante.

La troisième société, TELEKOM, est un opérateur public de télécommunication en RFA, présent directement ou indirectement (par l'intermédiaire de filiales) dans tous les secteurs de services de télécommunication. Il dispose d'un pouvoir de monopole pour le réseau téléphonique allemand. Il est également propriétaire et opérateur de la quasi-totalité des réseaux de télévision câblée allemande.

Le projet prévoit donc la création par les trois firmes d'une entreprise commune (MSG), chaque société-mère détenant un tiers du capital et des droits de vote.

La fonction de MSG est double: (i) prendre en charge la gestion technique, commerciale et administrative de divers services de télécommunication; il s'agira principalement de proposer des services accompagnant le développement du système numérique pour une télévision payante; (ii) monter l'infrastructure de base pour pouvoir offrir les services et les prestations auxiliaires nécessaires. L'objectif de MSG est donc de mettre en oeuvre les moyens pratiques de développement d'une innovation (la télévision numérique).

Le raisonnement suivi par la commission est le suivant. MSG va offrir un ensemble de services qui forment un marché autonome, tout le problème étant que ce marché n'existe pas pour le moment. Sa mission est de créer une infrastructure technique nécessaire à la télévision payante dans le secteur numérique, c'est à dire de constituer un parc de décodeurs et d'établir un système de contrôle d'accès à cette télévision, et des investissements très importants seront en jeu. Le problème est alors de savoir comment va s'établir d'une part la coopération entre MSG et les sociétés-mères et d'autre part celle entre MSG et les futurs concurrents. La commission présente des difficultés à ces niveaux du fait de l'impossibilité de mesurer la durée de développement de l'innovation en question. En effet, s'il doit y avoir une coopération entre les trois sociétés-mères, celle-ci peut se réaliser de manière privilégiée au sein d'une société filiale déjà existante (Première), a fortiori s'il s'agit d'engager un processus d'innovation aussi incertain que le développement de la télévision numérique. Face à une forte incertitude, la prudence conseillerait d'utiliser d'abord les compétences existantes. D'autre part, une fois MSG fondée, l'écart avec les concurrents deviendra vite très important et difficilement recouvrable, compte tenu des compétences des sociétés-mères. Pour ces raisons, si MSG est créée, c'est bien pour accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, sans pour autant faciliter la coordination du comportement concurrentiel des firmes restées indépendantes.

En conséquence, MSG constitue bien une opération de concentration et, à ce titre, doit être interdite.

(2) Discussion du cas.

Le cas MSG est à l'évidence un exemple de mise en place d'une innovation. Il s'agit en effet d'assurer l'infrastructure nécessaire au développement d'un nouveau système de télévision.

On peut donc penser que des délais importants de transmission de l'information et de gestation des investissements devront être gérés par les firmes concernées. Dans le cadre d'une vision temporelle de la concurrence et compte tenu des apports richardsonniens, l'existence de ces délais justifie - au moins temporairement - la création de relations organisationnelles étroites de sorte que le développement du processus d'innovation soit assuré. Toutefois, ce raisonnement et ces arguments, qui auraient tendance à privilégier une décision d'acceptation de l'opération, ne sont à l'évidence pas ceux de la Commission. Pour la Commission, la création d'entreprise commune ne constitue en aucune manière un moyen de coordonner les informations et les investissements, c'est simplement une construction organisationnelle élaborée par de très grandes firmes et destinée à acquérir une position dominante.

Si l'on examine la jurisprudence en matière de création d'entreprise commune, on s'aperçoit toutefois que certaines opérations assez similaires au cas de MSG ont été examinées dans le cadre de l'article 85 et acceptées en raison de leur caractère innovateur et coopératif. Cela a été le cas, par exemple, pour des projets de définition d'accumulateurs de grande capacité (affaire Brown Boveri - NGK, J.O.C.E. 11 octobre 1988), d'utilisation de fibres optiques dans le domaine de la communication (affaire Corning Glass Works, J.O.C.E. 14 juillet 1986), d'emploi de fibres de verre dans la fabrication de filtres à air haute performance (affaire Mitchell Cotts - Sofiltra, J.O.C.E. 17 décembre 1986). On peut alors se demander quels sont les critères utilisés par la Commission pour justifier que les précédents projets sont coopératif du fait même de leur caractère fortement innovateur, alors que celui des systèmes numériques, bien qu'innovateur, est jugé collusif. Cette différence est bien évidemment déterminante puisqu'elle entraîne soit un comportement assez bienveillant pour les opérations (article 85 sur les accords de coopération), soit au contraire un jugement toujours sévère (règlement sur les concentrations).

Toutefois, dans un certain sens, la décision de la Commission et les conclusions des analyses temporelles ne sont peut être pas complètement incompatibles. En effet, dans le cas MSG, les délais de développement du procédé sont manifestement très difficilement calculables. Si l'on exploite l'analyse richardsonienne en termes de délais, la coopération inter-entreprises n'est adaptée que dans les cas où les délais sont "intermédiaires" au sens où le problème de coordination de l'information et des investissements à résoudre concerne seulement certaines étapes du processus productif. Lorsque les délais sont vraiment très longs, le développement du projet au sein d'une seule et même firme (intégration verticale) est privilégié, car il s'agit cette fois de répondre à une coordination de l'ensemble des étapes. C'est un raisonnement analogue que l'on trouve dans la décision de la Commission, lorsque celle-ci cherche à montrer que les fonctions de la future entreprise commune peuvent tout à fait être remplies, à plus ou moins long terme, par l'une des sociétés-mères.

La tentative de P.J. Williamson est à notre avis tout à fait intéressante lorsque les cas concrets étudiés traitent d'un problème d'incitation à la collusion. Dans ce cas, la situation est en effet la suivante. D'un côté, les théories économiques envisagent la relation entre fusion et politique de la concurrence de manière de plus en plus fine, en incorporant un nombre croissant de phénomènes concrets. Par ces développements, il est possible de décrire n'importe quelle situation réelle. D'un autre côté, des décisions de jurisprudence sont effectivement prises, vraisemblablement de manière indépendante des considérations analytiques récentes, si l'on se réfère à la tentative de P.J. Williamson. De fait, en confrontant les résultats analytiques "résumés" sous la forme d'indicateurs de mesure et les cas pratiques de politique de la concurrence, on obtient soit une confirmation systématique de la position théorique, soit une remise en cause systématique lorsque les critères utilisés dans la pratique ont été négligés par l'approche théorique. La logique de raisonnement conduit alors à la construction de nouveaux critères appuyés sur de nouvelles théories afin d'assurer la prise en compte de ces nouveaux éléments. Dans ce contexte, le problème est de recenser de manière exhaustive l'ensemble des paramètres qui incitent les firmes à se coordonner.

Toutefois, l'incitation à la collusion n'est pas l'unique déterminant d'un projet de fusion. Celui-ci peut également être motivé par des raisons ayant trait à des problèmes productifs, à des problèmes d'engagement dans un processus d'innovation. Les critères définis par P.J. Williamson, tels que le test de la contestabilité et celui de l'efficacité, peuvent tenir compte de ces éléments. Toutefois, dans la procédure décrite, l'application de ces tests se fait après celle du test de l'action coordonnée qui est destiné - sans ambiguïté - à mesurer l'incitation à se coordonner.

Une première suggestion serait donc d'inverser l'ordre des étapes de la procédure afin d'examiner les enjeux productifs de la fusion (degré d'irréversibilité des investissements, amélioration du bien-être des consommateurs) avant ceux des incitations. Cette suggestion permettrait de se rapprocher de la logique qui prévaut dans la réglementation européenne concernant les accords de coopération (A. 85 du Traité de Rome). Cet article définit en effet des "exemptions temporaires" qui autorisent des relations très étroites entre firmes seulement lorsque ces relations engendrent à terme une innovation. Cette suggestion impliquerait d'adopter une position a priori bienveillante tant pour les accords de coopération (ce qui est déjà le cas par l'A. 85), que pour les projets de fusion (ce qui n'est pas du tout le cas actuellement, si l'on se réfère au règlement sur les fusions et à la jurisprudence correspondante). Cela permettrait toutefois de limiter les décisions quelque fois arbitraires qui consistent à ranger certaines affaires dans le cadre d'accords de coopération (*cf.* affaire Brown Boveri - NGK, affaire Corning Glass Works, affaire Mitchell Cotts - Sofiltra) et d'autres dans le cadre de fusions (affaire MSG Media Service).

En effet, l'argumentaire soutenu par la commission pour donner une exemption temporaire est axé sur l'importance de l'innovation tant au niveau de la dynamique de l'industrie que des avantages perçus par les consommateurs. Lorsque l'innovation est en ce sens substantielle et que son développement requiert la mise en commun des compétences de plusieurs firmes (même s'il s'agit de firmes de très grande taille, *cf.* Brown Boveri - NGK), la commission accepte des protections organisationnelles très importantes et souvent très contraignantes pour les firmes concurrentes pendant une période déterminée (censée représenter le temps de mise oeuvre de l'innovation). C'est ainsi que la commission a autorisé la création d'entreprises communes entre Brown Boveri et NGK afin de mettre au point l'utilisation des fibres optiques dans le domaine de la communication, entre Corning Glass Works et quatre partenaires européens pour élaborer un accumulateur de grande capacité, entre Mitchell Cotts et Sofiltra pour employer des fibres de verre dans la fabrication de filtres à air haute performance.

En revanche, la création d'une entreprise commune (MSG Media Service) entre Bertelsman, Taurus et Telekom est refusée car l'opération est perçue comme une opération de fusion qui échappe donc à l'article 85 et dépend du règlement relatif aux fusions. Le projet prévoyait pourtant de mettre en commun les compétences des trois sociétés-mères pour définir des moyens de décodage et d'abonnement essentiels au développement d'un système de télévision numérique (sur réseaux payants ou câblés).