



Concurrences

Revue des droits de la concurrence

Les remèdes structurels
dans le cadre du contrôle
des concentrations

Droit & économie | *Concurrences* N° 3-2008 – pp. 28-33

Laurent FLOCHEL

lflochel@crai.com

■ Économiste



Institut de droit
de la concurrence

THOMSON
—★—
TRANSACTIVE

Laurent FLOCHÉL

lflochel@crai.com

Économiste

Les remèdes structurels dans le cadre du contrôle des concentrations

Abstract

Dans le cadre du contrôle des concentrations, les entreprises sont souvent amenées à proposer ou négocier des remèdes structurels pour permettre de limiter de potentiels effets anticoncurrentiels de l'opération. Cet article montre que la théorie économique analyse les effets de ces remèdes de façon opposée selon que l'on traite du risque d'effets unilatéraux ou d'effets coordonnés. La théorie économique soulève également quelques problèmes liés à la détermination de ces remèdes.

Within the framework of merger control, companies are often brought to propose or negotiate structural remedies to limit the potential anti-competitive effects of the operation. This article shows that economic theory analyzes the effects of such structural remedies in an opposite way according to whether one treats the risks of unilateral effects or coordinated effects. The economic theory also raises some problems involved in the assessment of these remedies.

1. Le contrôle des concentrations a pour objectif de vérifier si une opération envisagée peut avoir ou non des effets négatifs sur le fonctionnement concurrentiel du marché. Différents critères ont pu être utilisés au cours du temps ou peuvent être utilisés selon les différentes juridictions pour évaluer ces effets concurrentiels. Au niveau européen, le nouveau critère utilisé est décrit dans l'article n° 2.3 du règlement CE n° 139/2004 du 20 janvier 2004 et prévoit que *“les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun”*. Il s'agit donc bien d'étudier les possibles effets de l'opération sur la concurrence effective. Le critère utilisé en France est sensiblement identique.

2. L'analyse prospective des effets concurrentiels d'un projet de fusion distingue deux types d'effets possibles : les effets unilatéraux et les effets coordonnés. En schématisant un peu, l'analyse des effets unilatéraux étudie l'impact de la fusion envisagée sur le fonctionnement du ou des marchés concernés, dans le cas où les entreprises se livrent à une réelle concurrence. À l'opposé, l'analyse des effets coordonnés se focalise sur la possibilité pour les entreprises de s'entendre tacitement après la fusion. Le cadre d'analyse est donc radicalement différent selon que l'on considère les effets unilatéraux ou les effets coordonnés. Dans le premier cas, il s'agit d'étudier le déplacement de l'équilibre concurrentiel en raison du pouvoir de marché de la nouvelle entité issue de la fusion et de la réaction des concurrents. Dans le second cas, il s'agit d'étudier si la nouvelle structure de marché à l'issue de la fusion facilitera ou non une possible collusion tacite entre les entreprises.

3. Lorsqu'elles examinent des projets de fusions qui leur sont notifiés, les autorités de concurrence peuvent non seulement les accepter ou les refuser, mais également demander l'application de certains remèdes permettant de palier à des risques identifiés d'affectation de la concurrence. Différents types de remèdes sont possibles lorsque des problèmes concurrentiels ont été identifiés. Les deux cas polaires sont les remèdes comportementaux et ceux structurels.

4. Les remèdes structurels peuvent être définis comme ceux conduisant à modifier l'allocation des droits de propriété et/ou à créer de nouveaux concurrents. Il s'agit en général d'opérations de défaisance et de revente de certains actifs à la concurrence. Les autres remèdes peuvent être définis comme faisant partie de l'ensemble des contraintes pesant sur les droits de propriétés des entreprises. Il peut par exemple s'agir d'engagements de mettre fin à des contrats d'exclusivité, des cessions de licence pour donner accès à des infrastructures ou à des technologies. Des engagements portant sur les tarifs peuvent également dans certains cas être acceptés, comme ceux concernant par exemple des remises de gamme. Dans la réalité, toute sorte d'engagements entre ces deux cas polaires peuvent être envisagés.

5. Les autorités de concurrence affichent une réelle préférence pour les remèdes structurels. L'argument est que ceux-ci ne nécessitent pas de contrôle continu a posteriori pour vérifier le respect des engagements, contrôle qui nécessiterait l'utilisation de ressources rares. Les remèdes structurels ont l'avantage d'être fixés une fois pour toutes. Ils ont également l'inconvénient d'être irréversibles.

NDLR : Sur ce sujet, voir aussi les résultats du programme de recherche e-Competitions “The Merger Remedies Matrix” contenant 450 commentaires de décisions ayant imposé des remèdes en matière de concentrations dans 30 États européens, ainsi que 30 rapports nationaux précisant notamment l'importance des remèdes structurels en matière de concentration.

À paraître fin septembre 2008 sur www.concurrences.com

La communication de la Commission sur les mesures correctives¹ prévoit que “le moyen le plus efficace de préserver cette concurrence, en dehors de l’interdiction, est de créer les conditions nécessaires à l’émergence d’une nouvelle entité concurrentielle ou au renforcement des concurrents existants par le biais d’une cession”.

6. Différentes études des effets *ex post* des remèdes ont été conduites, dont celle de la FTC en 1999 et celle de la Commission européenne en 2005². Ces études d’évaluation *ex post* sont utiles car elles permettent de cerner les remèdes qui ont été efficaces de ceux et ceux qui l’ont été moins, même s’il est difficile de tirer des enseignements clairs de ces évaluations *ex post* ou d’en déduire qu’un type de remèdes serait meilleur qu’un autre. L’efficacité d’un remède dépend en effet du contexte dans lequel il a été appliqué et du champ des instruments disponibles.

7. La question du choix des meilleurs remèdes lorsqu’un projet de fusion fait apparaître des risques concurrentiels est délicate. Il s’agit d’anticiper comment modifier la structure de marché pour aboutir à une situation qui résorbe les problèmes de concurrence posés par l’opération. Cette question d’une réallocation efficace des actifs entre les entreprises nécessite en effet une analyse fine des effets des différents remèdes possibles sur l’équilibre concurrentiel. Cette analyse est d’autant plus difficile qu’elle est prospective.

8. Cet article propose de donner l’éclairage de la théorie économique actuelle portant sur les remèdes structurels dans le cadre du contrôle des concentrations³. De façon étonnante, cette littérature est encore relativement balbutiante et il n’existe pas à ce stade de résultats généraux qui soient robustes. Néanmoins, elle permet de tirer quelques enseignements clairs dont le premier est l’existence de recommandations diamétralement opposées selon que l’on se place dans le cadre de l’analyse des effets unilatéraux ou dans celui des effets coordonnés.

I. Impact concurrentiel des remèdes structurels

9. Les remèdes structurels doivent être analysés en distinguant deux scénarios post-fusion. Dans le premier scénario, les entreprises se font concurrence, ou en termes économiques jouent “non coopératif”. La question est alors de savoir comment les différents remèdes possibles vont affecter l’équilibre concurrentiel et en particulier les prix fixés par

chaque entreprise. Ce premier scénario est le cadre d’analyse des effets unilatéraux. Dans le second scénario, les entreprises peuvent s’engager dans une collusion tacite ou explicite. Une telle collusion est plus ou moins difficile à soutenir selon la structure du marché. La question est alors de savoir comment les différents remèdes envisagés vont affecter la possibilité pour les entreprises de soutenir une collusion tacite à l’issue de l’opération. Ce second scénario est le cadre d’analyse des effets coordonnés. Ces remèdes structurels sont analysés dans chacun de ces deux scénarii dans les sections qui suivent.

1. Remèdes et effets unilatéraux : La symétrie favorise la concurrence

10. Des remèdes structurels doivent avoir pour objectif de “[...] rétablir les conditions d’une concurrence effective [...]”⁴. Si l’autorité de concurrence retient comme critère le surplus des consommateurs, la fusion ne doit alors pas conduire à une hausse des prix. La condition peut être moins stricte si le critère utilisé est le surplus global qui intègre également les profits des entreprises. Un remède acceptable⁵ doit alors conduire à des prix post-opération inférieurs ou égaux à ceux prévalant avant l’opération. L’ensemble des remèdes acceptables dépend alors des prix avant l’opération et du nombre d’actifs ou de la taille relative de la nouvelle entité.

11. De façon relativement étonnante, il existe une abondante littérature économique traitant du lien entre l’intensité concurrentielle et la structure du marché, mais très peu de travaux abordent la question sous l’angle des remèdes structurels. Certains travaux ont été développés très récemment (Medvedev (2004), Vasconcelos (2005), Vergé (2007), Dargaud (2008)) et abordent tous la question dans un cadre de concurrence en quantité⁶. Dans un tel modèle, chaque entreprise choisit de mettre une certaine quantité sur le marché et il existe un prix qui permet “d’écouler” la quantité totale ainsi fournie par toutes les entreprises.

12. L’ensemble des articles précités utilise le même cadre théorique dans lequel la taille d’une entreprise est mesurée par le nombre d’actifs qu’elle possède. La façon dont les actifs sont distribués entre les entreprises va influencer le coût marginal de chacune. Plus précisément, il est fait l’hypothèse que plus une entreprise détient une quantité élevée d’actifs et plus son coût marginal de production est faible. Cette hypothèse permet de prendre en compte les possibles gains d’efficacité permis par une fusion.

1 Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) n° 447/98 de la Commission, § 13.

2 V. par exemple pour une synthèse de cette étude François Lévêque, *Quelle est l’efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations ?*, *Concurrences* n° 1-2006, p. 27-32.

3 Pour une présentation des différents remèdes en Europe, v. Motta, Polo, Vasconcelos (2007).

4 Communication de la Commission du 2 mars 2001 concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 et au règlement (CE) n° 447/98 de la Commission, § 2.

5 Pour plusieurs définitions des remèdes acceptables, v. Vergé (2007).

6 Comme cela fut le cas pour l’analyse théorique des effets des fusions, cette littérature économique doit encore être développée dans le cadre de la concurrence en prix pour lequel les effets attendus et les conclusions peuvent différer des résultats obtenus dans un cadre de concurrence en quantité.

13. Tous les travaux sur les remèdes structurels partent du résultat liminaire suivant : le prix à l'équilibre concurrentiel est d'autant plus bas que la distribution des actifs entre les entreprises est symétrique. Si toutes les entreprises ont accès à la même technologie de production, une structure de marché parfaitement symétrique dans laquelle toutes les entreprises possèdent le même nombre d'actifs (ou sont de même taille) est celle qui permet d'obtenir le prix de marché le plus bas. Dans le même temps, toutes choses égales par ailleurs, le prix d'équilibre sera d'autant plus faible que le nombre de concurrents est élevé.

14. Ce résultat liminaire est déterminant pour comprendre les effets attendus des remèdes structurels. Une fusion a deux effets pesant sur le prix d'équilibre. En premier lieu, la fusion réduit le nombre de concurrents ce qui a pour effet d'augmenter les prix. En second lieu, la nouvelle entité possède plus d'actifs, ce qui réduit son coût marginal mais modifie également le degré de symétrie entre les entreprises. L'effet d'une fusion sur l'équilibre concurrentiel dépend de la comparaison entre la situation avant et après la fusion. Des remèdes acceptables doivent avoir pour effet de rendre le marché plus symétrique qu'il ne l'était avant l'opération. Plus la situation avant fusion était concurrentielle et plus il sera difficile de trouver des remèdes acceptables. Ainsi, plus la structure de marché était symétrique avant l'opération et plus les prix d'équilibre étaient bas et plus il sera difficile de trouver des remèdes acceptables. De même, dans le cas où la fusion permet certaines synergies qui lui sont spécifiques, celles-ci devront être d'autant plus importantes que le marché était symétrique avant l'opération (Dargaud 2008). Vergé (2007) montre ainsi que si au moins quatre concurrents étaient présents initialement, des remèdes acceptables n'existent que si la structure de marché avant l'opération était fortement asymétrique et que la fusion concerne les entreprises de taille les plus importantes. Dans ce cas, il est possible d'aboutir à des prix post-opération plus bas, en revendant suffisamment d'actifs aux concurrents de plus petite taille, ce qui peut permettre d'augmenter le degré de symétrie sur le marché par rapport à la situation pré-fusion.

15. En résumé, l'existence ou non de remèdes acceptables dépend principalement de la comparaison du degré de symétrie avant et après l'opération. Plus le marché est symétrique et plus la concurrence y est intense. Pour être acceptables, des remèdes doivent conduire à une structure de marché plus symétrique qu'elle ne l'était avant la fusion.

2. Remèdes et effets coordonnés : La symétrie favorise la collusion

16. Les résultats obtenus dans le cadre de l'analyse des effets coordonnés sont diamétralement opposés à ceux présentés dans l'analyse des effets unilatéraux.

17. La littérature sur la collusion tacite examine dans quelles conditions des entreprises peuvent soutenir une telle pratique coordonnée. Pour ce faire, un accord tacite doit pouvoir être

trouvé entre les protagonistes et aucun d'entre eux ne doit être incité à en dévier. Cette dernière condition nécessite qu'une entreprise déviant de l'accord puisse être détectée et sanctionnée. La punition en cas de déviation doit être suffisamment sévère pour avoir un caractère dissuasif. Mais une telle punition est coûteuse y compris pour ceux qui l'infligent et il importe donc que ceux-ci aient bien intérêt à la mettre en place. Ces conditions sont celles reprises par la pratique décisionnelle depuis les affaires *Airtours/First Choice*⁷ et *Sony/BMG*.

18. La structure de marché a une influence sur l'intérêt à dévier d'un accord et sur la capacité à punir un éventuel déviant. Différents travaux (Compte, Jenny, Rey (2002), Penard (1997), Vasconcelos (2005)) étudient l'impact du degré de symétrie sur la soutenabilité d'une collusion tacite dans des cadres théoriques et pour des jeux d'hypothèses différents. Les résultats obtenus par cette littérature sont relativement convergents.

19. S'agissant de l'incitation à dévier, la profitabilité d'une déviation dépend de la capacité qu'a une entreprise à servir la demande additionnelle qui lui serait adressée et donc de sa capacité de production. Une entreprise de petite taille ayant une capacité de production limitée ne pourrait ainsi servir qu'une faible partie des clients d'une plus grosse entreprise qui reporteraient leur demande vers elle du fait de prix plus bas. D'un autre côté, une plus grosse entreprise peut avoir une incitation à dévier plus importante, surtout en période de baisse d'activité.

20. La capacité à punir dépend de la capacité de production. En effet, punir un déviant de l'accord passe le plus souvent par le déclenchement d'une guerre des prix. Pour que celle-ci soit efficace, il est nécessaire que celui qui punisse ait la capacité de servir la demande auparavant adressée à celui qui a dévié de l'accord. Ainsi, une entreprise de grosse taille peut facilement punir un petit concurrent. La réciproque n'est pas vraie : un concurrent disposant de peu d'actifs de production ne peut punir que très faiblement un plus gros concurrent.

21. Plus le marché est symétrique, et plus les entreprises ont des incitations à dévier et des capacités à punir qui sont proches. Penard (1997) montre ainsi qu'une structure de marché parfaitement symétrique est celle qui est la plus favorable à la soutenabilité de la collusion tacite.

22. Le choix des remèdes dans le cadre de l'analyse des possibles effets coordonnés repose en grande partie sur le degré de symétrie après l'opération. Tout remède qui rend le marché plus symétrique élargit l'espace des paramètres permettant de soutenir une collusion tacite.

23. Le cas emblématique de cette problématique est la fusion en 1992 de Nestlé et Perrier, autorisée par la Commission européenne sous condition de revente de la source Volvic à BSN, le principal rival. Ce remède permettait de restaurer une

⁷ TPICE, aff. T-342/99, *Airtours plc/Commission*, 6 juin 2002, Rec. II-2585.

certaine symétrie sur le marché entre Nestlé/Perrier d'une part et BSN d'autre part. Un tel remède conduisant à une certaine symétrie était un élément positif dans le cas où les firmes se font concurrence après l'opération, mais très négatif s'agissant du risque de collusion tacite. Or, dans ce cas, les inquiétudes de la Commission portaient sur le risque d'abus de position dominante collective, autrement dit de collusion tacite.

3. Les ingrédients du choix par les autorités de concurrence entre deux objectifs opposés

24. L'analyse des effets des remèdes montre un conflit entre l'intensité de la concurrence si les entreprises se font réellement concurrence et le risque de favoriser la collusion tacite. Les autorités de concurrence doivent arbitrer entre ces deux objectifs contradictoires. La difficulté pour les autorités de concurrence est qu'il n'est pas possible de prédire lequel des deux scénarii, concurrence ou collusion, sera joué par les entreprises à l'issue de la fusion.

25. La théorie économique existante traite de chacun de ces deux scénarios distinctement. Celle dévolue à la collusion tacite étudie si celle-ci est soutenable ou non selon la structure de marché, mais ne prédit pas si les entreprises vont choisir ou non une telle stratégie. Il existe à notre connaissance peu de littérature économique prédisant si les entreprises vont choisir de jouer un scénario concurrentiel ou au contraire s'engager dans une collusion tacite⁸.

26. Une méthode possible pour trancher le risque concurrentiel dans chacun des scénarios consiste à examiner les instruments dont disposent *ex post* les autorités de concurrence dans le cadre du contrôle des comportements. Il n'est pas inutile au préalable de rappeler que l'imposition de remèdes structurels au stade du contrôle des concentrations n'est justifiée que si les autorités de concurrence ne peuvent qu'imparfaitement ou à un coût très élevé, traiter les éventuels problèmes de concurrence survenant après l'opération.

27. Dans le cas où le fonctionnement du marché reste concurrentiel après l'opération, deux cas doivent être envisagés. Si la fusion conduit à la création ou au renforcement d'une position dominante, les autorités de concurrence disposent d'une gamme d'instruments pour contrôler *ex post* le comportement de la nouvelle entité. Il serait possible d'envisager un contrôle des comportements de la nouvelle entité par l'autorité de concurrence si le risque a été jugé suffisant, sans attendre qu'une plainte soit déposée. Si au contraire, la fusion conduit à une hausse des prix sans que la nouvelle entité n'ait acquis une position dominante, les autorités de concurrence sont plus désarmées. Elles ne disposent en effet que de peu d'instruments pour condamner des prix excessivement élevés.

8 La seule littérature abordant cette question est à notre connaissance celle relative au programme de clémence.

28. En revanche, le contrôle *ex post* des comportements ne peut sanctionner que d'éventuelles ententes explicites et non celles relevant de la collusion tacite qui ne relève pas du cadre juridique des pratiques concertées. Les autorités de concurrence seront donc totalement impuissantes à pouvoir agir si à l'issue de la fusion les entreprises s'engagent dans une collusion tacite.

29. Cette relative asymétrie de traitement par le contrôle *ex post* des comportements peut être retenu comme argument pour attribuer un poids plus important, dans le cadre du contrôle des concentrations, à l'analyse des effets coordonnés par rapport aux effets unilatéraux, lorsque les recommandations qui découlent de ces deux analyses apparaissent opposées. Ceci signifie qu'en cas de risque d'effets coordonnés clairement identifiés, il pourrait être optimal de choisir des remèdes qui rendent le marché plus asymétrique, tout en opérant un contrôle *ex post* des comportements.

II. Quelques problèmes liés à la détermination des remèdes

30. En 2003, J. Farrell a énoncé quelques problèmes principaux qui pouvaient être posés lors de la négociation des remèdes entre les parties et l'autorité de concurrence. Certains de ces problèmes ont par la suite fait l'objet d'une démonstration rigoureuse.

1. La sélection de l'acheteur

31. Les parties ont tout intérêt à ce que l'acheteur des actifs cédés soit un concurrent le moins agressif possible. Elles ont donc intérêt soit à sélectionner un concurrent peu efficace, soit un concurrent avec qui la concurrence sera douce ou avec qui il sera facile de rentrer dans un schéma de collusion tacite. La vente des actifs à un tel concurrent conduira à une faible réduction du profit des Parties. À l'opposé, la vente des actifs à un concurrent rude et efficace conduirait à une concurrence plus intense, ce qui réduirait les profits à l'équilibre concurrentiel.

32. Farrell (2003) montre ainsi que les parties peuvent avoir intérêt à s'entendre avec un acheteur pour "dégrader" volontairement la qualité des actifs vendus ou leur capacité de production. Ce schéma se comprend aisément dans le cas d'une concurrence en quantité. Dans ce cas, les entités fusionnant vont réduire la quantité qu'elles mettent sur le marché de façon à faire monter le prix d'équilibre. Le problème est que dans une telle situation, les concurrents de la nouvelle entité ont intérêt en réaction à augmenter leur propre quantité qu'ils mettent sur le marché⁹. Cette réaction des concurrents a pour effet de faire baisser le prix de marché.

9 Ce résultat est vrai quel que soit le mode concurrence pourvu que la propriété de substituabilité stratégique perdure.

Pour limiter ce dernier effet négatif, les parties à la fusion peuvent s'entendre avec un acquéreur consentant pour réduire volontairement la capacité de production des actifs cédés. Une telle limitation crée un effet d'engagement de l'acquéreur à limiter sa réaction face à la baisse de la quantité mise sur le marché par l'entité fusionnant.

33. Dans la même veine d'arguments, le prix qu'est prêt à payer un acheteur potentiel dépend du profit qu'il peut espérer retirer de l'utilisation des actifs à l'équilibre concurrentiel. Un concurrent qui sera agressif obtiendra un profit plus faible qu'un autre qui choisirait une concurrence plus douce. Un concurrent plus agressif sera prêt à payer moins cher les actifs qu'un concurrent moins rude.

34. Il résulte de ces deux arguments que les parties ont un double intérêt à vendre les actifs à un concurrent peu agressif, à la fois en termes d'impact sur leur profit à l'équilibre concurrentiel post-fusion et sur le prix qu'elles retireront de la vente de ces actifs.

35. Le même raisonnement peut être appliqué au choix de vendre les actifs à un concurrent existant ou à un nouvel entrant. Un concurrent en place sera prêt à payer plus cher qu'un nouvel entrant¹⁰ car l'incrément de profit qu'il réalisera s'il achète lui-même les actifs sera plus élevé que le profit que réaliserait un nouvel entrant. En effet, si c'est un concurrent en place qui achète les actifs, le nombre d'entreprises reste stable. En revanche, si c'est un nouvel entrant qui achète les actifs, la concurrence sera plus intense et les profits d'équilibre plus faibles.

36. Une conséquence de ces résultats est qu'organiser une enchère pour allouer les actifs à céder n'est pas nécessairement le mécanisme le plus efficace du point de vue concurrentiel. En effet un mécanisme d'enchère conduira à sélectionner le reprenneur ayant la disponibilité à payer la plus élevée, ce qui n'est pas nécessairement le plus efficace d'un point de vue concurrentiel. Laisser les parties choisir elles-mêmes le reprenneur n'est pas non plus un gage d'efficacité.

37. La politique de l'*upfront buyer* consistant à conditionner l'autorisation de la fusion à la connaissance de l'acquéreur est plus efficace car elle permet à l'autorité de concurrence de mener une analyse concurrentielle plus sérieuse qu'en l'absence d'informations sur l'identité de l'acheteur. Le fait de laisser au contrôle d'un mandataire la vente des actifs ne permet pas une telle analyse.

1.1. L'asymétrie d'information

38. Le vendeur possède une information privée sur les actifs qu'il doit vendre, information que ne possèdent ni l'autorité de concurrence, ni l'acheteur. L'information porte sur la qualité des actifs, leur coût ou efficacité réelle, la nature des personnels etc. Cette asymétrie d'information devient cruciale

lorsqu'il s'agit de définir un package regroupant un ensemble d'actifs destinés à être cédés. Plus encore que les actifs en eux-mêmes, la façon dont ceux-ci sont assemblés et leur sélection seront un gage de la viabilité des activités cédées et de l'efficacité des remèdes. L'étude réalisée par la FTC en 1999 mettait en évidence ce point. Cette difficulté est également prépondérante dans le cas des transferts de technologie pour lesquels l'acheteur n'a qu'une information très imprécise.

2. Le risque d'une utilisation excessive des remèdes par les autorités de concurrence

39. Le choix de remèdes structurels par les autorités de concurrence leur confère un instrument unique en droit de la concurrence puisqu'il leur permet de peser directement sur la structure du marché par la redistribution des actifs entre les entreprises. En ce sens, l'utilisation des remèdes rapproche les autorités de concurrence de régulateurs sectoriels et leur confère des instruments proches de ceux de la politique industrielle. Les critiques qui s'appliquent traditionnellement à une telle politique restent valables dans ce cas présent. Ces critiques portent sur la connaissance de l'autorité de concurrence des spécificités de chacun des marchés, sur sa capacité à savoir mieux que les acteurs du marché l'allocation des actifs qui permettra d'atteindre la plus grande efficacité productive, ou bien encore la capacité de pouvoir défendre certains intérêts particuliers¹¹.

40. Il a été discuté précédemment qu'un remède acceptable devait conduire à des prix post-fusion inférieurs ou égaux à ceux avant la fusion. Si elle peut influencer les remèdes choisis, l'autorité de concurrence possède alors un instrument qui lui permet de faire mieux que le remède minimal consistant à maintenir le niveau des prix inchangé après l'opération. Certes, ce sont les parties qui proposent les remèdes et l'autorité de concurrence qui accepte ou refuse les propositions. Mais dans la réalité, il s'agit bel et bien d'une négociation entre l'autorité et les parties.

41. L'autorité de concurrence peut en particulier rechercher les remèdes qui maximisent le surplus des consommateurs, c'est-à-dire ceux qui conduiront aux prix les plus bas ou au meilleur rapport qualité prix. Un tel comportement s'interprète comme un phénomène opportuniste permettant à l'autorité d'exproprier les parties de tout ou partie des gains d'efficacité ou synergies issus de la fusion. J. Farrell qualifie ce problème d'"*over-fixing*".

11 Cette dernière critique s'applique également dans le cas des procédures d'*upfront buyer* dont les avantages ont été présentés précédemment. Une telle procédure donne à l'autorité de concurrence un pouvoir de décision sur la sélection de l'acquéreur des actifs. Il est possible qu'une telle procédure incite des concurrents à sur réagir stratégiquement dans les tests de marché de façon à obtenir des compensations à la fusion.

10 Une preuve formelle de ce résultat est obtenue dans Medvedev 2004.

42. Hormis les limites intrinsèques liées à ces politiques visant à permettre à la puissance publique d'agir directement sur la structure du marché, une telle utilisation des remèdes ne serait pas dommageable dans son ensemble puisqu'elle permettrait aux consommateurs d'atteindre un plus grand surplus. Mais cela serait sans compter sans les effets pervers en termes d'incitations données aux entreprises sur le type de fusions à réaliser.

43. En effet, une telle politique serait anticipée par les entreprises lorsque celles-ci bâtissent avec leurs conseils leur projet de fusion. Dans le cas d'un projet de fusion pouvant potentiellement générer beaucoup de gains d'efficacité, l'autorité de concurrence pourrait imposer des remèdes aboutissant à des prix de marché plus bas, générant des profits plus faibles pour les entreprises. Si les entreprises anticipent un tel comportement opportuniste, elles seront incitées à ne proposer que des fusions conduisant à moins de gains d'efficacité et donc ne pouvant donner lieu à une redistribution des actifs conduisant à une baisse de prix. Un tel phénomène est négatif pour le bien-être collectif. Vasconcelos (2005) montre ainsi que, dans un tel cadre théorique, si l'autorité de concurrence pouvait s'engager à ne pas demander des remèdes allant au-delà du simple maintien du prix de marché avant la fusion, des fusions générant plus de gains d'efficacité seraient soumises aux autorités de concurrence.

III. Conclusion

44. Le choix des remèdes structurels donne potentiellement aux autorités de concurrence des instruments plus proches de la politique industrielle que ceux des instruments du droit commun de la concurrence. Ces remèdes structurels permettent donc de peser directement sur le marché par le biais des cessions d'actifs.

45. Le choix des remèdes est complexe et nécessite une analyse concurrentielle très fine, d'autant plus difficile qu'elle est prospective. Le risque de faire les mauvais choix ne doit donc pas être négligé. De telles erreurs sur le choix des remèdes peuvent avoir un caractère dommageable au vu de l'irréversibilité des remèdes structurels.

46. Ceci plaide pour une évaluation prospective solide et plus systématique de l'évaluation des effets des différents remèdes possibles. Dans un grand nombre de cas, les évaluations se font sur la base des parts de marché existantes, en raisonnant toutes choses égales par ailleurs. Un fonctionnement plus efficace reposerait sur une analyse contradictoire, entre l'autorité de concurrence et les parties, des effets des différents remèdes possibles sur le fonctionnement concurrentiel du marché. Une telle analyse contradictoire doit reposer sur des études économiques permettant de simuler les effets des différentes alternatives.

47. La théorie économique récente présentée dans cet article montre qu'il existe une divergence entre les remèdes à adopter selon que l'on se place dans le cadre de l'analyse des effets

unilatéraux et dans celui des effets coordonnés. Le choix des remèdes doit alors se faire en tenant plus compte des instruments du contrôle *ex post*. Le champ des remèdes envisageables ne doit pas être restreint artificiellement uniquement sur la base de leur coût de contrôle. Cette question doit être traitée dans le cadre de l'allocation optimale des ressources de l'autorité de concurrence, entre toutes les tâches qui lui incombent. ■

Bibliographie

Commission européenne [2005], "Merger Remedies Study", DG Comp, oct.

Compte O, Jenny F, Rey P. [2002], "Capacity constraints mergers and collusion", *European Economic Review*, vol. 46, n. 1, January 2002, 1-29.

Dargaud E., [2008], Mergers, remedies and efficiency gains, mimeo GATE.

Farrell J., [2003], Negotiation and Merger remedies : some problems, in F. Lévêque et H. Shelanski (Eds.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, London, Edward Edgar Publishers.

Medvedev A., [2004], Structural remedies in merger regulation in a Cournot framework, *CCP Working Paper No. 07-16*.

Motta M., Polo M., Vasconcelos H. [2007], Mergers remedies in the European Union: An overview, *The Antitrust Bulletin*, vol. 52, n° 3&4/Fall-Winter, 603-631.

Parker R.G., Balto D.A. [2000], "The Evolving Approach to Merger Remedies", Antitrust Report (may 2000).

Penard T. [1997], Choix de capacités et comportements stratégiques : une approche par la théorie des jeux répétés, *Annales d'Économie et de Statistique* n° 46, juin, 203-224.

U.S. Federal Trade Commission [1999], "A study of the Commission's divestiture process".

Vasconcelos H. [2005], Tacit collusion, costs asymmetries and mergers, *Rand Journal of Economics*, vol. 36(1), p. 39-62, Spring.

Vasconcelos H. [2007], Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control, disponible sur le site <http://www.porto.ucp.pt/feg/docentes/hvasconcelos/docs/CEP R-DP6093.pdf>

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par neuf chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Jean-Bernard Blaise, Nicolas Charbit,
Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann,
Laurence Idot, Hubert Legal,
Claude Lucas de Leyssac, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadine Calvino, Frédéric Jenny, Neelie Kroes,
Mario Monti, Mustafa Parlak, Dominique Voillemot...

Tendances

Jean-François Bellis, Guillaume Cerutti,
John Davies, Céline Gauer, Damien Gérardin,
Pierre Kirch, Christophe Lemaire, Irène Luc,
Jorge Padilla, Emil Paulis, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Serge Durande,
Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Bruno Lasserre, Stanislas Martin,
Caroline Montalcino, Catherine Prieto,
François Souty...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Données publiques et concurrence, Droit pénal et concurrence...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Japon,
Luxembourg, Suisse, USA...

Droit et économie

Penelope PAPANDROPOULOS, David SPECTOR

Chroniques

Ententes

Emmanuelle CLAUDEL
Michel DEBROUX
Cyril SARRAZIN

Pratiques unilatérales

Laurent FLOCHEL
Catherine PRIETO
Anne WACHSMANN

Pratiques restrictives et concurrence déloyale

Daniel FASQUELLE
Jean-Patrice de la LAURENCIE
Marie-Claude MITCHELL

Concentrations

Jean-Mathieu COT
Jérôme PHILIPPE
Stanislas MARTIN

Aides d'État

Jean-Yves CHÉROT
Jacques DERENNE
Christophe GIOLITO

Procédures

Valérie MICHEL-AMSELLEM
Chantal MOMÈGE
Fabien ZIVY

Régulations

Denis LESCOPI
Jean-Paul TRAN THIET
Thierry TUOT

Secteur public

Bertrand du MARAIS
Stéphane RODRIGUES
Jean-Philippe KOVAR

Politique internationale

Frédérique DAUDRET-JOHN
François SOUTY
Stéphanie YON

Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN
Umberto BERKANI
Alain RONZANO

Bibliographie

Centre de Recherches sur l'Union Européenne
(Université Paris I – Panthéon-Sorbonne)



	HT <i>Without tax</i>	TTC <i>Tax included (France only)</i>
Revue Concurrences Review Concurrences		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	398 €	406,36 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)</i>	490 €	598,34 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + free access to e-archives)</i>	580 €	693,68 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	100 €	102,10 €
<input type="checkbox"/> Crédit de 5 articles (version électronique sur concurrences.com) <i>Pack of 5 articles (electronic version on concurrences.com)</i>	110 €	131,56 €
<input type="checkbox"/> 1 article (version électronique sur concurrences.com) <i>1 article (electronic version on concurrences.com)</i>	30 €	35,88 €

Bulletin électronique e-Competitions e-bulletin e-Competitions		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel multi-postes + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription with multi PC access + free access to e-archives</i>	498 €	595,68 €
<input type="checkbox"/> Crédit de 5 articles <i>Pack of 5 articles</i>	90 €	107,64 €
<input type="checkbox"/> 1 article <i>1 article</i>	20 €	23,92 €

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i>	695 €	831,22 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions) + e-bulletin</i>	780 €	932,88 €

Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name* : e-mail :
 Institution | *Institution* :
 Rue | *Street* : Ville | *City* :
 Code postal | *Zip Code* : Pays | *Country* :
 N° TVA intracommunautaire/ *VAT number (EU)* :

Paieement | Payment details

Vous pouvez payer directement sur www.concurrences.com (accès immédiat à votre commande) ou bien utiliser ce formulaire :
For instant access to your order, pay on-line on www.concurrences.com. Alternatively :

- Veuillez m'adresser une facture d'un montant de €
Please bill me for the sum of €
- Veuillez débiter ma carte MasterCard/Visa/American Express d'un montant de €
Please debit the sum of € from my MasterCard/Visa/American Express

Numéro de carte/ *Card n°* :
 Date d'expiration/ *Expiry date* :
 Nom-Prénom/ *Name-First name* :

Signature

- J'ai transféré au compte bancaire dont références ci-dessous la somme de € à la date du
I have transferred the sum of € to the bank account below on (date)

IBAN (International Bank Account Number)	BIC (Bank Identifier Code)
FR76 3000 4007 9900 0255 3523 060	BNPAFRPPOP

Bank : BNP - Agence Opéra | 2, Place de l'Opéra - 75 002 Paris - France

Formulaire à retourner à | Send your order to

Transactive – A Thomson Reuters subsidiary
 1 rue Saint-Georges | 75 009 Paris – France | *contact: information@transactive.fr*

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de *Concurrences* et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France : 18 € | 18 € extra charge for sending hard copies outside France