

REVUE  
D'ÉCONOMIE  
INDUSTRIELLE

## Revue d'économie industrielle

121 | 1er trimestre 2008  
Varia

---

# Contrôles *a priori* et *a posteriori* des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence

Patrice Bougette et Florent Venayre

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rei/3804>

DOI : 10.4000/rei.3804

ISSN : 1773-0198

### Éditeur

De Boeck Supérieur

### Édition imprimée

Date de publication : 15 mars 2008

Pagination : 9-40

ISSN : 0154-3229

### Référence électronique

Patrice Bougette et Florent Venayre, « Contrôles *a priori* et *a posteriori* des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence », *Revue d'économie industrielle* [En ligne], 121 | 1er trimestre 2008, document 1, mis en ligne le 15 mars 2010, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/rei/3804> ; DOI : 10.4000/rei.3804

---

Patrice BOUGETTE (\*)  
LAMETA, université de Montpellier I

et Florent VENAYRE (\*\*)  
LAMETA, université de Montpellier I et université de la Polynésie française

# CONTRÔLES *A PRIORI* ET *A POSTERIORI* DES CONCENTRATIONS : COMMENT AUGMENTER L'EFFICACITÉ DES POLITIQUES DE CONCURRENCE ?

**Mots-clés :** Concentrations, contrôle *a priori*, contrôle *a posteriori*,  
politique de concurrence

**Key words :** Mergers, *Ex-ante* Control, *Ex-post* Control, Competition Policy

## INTRODUCTION

En droit français, le contrôle des concentrations est traditionnellement vu comme un contrôle *a priori*, c'est-à-dire que le contrôle opéré par les autorités de la concurrence intervient *avant* que la concentration ne soit réalisée. Ceci est d'ailleurs encore renforcé par l'obligation de notifications des concentrations qui a été instaurée par la loi NRE (1). Pourtant, il existe en complément de ce dispositif une possibilité de contrôle *a posteriori* (2), qui permet aux autorités de revenir sur une concentration déjà réalisée lorsque celle-ci

(\*) pbougette@lameta.univ-montp1.fr

(\*\*) venayre@lameta.univ-montp1.fr – florent.venayre@upf.pf

Les auteurs souhaitent remercier les deux rapporteurs anonymes de la Revue d'Économie Industrielle pour la qualité de leurs commentaires.

(1) Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques.

(2) Nous utiliserons indifféremment les expressions contrôle *a priori*, *ex-ante* et amont (respectivement *a posteriori*, *ex-post* et aval).

pose des problèmes de concurrence spécifiques. Il s'agit de l'article L. 430-9 du Code de commerce (3). Cette disposition, qui existait déjà sous la forme de l'article 43 de l'ordonnance de 1986 (4), n'avait néanmoins jamais fait l'objet d'une application, jusqu'à l'été 2002 avec la décision du Conseil de la concurrence concernant le marché de l'eau (5).

L'assainissement et la distribution d'eau constituent en France un marché très concentré : la Compagnie Générale des Eaux (CGE) et la Société Lyonnaise Des Eaux (SLDE) possédaient en effet en 2002 une part de marché cumulée de 85 %. Ces deux firmes ont également créé dans plusieurs régions des filiales communes et lors d'un appel d'offre de collectivité, les sociétés mères s'abstenaient de candidater, ce qui restreignait considérablement le choix offert aux collectivités locales. Dans un tel contexte, le Conseil de la concurrence a estimé que la CGE et la SLDE détenaient une position dominante collective dont elles abusaient, en renonçant à se positionner en concurrence avec leurs filiales communes. Malgré le constat de cet abus de position dominante collective, le Conseil n'a pas sanctionné les firmes incriminées, considérant que les filiales communes avaient été constituées depuis longtemps, souvent pour répondre aux exigences des collectivités locales, et n'avaient jamais été examinées par l'autorité publique au regard du contrôle des concentrations. C'est en revanche au titre de l'article L. 430-9 que le Conseil a demandé au ministre de l'Économie de revenir sur la constitution des filiales communes.

Dans cette affaire, et pour la première fois, le Conseil de la concurrence s'est donc saisi de la possibilité d'un contrôle *a posteriori* des concentrations. Le Conseil a choisi une approche permettant d'agir sur les structures de marché (L. 430-9) plutôt qu'une simple sanction du problème de dominance constaté (L. 420-2). Cette démarche innovante du Conseil est d'autant plus intéressante qu'on connaît les débats qui animent régulièrement les milieux de la concurrence.

- (3) Cet article prévoit en effet que « *le Conseil de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'Économie d'enjoindre, conjointement avec le ministre dont relève le secteur [...] de modifier, de compléter ou de résilier [...] tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre* ».
- (4) Ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence.
- (5) Décision n° 02-D-44 du Conseil de la concurrence du 11 juillet 2002, *relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence*, BOCCRF n° 14 du 30 septembre 2002. Pour une présentation de cette affaire, voir Sélinsky et Montet (2002).

rence, peut-être plus particulièrement en Europe, consistant à savoir si des moyens structurels (actions sur la structure de marché, notamment sur la propriété et les parts de marché) et non purement comportementaux (actions répressives sanctionnant des actes répréhensibles) doivent être accordés aux autorités de la concurrence.

La procédure juridictionnelle qui a suivi la décision du Conseil a pris fin à l'été 2004 (6). Il en ressort que seul le juge administratif a la compétence de statuer sur d'éventuels recours (Sélinsky, 2004). Il a donc fallu 16 ans pour que les possibilités offertes par l'article L. 430-9 du Code de commerce soient saisies par le Conseil, pour un résultat qui semble finalement sonner le glas du rôle du Conseil de la concurrence en matière de contrôle *a posteriori* des concentrations, encore qu'il faille se méfier d'une conclusion définitive car l'interprétation des textes laisse perplexe un certain nombre d'exégètes et le point de vue des juristes n'est pas uniforme en la matière. Pour autant, faut-il se féliciter d'un tel dénouement ? Si le Conseil de la concurrence s'avère effectivement privé du pouvoir de contrôler en aval les concentrations, et d'agir ainsi sur les structures de marché, ne risque-t-on pas d'affaiblir l'efficacité des politiques de concurrence en matière de contrôle des concentrations ?

L'objet de cet article est de s'interroger, fort des enseignements récents du secteur de l'eau, sur les possibles conséquences d'une suppression des outils *a posteriori* de l'autorité de concurrence en matière de concentration. La question de l'articulation des interventions des autorités de la concurrence entre *ex-ante* et *ex-post* a régulièrement été soulevée par des économistes, mais essentiellement en ce qui concerne les accords (7). Nous proposons à l'inverse de nous focaliser exclusivement sur le contrôle des concentrations. Notre objectif n'est pas d'appréhender le contrôle aval des concentrations comme un substitut du contrôle amont. Ce dernier est bien entendu fondamental et doit être maintenu à titre principal, mais nous pensons que l'adjonction d'un contrôle aval utilisé à bon escient peut renforcer l'efficacité globale du système. Nous présenterons en premier lieu les motivations du contrôle des concentrations et ses évolutions historiques (I), puis nous étudierons les risques anticoncurrentiels qui peuvent être liés aux opérations de concentration et qui justifient qu'un contrôle *a priori* des concentrations soit effectué par les autorités de concurrence (II). Nous verrons cependant que ce contrôle amont, bien qu'indispensable, présente pour les autorités de concurrence des défis particuliers (III). Nous montrerons enfin dans quelle mesure l'introduction d'un contrôle *a posteriori* des concentrations, en modifiant les stratégies des acteurs, renfor-

(6) Avec l'arrêt n° 1259 FS-P + B + I de la Cour de cassation du 12 juillet 2004, BOCCRF n° 9 du 8 novembre 2004.

(7) Voir par exemple Pénard et Souam (2002), Bergès-Sennou *et al.* (2002) ou bien encore Barros (2003).

cerait l'efficacité des autorités concurrentielles en matière de contrôle des concentrations (IV).

## I. — CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS : L'ABANDON PROGRESSIF DE L'INTERVENTION AVAL

Sans prétendre effectuer un historique complet du contrôle des concentrations (8), il est important de souligner quelques éléments clés qui montrent que le contrôle amont des concentrations, souvent présenté comme une évidence absolue, provient en réalité d'une évolution des structures du droit. Créé aux États-Unis pour intervenir sur des concentrations déjà réalisées (1.), le contrôle des concentrations s'est également développé en France sur des principes similaires (2.). Dans un second temps, l'obligation de notifier les projets de concentration a de plus en plus focalisé l'attention des autorités sur une intervention *a priori* (3.), pour parvenir progressivement à la situation actuelle dans laquelle l'idée d'un contrôle *a posteriori* menace d'être définitivement abandonnée.

### 1. La naissance « *ad hoc* » du contrôle *a posteriori* des concentrations

Les premières dispositions en matière de contrôle des concentrations apparaissent aux États-Unis à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, sous la pression conjoncturelle, particulièrement due à la création de la Standard Oil en 1882, qui avait posé de sérieux problèmes de monopolisation du marché. Comme le souligne Stigler, l'outil antitrust avait alors été utilisé pour protéger les intérêts des petits entrepreneurs plutôt que pour servir l'intérêt général (Stigler, 1985). Dans l'esprit des dirigeants, la peur des trusts s'était installée et nécessitait la création d'outils spécifiques permettant de lutter contre ces nouvelles puissances économiques. C'est en réponse à cet impératif que le *Sherman Antitrust Act* est voté en 1890.

Pour les autorités américaines, il s'agit donc, dans une certaine mesure, de trouver une réaction *ad hoc* aux trusts, notamment celui de John Rockefeller. De fait, la réalisation de la puissance de la Standard Oil étant déjà effectuée, l'intervention des autorités antitrust ne pouvait être qu'*a posteriori* : il s'agissait de fournir aux autorités les outils du *démantèlement* des trusts. L'adoption du *Sherman Act* conduira ainsi à des exemples historiques célèbres de modification de la structure des industries : Standard Oil et American Tobacco en 1911, ou DuPont en 1912. Cependant, si le contrôle des concentrations naît d'une volonté d'intervenir *a posteriori* sur la structure de certains marchés trop concentrés, le législateur américain ne s'est pas cantonné à une intervention aval et s'est également doté de possibilités d'intervenir en amont des fusions.

(8) Pour une présentation historique, voir par exemple Encaoua et Guesnerie (2006, chap. 1).

C'est par exemple le cas avec le *Clayton Act* de 1914, qui limite les fusions susceptibles de freiner fortement la concurrence lorsqu'elles sont réalisées par rachats d'actions, ou encore avec le *Celler-Kefauver Act* de 1950, qui élargira et durcira les dispositions du précédent *Clayton Act* en l'étendant aux concentrations qui impliquent des acquisitions d'actifs matériels (Encaoua et Guesnerie, 2006).

## 2. Des dispositions analogues à l'origine du droit français

La construction du droit de la concurrence français a été relativement lente, particulièrement au regard de la situation américaine. On peut en effet considérer que la France est dotée d'un droit de la concurrence relativement complet et cohérent depuis l'adoption de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (9). Dans cette ordonnance fondatrice, au sens où elle fournit une version aboutie du droit de la concurrence français, le contrôle des concentrations est présent à la fois en amont et en aval par le biais des articles 38 et 42, mais également, sous certaines conditions, de l'article 43.

L'article 38 distingue en effet explicitement les projets de concentration (contrôle amont) et les concentrations elles-mêmes (contrôle aval), puisqu'il indique que « *tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante peut être soumis, par le ministre chargé de l'Économie, à l'avis du Conseil de la concurrence* ». Si le Conseil de la concurrence peut en l'occurrence être invité par le ministre de l'Économie à donner un avis, celui-ci n'est que consultatif. La position du Conseil, en la matière, ne saurait donc avoir une quelconque valeur coercitive. C'est alors qu'intervient l'article 42 de la même ordonnance, qui stipule que « *le ministre chargé de l'Économie et le ministre dont relève le secteur économique intéressé peuvent, à la suite de l'avis du Conseil de la concurrence [...] enjoindre aux entreprises, soit de ne pas donner suite au projet de concentration ou de rétablir la situation de droit antérieure, soit de modifier ou compléter l'opération ou de prendre toute mesure propre à assurer ou à rétablir une concurrence suffisante* ». Ainsi, à la suite de l'avis du Conseil de la concurrence, un contrôle aval est possible à la discrétion du ministre.

Les articles 38 et 42 de l'ordonnance de 1986 régissent donc le contrôle des concentrations (amont et aval). Il est à noter que les motifs d'une intervention structurelle sont très larges, puisqu'il suffit que la concentration soit « *de natu-*

(9) *Op. cit.* En ce qui concerne le contrôle des concentrations, les premières dispositions sont apparues en France en 1977 avec la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977, *relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante*. Pour un descriptif de la construction du droit de la concurrence français, voir Montet et Venayre (2004, p. 176).

re à porter atteinte à la concurrence », mais sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'une infraction spécifique a été commise. En revanche, si une infraction est avérée et que cette dernière provient d'une situation de concentration élevée (abus de position dominante ou abus de dépendance économique), l'article 43 peut alors être invoqué (10). Celui-ci constitue une ultime sécurité : l'intervention du Conseil, puis du ministre de l'Économie, reste possible même si la concentration a initialement été autorisée par Bercy. Cela permet d'éviter de délivrer à une entité concentrée un blanc-seing qui l'autoriserait à commettre des actes anticoncurrentiels, alors même que l'article 38 ne pourrait plus s'appliquer du fait de l'autorisation de concentration accordée.

### **3. L'évolution vers un contrôle *a priori* : le système des notifications obligatoires**

Le contrôle *a posteriori* des concentrations existe donc à l'origine en droit français et en droit américain. En droit communautaire, il est à l'inverse peu développé, du moins en ce qui concerne son aspect structurel. Le droit communautaire ne comporte en effet pas de disposition qui autorise à proprement parler les démantèlements ou les rétrocessions d'actifs (11). Il n'en reste pas moins que les autorités communautaires restent vigilantes quant aux dysfonctionnements qui résulteraient de situations de marché très concentrées. En témoignent quelques prises de position d'Alexander Schaub (Schaub, 1998) (12) ou encore l'affaire *Continental Can* (13) au cours de laquelle la Commission européenne avait fait valoir la prohibition de l'abus de position dominante de l'article 86 du traité CE pour s'opposer à la fusion. La Cour de justice, à la suite de la Commission, a admis dans son arrêt que le fait de pouvoir atteindre par une concentration une puissance écartant la concurrence était susceptible de constituer effectivement un abus.

Au fur et à mesure des évolutions des droits des concentrations nationaux, le contrôle aval s'est cependant vu préférer un contrôle amont systématique. C'est ainsi que les États-Unis ont rendu obligatoire la notification des projets de concentration dès 1976, avec le *Hart-Scott-Rodino Act*. L'Europe en a fait de même à partir de 1990 et la France également, depuis la loi NRE de mai 2001. Cette dernière a profondément modifié les procédures du contrôle

(10) Le texte de l'article 43 figure en note 3.

(11) Il est cependant à noter que le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, *JOUE* L 24/1, introduit une possibilité d'action *a posteriori* (article 8). Il est toutefois impossible de parler d'un réel contrôle *a posteriori*. Nous reviendrons sur ce point dans notre quatrième section.

(12) Alexander Schaub était directeur général à la Concurrence à Bruxelles de 1995 à 2002.

(13) Décision de la Commission européenne du 9 décembre 1971, affaire IV/26811 et arrêt de la Cour de justice du 21 février 1973, affaire 6-72.

des concentrations en France (14). Si l'article 43 de l'ordonnance de 1986 demeure dans son intitulé original – renuméroté comme nous l'avons vu L. 430-9 – les dispositions qui étaient contenues dans les articles 38 et 42 sont en revanche caduques, la notification devenant obligatoire au titre de l'article L. 430-3. De fait, si le contrôle *a priori* se renforce alors indéniablement, le contrôle *a posteriori* est au contraire considérablement diminué. L'unique possibilité d'intervenir en aval d'une concentration est en effet assujettie à un abus de position dominante ou de dépendance économique.

Il est sans doute possible de se féliciter de la disparition des articles 38 et 42, qui instaurent une intervention d'un caractère suffisamment arbitraire pour que des questions évidentes de sécurité juridique des entreprises se posent de manière aiguë. Les dispositions de ces deux articles permettaient en effet de revenir *a posteriori* sur une concentration sans qu'une infraction n'ait été commise par la firme en question. Potentiellement le ministre de l'Économie pouvait donc avoir une action structurelle sans qu'il soit nécessaire de justifier cette dernière par un comportement de l'entreprise de nature à nuire gravement à la concurrence.

L'insécurité juridique majeure que représentaient les articles 38 et 42 de l'ordonnance de 1986 disparaît donc avec l'entrée en vigueur du système des notifications obligatoires. Néanmoins, tout contrôle *a posteriori* des concentrations n'est pas annihilé car un garde-fou demeure malgré tout dans le nouveau système, par le biais du maintien de l'article 43 (nouvellement L. 430-9). Une action sur la structure de l'industrie reste offerte par le nouveau texte, sans qu'un aspect aussi fortement arbitraire que celui exposé dans le précédent cadre des articles 38 et 42 ne soit à craindre. C'est en effet l'infraction (abus de position dominante ou de dépendance économique) qui déclenche dans ce cas l'éventuel contrôle *a posteriori*. La firme maîtrise donc dans une certaine mesure le risque structurel qu'elle encourt : à elle d'adopter un comportement concurrentiel vertueux, particulièrement si elle a déjà fait l'objet d'une condamnation par le passé.

Cela dit, l'affaire du marché de l'eau citée en introduction de cet article semble bien déposséder le droit français des concentrations de sa toute dernière voie de contrôle *a posteriori* qu'est l'article L. 430-9. L'unique modalité d'intervention reste alors celle d'un contrôle *a priori*, dans lequel le regard des autorités est prospectif : il s'agit d'appréhender une situation qui n'existe pas encore en dressant le bilan économique de la concentration, c'est-à-dire en évaluant les risques qui sont susceptibles de survenir sur le marché, postérieu-

(14) Ce que n'avait pas fait l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, qui s'était cantonnée à la renumérotation des articles concernés sans en changer le contenu. Ainsi, les articles 38, 42 et 43 de l'ordonnance de 1986 étaient devenus respectivement les articles L. 430-1, L. 430-5 et L. 430-6.

rement à la fusion. C'est évidemment là un exercice indispensable, mais qui reste d'une grande complexité.

## II. — LE POTENTIEL ANTICONCURRENTIEL DES CONCENTRATIONS IMPOSE UN CONTRÔLE AMONT

En entraînant l'intégration des ressources productives de plusieurs entreprises, une concentration crée une utilisation coordonnée d'actifs précédemment indépendants (capital, brevets, marques, management, R & D, etc.). Ces économies de coûts peuvent créer des synergies entre activités, qu'elles proviennent d'économies d'échelle, d'envergure ou de complémentarité sur certains actifs (Röller *et al.*, 2001). Le rôle des autorités est alors, dans la mesure où ces synergies existent, de déterminer *ex-ante* si elles seront bien répercutées aux consommateurs en évitant toute hausse des prix. À l'opposé, la concentration entraîne aussi la réduction du nombre d'entreprises sur le marché et peut en conséquence faciliter la création ou le renforcement d'un pouvoir de marché (1.), voire l'émergence d'une situation qui accroît le risque d'occurrence de pratiques collusoires (2.), dont les effets anticoncurrentiels nuiraient aux consommateurs. Ces risques inhérents aux opérations de concentration nécessitent que soit effectué un contrôle *ex-ante* de ces opérations.

### 1. Estimation du renforcement du pouvoir de marché

Une concentration d'entreprises, en réduisant le nombre de firmes en présence, peut selon les caractéristiques du marché conduire à renforcer le pouvoir de marché des parties fusionnant. En conséquence, l'autorité qui doit se prononcer sur l'opportunité d'une concentration doit comparer l'augmentation du pouvoir de marché et des barrières à l'entrée à tout bénéfice issu de la concentration, qu'il soit en termes de gains d'efficacité, d'une meilleure qualité ou d'une plus grande diversité des produits disponibles. Cette question du bilan économique d'une concentration (arbitrage) est à l'origine d'une littérature théorique extrêmement dense, initiée dès le travail précurseur de Williamson (Williamson, 1968).

L'objet de cette section n'est évidemment pas de tenter une revue de cette littérature pléthorique (15), qui n'apporterait d'ailleurs que peu à la problématique traitée, mais il convient néanmoins d'effectuer une distinction entre concentrations horizontales et verticales. La littérature sur les concentrations horizontales a exploré, selon les différents modèles d'oligopole, les conditions d'arbitrage. Un résultat classique est ainsi qu'en présence d'une concurrence à

(15) On pourra par exemple pour cela se référer au travail de Charléty et Souam (2002), ou plus récemment au rapport de Encaoua et Guesnerie (2006).

la Cournot une fusion horizontale ne créant aucune synergie se soldera nécessairement par une hausse du prix du produit de la nouvelle entité. En effet, cette dernière offrira une quantité de production inférieure à la somme des quantités produites par les firmes avant la fusion. Certes, les firmes hors fusion réagiront à leur tour en accroissant leurs quantités (substituts stratégiques), mais l'effet net sur la quantité totale offerte sur le marché se traduira par une baisse de celle-ci, entraînant ainsi un accroissement du prix (Farrell et Shapiro, 1990). Cependant, ce qui apparaît plus intéressant est la prise en compte des synergies sur les coûts. En effet, dès lors que des synergies sont réalisées au travers du processus de fusion, les prix Cournot d'équilibre peuvent diminuer, et entraîner des concentrations des concurrents dans le but de générer également des économies de coûts pour être compétitifs face à la nouvelle entité (Motta et Vasconcelos, 2005). Ces éventuels mouvements de concentration qui sont induits par la fusion initiale doivent être anticipés par l'autorité au moment du contrôle amont. Or une approche de type statique comparative – comparaison des profits avant et après fusion – n'est pas adaptée pour tenir compte de ces effets potentiels. Une analyse dynamique des opérations de fusion dans laquelle la décision de rapprochement est endogène apparaît par conséquent plus appropriée et permettrait des « *prédictions raisonnables* » en termes d'entrée et de sortie du marché, d'investissement et de profit dans l'industrie (Gowrisankaran, 1999); il serait par ailleurs vraisemblablement opportun d'avoir également des éléments théoriques sur l'impact d'une endogénéisation de la décision d'autorisation d'une concentration.

Le cas des concentrations verticales pose souvent moins de difficultés en termes de pouvoir de marché. Plus encore que dans le cas horizontal, les synergies réalisées par l'intégration verticale et particulièrement la suppression de la double marge qui a souvent été discutée, sont plus susceptibles d'inciter les firmes à baisser leur prix, ce qui est favorable au surplus du consommateur. D'un autre côté, des risques d'effets anticoncurrentiels demeurent, comme la forclusion, la hausse du coût des rivaux et parfois la collusion. Ces ambiguïtés des effets des concentrations verticales ont suscité un vif intérêt des théoriciens (16), ce qui fut moins le cas de la part des autorités. En dépit de ces ambiguïtés, les fusions verticales sont dans la majeure partie des cas pro-concurrentielles (Bishop *et al.*, 2005). Les gains d'efficacité peuvent se concrétiser au travers d'une meilleure efficacité productive, d'une meilleure rentabilité des investissements, par des coûts de transaction plus faibles, etc.

L'analyse empirique confirme les risques liés aux effets unilatéraux, ce qui est par exemple illustré par une étude de 14 269 concentrations réalisées dans le monde entre 1981 et 1998 (Gugler *et al.*, 2003). Pour chaque opération, le chiffre d'affaires et le profit des parties fusionnant sont comparés (en  $t + 5$ ) à

(16) Voir Church (2004) qui synthétise les références fondamentales de cette littérature.

ceux d'un panel de firmes du même secteur, extérieures à l'opération. Selon les auteurs, trois cas sont alors possibles. Si le profit et les ventes de la nouvelle entité augmentent, il s'agit d'une concentration créant des gains d'efficacité; si le profit augmente alors que les ventes diminuent, il s'agit d'une concentration développant le pouvoir de marché; si le profit et les ventes baissent, il s'agit d'une concentration réduisant l'efficacité. Avec cette méthodologie, les auteurs montrent que 55,8 % des concentrations réduiraient dans une certaine mesure le bien-être social (17).

La Commission a identifié, au fil de sa pratique décisionnelle, un certain nombre de facteurs qui peuvent accroître le risque qu'une opération de concentration entraîne des effets unilatéraux (18): les parties fusionnant détiennent des parts de marché importantes; elles produisent des biens très fortement substituables; les clients ont peu de possibilités de changer de fournisseur (présence de *switching costs* importants); les concurrents sont peu susceptibles d'accroître leur production si les prix augmentent (existence de contraintes de capacité); les deux entreprises les plus innovatrices du marché fusionnent. Cependant, cette approche est nécessairement liée à la définition du marché pertinent retenue, ce qui peut parfois conduire à sous-estimer les effets dynamiques du marché: possibilité d'une concurrence potentielle (facilité d'entrée, notamment par le biais d'une substituabilité du côté de l'offre) et présence de marchés connexes (« *étroitement liés* » selon la terminologie de la Commission européenne). Les autorités doivent donc rester vigilantes en utilisant cette approche. Ainsi, une augmentation des parts de marché n'est pas nécessairement synonyme de renforcement du pouvoir de marché. La stratégie tarifaire de la nouvelle entité peut se trouver disciplinée par le risque important de développement de nouveaux concurrents. En l'absence de barrières à l'entrée, la pression concurrentielle – même potentielle – exercée par les menaces d'entrées crédibilise la nécessité pour les parties de matérialiser leurs gains d'efficacité par une évolution à la baisse des tarifs. De la même façon, l'existence de marchés connexes sur lesquels les consommateurs pourraient s'approvisionner en produits proches, notamment en ce qui concerne leurs caractéristiques d'usage, mais non parfaitement substituables (et ne relevant donc pas de la définition du marché pertinent retenue) limite pour la nouvelle entité les possibilités d'exercer un quelconque pouvoir de marché.

Juger de l'ampleur des gains d'efficacité et des risques d'effets unilatéraux n'est donc pas chose aisée pour l'autorité de concurrence et pour prétendre tenir compte de ces gains dans le bilan économique d'une concentration, il faut que ces derniers soient (1) vérifiables, (2) spécifiques à la concentration, et

(17) 28,2 % réduisent les ventes mais accroissent le profit; 27,6 % augmentent les ventes et le profit (les effets sur le bien-être étant plus ambigus dans ce dernier cas).

(18) Voir les lignes directrices, 2004/C 31/03.

enfin (3) dans l'intérêt des consommateurs (19). La charge de la preuve revient donc aux parties fusionnant qui doivent ainsi démontrer et quantifier leur existence. La qualité des informations fournies par les entreprises est ici déterminante, d'où une nécessité d'investir dans l'élaboration d'un dossier solide.

## 2. Les risques d'occurrence d'une collusion

Au-delà des effets unilatéraux, une concentration donne également lieu à des effets coordonnés lorsque le changement structurel du marché dû à la fusion permet aux firmes restantes d'assouplir la concurrence et de pratiquer des niveaux de prix plus élevés. Les concentrations peuvent en effet favoriser la collusion en cela qu'elles réduisent le nombre de firmes présentes sur le marché. Il devient alors plus aisé de se coordonner – même indirectement – pour parvenir à faire émerger un point focal, en réduisant l'ensemble des équilibres de Nash possibles. Ces risques concurrentiels doivent être quantifiés pour anticiper les éventuels dommages que pourrait subir le surplus des consommateurs.

Pour qu'une concentration donne lieu à des effets coordonnés, il faut que les conditions de marché soient propices à l'émergence d'une collusion. On sait par exemple qu'aucune collusion ne peut être viable s'il est possible pour ses membres d'effectuer des baisses secrètes de prix (Stigler, 1964). En revanche, dès lors que la déviation peut être détectée, des niveaux stables de prix collusoires peuvent exister. La théorie des jeux dynamiques propose des analyses de ces mécanismes stratégiques qui confrontent équilibres collusoires, de déviation et de punition (après la détection). Dans ce contexte, l'identification du déviant, essentielle, est nécessairement facilitée par une diminution du nombre de firmes en présence sur le marché, car les mécanismes de coordination sont simplifiés. Communément, ces mécanismes sont au nombre de quatre dans la littérature : les prix, les décisions en capacités, la clientèle et parts de marché, et enfin, les contacts multi-marchés (Motta, 2004).

D'une manière générale, pour qu'émergent des effets coordonnés, il faut à la fois que les oligopoleurs puissent coordonner leur comportement durant un

(19) On retrouve ces critères dans les lignes directrices françaises (« *les éléments de gains d'efficacité ou de progrès économique et social doivent être quantifiables et vérifiables [...] spécifiques à la concentration [...] et une part des gains doit être transférée à la collectivité dans son ensemble, et notamment aux consommateurs* », DGCCRF, (lignes directrices du 30 avril 2007, point 461, p. 95), communautaires (la Commission européenne indique que les gains d'efficacité « *doivent être à l'avantage des consommateurs, être propres à la concentration et être vérifiables* », Lignes directrices, § 78, 2004/C 31/03) et américaines, dans une certaine mesure (« *Efficiency claims will not be considered if they are vague or speculative or otherwise cannot be verified by reasonable means* », lignes directrices, 1992, révisées avril 1997, section 4).

certain laps de temps et qu'ils soient capables de se surveiller (20). Or chacun de ces points est simplifié dans un marché plus concentré et peut encore l'être, si certaines conditions de marché sont présentes : demande inélastique, homogénéité des produits, absence de tiers perturbateur, capacités excédentaires, barrières à l'entrée, etc. (Ivaldi *et al.*, 2003).

Face aux dommages potentiels des effets coordonnés, les autorités de concurrence, en particulier européennes, ont mis en place une méthode de détection, souvent qualifiée de *check-list*, utilisant les éléments cités précédemment. Pourtant, cette approche *check-list* est loin d'être suffisante (Bishop et Lofaro, 2004). Elle fournit un référentiel, mais ne donne pas de mesure de la présence de ces différentes caractéristiques. Ainsi, dans sa décision *Airtours/First Choice* (21), la Commission européenne a interdit cette fusion en invoquant les effets coordonnés, au titre de la méthodologie *check-list*, mais cette décision a été invalidée par le Tribunal de première instance (TPICE), ce dernier estimant que la justification des possibles effets coordonnés était insuffisante. Selon Bishop et Lofaro, une alternative analytique à la *check-list* serait souhaitable, construite en trois étapes, en évaluant (1) les *facteurs internes* (capacité des firmes à agir comme une seule entité); (2) les *facteurs externes* (contraintes extérieures au groupe), et enfin (3) l'impact de la fusion sur la capacité des firmes à soutenir une collusion tacite.

Les travaux récents sur les effets coordonnés des concentrations modélisent les transferts d'actifs entre firmes (Compte *et al.*, 2002; Kühn, 2004). Ces auteurs proposent des recommandations de politique de concurrence et soulignent l'importance, dans la construction d'un processus collusoire, d'obtenir à l'aide de transferts d'actifs une taille proche de celles de ses concurrents (la symétrie favorisant l'émergence d'une collusion). Du côté des autorités, pour étayer leur conviction, on voit qu'il est essentiel de disposer d'informations qu'elles ne détiennent initialement pas (coûts, demande des consommateurs, prix, ventes, etc.). Ces difficultés matérielles d'accès à l'information (confidentialité et problèmes de mesure) ne peuvent être dépassées que par les renseignements qui seront fournis par les parties fusionnant. Or, en raison d'une divergence d'intérêts, des problèmes informationnels peuvent apparaître, dont il convient pour les autorités de restreindre les effets.

(20) Ce point requiert un certain degré de transparence du marché. On distingue alors transparence *normale* et transparence *artificielle*. Les mécanismes permettant d'accroître artificiellement la transparence sont suspectés. Ainsi en va-t-il des échanges d'informations, bien que leur impact sur le degré de concurrence des marchés soit plus ambigu (Venayre, 2004).

(21) Décision du 22 septembre 2000, affaire COMP/M.1524.

### III. — SÉLECTION ADVERSE ET CONTRÔLE AMONT : UN RISQUE D'EFFETS PERVERS

L'exposé des risques inhérents aux concentrations effectué dans la section précédente montre à quel point l'intervention amont des autorités est indispensable. Néanmoins, cette dernière constitue comme nous l'avons souligné un exercice complexe. De fait, les autorités rencontrent, dans l'exercice du contrôle *a priori*, des difficultés informationnelles (1.) qui peuvent finalement générer des effets pervers, particulièrement l'ancrage d'une forme de principe de précaution dû à la crainte des autorités d'avaliser une concentration aux incidences négatives sur le bien-être social (2.).

#### 1. Les difficultés informationnelles du contrôle *a priori*

Évaluer l'opportunité d'une concentration impose aux autorités de mesurer le plus correctement possible les gains d'efficacité potentiels et d'appréhender ces derniers au regard des risques spécifiques que nous avons exposés dans la section précédente. Il faudra ainsi que les gains d'efficacité soient suffisants pour contrebalancer les éventuels risques anticoncurrentiels de l'opération. Cette évaluation des gains d'efficacité est loin d'être immédiate, et ce pour deux raisons. D'abord, il s'agit d'anticipations effectuées par les parties fusionnant, ces dernières ne connaissant pas avec certitude les conséquences futures de leur rapprochement. Ensuite, la plupart des informations sur lesquelles il est possible de se baser pour effectuer ces anticipations sont, comme le souligne la Commission européenne, « *exclusivement entre les mains des parties à l'opération* » (22). Ainsi, même s'il peut sembler difficile de parler directement d'un phénomène de sélection adverse au sens où les parties fusionnant ne disposent pas elles-mêmes d'informations exactes sur les gains d'efficacité à attendre de la concentration, il y a tout de même une certaine forme d'asymétrie informationnelle, plus indirecte, liée aux données nécessaires à la détermination de ces gains.

Ce dernier aspect peut évidemment conduire les parties fusionnant à sélectionner les informations en leur possession pour tenter d'exagérer les gains espérés de la concentration de sorte que le projet paraisse plus profitable d'un point de vue collectif et soit en conséquence accepté par les autorités. La décision de surévaluer les bénéfices de l'opération dépendra des coûts d'influence des parties fusionnant, des bénéfices sociaux de l'opération, et de l'exigence de l'autorité en matière de preuves (Lagerlöf et Heidhues, 2005). De ce point de vue, l'imposition du caractère vérifiable des données transmises à l'autorité (23) limiterait cette possibilité de surévaluation des gains d'efficacité, notamment par le recours à des opérations comparables ayant été réalisées

(22) Lignes directrices du 5 février 2004, 2004/C 31/03, point 87.

(23) Lignes directrices, *op. cit.*, point 78.

antérieurement. Cependant, une latitude demeure pour les entreprises car comme l'indique la Commission (24), les éléments de preuve utiles sont notamment des documents internes de l'entreprise, les déclarations aux propriétaires et aux marchés financiers ou des expertises extérieures, qui peuvent éventuellement faire l'objet d'une présentation enjolivée, ou tout au moins subjective de certains arguments. Comme nous l'avons de plus indiqué, il est complexe de démontrer avec exactitude l'ampleur des gains d'efficacité car il s'agit d'anticipations et surtout, la non-réalisation d'une partie de ces gains n'est pas opposable *ex-post* à l'entité fusionnée.

Ces difficultés expliquent d'ailleurs que les autorités de la concurrence ont pu se montrer réticentes à l'égard des arguments d'efficacité justifiant une fusion (*efficiency defense*), les variables de pouvoir de marché, telles que l'importance des parts de marché, restant le principal déterminant d'un rejet dès la phase 1, ou tout au moins le déclencheur d'une phase 2 (Bergman *et al.*, 2005 ; Janin et Menoni, 2008). Il faut souligner à ce titre que l'argument des gains d'efficacité n'est d'ailleurs pas le seul qui doit être pris en compte par les autorités pour estimer le bien-fondé de la concentration étudiée. Une condition cumulative est également celle de l'avantage pour les consommateurs, qui implique que les gains d'efficacité se matérialisent en faveur de ces derniers. Ainsi, en cas de gains d'efficacité très élevés, pourrait se produire un risque d'éviction des concurrents, dommageable aux consommateurs et qui conduirait donc l'autorité à bloquer la fusion (25). L'argument des gains d'efficacité se retourne alors contre les parties fusionnant (*efficiency offense*). Cependant, cette justification de l'*efficiency offense* est fragile dès lors que l'on considère une évolution dynamique du marché, c'est-à-dire que l'on prend en compte les possibilités de rapprochements ultérieurs des concurrents (Motta et Vasconcelos, 2005). De même, la théorie de l'entreprise défaillante (*failing firm defense*), qui défend une concentration susceptible de soulever des problèmes concurrentiels lorsqu'elle permet de sauvegarder une entreprise, s'est souvent heurtée à la suspicion des autorités (26). Cette question de l'estimation des gains d'efficacité soutient en partie la pratique des autorités qui consiste à contrebalancer le manque d'information en privilégiant plutôt l'impact sur le consommateur (utilisation d'une pondération plus forte pour le surplus du consommateur que pour le profit des firmes). Ce choix peut d'ailleurs s'avérer socialement profitable (Besanko et Spulber, 1993).

(24) Lignes directrices, *op. cit.*, point 88.

(25) Le règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 interdit ainsi en son article 2 les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant pour conséquence d'entraver significativement la concurrence.

(26) La théorie de l'entreprise défaillante peut être bénéfique pour le consommateur, à l'exception du cas de firmes de petite taille où cette théorie peut alors favoriser des entreprises peu efficaces (Persson, 2005). Voir également Mason et Weeds (2003).

Afin de différencier les projets de fusion souhaitables des autres (*équilibre séparateur*), les autorités de la concurrence doivent donc inciter les entreprises à révéler leurs véritables caractéristiques, ce qui est loin de constituer une tâche facile. Les transferts ou quasi-transferts qui sont opérés lors du contrôle amont et sur lesquels nous reviendrons (cessions d'actifs, engagements comportementaux des parties, etc.) sont des éléments qui participent de ces processus destinés à révéler de l'information. Certains auteurs se sont intéressés à des mécanismes susceptibles de réduire cette asymétrie informationnelle. Ainsi Scherer envisage une période d'essai qui précéderait l'autorisation définitive, qui pourrait être selon Pitofsky de trois ans (Scherer, 1991 ; Pitofsky, 1992). Il s'agirait de permettre une vérification *ex-post* des gains d'efficacité, avec interdiction si les gains ne sont pas avérés. Cependant, ce système ne semble pas très réaliste car dans les faits, la concentration serait déjà réalisée ; les difficultés de démembrements risqueraient donc de se multiplier, ce qui accaparerait potentiellement les autorités et induirait des coûts très élevés pour les firmes pour une efficacité globale sans doute assez faible. À terme, le risque pourrait être de rendre rédhibitoires certains rachats par crainte des complications à venir, ou d'annihiler au contraire la crédibilité de la menace de réversibilité, développant alors les politiques de fait accompli en réalisant des fusions socialement néfastes. Dans un autre registre, une unité spécialisée, dévolue à la vérification des arguments d'efficacité, pourrait être créée (Neven *et al.*, 1993) mais ce travail est déjà réalisé dans le système actuel par les autorités (pour la France : DGCCRF en phase 1 et Conseil de la concurrence en phase 2). Cela pose évidemment la question de la mesure des économies de coûts dues aux synergies, et on sait que l'estimation des effets unilatéraux est difficile (27), mais la création *ad hoc* d'une nouvelle entité ne changerait pas cette difficulté et ajouterait sans doute du trouble en amenant un interlocuteur de plus pour les parties fusionnant. D'un autre côté, dans certaines affaires, on peut assister à de véritables querelles d'experts qu'il est alors difficile de trancher sans l'avis d'un tiers. Ce fut par exemple le cas dans l'affaire *Volvo/Scania* (28), dans laquelle la Commission européenne a produit une expertise commandée à Ivaldi et Verboven, tandis que les parties opposaient une contre-expertise de Hausman et Leonard (Ivaldi et Verboven, 2005a ; Hausman et Leonard, 2005) (29). En conséquence, si Ivaldi et Verboven montrent une réduction du bien-être dans tous les pays européens en raison des effets unilatéraux de la fusion, Hausman et Leonard opposent une série de biais : pas d'accès aux prix individuels, aucune information sur les coûts,

(27) La Commission européenne a d'ailleurs récemment commandé un rapport sur le sujet (Epstein et Rubinfeld, 2003).

(28) Décision de la Commission européenne du 15 mars 2000, affaire COMP/M. 1672.

(29) Ivaldi et Verboven ont également répondu à Hausman et Leonard (Ivaldi et Verboven, 2005b).

absence de test de la propriété d'indépendance des alternatives non pertinentes et quelques résultats peu plausibles. Commentant cette affaire, Damien Neven, actuel chef économiste à la Commission, regrette que l'autorité ne permette pas une seconde audition des experts de l'étude initiale afin de répondre aux critiques adressées à leur travail (Neven, 2006). L'autorité aurait donc tout intérêt à nommer un mandataire indépendant, qui recueillerait et confronterait les différentes études pour tenter de résoudre ces querelles d'experts, comme le pratiquent déjà les autorités américaines.

Intrinsèquement, le contrôle *a priori* des concentrations est donc porteur de difficultés informationnelles qui peuvent entraîner trois types d'erreur (Fisher et Lande, 1983) : interdire une fusion qui générerait un surplus social positif (*erreur de type 1*), accepter une fusion qui nuirait à la collectivité (*erreur de type 2*) et occasionner des coûts excessifs supportés par l'ensemble des parties (*erreur de type 3*). Chacune de ces erreurs engendre un coût pour la collectivité. Ce coût peut être supporté par les consommateurs si une mauvaise fusion est autorisée ou les firmes si des remèdes sont imposés alors qu'ils ne sont pas nécessaires. Les autorités peuvent également voir leur coût accru par un traitement alourdi des dossiers – durée de traitement et accroissement de la rigueur administrative – afin de se prémunir contre l'autorisation d'une fusion socialement dommageable. Ce dernier coût de procédure, qui atteint également les firmes fusionnant, est d'ailleurs d'autant plus important qu'il est supporté par les autorités à budget de fonctionnement constant. Dans une perspective d'intérêt général, les autorités doivent donc veiller à minimiser chacune de ces erreurs, ces objectifs étant contradictoires. La méthodologie, au plan théorique, est alors la suivante : une fois le coût social de chaque type d'erreur fixé par les autorités, on les utilise comme pondération d'un problème d'optimisation classique. Cependant, il ne s'agit que d'un arbitrage : minimiser l'un des types d'erreur accroît nécessairement l'un au moins des deux autres. C'est précisément ce mécanisme d'arbitrage qui peut conduire les autorités à développer la lutte contre les erreurs de type 2, qui peuvent sembler plus redoutables (particulièrement, notons-le, si aucune possibilité de contrôle aval des concentrations n'est juridiquement possible). Or, comme toute diminution d'un type d'erreur s'effectue nécessairement au détriment des autres types, le risque est alors de voir une frilosité des autorités trop importante à l'égard des projets socialement souhaitables.

## 2. Le « principe de précaution » du contrôle amont

Dans un contrôle amont, nous avons vu que le problème majeur des autorités est celui de la sélection adverse. Devant la difficulté d'obtention d'informations crédibles et complètes, les autorités peuvent légitimement être dubitatives quant aux arguments des parties fusionnant. En pratique, cette attitude peut alors se traduire par une forme de *principe de précaution*. Les autorités chercheraient surtout à éviter les erreurs de type 2 (avaliser une concentration négative au plan social), d'autant plus en cas d'absence de dispositions légales permettant la correction *a posteriori* de ces erreurs. Cette crainte des autorités

peut renforcer, dans leur pratique décisionnelle, à la fois les erreurs de type 1 et 3, que nous allons envisager successivement.

Dans le premier cas, de peur d'autoriser de « mauvaises » concentrations, les autorités peuvent en interdire certaines qui ne soulèvent pas de difficultés réelles (erreur de type 1). Il faut ici comprendre la notion d'erreur de type 1 au sens large : interdiction pure et simple de la concentration, bien sûr, mais surtout, possibilité d'injonctions (cessions d'actifs, notamment). En effet, les autorités recourent de plus en plus à des remèdes lorsqu'un problème spécifique de concurrence remet en cause le bénéfice global de l'opération. Il s'agit pour les parties de s'engager à céder des actifs non négligeables pour que la concentration soit acceptée, ce qui ouvre la voie pour les firmes à de nouvelles opportunités de fusion (Medvedev, 2004 ; Vasconcelos, 2005). L'autre avantage de ce type d'engagement est qu'il permet de séparer le bon grain de l'ivraie. En effet, seuls les « bons types » de fusion (c'est-à-dire ceux qui entraîneront des gains d'efficacité) pourront se permettre d'accepter des engagements, parfois coûteux pour les parties. Au final, les autorités réduisent par l'intermédiaire d'injonctions les effets unilatéraux des fusions ainsi que leur désavantage informationnel. On peut donc voir le développement des remèdes comme une résultante du vif désir d'éviter les erreurs de type 2. Le risque est alors celui d'une ingérence non justifiée dont les conséquences économiques peuvent être lourdes. Le cas *Nestlé-Perrier* (30) semble être une bonne illustration de ce principe de précaution induit par le contrôle *a priori*. Pour éviter d'essuyer un refus de la part de la Commission européenne, Nestlé avait proposé de rétrocéder sa marque Volvic à son concurrent BSN (aujourd'hui Danone). Estimant cette mesure insuffisante, la Commission avait également requis que Nestlé revende à un tiers trois milliards de litres par an. Ces deux scénarii avec remèdes ont été comparés au cas sans remède (Compte *et al.*, 2002). Il ressort de leur modèle que si les remèdes étaient nécessaires, la meilleure solution était en revanche la simple rétrocession de Volvic, du point de vue du risque d'occurrence d'une collusion. Plus généralement, trois décisions de la Commission européenne en matière de concentration ont récemment fait l'objet de vives critiques à la suite de leur invalidation par le TPICE (31). En utilisant des données boursières de 1990 à 2002, une étude empirique de la politique de la Commission en matière de remèdes a été menée sur 167 cas (Duso

(30) *Op. cit.* On pourra également voir le cas de l'acquisition de *British Oxygen* par *Air Liquide* à l'occasion duquel la Commission européenne avait imposé des désinvestissements (Décision du 18 janvier 2000, affaire COMP/M.1630).

(31) *Airtours/First Choice* (*op. cit.*), annulée par le TPICE, arrêt du 6 juin 2002, affaire T-342/99 II-02585), *Tetra Laval/Sidel* (décision du 30 octobre 2001, affaire COMP/M.2416, annulée par le TPICE, arrêt du 25 octobre 2002, affaire T-5/02 II-04381) et *Schneider/Legrand* (décision du 10 octobre 2001, affaire COMP/M.2283, annulée par le TPICE, arrêt du 10 octobre 2002, affaire T-310/01 II-04071).

*et al.*, 2007). Les résultats de cette étude montrent de manière intéressante qu'il y aurait eu 20,36 % d'erreurs de type 1 (remèdes trop stricts) et 29,94 % d'erreurs de type 2 (remèdes insuffisants) (32).

Dans le second cas, les autorités renforcent leurs demandes d'informations pour réduire le risque d'erreur de type 2, entraînant un coût important pour les firmes et pour elles-mêmes (erreur de type 3). Ces erreurs de type 3, pourtant définies en même temps que celles de type 1 et 2 par Fisher et Lande, ont été totalement oubliées des développements ultérieurs. L'attention des auteurs de la littérature sur le contrôle des concentrations s'est exclusivement portée sur les types 1 et 2; les travaux de Duso *et al.* (2003, 2007) en sont encore un exemple récent. Pourtant, cette polarisation des chercheurs ne correspond pas à la réalité de l'entreprise. Les firmes mettent en effet en œuvre des moyens colossaux dans les affaires de concentration : personnel pleinement occupé par la constitution du dossier et conseils extérieurs en droit comme en économie, qui représentent des coûts financiers très importants. Ces coûts augmentent avec la rigueur des requêtes des autorités, elle-même étant d'autant plus marquée que les autorités craignent de commettre une erreur de type 2. Il suffit de regarder le libellé des formulaires de notification des concentrations pour se convaincre de la lourdeur administrative de ce type de dossiers. Bien entendu, certaines concentrations délicates, ou s'opérant sur des marchés déjà assez concentrés, requièrent de la part des autorités des compléments d'information légitimes, mais beaucoup de concentrations n'étant pas du tout susceptibles de générer de difficultés concurrentielles sont soumises au même traitement et engendrent ainsi des coûts considérables pour les parties fusionnant. Les firmes ne sont d'ailleurs pas les seules à supporter ces coûts additionnels. Les autorités, elles aussi, subissent les conséquences de cette collecte d'informations dont il faudra assurer le traitement. Ainsi, lors d'un cas américain, 20 000 boîtes de documents avaient été transmises à la FTC, nécessitant le travail de centaines de juristes durant des mois (Idot, 2002, p. 188). Plus généralement, l'ampleur des honoraires des conseils à la rédaction du dossier et l'élasticité des délais de procédure sont des écueils que l'on rencontre dans tous les dossiers de concentrations (33), ces écueils étant

(32) Duso *et al.* (2003), en n'intégrant pas les décisions comprenant des remèdes (simple acceptation vs. rejet), obtiennent des résultats similaires en termes d'erreur de l'autorité. Même si ces chiffres permettent de quantifier les erreurs probables de la Commission, ils sont à prendre avec précaution. En effet, au-delà même des questions méthodologiques sur lesquelles nous reviendrons au paragraphe 4.1., ces travaux (Duso *et al.*, 2003 et 2007) présentent comme point faible de ne pouvoir s'appliquer qu'à des concentrations purement horizontales intervenant sur un seul marché, ce qui n'est vraisemblablement pas le cas pour les 167 décisions analysées, dont les plus critiquées (cf. note précédente).

(33) Selon *Le Figaro* (édition du 8 octobre 2001), les honoraires d'avocats varient entre 1,5 à 3 millions d'euros pour rédiger tous les documents qui formalisent l'opération. Dans le cas où la rédaction du dossier présenté aux autorités est également effectuée par les avocats, il faut ajouter de 700 000 à 1,5 million d'euros. Bien entendu, ces chiffres ne sont qu'indicatifs et tout dépend de la nature et de la complexité de l'opération, de même que du cabinet retenu.

d'autant plus grands que les autorités souhaitent se prémunir dans un contrôle *a priori* des erreurs de type 2.

L'exercice d'un contrôle des concentrations au seul niveau amont serait donc de nature à induire des effets pervers diminuant l'efficacité de ces politiques de concurrence. La présence de phénomènes de sélection adverse et l'impossibilité de revenir sur une concentration lorsqu'elle s'avère socialement négative (erreur de type 2), conduiraient les autorités à durcir leur contrôle (erreur de type 3) et imposer des contraintes superflues (erreur de type 1). Pour autant, selon Duso *et al.* (2003), les erreurs de type 2 perdurent. Aussi, si le contrôle *a priori* des concentrations est indéniablement une condition nécessaire au bon fonctionnement de la politique de concurrence, il semble qu'il ne soit pas une condition suffisante pour garantir une maîtrise des concentrations et qu'il génère en sus des non-optimalités potentielles tant en termes de mesures comportementales ou structurelles qu'en termes financiers du fait de la lourdeur induite des procédures. Il devient de ce fait légitime de s'interroger sur le bien-fondé de l'existence d'un contrôle *a posteriori* des concentrations.

#### **IV. — MODALITÉS ET VERTUS DU CONTRÔLE A POSTERIORI DES CONCENTRATIONS**

Le contrôle *a priori* des concentrations trouve notamment sa justification dans un impératif de faisabilité. Il s'agit d'un contrôle préventif qui s'explique par le fait que le retour à la situation antérieure est très souvent illusoire. Notre idée n'est bien entendu pas de remettre en question, comme nous l'avons déjà évoqué, le caractère indispensable de cette intervention amont. Toutefois, accompagner un contrôle amont d'une possibilité de coercition structurelle en aval nous semble intéressant, sans que cette intervention structurelle *a posteriori* soit réduite à l'option du démantèlement d'entreprises. Il convient de préciser en premier lieu comment l'on pourrait concevoir un contrôle *a posteriori* des concentrations (1.). Une telle action structurelle aval, couplée à un contrôle amont des concentrations, serait selon nous de nature à accroître l'efficacité globale du système selon trois axes distincts. L'instauration d'un contrôle *a posteriori* aiderait d'abord à pallier les lacunes d'un système par notification, en renforçant l'efficacité du contrôle amont, mais le contrôle aval pourrait ensuite permettre de réduire les comportements anticoncurrentiels une fois la fusion réalisée, du fait de l'alourdissement des sanctions qu'il représenterait pour les firmes (2.). Enfin, il introduirait pour les autorités de nouvelles possibilités de contrôle qui limiteraient les stratégies d'éviction parfois observées dans le système actuel (3.).

##### **1. La mise en œuvre d'un contrôle *ex-post* des concentrations**

Adopter une procédure de contrôle aval des concentrations pose deux questions imbriquées. Il faut d'une part savoir quelles sont les conditions sous lesquelles une action structurelle devrait être envisagée et il faut ensuite prendre

garde à l'insécurité juridique qui pourrait en résulter pour les entreprises. Le contrôle *a posteriori* ne saurait être exhaustif car cela constituerait une charge de travail considérable pour les autorités et hypothéquerait donc gravement la capacité des autorités à remplir leurs autres missions. Un contrôle aléatoire risquerait à l'inverse de nuire à l'efficacité de la procédure. Il devrait donc y avoir un déclencheur, de nature comportementale, qui autorise une étude spécifique de l'industrie considérée et, le cas échéant, une action structurelle induite. Comme cela était prévu dès l'ordonnance de 1986, en son article 43, le constat d'un abus de position dominante (ou d'un abus de dépendance économique) pourrait constituer ce déclencheur. En effet, même s'il s'agit d'une infraction comportementale, cette dernière est intrinsèquement liée à la structure du marché elle-même, la nécessité de mettre en évidence une position dominante étant la condition *sine qua non* de la sanction de l'abus de position dominante. La démonstration de l'existence d'une entente pourrait-elle également déclencher une action structurelle ? Cela semble plus discutable à deux titres. D'abord, la formation d'une collusion est moins liée à la structure du marché, au sens où il faut un accord de volonté des membres de la collusion et la mise en œuvre de mécanismes destinés à soutenir la collusion. Bien entendu, il ne s'agit pas de nier la notion de *facilitating practices* : la structure du marché constitue l'une d'entre elles et l'on sait, comme nous l'avons vu en section 2, que la probabilité d'occurrence d'une collusion est plus forte au sein d'un oligopole étroit. Cependant, nombre d'oligopoles, même constitués d'un faible nombre de firmes, connaissent une situation réellement concurrentielle et surtout, il reste nécessaire de s'entendre sur la pratique collusoire et d'en assurer la pérennité, notamment par des mécanismes adjacents de surveillance. Une structure concentrée peut donc être le lieu d'une concurrence effective. De ce point de vue, déclencher une action structurelle à la suite d'une entente pourrait donc accroître très fortement l'insécurité juridique des firmes, au sens où un retour sur la structure de l'industrie pourrait être opéré sans qu'il soit vraiment indispensable. On peut également ajouter qu'il est quelquefois ardu pour les firmes de connaître le degré exact de légalité de leurs agissements, renforçant encore l'insécurité juridique subie (34). Les développements, tant théoriques que jurisprudentiels, autour des échanges d'informations soulignent bien cette difficulté. À l'inverse, dans les cas de dominance, il peut parfois être bien complexe de ne pas commettre d'abus compte tenu de la nature de la structure du marché, la déconcentration s'imposant alors comme le seul remède-

(34) Les réels accords de cartels échappent bien entendu à cette dernière remarque, les membres du cartel sachant pertinemment que leurs agissements contreviennent aux dispositions les plus élémentaires des règles de concurrence. Dans ces cas spécifiques, il pourrait alors être envisagé de réintroduire ce type d'infraction dans les déclencheurs potentiels d'une action structurelle *a posteriori*. Il n'en reste cependant pas moins qu'il conviendrait alors que le libellé de la règle soit particulièrement explicite, du fait du traitement différencié d'infractions relevant pourtant toutes de l'article L. 420-1 du Code de commerce (ou 81 du traité CE pour les dossiers européens).

de *ex-post* de nature à modifier à l'avenir les comportements stratégiques des acteurs du marché.

Une fois l'abus de position dominante constaté, les évaluations empiriques *ex-post* permettraient alors de connaître dans quelles proportions la concentration est responsable de la situation observée et de proposer ainsi les mesures structurelles qui s'imposent. Depuis quelques années, les autorités de concurrence se sont mises d'elles-mêmes à évaluer les performances de leurs décisions et une littérature croissante a émergé pour lui en donner les outils (35). Ainsi, trois principales méthodes prédominent ce type d'investigation. Ces méthodes ne sont pas mutuellement exclusives et doivent au contraire se compléter compte tenu des données disponibles : (1) la simulation d'un modèle structurel de type Ivaldi et Verboven (2005a), mais complétée cette fois-ci par des données post-fusion ; (2) des enquêtes à l'aide de questionnaires adaptés au cas étudié ; (3) l'analyse événementielle reposant sur les cours boursiers des entreprises en jeu. L'emploi de ces différentes méthodes dépend essentiellement du type de données disponibles. La simulation nécessite des données souvent difficiles et onéreuses à obtenir (chiffres d'affaires, parts de marché, données sur les coûts, etc.). Les enquêtes, à l'opposé, sont pratiques lorsque peu de données sont accessibles car elles permettent de créer une base de données à partir de questionnaires ou d'entretiens ciblés avec les principaux intervenants dans le rapprochement. Elles sont néanmoins soumises à un biais classique selon les incitations des firmes interrogées à révéler leurs informations privées. Enfin, l'analyse événementielle est facile à mettre en œuvre car les cours boursiers sont largement disponibles à faible coût ; il faut cependant que la majorité des acteurs soient cotés en bourse. Un grand nombre d'études de ce type a été réalisé ces dernières années (Tichy, 2001 ; Duso *et al.*, 2007). Cette dernière méthode suppose par ailleurs que l'annonce de l'opération n'ait été précédée d'aucune rumeur ou anticipation (Janin et Menoni, 2008), pour assurer que la variation du cours boursier ne traduise que le caractère concurrentiel ou non de l'opération. En cas d'anticipation, en effet, certaines fusions anticoncurrentielles pourraient réduire le cours boursier des concurrents, tout en accroissant leur profit (Fridolfsson et Stennek, 2006), posant ainsi des problèmes d'interprétation.

Toutes ces études convergent vers l'idée qu'il peut y avoir une différence significative entre les prédictions réalisées en amont d'une décision et l'évolution de la structure du marché après la concentration. En particulier, Duso *et al.* montrent que les remèdes proposés *ex-ante* peuvent finalement ne pas être appropriés pour restaurer la concurrence (Duso *et al.*, 2007). Au plan européen, les remèdes semblent ainsi plus efficaces en phase 1 qu'en phase 2, vraisemblablement en raison d'un moindre pouvoir de négociation des firmes en

(35) Voir par exemple le rapport *Ex-post Review of Merger Control Decisions*, LEAR, décembre 2006, en ligne sur le site de la Commission.

phase 1, ces dernières étant prêtes à plus de concessions pour obtenir un aval rapide des autorités. En synthétisant plus de 80 études empiriques, Tichy constate sévèrement qu'*a posteriori*, pas plus d'un quart des fusions n'accroît le surplus des consommateurs (Tichy, 2001).

D'autres enquêtes permettent également de tirer des enseignements (36). Tout d'abord, la plupart des cessions créent des concurrents viables sur le marché, particulièrement si les actifs cédés constituent en eux-mêmes une structure susceptible de fonctionner seule. Toutefois, certaines cessions peuvent ne pas être viables en raison de comportements stratégiques du cédant afin de se prémunir contre une concurrence accrue après la cession (des repreneurs de petite taille peuvent ainsi être préférés). D'une façon similaire, le cédant peut tenter d'utiliser à son profit les informations qu'il détient sur l'activité dont il se sépare. À ce propos, la Commission européenne a procédé au printemps 2007 à une consultation publique en matière de remèdes. La nouvelle notice devrait introduire pour les parties des obligations supplémentaires de réduction de l'asymétrie informationnelle subie par les acquéreurs. Ainsi, le cédant aura l'obligation de spécifier clairement les caractéristiques et l'étendue des engagements proposés ainsi, le cas échéant, qu'une description la plus détaillée possible de l'activité vendue (37).

Dans le cadre de la mise en œuvre du contrôle *a posteriori* qui nous intéresse ici, l'application des précédents enseignements de l'évaluation *ex-post* des effets d'une fusion pourra utilement permettre de définir si la concentration est bien en cause dans l'abus constaté. Si cela est avéré, une correction pourrait être nécessaire, dont la nature dépendrait de la situation spécifique de marché et de l'ampleur des risques constatée. L'autorité pourrait par exemple choisir d'opter pour des mesures structurelles, c'est-à-dire l'imposition de rétrocessions ciblées susceptibles de résoudre le risque de concurrence. Les mécanismes classiques seraient alors mobilisés : approbation préalable par l'autorité du choix du repreneur, mise en place d'un mandataire si nécessaire, etc. Cette intervention aval ne nécessiterait ni coût élevé, ni *monitoring* spécifique ; rappelons en effet qu'il ne s'agit pas ici de démanteler les entreprises fusionnées mais de corriger, à la marge, un abus (souvent local) provoqué par la concentration. L'autorité pourrait aussi recourir à des mesures quasi-structurelles. Bien que minoritaires, elles peuvent cependant s'avérer très efficaces, notamment lorsque des aspects verticaux entrent en ligne de compte. Il pourrait par exemple s'agir d'annuler certaines clauses contractuelles favorisant l'abus de position dominante ou d'imposer à l'inverse des clauses favorisant

(36) FTC, *Study of Commission's Divestiture Process*, 1999 ; Commission européenne, *Merger Remedies Study*, octobre 2005.

(37) *Draft Revised Commission Notice on Remedies Acceptable under the Merger Regulation*, 24 avril 2007.

l'entrée de nouveaux concurrents. Priver l'autorité de moyen d'action sur les structures, et limiter donc son action aval à la sanction des comportements via des amendes, aussi lourdes soient-elles, risquerait dans les cas les plus graves de laisser intactes les conditions d'une récidive.

## 2. Efficacité des procédures amont et responsabilisation des comportements aval

L'application d'un contrôle aval des concentrations présenterait de notre point de vue deux avantages distincts, que nous allons traiter successivement, liés aux asymétries informationnelles. D'une part, le contrôle aval serait susceptible de renforcer l'efficacité du contrôle amont, par crainte d'éventuelles mesures structurelles *ex-post* et d'autre part, il pourrait réduire les abus comportementaux post-fusion, par un mécanisme de responsabilisation de l'entité fusionnée.

Nous avons vu que le système du contrôle *a priori* des concentrations devait principalement éviter deux écueils : interdire ou restreindre une concentration permettant d'accroître le bien-être de la collectivité (erreur de type 1), ou accepter au contraire une concentration qui serait de nature à diminuer le surplus social (erreur de type 2). Or nous savons que ce deuxième type d'erreur n'est pas corrigeable lorsque l'intervention des autorités ne se produit qu'en amont de la réalisation de la concentration. Il devient alors primordial, pour les autorités, de se prémunir d'une telle erreur de jugement irréversible, ce qui non seulement a pour conséquence de durcir la procédure de contrôle, mais ce qui développe de plus considérablement les coûts supportés par les firmes et par les autorités (erreur de type 3). Il est bien entendu question, ici, de coûts monétaires, mais également de coûts temporels, au sens où les procédures sont extrêmement longues. Marie-Anne Frison-Roche n'hésite pas, en l'occurrence, à parler de « *calvaire des entreprises qui fusionnent* », soulignant que « *ces délais rendent [...] le droit moins efficace, voire nuisible à l'activité économique* » (38).

Dans un système de notification, les entreprises ont donc intérêt à mettre en œuvre tous les moyens à leur disposition pour faire passer leurs projets de concentration, dans la mesure où cette dernière ne saurait être remise en question, même partiellement, une fois l'aval des autorités obtenu. Ce mécanisme renforce comme nous l'avons montré les phénomènes de sélection adverse et augmente la difficulté des autorités à statuer de manière optimale sur les projets qui leur sont soumis. De ce point de vue, l'adoption d'un contrôle aval réel pourrait rétablir des comportements plus vertueux lors de la procédure amont, selon un processus de *backward induction*, du fait de la menace d'une action structurelle *ex-post* qu'il constituerait. Tout projet de concentration, même

(38) *Les Échos*, édition du 31 août 2004.

accepté par les autorités, pourrait faire l'objet d'une adaptation structurelle *a posteriori*, par le biais de rétrocessions, s'il s'avérait finalement néfaste pour la collectivité. Cette nouvelle possibilité offerte aux autorités réduirait *de facto* l'incitation des parties fusionnant à « gonfler » les aspects positifs de la concentration pour en obtenir l'autorisation.

Une forme d'autodiscipline des firmes serait alors à attendre lors de la constitution du dossier, atténuant ainsi les effets stratégiques de la sélection adverse, ce qui viendrait également diminuer la charge des autorités lors du contrôle amont. La plupart des cas de concentrations examinés par les autorités ne comportent en effet que peu d'incertitude quant aux risques anticoncurrentiels qu'ils représentent; dans ces situations simples, la seule menace d'intervention *ex-post* devrait suffire à discipliner les acteurs lors de la procédure amont, sans qu'il soit nécessaire d'alourdir comme c'est le cas à l'heure actuelle les aspects administratifs du contrôle *a priori*. Cette question a souvent été développée en ce qui concerne les accords et il est dans ce cas communément admis qu'une intervention *ex-post* permet d'agir avec une information de meilleure qualité. Même si le cas des concentrations diffère de celui des accords puisqu'un contrôle amont est indispensable, on pourrait utilement s'inspirer de l'expérience en matière d'accords pour compléter le dispositif amont du contrôle des concentrations par un contrôle aval efficace, selon les modalités précédemment exposées.

Par ailleurs, si des problèmes de sélection adverse se produisent lors du contrôle *a priori* des concentrations, un autre type d'asymétrie d'information se fait jour dans un contrôle *a posteriori*. Le manque d'information auquel les autorités sont confrontées ne porte alors plus sur les caractéristiques des firmes, mais sur leurs actions. C'est donc d'*aléa moral* (ou risque moral) qu'il s'agit. Le risque est alors que les firmes échappent – au moins temporairement – au contrôle des autorités dans la mesure où leur comportement n'est pas directement observable par ces dernières.

On pourrait alors objecter que le contrôle *a posteriori* créerait une nouvelle forme d'incertitude, absente dans un contrôle *ex-ante*. C'est effectivement le cas, mais ce point doit cependant être nuancé. Les phénomènes d'aléa moral ne sont en effet pas spécifiques au contrôle *ex-post* des concentrations; ils se retrouvent dans l'ensemble des relations qui unissent autorités et firmes en matière de concurrence. Les problèmes d'aléa moral s'étendraient ici aux concentrations, alors qu'ils ne sont d'habitude présents qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles. En l'absence d'un contrôle aval, les effets unilatéraux et les effets coordonnés ne sont appréhendés qu'au titre des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, qui autorisent la sanction des abus mais ne permettent pas d'agir sur les structures de marché qui sont pourtant intrinsèquement liées aux problèmes de dominance. Sans action structurelle, une récurrence est donc toujours possible et il est d'ailleurs important de noter que celle-ci peut être tout à fait rationnelle au plan micro-économique, car les

amendes encourues sont très souvent inférieures aux gains induits par l'acte délictueux.

Ce dernier point permet d'ailleurs de relativiser la question de la dichotomie traditionnelle entre problèmes structurels et problèmes comportementaux. Certains problèmes comportementaux proviennent en droite ligne de problèmes structurels, comme c'est le cas de l'abus de position dominante. L'esprit de l'article L. 430-9, dont nous avons déjà fait état, relève de ce constat, puisque son application assujettit l'intervention structurelle à l'existence d'une violation comportementale de la règle de droit – abus de position dominante ou de dépendance économique. C'est pourquoi considérer que le juge administratif est seul compétent en matière de questions structurelles – comme le conclut la procédure juridictionnelle du secteur de l'eau – crée un clivage qui nous semble largement néfaste en termes d'efficacité des politiques de concurrence.

Dans la mesure où les firmes n'encourent pas de risque structurel (rétrocessions d'actifs), il est peu probable qu'elles soient réellement incitées à restreindre de leur propre chef d'éventuels abus concurrentiels qui leur seraient profitables, car la simple amende est souvent faible au regard des profits réalisés grâce à l'infraction. Les autorités sont bien entendu conscientes de ces risques : en témoigne l'ensemble des mesures récemment adoptées en matière de détection et de sanction des comportements anticoncurrentiels – création de la notion d'abus de position dominante collective (d'ailleurs utilisée pour le marché de l'eau), accroissement du montant des sanctions depuis la loi NRE, développement des politiques de clémence. Toutefois, le risque structurel serait plus encore de nature à alourdir la sanction monétaire subie par les contrevenants (en termes d'actualisation des profits futurs). En ce sens, un contrôle aval crédible responsabiliserait les firmes et réduirait en conséquence les risques d'aléa moral post-fusion.

### 3. Accroître le champ d'action des autorités

Le paragraphe précédent s'attache à montrer de quelle manière un contrôle aval des concentrations pourrait restreindre les effets indésirables des asymétries informationnelles auxquelles les autorités sont confrontées. Les mécanismes deviendraient alors, dans une certaine mesure, plus vertueux. Au-delà de ces modifications des mécanismes existants, un autre impact du contrôle aval peut être attendu. On sait en effet que les firmes peuvent développer certaines stratégies qui permettent de contourner les contraintes du contrôle *a priori*. La menace d'une intervention *ex-post* pourrait limiter ce type de comportement.

Les politiques dites de *fait accompli* relèvent de ces stratégies de contournement. Il s'agit pour les firmes de mettre les autorités en défaut en réalisant l'opération de concentration avant l'obtention de leur aval. Les autorités ont d'ailleurs pris des mesures pour contrer ces comportements sans avoir recours

à une intervention *a posteriori*. C'est par exemple le cas de l'article 8 du règlement (CE) n° 139/2004 (39), qui prévoit la dissolution de la concentration si celle-ci n'a pas été réalisée conformément aux dispositions en vigueur (40). Cependant, dans la réalité, les situations ne sont pas toujours celles de la simple réalisation d'une concentration en violation de la notification. De manière moins nette, les firmes peuvent en effet contrevenir à la marge aux engagements ou aux injonctions des autorités, particulièrement lorsqu'ils sont de nature comportementale. Il n'est alors plus envisageable de revenir strictement sur la concentration, soit que cela constitue une sanction disproportionnée, soit que cela implique un coût trop élevé. Dans ces situations d'impuissance des autorités, des incitations à contrevenir à la règle pourraient alors émerger. De ce point de vue, la menace structurelle *ex-post* – par exemple par la cession d'actifs tangibles – serait susceptible de réduire ces politiques de fait accompli.

Un autre type de stratégie latérale est celui des rachats au fil de l'eau (ou stratégies de grignotage), c'est-à-dire de l'acquisition progressive de petites unités dont la notification n'est pas obligatoire, car en deçà des seuils légaux. Ces dernières années, en France, deux secteurs ont été l'objet d'interrogations multiples sur ces acquisitions au fil de l'eau : celui de la distribution alimentaire et celui de la bière. Dans le secteur de la distribution, la crainte des autorités était celle de la constitution d'un pouvoir de marché local, à l'aide de rachats de petites unités (telles que des épiceries de quartier), sans qu'il soit possible pour les autorités d'intervenir au moment de l'acquisition. Le rapport Canivet (41) avait soulevé cette question en 2004, reprise au cours de l'été 2005 lors des débats animés conduits à l'Assemblée nationale dans le cadre de l'adoption de la *loi en faveur des PME* (42). Le projet de cette loi introduisait notamment une possibilité de déconcentration *a posteriori* des opérateurs de la grande distribution, le législateur ayant finalement préféré retirer l'amendement. On ne peut que se féliciter de ce retrait dans la mesure où il s'agissait en l'espèce d'une réglementation sectorielle. Si nous pensons qu'il serait souhaitable de doter le contrôle des concentrations d'une possibilité d'agir en aval, nous considérons que cette disposition de contrôle doit être généralisée à tous les secteurs de la vie économique. Toute discussion autour de l'adoption de mesures sectorielles serait nécessairement plus perméable aux tentatives lobbyistes. Le risque induit serait alors de voir les décisions prises s'éloigner de l'optimum social pour se rapprocher des intérêts individuels des groupes de

(39) *Op. cit.*

(40) Voir Peyre et Simic (2004, p. 529-530) sur les conditions exactes de l'application de l'article 8, selon l'émission ou non d'une notification de griefs.

(41) Rapport remis au ministre M. N. Sarkozy, 18 octobre 2004, *rapport du groupe d'experts constitué sur les rapports entre industrie et commerce*, également appelé rapport Canivet.

(42) Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 (*JO* n° 179 du 3 août 2005, p. 12639).

pression en présence, ce qui ne manquerait pas de diminuer l'efficacité globale du système de contrôle des concentrations et d'avoir au-delà des répercussions sur le fonctionnement des marchés.

Le secteur de la commercialisation de la bière a lui aussi fait l'objet de débats autour des possibilités de déconcentration à la suite des multiples acquisitions au fil de l'eau d'entrepôts-grossistes réalisées par Heineken et Kronenbourg (plus de 200 depuis 1995, soit l'équivalent de plus de 2,5 millions d'hectolitres en tout). Ce processus continu d'intégration verticale, réalisé à l'écart du contrôle des autorités, a conduit à un verrouillage du marché français de la bière distribuée en CHR (Cafés-Hôtels-Restaurants) par les deux principaux opérateurs. Face aux risques anticoncurrentiels évidents, deux arrêtés ministériels ont été notifiés en mai 2005 pour demander à Heineken et Kronenbourg des cessions d'entrepôts (43), mais en nombre très faible par rapport à l'ensemble des acquisitions réalisées, le résultat final de cette procédure étant, en termes de déconcentration, très insuffisant (Venayre, 2005). Notons par ailleurs qu'au cours de la procédure, c'est l'article 38 de l'ordonnance de 1986 qui a été appliqué, les acquisitions incriminées ayant été effectuées avant l'adoption de la loi NRE de 2001. Comme nous l'avons déjà indiqué, nous préférons un dispositif du type de l'article 43 à celui de l'article 38 de l'ordonnance de 1986, moins créateur d'insécurité juridique pour les firmes, cependant le marché de la bière semblait présenter des spécificités telles qu'une action des autorités apparaissait en l'espèce nécessaire. Quoi qu'il en soit, une telle intervention n'est actuellement plus possible, les dispositions de l'article 38 ayant été rendues caduques par l'adoption de la loi NRE. Une application de l'article L 430-9 à ce secteur nécessiterait alors qu'un abus de domination soit constaté par les autorités, ce qui n'a pas été étudié dans cette procédure.

Du point de vue des possibilités offertes par un contrôle amont des concentrations de lutter contre les rachats au fil de l'eau, le relèvement du seuil de contrôlabilité à 50 millions d'euros en mars 2004 (44) renforce encore pour les entreprises les possibilités d'utiliser cette stratégie. Le rapport Canivet notait d'ailleurs que ces opérations devraient faire l'objet d'un contrôle systématique. Cependant, nous pensons d'un autre côté que la fixation du seuil de contrôlabilité n'est pas réellement à remettre en question; on sait en effet que plus le seuil est faible, plus on génère du gaspillage dans l'utilisation des ressources de l'autorité (45), même si les rachats au fil de l'eau sont alors plus

(43) *BOCCRF* n° 7, lundi 1<sup>er</sup> août 2005, pages 531 et suivantes.

(44) Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises (article 25). Précédemment, le seuil était de 15 millions d'euros.

(45) Perte de temps et de moyens à contrôler des opérations qui ne présentent aucun risque. C'est un effet qui avait déjà été identifié dans le cas des accords, lorsque ceux-ci étaient notifiés.

difficiles. Si l'on souhaite que les autorités puissent travailler efficacement, il est donc illusoire de penser qu'un simple contrôle *a priori* puisse permettre d'éviter ces stratégies. Dans une affaire mettant en évidence des infractions comportementales difficiles à empêcher à l'avenir compte tenu des positions de marché liées à la structure même de l'industrie, comme ce fut effectivement le cas dans le secteur de la bière, seul un contrôle aval serait alors de nature à corriger les abus par des mesures structurelles.

## CONCLUSION

Comme nous l'avons exposé dans cet article, un contrôle *ex-post* ajouté au contrôle *ex-ante*, sans constituer la panacée, pourrait être de nature à améliorer l'efficacité des politiques de concurrence en matière de concentration, notamment par son action vertueuse sur certains mécanismes. Néanmoins, cette amélioration ne saurait être effective que si le contrôle mis en œuvre est suffisamment crédible auprès des firmes. Il faut pour cela qu'il soit porteur d'une menace réelle pour les firmes : le mode de déconcentration choisi doit être facilement réalisable et l'équivalent monétaire de la sanction structurelle doit être dissuasif. Il faut par ailleurs que son utilisation par les autorités soit avérée, même si le recours au contrôle aval ne doit avoir lieu que lorsque la gravité de la situation le nécessite, et de manière proportionnée, ce qui pose bien entendu des questions inhérentes à son implémentation.

Le contrôle *a posteriori* des concentrations est trop souvent ramené à la seule question des démantèlements d'entreprises qui constituent en fait la forme la plus extrême de l'intervention structurelle *ex-post*. Or ces démantèlements posent des difficultés techniques et juridiques telles qu'ils ne peuvent être envisagés que de manière très marginale. Les firmes peuvent en effet adopter des structures organisationnelles qui rendent complexe la création d'entités disjointes susceptibles d'être pérennisées de façon autonome. Les démantèlements ne garantissent donc pas l'obtention d'un résultat pleinement probant, du moins à moyen terme. En revanche, les cessions d'actifs semblent présenter des caractéristiques de faisabilité plus favorables.

On pourrait objecter à la mise en place d'un contrôle *a posteriori* qu'il inverse la charge de la preuve, au sens où la recherche d'informations incomberait pour une partie plus importante aux autorités, par rapport à ce qui est observé dans un contrôle *ex-ante*. Toutefois, il n'est ici pas question de *substituer* un contrôle aval à un contrôle amont ; il s'agit de l'appréhender comme un outil complémentaire comme cela existe parfois (Idot, 2002, p. 185). De ce point de vue, les firmes resteraient en charge de la constitution du dossier de notification et de la transmission induite d'informations. De plus, dans l'hypothèse d'un système qui n'autoriserait la déconcentration qu'en cas d'atteintes avérées à la concurrence et résultant d'une structure de marché concentrée (abus de position dominante ou de dépendance économique), la charge de la preuve est déjà, dans le système actuel, le fait des autorités. Reste évidemment qu'il est souvent très complexe, pour les autorités, de faire la preuve des comporte-

ments anticoncurrentiels, mais c'est un problème général de leur action, qui implique que soient attribués des moyens à hauteur de leurs missions.

Dans le cadre de la réflexion sur la mise en œuvre d'une politique efficace de contrôle aval, il faut également prendre en compte la notion de sécurité juridique des firmes. Le retour sur la propriété est en effet un élément d'incertitude important, qu'il est nécessaire de manier avec précaution. Le développement du contrôle aval des concentrations pourrait présenter des risques, mais il convient de souligner que dans un contrôle uniquement amont, d'autres risques existent également, du fait de la durée des procédures. En effet, « *le délai requis pour que les entreprises concernées connaissent leur sort définitif accroît l'incertitude* » (Frison-Roche, *Les Échos*, édition du 31 août 2004). S'il est sûr que « *law time is not real time* » (Posner, 2001), il demeure néanmoins nécessaire de rapprocher le temps juridique de celui des affaires. Il convient enfin, au titre de la sécurité juridique, de garantir les firmes contre une intervention potentiellement arbitraire. Assujettir la cession d'actifs à une infraction comportementale, tel que le stipule l'article L. 430-9 du Code de commerce, apparaît ici prendre tout son sens. Le cas de figure est ici très différent des dispositions initiales contenues dans les articles 38 et 42 de l'ordonnance de 1986. L'application de cet article 38 sur le marché de la bière, de même que la discussion d'une éventuelle réglementation sectorielle relative à la grande distribution, nous semblent à cet égard moins satisfaisantes qu'un contrôle *ex-post* fondé sur une infraction comportementale.

Le fait de lier action structurelle et comportementale permettrait également de réduire la dichotomie artificielle qui existe parfois en matière de politique de concurrence. Cela plaiderait évidemment en faveur d'un traitement du contrôle *a posteriori* des concentrations par le Conseil de la concurrence, en qualité d'autorité administrative indépendante. La récente procédure du secteur de l'eau indique malheureusement qu'en l'état actuel de l'application faite de l'article L. 430-9, la direction prise ne soit pas celle-ci.

*Voir bibliographie pages suivantes*

## BIBLIOGRAPHIE

- BARROS P.P. (2003), « Looking Behind the Curtain – Effects from Modernization of European Union Competition Policy », *European Economic Review*, vol. 47, n° 4, pp. 613-624.
- BERGÈS-SENNOU F., LOSS F., MALAVOLTI-GRIMAL E. et VERGÉ T. (2002), « Politique européenne de concurrence et accords entre entreprises », *Revue Économique*, vol. 53, pp. 437-447.
- BERGMAN M.A., JAKOBSSON M. et RAZO C. (2005), « An Econometric Analysis of the European Commission's Merger Decisions », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 23, n° 9-10, pp. 717-737.
- BESANKO D. et SPULBER D.F. (1993), « Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy », *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 9, n° 1, pp. 1-29.
- BISHOP S. et LOFARO A. (2004), « A Legal and Economic Consensus? The Theory and Practice of Coordinated Effects in EC Merger Control », *Antitrust Bulletin*, vol. 49, n° 1-2, pp. 195-242.
- BISHOP S., LOFARO A., ROSATI F. et YOUNG J. (2005), « The Efficiency-Enhancing Effects of Non-Horizontal Mergers », rapport pour la DG Competition, Bruxelles, Commission européenne.
- CHARLÉTY P. et SOUAM S. (2002), « Analyse économique des fusions horizontales », *Revue Française d'Économie*, vol. 17, n° 2, pp. 37-68.
- CHURCH J. R. (2004), « The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition », rapport pour la DG Competition, Bruxelles, Commission européenne.
- COMPTE O., JENNY F. et REY P. (2002), « Capacity Constraints, Mergers and Collusion », *European Economic Review*, vol. 46, n° 1, pp. 1-29.
- DUSO T., NEVEN D.J. et RÖLLER L.-H. (2003), « The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data », *Document de travail*, CEPR. À paraître dans *Journal of Law and Economics*.
- ENCAOUA D. et GUESNERIE R. (2006), « Politiques de la concurrence », rapport du Conseil d'Analyse économique, Paris, La Documentation française.
- EPSTEIN J.E. et RUBINFELD D.L. (2003), « Effects of mergers involving differentiated products », rapport pour la DG Concurrence, Bruxelles, Commission européenne.
- FARRELL J. et SHAPIRO C. (1990), « Horizontal Merger: An Equilibrium Analysis », *American Economic Review*, vol. 80, n° 1, pp. 107-126.
- FISHER A.A. et LANDE R.H. (1983), « Efficiency Considerations in Merger Enforcement », *California Law Review*, vol. 71, n° 6, pp. 1582-1696.
- FRIDOLFSSON S.O. et STENNEK J. (2006), « Industry Concentration and Welfare – On the Use of Stock Market Evidence from Horizontal Mergers », *Document de travail*, vol. CEPR Discussion Papers 5977.
- GOWRISANKARAN G. (1999), « A Dynamic Model of Endogenous Horizontal Mergers », *RAND Journal of Economics*, vol. 30, n° 1, pp. 56-83.
- GUGLER K., MUELLER D.C., YURTOGLU B.B. et ZULEHNER C. (2003), « The Effects of Mergers: An International Comparison », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21, n° 5, pp. 625-654.
- HAUSMAN J.A. et LEONARD G.K. (2005), « Using Merger Simulation Models: Testing the Underlying Assumptions », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 23, n° 9-10, pp. 693-698.
- IDOT L. (2002), « Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence — Le contrôle des concentrations », *Revue Internationale de Droit Économique*, vol. 3, pp. 175-205.
- IVALDI M., JULLIEN B., REY P., SEABRIGHT P. et TIROLE J. (2003), « The Economics of Tacit Collusion », document de travail, n° 186, Institut d'Économie industrielle (IDEI), Toulouse.
- IVALDI M. et VERBOVEN F. (2005a), « Quantifying the Effects from Horizontal Mergers in European Competition Policy », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 23, n° 9-10, pp. 669-691.

- IVALDI M. et VERBOVEN F. (2005b), « Quantifying the Effects from Horizontal Mergers : Comments on the Underlying Assumptions », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 23, n° 9-10, pp. 699-702.
- JANIN L. et MENONI B. (2008), « Le contrôle des concentrations en France : analyse empirique des avis du Conseil de la concurrence », *Économie et Prévision*, à paraître.
- KÜHN K.-U. (2004), « The Coordinated Effects of Mergers in Differentiated Products Markets », document de travail, CEPR Discussion Papers, n° 4769.
- LAGERLÖF J.N.M. et HEIDHUES P. (2005), « On the Desirability of an Efficiency Defense in Merger Control », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 23, n° 9-10, pp. 803-827.
- MASON R. et WEEDS H. (2003), « The Failing Firm Defence: Merger Policy and Entry », Document de travail, n° 143, Royal Economic Society Annual Conference 2003.
- MEDVEDEV A. (2004), « Structural Remedies in Merger Regulation in a Cournot Framework », document de travail, n° 229, Center for Economic Research and Graduate Education.
- MONTET C. et VENAYRE F. (2004), « Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ? », *Revue Lamy de la Concurrence : Droit, Économie, Régulation*, vol. 1, pp. 174-181.
- MOTTA M. (2004), « Competition Policy: Theory and Practice », Cambridge, Cambridge University Press.
- MOTTA M. et VASCONCELOS H. (2005), « Efficiency Gains and Myopic Antitrust Authority in a Dynamic Merger Game », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 23, n° 9-10, pp. 777-801.
- NEVEN D.J. (2006), « Competition Economics and Antitrust in Europe », *Economic Policy*, vol. 21, n° 48, pp. 741-791.
- NEVEN D.J., NUTTAL R. et SEABRIGHT P. (1993), « Merger in Daylight: The Economics and Politics of Merger Control in the EC », Londres : CEPR.
- PERSSON L. (2005), « The Failing Firm Defense », *Journal of Industrial Economics*, vol. 53, n° 2, pp. 175-201.
- PÉNARD T. et SOUAM S. (2002), « Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du droit de la concurrence ? », *Revue d'Économie Politique*, vol. 116, n° 6, novembre-décembre, pp. 863-887.
- PEYRE J. et SIMIC I. (2004), « Contrôle des concentrations : les modifications et innovations du "Paquet Réforme" de la Commission », *Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal*, n° 4, pp. 519-537.
- PITOFISKY R. (1992), « Proposals for Revised U.S. Merger Enforcement in a Global Economy », *Georgetown Law Review*, vol. 81, n° 195, pp. 206-208.
- POSNER R.A. (2001), « Antitrust Law: An Economic Perspective », 2<sup>ème</sup> édition, Chicago, University of Chicago Press.
- RÖLLER L.-H., STENNEK J. et VERBOVEN F. (2001), « Efficiency Gains from Mergers », *European Economy*, vol. 5, pp. 31-128.
- SCHAUB A. (1998), « EC Competition System – Proposals for Reform », 25<sup>th</sup> Annual Conference : International Antitrust Law & Policy, 22 octobre 1998.
- SCHERER F.M. (1991), « Merger Analysis, Industrial Organization Theory, and Merger Guidelines: Comment », *Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics*, pp. 323-327.
- SÉLINSKY V. (2004), « Le contrôle *a posteriori* des concentrations en France : des procédures interminables pour quelle issue ? », *Revue Lamy de la Concurrence : Droit, Économie, Régulation*, vol. 1, pp. 15-16.
- SÉLINSKY V. et MONTET C. (2002), « Le contrôle *a posteriori* des concentrations à l'initiative du Conseil de la concurrence (C. com., art. L. 430-9) », *Revue Lamy Droit des Affaires*, vol. 55, pp. 5-22.
- STIGLER G.J. (1964), « A Theory of Oligopoly », *Journal of Political Economy*, vol. 72, n° 1, pp. 44-61.

- STIGLER G.J. (1985), « The Origin of the Sherman Act », *Journal of Legal Studies*, vol. 85, n° 14, pp. 1-11.
- TICHY G. (2001), « What Do We Know about Success and Failure of Mergers? », *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 1, n° 4, pp. 347-394.
- VASCONCELOS H. (2005), « Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control », document de travail, IGIER et CEPR.
- VENAYRE F. (2004), « Échanges d'informations: les jurisprudences française et communautaire à l'aune des prédictions théoriques », *Revue d'Économie Industrielle*, vol. 108, pp. 91-112.
- VENAYRE F. (2005), « Demi-mesures sur le marché français de la bière », *Revue Lamy de la Concurrence : Droit, Économie, Régulation*, vol. 4, août-octobre, pp. 9-13.
- WILLIAMSON O. (1968), « Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs », *American Economic Review*, vol. 58, n° 1, pp. 13-36.