



L A M E T A

Laboratoire Montpellierain
d'Economie Théorique et Appliquée

U M R
Unité Mixte de Recherche

DOCUMENT de RECHERCHE

« Le contrôle a posteriori des
concentrations peut-il augmenter l'efficacité
des politiques de concurrence ? »

Patrice BOUGETTE
Florent VENAYRE

DR n°2005-07

Faculté de Sciences Economiques - Espace Richter
Avenue de la Mer - Site de Richter C.S. 79606
3 4 9 6 0 M O N T P E L L I E R C E D E X 2
Tél: 33(0)467158495 Fax: 33(0)467158467
E-mail: lameta@lameta.univ-montp1.fr

Le contrôle *a posteriori* des concentrations peut-il augmenter l'efficacité des politiques de concurrence? *

Patrice BOUGETTE[†] Florent VENAYRE[‡]

Document de travail LAMETA n° 2005-07

Résumé

En France, la récente affaire de l'eau semble sonner le glas du contrôle *a posteriori* des concentrations. L'objectif de cet article est de souligner l'intérêt de ce type de contrôle en montrant son rôle crucial pour les autorités de concurrence comme complément du système actuel des notifications. En soulignant les limites d'un contrôle exclusivement *ex-ante*, nous montrons que la possibilité d'agir *ex-post* sur les structures du marché pourrait engendrer des comportements plus vertueux dans le contrôle amont en réduisant les effets de sélection adverse. Le contrôle *a posteriori* permettrait également une action positive sur les comportements des acteurs une fois la fusion réalisée, qu'il s'agisse des stratégies des firmes ou des nouvelles possibilités offertes aux autorités en matière d'incitations comportementales. Malgré ces effets favorables, la mise en œuvre d'un contrôle *a posteriori* des concentrations doit être abordée avec précaution car se posent en particulier des problèmes de sécurité juridique. Ces derniers pourraient cependant être compensés par une affirmation de la compétence du Conseil de la concurrence.

*Une version étendue et révisée de ce travail est à paraître dans *Revue d'économie industrielle* sous le nom « Contrôles *a priori* et *a posteriori* des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence? ».

[†]LAMETA et Université Montpellier I. Contact email : pbougette@lameta.univ-montp1.fr.

[‡]LAMETA et Université Montpellier I. Contact email : venayre@lameta.univ-montp1.fr.

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 NRE¹. 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 pose des problèmes de concurrence spécifiques. Il s'agit de l'article L. 430-9 du Code de commerce³. Cette disposition, qui existait déjà sous la forme de l'article 43 de l'ordonnance de 1986⁴, n'avait néanmoins jamais fait l'objet d'une application, jusqu'à l'été 2002 et la décision du Conseil de la concurrence concernant le marché de l'eau⁵.

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. Comme le souligne Marie-Dominique Hagelsteen⁶, c'est donc une approche que l'on pourrait qualifier de « régulatrice » qui a été choisie par le Conseil – permettant d'agir sur les structures de marché – plutôt qu'une approche plus répressive au titre de l'article L. 420-2 du Code du commerce, sanctionnant les abus de position dominante. Cette démarche innovante du Conseil est d'autant plus intéressante qu'on connaît les débats qui animent régulièrement les milieux de la concurrence, peut-être plus particulièrement en Europe, consistant à savoir si des moyens structurels et non purement comportementaux doivent être accordés aux autorités de la concurrence.

La procédure juridictionnelle qui a suivi la décision du Conseil a pris fin à l'été 2004⁷. 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

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).

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^{er} 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).

6. *Discours de Marie-Dominique Hagelsteen, Présidente du Conseil de la concurrence*, lors de la présentation du rapport annuel pour l'année 2002.

7. 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.

matière de contrôle *a posteriori* des concentrations. 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 accords⁸. Nous proposons à l'inverse de nous focaliser exclusivement sur le contrôle des concentrations. Si l'actualité qui nous amène à nous intéresser à la question du contrôle aval des concentrations est strictement française, notre propos s'inscrira en revanche dans une réflexion plus large qui nous conduira à utiliser également des exemples européens et, dans une moindre mesure, américains. Nous présenterons en premier lieu les motivations du contrôle des concentrations et ses évolutions historiques (1), puis nous étudierons les mécanismes qui régissent le contrôle *a priori* des concentrations (2) et nous mettrons en évidence les défis qui se posent aux autorités de la concurrence lors de ces procédures (3). Nous montrerons enfin dans quelle mesure l'introduction d'un contrôle *a posteriori* des concentrations, en modifiant les stratégies des acteurs, renforcerait l'efficacité des autorités concurrentielles en matière de contrôle des concentrations (4).

1 Contrôle des concentrations : l'abandon progressif de l'intervention aval

Créé aux États-Unis pour intervenir sur des concentrations déjà réalisées (1.1), le contrôle des concentrations s'est également développé en France sur des principes similaires (1.2). 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* (1.3), pour parvenir progressivement à la situation actuelle dans laquelle l'idée d'un contrôle *a posteriori* menace d'être définitivement abandonnée.

1.1 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^e 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 (1985), l'outil antitrust avait

8. Voir par exemple Pénard et Souam (2002) ou Bergès-Sennou et *al.* (2002).

alors été utilisé pour protéger les intérêts des petits entrepreneurs et pas nécessairement pour servir l'intérêt général. 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. Le Sherman Antitrust Act est donc voté en 1890, en réponse à cet impératif, et interdit « *tout contrat, association sous forme de trust ou tout autre accord ou complot visant à restreindre les échanges ou le commerce* » (section 1), de même qu'il stipule que « *toute personne en situation de monopole ou cherchant à l'être ou à s'associer ou à comploter avec une ou plusieurs personnes pour monopoliser une part quelconque des échanges ou du commerce entre plusieurs États, ou avec des pays étrangers, sera jugée coupable d'acte délictueux* » (section 2)⁹.

Pour les autorités américaines, il s'agit donc, dans une certaine mesure, de trouver une réaction *ad hoc* aux trusts, et 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.

Le contrôle des concentrations naît donc aux États-Unis d'une volonté d'intervenir *a posteriori* sur la structure de certains marchés trop concentrés. Cependant, 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. C'est par exemple le cas avec le Clayton Act de 1914, qui limite notamment les fusions susceptibles de freiner fortement la concurrence ou encore avec le Celler-Kefauver Act de 1950, qui durcira les dispositions du précédent Clayton Act.

1.2 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^{er} décembre 1986¹⁰. 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*

9. En 1974, un amendement criminalisera cette infraction (Stiglitz, 2001, p. 350).

10. *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).

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 coercitive¹¹. 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 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 nature à porter atteinte à la concurrence* », mais sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'une infraction spécifique a été commise. En revanche, lorsqu'une infraction est avérée et que cette dernière provient d'une situation de concentration élevée (abus de position dominante ou abus de dépendance économique), c'est l'article 43 qui peut être invoqué¹². 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.

1.3 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'actifs¹³. Il n'en reste pas moins que les autorités communautaires restent vigilantes aux dysfonctionnements qui résulteraient de situations de marché très concentrées. En témoignent l'amende record de 497 millions d'euros infligée en 2004 à Microsoft pour abus de position dominante sur le marché européen¹⁴, ou encore les

11. L'article 38 est actuellement appliqué dans le secteur de la bière, les acquisitions incriminées ayant été effectuées avant l'adoption de la loi NRE de 2001. Deux arrêtés ministériels ont été notifiés en juin 2005 pour demander à Heineken et Kronenbourg des cessions d'entrepôts.

12. Le texte de l'article 43 figure en note 3.

13. 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.

14. Voir *Le Figaro Économie*, édition du 23 mars 2004.

prises de position de Schaub (1998)¹⁵.

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 des concentrations en France¹⁶. 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.

Au titre de la sécurité juridique des firmes, il est peut-être possible de se féliciter de la disparition de l'article 38, qui instaurait une intervention d'un caractère relativement arbitraire. Néanmoins, on peut s'interroger sur l'impact que cette disposition a sur l'efficacité de la politique des autorités en charge de la concurrence. Dans ce nouveau système, un garde-fou demeurerait malgré tout, par le biais de l'article L. 430-9. 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*. 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 effectuant une analyse comparée de ses potentiels effets positifs et négatifs.

2 Approches théoriques du bilan économique d'une concentration

En entraînant l'intégration des ressources productives de plusieurs entreprises, une concentration crée une utilisation coordonnée d'actifs précédemment indépendants¹⁷ (capital, brevets, marques, management, R&D...). Ces économies de coûts peuvent créer des synergies entre activités, qu'elles proviennent d'économies d'échelle ou d'économies d'envergure¹⁸. Le rôle des autorités est alors, dans la mesure où ces synergies existent, de déterminer si elles seront bien répercutées aux consommateurs par le biais

15. Alexander Schaub était Directeur Général à la Concurrence à Bruxelles de 1995 à 2002.

16. 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.

17. Voir Röller et *al.* (1999) pour une typologie détaillée des gains d'efficacité produits par une fusion.

18. Encore appelées économies de gamme, selon la traduction utilisée pour *economies of scope*.

de baisses de prix. À l’opposé, la concentration entraîne aussi la réduction du nombre d’entreprises sur le marché et facilite en conséquence la création ou le renforcement d’un pouvoir de marché (*effets unilatéraux*, 2.1), voire l’émergence d’une situation qui accroît le risque d’occurrence de pratiques collusoires (*effets coordonnés*, 2.2), dont les effets anticoncurrentiels nuiraient aux consommateurs. Pour les autorités, il est donc primordial de parvenir à une évaluation correcte de ces différents effets.

2.1 Estimation du renforcement du pouvoir de marché

Dans le cadre de l’étude des effets unilatéraux (ou effets non coordonnés), le premier à souligner le nécessaire arbitrage entre gains d’efficacité et pouvoir de marché a été Williamson (1968). Déterminer l’impact d’une concentration revient ici à comparer les gains d’efficacité du projet de concentration à la perte liée à la hausse des prix consécutive à l’opération. Seront alors autorisées les concentrations dont les gains compensent les pertes (situation dont la probabilité d’occurrence augmente avec les économies de coûts réalisées, c’est-à-dire l’importance des synergies, et l’élasticité-prix de la demande). Ce modèle de Williamson a néanmoins été qualifié de « *naïf* »¹⁹ car il est fondé sur des hypothèses contestables : (*i*) marché concurrentiel avant la fusion, et (*ii*) analyse en monopole une fois la fusion réalisée. La prise en compte de ces deux biais vient limiter les conclusions initiales : la réduction des coûts doit être substantielle pour contrecarrer les effets négatifs d’une hausse des prix.

Ce modèle précurseur de Williamson a depuis fait l’objet de nombreux prolongements dont il serait vain d’effectuer ici une présentation exhaustive. Quelques repères théoriques peuvent néanmoins être soulignés. Le cas d’un marché oligopolistique à n firmes – oligopole de type Cournot – sera introduit par Salant, Switzer et Reynolds (1983), avec des coûts marginaux constants et des entreprises symétriques. Une fusion n’est alors profitable que si elle permet une part de marché post-fusion supérieure à 80 %, situation évidemment inacceptable pour les autorités. Perry et Porter (1985) ont toutefois montré que ce seuil pouvait être diminué en tenant compte des synergies de production créées par la concentration. Cette approche sera généralisée par Farrell et Shapiro (1990), qui intègrent dans leur modèle les modifications stratégiques des entreprises extérieures à l’opération induites par la fusion. Ces réactions des concurrents limitent alors les possibilités d’augmentation des prix de l’entité fusionnée. Farrell et Shapiro identifient ainsi trois effets d’une concentration : diminution de l’offre des parties fusionnant, réduction de la demande des consommateurs et augmentation de la production des concurrents. Ils fournissent également les conditions sous lesquelles une concentration augmente le surplus global et montrent que plus la part de marché avant fusion est élevée, plus la probabilité d’observer *in fine* une baisse des prix est faible.

Le cas d’une concurrence de type Bertrand a été étudié par Deneckere et Davidson (1985), qui démontrent que toutes les fusions sont profitables pour les entreprises. En

19. Voir Fisher et Lande (1983, p. 1626) ou plus récemment McFetridge (1996).

effet, les fusions d'entreprises produisant des biens différenciés conduiraient systématiquement à des augmentations de prix, et seraient encore plus profitables pour les concurrents des firmes fusionnées.

Plus récemment, Amir et *al.* (2004) considèrent une incertitude sur les coûts de l'entité fusionnée. Ils montrent que si ses concurrents croient avec une probabilité suffisamment élevée qu'elle connaîtra des gains d'efficacité, alors la fusion sera profitable, même si cette croyance se révèle fautive *ex-post*²⁰.

2.2 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 (Bishop et Lofaro, 2004, p. 198). 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 pourraient 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 (*secret price cutting*, Stigler, 1964). En revanche, dès lors que la déviation peut être détectée, des niveaux stables de prix collusoires peuvent exister. La théorie des jeux dynamiques²¹ 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 : (i) les prix, (ii) les décisions en capacités, (iii) la clientèle et parts de marché; et enfin (iv) les contacts multi-marchés (Motta, 2004).

20. Ce résultat apparaît plus en conformité avec la réalité empirique, illustrée notamment par Gugler et *al.* (2003), qui étudient un large panel de fusions au niveau international sur une période de 15 ans. Ils montrent que 56,7 % d'entre elles – tous genres confondus – produisent une hausse des profits, mais également une réduction des ventes au bout de 5 ans. En utilisant le profit comme mesure du succès d'une fusion, la « *fusion moyenne* » apparaît être un succès, alors qu'en utilisant les ventes le résultat est inversé. Les auteurs contournent cette opposition en appréciant les effets sur le bien-être à l'aide des deux critères. Si les fusions qui accroissent le pouvoir de marché ou qui réduisent les gains d'efficacité sont assimilées à des fusions réduisant le bien-être, alors la majorité des fusions étudiées s'avère réduire le bien-être. Cette étude relativise les résultats théoriques sur la profitabilité des fusions.

21. Une analyse statique ne présente pas d'intérêt normatif, dans la mesure où elle restreint le jeu à un dilemme du prisonnier, dans lequel la collusion n'émerge jamais comme un équilibre réalisable.

D'une manière générale, pour qu'émergent des effets coordonnés, il faut à la fois que les oligopoleurs puissent coordonner leur comportement durant un certain laps de temps et qu'ils soient capables de se surveiller²². 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 perturbateur²³, 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*²⁴, 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, 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 : (i) évaluer les facteurs internes (capacité des firmes à agir comme une seule entité); (ii) les facteurs externes (contraintes extérieures au groupe), et enfin (iii) 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), inspiré du cas Nestlé-Perrier²⁵ sur lequel nous reviendrons dans la section suivante, puis Kühn (2004) et Vasconcelos (2005). Ces auteurs proposent des lignes directrices en termes 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. 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 ces dernières ayant des intérêts divergents de ceux des autorités, des problèmes de sélection adverse apparaissent, dont il convient pour les autorités de restreindre les effets.

22. 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, 2005).

23. « *maverick* » en anglais, c'est-à-dire une entreprise en mesure de briser toute coordination tacite.

24. *Airtours/First Choice*, Décision du 22 septembre 2000, affaire COMP/M.1524.

25. Affaire COMP/M.190, Décision du 22 juillet 1992.

3 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 constitue un exercice complexe. De fait, les autorités rencontrent, dans l'exercice du contrôle *a priori*, des difficultés informationnelles (3.1) 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 (3.2).

3.1 Les difficultés informationnelles du contrôle *a priori*

Evaluer l'opportunité d'une concentration impose aux autorités de mesurer le plus correctement possible les gains d'efficacité potentiels²⁶. Cela nécessite l'obtention d'informations privatives détenues par les parties fusionnant. Il y a donc une asymétrie d'information de type sélection adverse (ou antisélection), dans la mesure où elle porte sur les caractéristiques des firmes, telles que leurs coûts. Les firmes ont en effet tout intérêt à exagérer les gains espérés de leur rapprochement de sorte que le projet paraisse plus profitable d'un point de vue collectif.

Les autorités de la concurrence doivent alors inciter les entreprises à révéler leurs véritables caractéristiques²⁷ de manière à séparer les projets de fusion souhaitables des autres (*équilibre séparateur*). Besanko et Spulber (1993) montrent à cet égard qu'il est socialement profitable de pondérer plus fortement le surplus des consommateurs que le profit des firmes²⁸. Ce résultat semble en concordance avec la pratique des autorités qui tentent de contrebalancer leur manque d'information en privilégiant plutôt l'impact sur le consommateur.

Certains auteurs ont proposé des mécanismes pour réduire cette asymétrie informationnelle. Ainsi Neven et *al.* (1993) proposent de créer une unité spécialisée, dévolue à la vérification des arguments d'efficacité. D'une autre façon, Scherer (1991) envisage une période d'essai qui précéderait l'autorisation définitive²⁹. Il s'agirait de permettre une vérification *ex-post* des gains d'efficacité, avec interdiction si les gains ne sont pas avérés. Cependant, la faisabilité de ce système nous semble faible. Dans les faits, la

26. Les autorités de la concurrence ont traditionnellement pu se montrer réticentes à l'égard des arguments d'efficacité justifiant une fusion (*efficiency defense*), allant même jusqu'à les retourner contre les firmes (*efficiency offense*). De même, la théorie de l'entreprise défaillante (*failing firm defense*) s'est souvent heurtée à la suspicion des autorités. Toutefois, il semble que cela soit progressivement en train de changer, notamment, au plan européen, depuis l'adoption du Règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004, *op. cit.* Sur ce nouveau règlement, voir Peyre et Simic (2004).

27. Les transferts ou quasi-transferts (cessions d'actifs, engagements comportementaux des parties, etc.) participent de ces processus.

28. Voir Charléty et Souam (2002) pour un commentaire de cet article.

29. Pitofsky (1992) indique qu'elle pourrait être de trois ans.

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. À terme, ces coûts pourraient rendre rédhibitoires certains rachats, ou annihiler au contraire la crédibilité de la menace de réversibilité, développant alors les politiques de fait accompli en réalisant des fusions socialement néfastes. Enfin, se poserait évidemment la question de la mesure des économies de coûts dues aux synergies (querelles d'experts).

Un contrôle *a priori* des concentrations est donc porteur de difficultés informationnelles intrinsèques qui peuvent entraîner trois types d'erreur, selon la terminologie de 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, supporté par les firmes, les autorités ou les consommateurs. Dans une perspective d'intérêt général, les autorités doivent donc veiller à minimiser chacune de ces erreurs, ces objectifs étant contradictoires. La méthodologie 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 une frilosité trop importante à l'égard des projets socialement souhaitables.

3.2 Le « principe de précaution » du contrôle amont

Dans un contrôle en 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. Cela est confirmé par la réticence historique des autorités à l'égard des gains d'efficacité (*efficiency defense* et *théorie de la firme défaillante*). 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. Dans le premier cas, de peur d'autoriser de « mauvaises » concentrations, les autorités peuvent en interdire³⁰ certaines qui ne soulèvent pas de difficultés réelles. Le risque est alors celui d'une ingérence non justifiée dont les conséquences économiques peuvent être lourdes. 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. On sait en effet que les firmes mettent en œuvre des moyens colossaux dans les affaires de concentration : personnel

30. Il faut ici comprendre la notion d'erreur de type 1 au sens large : interdiction pure et simple de la concentration, mais surtout, possibilité d'injonctions (cessions d'actifs, notamment).

pleinement occupé par la constitution du dossier et conseils extérieurs en droit comme en économie. Ces coûts augmentent avec la rigueur des requêtes des autorités, elle-même croissante en la peur de l'erreur de type 2. Les autorités, elles aussi, subissent les conséquences de cette collecte d'informations, dont il faudra assurer le traitement. Idot (2002, p. 188) rapporte ainsi un cas américain lors duquel 20 000 boîtes de documents avaient été transmises à la FTC, nécessitant le travail de centaines de juristes durant des mois.

Le cas Nestlé-Perrier³¹ 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. Compte et *al.* (2002) ont comparé ces deux scénarios avec remèdes au cas sans remède. 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.

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 Tribunal de première instance des Communautés³². En utilisant des données boursières de 1990 à 2002, Duso et *al.* (2003) ont proposé une étude empirique des erreurs décisionnelles de la Commission sur 144 cas³³. Leurs résultats indiquent qu'il y aurait 28 % d'erreurs de type 1 (4 erreurs³⁴ sur 14 interdictions) et 23 % 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. Il devient de ce fait légitime de s'interroger sur le bien-fondé de l'existence d'un contrôle *a posteriori* des concentrations.

31. *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 (Brault, 2004, p. 114, point 189).

32. *Airtours/First Choice* (*op. cit.*), annulée par le TPI, 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 TPI, 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 TPI, Arrêt du 10 octobre 2002, affaire T-310/01 II-04071).

33. Les auteurs prennent seulement en compte les erreurs de type 1 et 2 ; les erreurs de type 3 ne sont pas envisagées.

34. Dont deux des cas précédemment cités, *Airtours/First Choice* et *Tetra Laval/Sidel*, auquel s'ajoute un autre cas célèbre : *General Electric/Honeywell*. On peut en revanche noter que *Scheiner/Legrand* n'apparaît pas, ici, comme une erreur de type 1.

4 Les 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 démantèlement d'une structure peut être très coûteux et le retour à la situation de droit antérieur impossible s'il y a disparition juridique d'entreprises* » (Souam, 2000, p. 16). 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 (même sans aller nécessairement jusqu'au démantèlement des entreprises), dans la mesure où cela serait de nature à accroître l'efficacité globale du système selon trois axes distincts.

En premier lieu, l'instauration d'un contrôle *a posteriori* aiderait à pallier les lacunes d'un système par notification, en renforçant l'efficacité du contrôle amont (4.1). Le contrôle aval pourrait ensuite permettre de réduire les comportements anticoncurrentiels une fois la fusion réalisée (4.2). Enfin, il introduirait pour les autorités de nouvelles possibilités de contrôle qui limiteraient les stratégies d'éviction parfois observées dans le système actuel (4.3).

4.1 Améliorer l'efficacité des procédures de contrôle amont

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 corrigé 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* »³⁵.

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 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

35. *Les Échos*, édition du 31 août 2004.

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 accepté par les autorités, pourrait faire l'objet d'une adaptation *a posteriori* 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'auto-discipline 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 amont³⁶. La plupart des cas de concentrations ne comportent en effet que peu d'incertitude ; dans ces situations, la seule menace d'intervention *ex-post* devrait suffire à discipliner les acteurs. Cette question a souvent été développée en ce qui concerne les accords, et il est communément admis qu'une intervention *ex-post* permet d'agir avec une information de meilleure qualité (système d'exception légale). De plus, comme le souligne Rey (2001), « *l'autorité de la concurrence peut donc faire l'économie d'une étude prospective* ». Bien entendu, les résultats en matière d'accords ne sont pas directement transposables au cas des concentrations, mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'un élément informatif, d'autant qu'il n'est pas question de choisir entre l'un des deux systèmes, mais de compléter le dispositif amont par un contrôle aval efficace.

4.2 Favoriser la responsabilisation des comportements post-fusion

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

36. Il est à noter que de nouvelles dispositions ont été récemment prises par les autorités pour alléger cette charge à laquelle sont confrontées les autorités lors des procédures amont. Bruno Lasserre, Président du Conseil de la concurrence, souhaite ainsi que le Conseil devienne plus sélectif et se concentre sur les affaires les plus importantes. Une charte d'objectif et de coopération avec la DGCCRF a été signée à cet effet, de façon à obtenir une meilleure coordination sur ces questions entre les deux autorités de concurrence (*La Tribune*, édition du 25 janvier 2005).

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. De ce point de vue, une récidive est toujours possible. Il est d'ailleurs important de noter que cette récidive peut être tout à fait rationnelle au plan microéconomique, car les amendes encourues sont très souvent inférieures aux gains induits par l'acte délictueux³⁷.

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, il est peu probable qu'elles soient réellement incitées à restreindre de leur propre chef d'éventuels abus concurrentiels qui leur seraient profitables. 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.

4.3 Accroître le champ d'action des autorités

Les deux paragraphes précédents s'attachent à montrer de quelle manière un contrôle aval des concentrations pourrait restreindre les effets indésirables des asymétries infor-

37. Le cimentier Lafarge a par exemple été condamné en 2002 par la Commission européenne à une amende de 249,60 millions d'euros pour sa participation au cartel des plaques en plâtre, alors qu'il avait déjà été sanctionné en 1994 pour le cartel sur le marché du ciment. Autre affaire, celle de Roche et BASF, dont les amendes fixées en 2001 par la Commission étaient respectivement de 462 et de 296 millions d'euros pour l'affaire dite du cartel des vitamines – huit producteurs s'étaient entendus pour fixer des prix trop élevés. Le montant total de l'amende avait atteint 855 millions d'euros. Cependant, l'amende est loin de compenser les bénéfices retirés de l'entente : pour l'entreprise Roche, « les amendes ne représentent qu'une petite partie des gains réalisés grâce à l'entente. [...] Ces amendes ne pèseront guère sur le bilan 2001 : Roche avait provisionné 2,4 milliards de FS pour cette affaire dès 1999 » (*L'Alsace*, édition du 8 décembre 2001).

mationnelles 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° 139/2004³⁸, qui prévoit la dissolution de la concentration si celle-ci n'a pas été réalisée conformément aux dispositions en vigueur³⁹. 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. 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 – pourrait réduire ces politiques de fait accompli.

Un autre type de stratégie latérale a récemment posé des difficultés aux autorités françaises : celui des *rachats au fil de l'eau*, c'est-à-dire de l'acquisition progressive de petites unités dont la notification n'est pas obligatoire, car en deçà des seuils légaux. Si la question a pu être soulevée dans le secteur de la bière, malheureusement avec un résultat insuffisant, elle l'a plus encore été dans celui de la distribution, tant ce secteur fait toujours l'objet d'une médiatisation intense. La crainte des autorités a été celle de la constitution d'un pouvoir de marché local, à l'aide de rachats de petites unités, sans qu'il soit possible pour les autorités d'intervenir au moment de l'acquisition. En l'espèce, plutôt que de tenter de résoudre ce problème par le développement d'un contrôle aval efficace et généralisé, le législateur a préféré opter pour une réglementation plus sectorielle, spécifique à la grande distribution. Ainsi, le Projet de loi en faveur des PME, transmis à l'Assemblée nationale le 17 juin 2005 autorise-t-il une déconcentration *a posteriori* des opérateurs de la grande distribution⁴⁰.

38. *op. cit.*

39. 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 des griefs.

40. L'article 32 quater du Projet de loi en faveur des PME complète l'article L. 430-9 du Code de commerce par : « *Lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises a, de manière répétée, usé de pratiques contraires au I de l'article L. 441-6-1, à l'article L. 442-2, aux I et II de l'article L. 442-6 ou à l'article L. 443-1, le ministre chargé de l'économie peut, après avis du Conseil de la concurrence ou à sa demande, et conjointement avec le ministre dont relève le secteur, enjoindre par arrêté à une entreprise ou un groupe d'entreprises de mettre fin dans un délai déterminé à tous accords ou actes qui ont contribué à sa puissance économique ou de céder une part de ses actifs* ». Cette disposition provient d'un amendement (433 rectifié bis) adopté par le Sénat le 15 juin 2005 et suit dans une

Conclusion

Comme nous l'avons montré dans cet article, un contrôle *ex-post*, 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, c'est-à-dire s'il est à la fois porteur d'une menace réelle (ampleur de l'équivalent monétaire de la sanction et faisabilité du mode de déconcentration choisi) et si son utilisation par les autorités est avérée. Cela 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 (Glais et Laurent (1984, p. 441), les assimilent ainsi à « *une opération chirurgicale coûteuse et souvent peu efficace* »). Les firmes peuvent en effet adopter des structures organisationnelles qui rendent complexe la création d'entités disjointes susceptibles d'être pérennisées de façon autonome. Des questions de croissance stratégique peuvent également se poser (*X-Efficiency* au sens de Leibenstein, 1973), qui perturberaient l'allocation optimale des ressources. 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. De ce point de vue, les firmes resteraient en charge de la constitution du dossier de notification. 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 comportements 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 qu'en

certaine mesure les prescriptions du Rapport de la Commission Canivet, du 18 octobre 2004. Des discussions animées sur le bien-fondé de cet article sont actuellement en cours à l'Assemblée nationale.

l'état actuel, 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 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. Dans le cas français, la remise en cause d'une opération de concentration est selon le Conseil de la concurrence assimilée à une « *mesure de police* » (Brault, 2004, p. 53). 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. En revanche, des dispositions telles que celles de l'ancien article 38 de l'ordonnance de 1986 (appliqué en ce moment sur le marché de la bière), de même qu'une réglementation sectorielle comme celle que le Projet de loi en faveur des PME propose pour la grande distribution, nous semblent moins satisfaisantes. 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.

Références

- [1] **Amir R., Diamantoudi E. et Xue L. (2004)**, « Merger Performance under Uncertain Efficiency Gains », *Document de travail*, FEEM n° 79.04.
- [2] **Bergès-Sennou F., Loss F., Malavolti-Grimal E. et Vergé T. (2002)**, « Politique européenne de la concurrence et accords entre entreprises », *Revue Économique*, 53, 437-47.
- [3] **Besanko D. et Spulber D.F. (1993)**, « Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy », *Journal of Law, Economics, and Organization*, 9(1), 1-29.
- [4] **Bishop S. et Lofaro A. (2004)**, « A Legal and Economic Consensus? The Theory and Practice of Coordinated Effects in EC Merger Control », *Antitrust Bulletin*, 49(1-2), 195-242.
- [5] **Brault D. (2004)**, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris : LGDJ, 776 p.
- [6] **Charléty P. et Souam S. (2002)**, « Analyse économique des fusions horizontales », *Revue Française d'Économie*, 17(2), 37-68.
- [7] **Compte O., Jenny F. et Rey P. (2002)**, « Capacity Constraints, Mergers and Collusion », *European Economic Review*, 46(1), 1-29.
- [8] **Deneckere R. et Davidson C. (1985)**, « Incentives to Form Coalitions with Bertrand Competition », *RAND Journal of Economics*, 16(4), 473-86.
- [9] **Duso T., Neven D.J. et Röller L.-H. (2003)**, “The Political Economy of European Merger Control : Evidence using Stock Market Data”, *CIC Document de travail FS IV 02-34*, Wissenschaftszentrum Berlin (WZB).
- [10] **Farrell J. et Shapiro C. (1990)**, « Horizontal Merger : An Equilibrium Analysis », *American Economic Review*, 80(1), 107-26.
- [11] **Fisher A.A. et Lande R.H. (1983)**, « Efficiency Considerations in Merger Enforcement », *California Law Review*, 71, 1582-1696.
- [12] **Glais M. et Laurent P. (1983)**, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Paris : Presse Universitaire de France, 544 p.
- [13] **Gugler K., Mueller D.C., Yurtoglu B.B. et Zulehner C. (2003)**, « The Effects of Mergers : An International Comparison », *International Journal of Industrial Organization*, 21(5), 625-654.
- [14] **Idot L. (2002)**, « Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence – Le contrôle des concentrations », *Revue Internationale de Droit Économique*, 3, 175-205.
- [15] **Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P. et Tirole J. (2003)**, « The Economics of Tacit Collusion », *Document de travail*, 186, Institut d'Économie Industrielle (IDEI), Toulouse.
- [16] **Jenny F. (2002)**, « Design and Implementation of Merger Remedies in High Tech Industries », *Guidelines for Merger Remedies : Prospects and Principles*, École des Mines, 17-18 janvier 2002.

- [17] **Krepps M.B. (1999)**, « Facilitating Practices and the Path-Dependence of Collusion », *International Journal of Industrial Organization*, 17(6), 887-901.
- [18] **Kühn K.-U. (2004)**, « The Coordinated Effects of Mergers in Differentiated Products Markets », *Document de travail*, CEPR Discussion Papers, n° 4769.
- [19] **Leibenstein H. (1973)**, « Allocative Efficiency vs. X-Efficiency », *American Economic Review*, 56(3), 392-416.
- [20] **McFetridge D.G. (1996)**, « The Efficiencies Defence in Merger Cases » in : *The Economics of the Antitrust Process*, Coate M.B. et Kleit A.N. éditeurs, Norwell, MA. : Kluwer Academic, 89-116.
- [21] **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*, 1, 174-81.
- [22] **Motta M. (2004)**, *Competition Policy : Theory and Practice*, Cambridge : Cambridge University Press, 640 p.
- [23] **Neven D.J., Nuttal R. et Seabright P. (1993)**, *Merger in Daylight : The Economics and Politics of Merger Control in the EC*, London : CEPR.
- [24] **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*, 116(6), novembre-décembre, 863-887.
- [25] **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*, 4, 519-537.
- [26] **Pitofsky R. (1992)**, « Proposals for Revised US Merger Enforcement in a Global Economy », *Georgetown Law Review*, 81(195), 206-08.
- [27] **Posner R.A. (2001)**, *Antitrust Law : An Economic Perspective*, 2^e édition, Chicago : University of Chicago Press, 304 p.
- [28] **Rey P. (2001)**, « Les enjeux de la réforme – Le point de vue d'un économiste », *Ateliers de la Concurrence de la DGCCRF “La modernisation des règles européennes de concurrence : réforme procédurale ou institutionnelle?”*, Paris, 2 mai 2001.
- [29] **Röller L.-H., Stennek J. et Verboven F. (2001)**, « Efficiency Gains from Mergers », *European Economy*, 5, 31-128.
- [30] **Salant S., Switzer S. et Reynolds R. (1983)**, « Losses from Horizontal Merger : the Effects of an Exogenous Change in Industry Structure on Cournot-Nash Equilibrium », *Quarterly Journal of Economics*, 93, 185-99.
- [31] **Schaub A. (1998)**, « EC Competition System – Proposals for Reform », *25th Annual Conference : International Antitrust Law & Policy*, 22 October 1998.
- [32] **Scherer F.M. (1991)**, « Merger Analysis, Industrial Organization Theory, and Merger Guidelines : Comment », *Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics*, 323-27.

- [33] **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*, 1, 15-16.
- [34] **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*, 55, 5-22.
- [35] **Souam S. (2000)**, « L'efficacité préventive des décisions en matière de concentration », *Les Petites Affiches*, 259, 16-20.
- [36] **Stigler G.J. (1964)**, « A Theory of Oligopoly », *Journal of Political Economy*, 72, 44-61.
- [37] **Stigler G.J. (1985)**, « The Origin of the Sherman Act », *Journal of Legal Studies*, 85(14), 1-11.
- [38] **Stiglitz J.E. (2001)**, *Principes d'économie moderne*, 2^e édition, Paris, Bruxelles : De Boeck Université, 939 p.
- [39] **Vasconcelos H. (2005)**, « Tacit Collusion, Cost Asymmetries, and Mergers », *RAND Journal of Economics*, 36(1), 39-62.
- [40] **Venayre F. (2005)**, « Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations », *Revue Lamy de la Concurrence : Droit, Économie, Régulation*, 2, février-avril, 122-125.
- [41] **Williamson O. (1968)**, « Economies as an Antitrust Defense : The Welfare Trade-Offs », *American Economic Review*, 58, 13-36.