



**HAL**  
open science

## Doutes sur les remèdes non structurels dans le contrôle des concentrations

Patrice Bougette, Christian Montet

► **To cite this version:**

Patrice Bougette, Christian Montet. Doutes sur les remèdes non structurels dans le contrôle des concentrations. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2005, 2, pp.9-15. halshs-00463979

**HAL Id: halshs-00463979**

**<https://shs.hal.science/halshs-00463979>**

Submitted on 9 Aug 2012

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

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

# Doutes sur les remèdes non structurels dans le contrôle des concentrations \*

Patrice BOUGETTE<sup>†</sup>      Christian MONTET<sup>‡</sup>

## Résumé

Si l'on peut logiquement envisager que des remèdes comportementaux puissent servir à répliquer une situation concurrentielle, il apparaît rapidement, en terme de dynamique de la concurrence, que les injonctions comportementales ne génèrent pas les bonnes incitations d'une économie de marché. Des exemples récents permettent d'illustrer la nature des questions soulevées et la pertinence des remèdes proposés (Piaggio/Aprilia ; Total/GDF ; TF1-AB/TMC).

---

\*Paru dans la *Revue Lamy de la concurrence*, 2005/2, p. 9–15.

<sup>†</sup>LAMETA et Université Montpellier 1. Contact email : pbouette@lameta.univ-montp1.fr

<sup>‡</sup>LAMETA et Université de Polynésie française. Contact email : christian.montet@upf.pf

Les autorités de concurrence ont de plus en plus souvent recours à la mise en œuvre de remèdes permettant d'autoriser des concentrations tout en maintenant une concurrence effective sur les marchés concernés. Cette politique est devenue de plus en plus systématique comme cela a déjà été décrit et analysé aussi bien pour les États-Unis que pour l'Europe<sup>1</sup>. On distingue les remèdes structurels, c'est-à-dire encore ceux qui passent par des cessions d'actifs et concernent donc les droits de propriété sur les plans de production, les marques ou les circuits de distribution, et les remèdes non structurels qui comprennent des injonctions purement comportementales (interdiction de démarcher de nouveaux clients, niveaux de prix, *etc.*) et des clauses intermédiaires appelées parfois remèdes quasi structurels comme les contrats de licence et autres contraintes explicites sur les contrats.

Il est relativement bien établi que les autorités préfèrent les remèdes structurels. C'est au moins vrai pour les États-Unis qui n'utilisent jamais des remèdes comportementaux dans des fusions horizontales. Ce n'est que dans les affaires de fusions verticales que des injonctions comportementales peuvent être utilisées. En Europe, l'idée dominante est assez similaire<sup>2</sup> mais on y envisage peut-être plus facilement le recours aux remèdes non structurels, y compris pour des problèmes horizontaux, comme les cas récents étudiés ci-dessous en témoignent.

Sur le plan logique, on peut envisager que des remèdes comportementaux servent à répliquer une situation concurrentielle. Mais dès que l'on pense en terme de dynamique de la concurrence, il apparaît rapidement que les injonctions comportementales ne génèrent pas les bonnes incitations d'une économie de marché. Le régulateur peut ainsi exiger une baisse de prix de 5 %, mais le marché sans la fusion pourrait conduire à la fois à une baisse de prix plus forte encore et à une amélioration de la qualité des produits et services<sup>3</sup>. Par ailleurs, leur mise en œuvre nécessite une surveillance permanente de la part des autorités, ce qui risque de mobiliser inutilement des ressources de régulation. Les incitations ne sont pas toujours bonnes pour les objectifs visés, par exemple l'entrée de nouveaux concurrents (*cf.* Motta et autres, *op. cit.*). Même avec une bonne surveillance, ils demeurent souvent peu efficaces. Il est donc logique de leur préférer les remèdes structurels, en particulier pour les problèmes de concurrence de type horizontal. On notera toutefois que certains remèdes comportementaux peuvent être inclus dans un ensemble de remèdes structurels. On a alors affaire à une combinaison des deux types. Cette solution est sou-

1. *Cf.*, par exemple, E. Thomas SULLIVAN. « Antitrust Remedies in the U.S. and EU: Advancing a Standard of Proportionality ». Dans : *The Antitrust Bulletin* 48.2 (2003), p. 377–425 ou Massimo MOTTA, Michele POLO et Helder VASCONCELOS. « Merger Remedies in the European Union: An Overview ». Dans : *The Antitrust Bulletin* 52.3-4 (2007), p. 603–631.

2. COMMISSION EUROPÉENNE. « Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement n° 4064/89 du Conseil et au règlement n° 447/98 de la Commission ». Dans : *JOCE 2 mars 2001* C 68 (2001), p. 3 ; DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES (DGCCRF). « Projet de lignes directrices relatives au contrôle national des concentrations ». Dans : *document du 13 décembre 2002* (2002).

3. Pour plus de détails sur ce point, *cf.*, par exemple, Robert E. LITAN et Carl SHAPIRO. « Antitrust Policy During the Clinton Administration ». Dans : *American Economic Policy in the 1990s*. Sous la dir. de Jeffrey A. FRANKEL et Peter R. ORSZAG. Cambridge, MA. : MIT Press, 2002.

vent utilisée dans des secteurs à nouvelles technologies où ces dernières ne cessent d'évoluer. Dans ces marchés, des rétrocessions d'actifs risquent de ne pas suffire à enrayer les problèmes concurrentiels<sup>4</sup>.

L'actualité récente nous apporte un lot de concentrations importantes qui se terminent par une acceptation avec engagements non structurels. Compte tenu du scepticisme régnant au sujet de cette façon de traiter les problèmes de concurrence nés des concentrations, il est utile d'illustrer par quelques exemples récents la nature des questions soulevées et la capacité des remèdes proposés à leur apporter une solide réponse.

## **1 Des concentrations où une partie de l'opération risque de remettre en question l'ensemble de l'édifice**

La plupart des concentrations notifiées aux autorités de concurrence sont acceptées sans grande difficulté, du fait de leur incidence nulle ou insignifiante sur la concurrence. Ainsi, depuis 1990 la Commission européenne a refusé seulement 18 opérations sur 2 635 projets de concentration notifiés. Pour celles qui donnent lieu à un contrôle approfondi, il est rare que le bilan concurrentiel soit totalement noir et qu'il n'existe pas de possibilité de sauver l'opération par des cessions d'actifs appropriées. Mais le problème est particulièrement délicat pour les opérations où seulement certains aspects comportent des risques concurrentiels sans que pour autant il soit aisé de trouver des cessions d'actifs compensatrices. Trois affaires importantes examinées par les autorités de concurrence, au niveau européen et au niveau français, entrent dans cette dernière catégorie : il s'agit de l'acquisition de Aprilia par Piaggio (1.1), l'acquisition de certaines filiales de Gaz de France par Total (1.2) et enfin l'acquisition de TMC par TF1 et AB (1.3), les deux premières ayant été examinées à Bruxelles et la dernière par la DGCCRF.

### **1.1 L'acquisition de Aprilia par Piaggio**

Cette affaire<sup>5</sup> concerne deux entreprises italiennes dont le champ d'activité va largement au-delà de l'Italie. Les chiffres d'affaires n'impliquaient pas un contrôle communautaire, toutefois les autorités italiennes ont décidé le renvoi devant Bruxelles au titre de l'article 4, paragraphe 5 du Règlement européen. Il y a peu de commentaires à faire pour ce qui concerne la délimitation des marchés pertinents puisque les entreprises n'ont pas semblé avoir des positions sensiblement différentes de celles de la Commission, sauf au sujet de la dimension géographique. En effet, pour les produits, il a été admis que l'opération concernait le secteur des deux roues, au sein

4. Frédéric JENNY. « Design and Implementation of Merger Remedies in High Tech Industries ». Dans : *Merger Remedies in U.S. and EU Competition Law*. Sous la dir. de François LÉVÊQUE et Howard A. SHELANSKI. London : Edward Elgar Publishing, 2003, p. 160–171.

5. Déc. Comm. CE, n° COMP/M.3570, Piaggio/Aprilia, JOUE 12 oct. 2004, n° C 252, p. 2.

duquel on peut distinguer quatre marchés : les scooters et cyclomoteurs dont la puissance du moteur est inférieure ou égale à 50 cm<sup>3</sup> ; les scooters avec un moteur supérieur à 50 cm<sup>3</sup> et capables de transporter deux passagers ; les motos de cylindrée inférieure à 400 cm<sup>3</sup> ; enfin les motos de grosse cylindrée, y compris la catégorie des motos de sport. La seule discussion concernant cette distinction est qu'elle n'est pas fondée sur une approche économétrique, mais plutôt sur des considérations de non substituabilité entre produits dues à des éléments externes, tels que le permis de conduire des véhicules puissants qui n'est pas accordé aux jeunes entre 14 et 16 ans pourtant utilisateurs de deux roues. Le marché des véhicules à deux roues inférieurs à 50 cm<sup>3</sup> est donc basé sur l'existence d'une clientèle captive. Il est cependant précisé dans l'analyse qui suit que les consommateurs non captifs, ceux qui ont la possibilité d'arbitrer entre véhicules inférieurs à 50 cm<sup>3</sup> et véhicules de puissance supérieure tendent de plus en plus à aller vers les plus de 50 cm<sup>3</sup>. Au point que, nous dit-on dans un passage ultérieur consacré au cas du marché italien : « *le marché des véhicules à deux roues inférieurs à 50 cm<sup>3</sup> paraît subir la concurrence à la marge du marché voisin des scooters supérieurs à 50 cm<sup>3</sup> et devient de plus en plus un marché résiduel pour servir la demande des jeunes de 14 à 16 ans qui n'ont pas d'autre choix* ».

Cette idée de marché captif est assez claire, mais la concurrence à la marge entre les deux marchés voisins n'est-elle pas suffisamment intense pour que la distinction entre les deux marchés ne soit plus vraiment fondée ? Il semble que la Commission admette sans plus de discussion que la fuite des clients potentiels plus âgés que 16 ans vers les véhicules supérieurs à 50 cm<sup>3</sup> soit telle qu'il ne reste plus que les captifs dans le premier marché, lequel peut donc être l'objet de hausses sensibles de prix sans risque de pertes nouvelles de clients. Un supplément de précision analytique aurait été souhaitable sur ce point.

Mais c'est surtout sur la dimension géographique qu'a porté le désaccord entre les parties et les autorités. Les premières soutenaient la thèse d'un marché européen, les secondes ont maintenu celle de marchés nationaux sans que l'argumentation n'emporte totalement la conviction. Les raisons essentielles du maintien du caractère national seraient : (i) une survivance de différences significatives de prix entre pays européens ; (ii) des différences de législation sur le permis de conduire ; (iii) des différences en matière de canaux de distribution. Ces différences sont un fait établi, mais leur influence sur les tendances à l'arbitrage entre pays n'est pas établie de façon formelle. Ce point n'est pas sans importance puisqu'il est dit qu'une acceptation sans plus de discussion aurait été accordée dans l'hypothèse d'un marché européen.

Une fois acceptées les délimitations du marché de la Commission, il apparaît que l'opération ne pose guère de problèmes dans les pays autres que l'Italie. En effet, l'addition des parts de marché de Piaggio et Aprilia pour les scooters et cyclomoteurs aussi bien pour les moteurs inférieurs à 50 cm<sup>3</sup> que pour ceux de puissance supérieure donne des positions fortes dans quelques pays : parfois près de 40 % alors que le concurrent le plus fort se situe à 25 % (France pour les véhicules > 50 cm<sup>3</sup> ; RU pour les véhicules > 50 cm<sup>3</sup> ; Autriche pour les véhicules > 50 cm<sup>3</sup>). Mais la puissance

des concurrents tels que Honda, Yamaha, Suzuki et Peugeot permet d'envisager une capacité de ses firmes à capter la clientèle dans l'hypothèse d'une hausse de prix du nouvel ensemble. De plus, Aprilia est une société en perte de vitesse, accumulant des pertes sur les derniers exercices et jamais leader sur les divers marchés géographiques. Les risques d'affaiblissement de la concurrence sont donc insignifiants. C'est encore plus vrai pour le marché des motos, où Piaggio n'opérait pas avant la fusion.

Le problème est particulièrement délicat pour les opérations où seulement certains aspects comportent des risques concurrentiels sans que pour autant il soit aisé de trouver des cessions d'actifs compensatrices. La Commission reconnaît même le caractère généralement pro concurrentiel de l'opération de fusion (cf. point 13 de la décision). Elle permet en effet à Piaggio d'élargir sa gamme en entrant dans le marché des motos et d'augmenter sa production par unité de temps : le nouveau groupe produira environ 500 000 véhicules par an, alors que les principaux concurrents comme Honda ou Yamaha produisent chacun plusieurs millions de modèles par an.

On serait tenté de penser que l'essentiel a été dit avec les considérations qui précèdent. Au moment où certains hommes politiques tentent de réhabiliter certaines vieilles recettes de politique industrielle au niveau européen, on est tenté de penser qu'il suffirait de laisser faire ces deux firmes qui joignent leurs ressources pour avoir de façon « naturelle » une firme plus compétitive sans qu'il soit nécessaire de recourir à des mesures publiques (cette remarque ne signifie pas que le soutien public à la R&D soit à négliger, mais il s'agit d'un autre débat). Au lieu d'en rester là, les autorités de Bruxelles mettent la loupe sur le marché italien. Et elles y trouvent une raison de s'inquiéter : sur le marché des deux roues de puissance inférieure à 50 cm<sup>3</sup>, l'opération serait susceptible d'affaiblir sensiblement la concurrence. La raison en serait la domination du nouveau groupe sur le marché italien. En parts de marché, cela donne entre 54 et 58 %, alors que les concurrents suivent assez loin : Malaguti à 10-15 %, Yamaha à 10-15 %, Peugeot à 5-10 %, Kimco à 1-5 % et Honda à 1-5 %. L'association du numéro 1 et du numéro 2 du marché donne évidemment une position très forte en parts de marché. Et cette position apparaît comme plus forte encore au regard des données concernant des sous segments de marché. Sur le segment dit de « *ruota alta* », le nouveau groupe atteint les trois quarts du marché avec deux modèles à grand succès : le Piaggio Liberty et l'Aprilia Scarabeo. Le troisième modèle le plus vendu, le Kymco People, n'atteint pas une part de 10 %. Certes les parties à l'opération ont défendu l'idée selon laquelle cette puissance était plus fragile qu'il n'apparaissait au premier abord. La puissance des concurrents dans les marchés contigus, notamment Honda et Yamaha dans les scooters de puissance supérieure à 50 cm<sup>3</sup>, jointe à la volatilité du marché font que les parts ne sont pas stables et que la position de Piaggio/Aprilia est facilement attaquable. Le fait que les commerces de détail soient en général multimarques renforce les chances d'attaque des concurrents. On en vient à penser que des considérations en termes de substitution du côté de l'offre auraient pu suffire à rassurer l'autorité.

Mais la Commission écarte ces arguments des parties et souligne que la masse critique atteinte par le nouveau groupe grâce à un effet dit de gamme (ou de portefeuille) est susceptible de constituer une barrière au développe-

ment des concurrents. Les marques les plus connues et appréciées sont en effet Piaggio, Vespa, Gilera et Aprilia, dans une moindre mesure Derbi, toutes appartenant au nouvel ensemble. L'effet de portefeuille s'étend au fait que le groupe va couvrir tous les segments du marché : Vespa pour les scooters classiques, Piaggio et Aprilia pour le segment de « ruota alta », Aprilia et Gilera pour le segment sportif. Enfin, la Commission note la capacité du nouvel ensemble d'introduire sur le marché un nombre important de modèles nouveaux et différenciés du point de vue design ainsi que du point de vue technique. Ces derniers arguments paraissent pro concurrentiel, mais ils deviennent ici les vecteurs d'un risque de domination.

Pour plusieurs raisons déjà signalées, on pourrait considérer que le risque d'atteinte à la concurrence n'est pas si grand que ne semble l'indiquer la Commission : nature européenne du marché, contiguïté de plus en plus effective des marchés < 50 cm<sup>3</sup> et > 50 cm<sup>3</sup>, possibilité d'entrée rapide des concurrents notamment grâce au commerce multimarque et à des conditions de production assez similaires entre < 50 cm<sup>3</sup> et > 50 cm<sup>3</sup>. Mais dès lors qu'on a accepté le marché italien des deux roues < 50 cm<sup>3</sup>, on échappe difficilement à la caractérisation de position dominante aggravée. Etant donné que le problème ne concerne qu'une petite partie de l'opération : un des marchés de produit concerné et seulement pour l'Italie, on se dit qu'il serait dommage que ce seul aspect bloque l'entière opération. Mais d'un autre côté, il est difficile d'imaginer des remèdes structurels qui ne concernent que cette zone. Le diagnostic annonçait une difficulté au niveau des remèdes.

## 1.2 L'acquisition de certaines filiales de Gaz de France par Total

Dans cette affaire<sup>6</sup>, la Commission a examiné l'acquisition par Total de plusieurs parties de Gaz de France. L'opération s'inscrit dans le contexte plus général de la réorganisation des activités de Total et Gaz de France sur le marché du gaz naturel en France, réorganisation rendue nécessaire par la mise en œuvre au 1<sup>er</sup> juillet 2004 de la « Deuxième Directive Gaz »<sup>7</sup>. Les parties ont expliqué que « *la mise en œuvre des règles relatives à l'accès des tiers aux réseaux de transport et infrastructures de stockage de gaz naturel, d'une part et la séparation juridique des activités de transport et des autres activités liées au gaz naturel, d'autre part, rendent nécessaire un tel réaménagement de leurs relations* ». Il s'agit en fait :

- de transférer à Total le contrôle exclusif de certaines infrastructures de transport et de stockage dans le Sud-Ouest de la France, auparavant contrôlées conjointement par ces deux sociétés ;
- de dénouer leurs participations croisées dans deux sociétés : Gaz du Sud-Ouest (GSO détenue par Total à 70 % et GDF à 30 %), active dans le transport et la fourniture de gaz naturel dans le Sud-Ouest de la France uniquement, et Compagnie Française du Méthane (CFM détenue par Total à 45 % et GDF à 55 % qui en assurait le contrôle

6. Déc. Comm. CE n° COMP/M.3410, Total C/ GDF, JOUE 27 août 2004, n° C 215, p. 11.

7. Dir. Parl. et Cons. CE n° 2003/55, 26 juin 2003, JOUE 15 juill., n° L 176, p. 57.

exclusif), active dans le transport et la fourniture de gaz naturel dans le Centre et l'Ouest de la France.

Les opérations concernant les structures de transport et de stockage portent de façon plus précise sur les éléments suivants :

- acquisition par Total d'un portefeuille de clients éligibles dans le Centre et l'Ouest (SC1), auparavant approvisionnés par CFM ;
- acquisition par Total de canalisations de transport de gaz naturel dans le Sud-Ouest (les Canalisations) ;
- acquisition par Total du contrôle exclusif de la canalisation de transport de gaz naturel reliant Lacq à la frontière espagnole (le Lacal) ;
- acquisition par Total du contrôle exclusif des installations de stockage de gaz naturel d'Izaute dans les Pyrénées Atlantiques.

La délimitation des marchés est un classique dans une telle opération. On distingue de l'amont à l'aval : les activités d'exploration, de production, de transport, de stockage, de distribution, de négoce et de fourniture de gaz naturel. Ici sont affectés transport, stockage et fourniture aux clients éligibles. Les parties notifiantes ont suggéré de distinguer au sein de la fourniture du produit un marché du négoce (vente aux clients éligibles revendeurs) et un marché de la vente aux clients éligibles finals. L'enquête de marché sur la France ayant confirmé l'intérêt de cette distinction elle est reprise dans la décision. Comme dans le cas précédent, les parties et l'autorité ont divergé pour ce qui concerne la délimitation géographique des marchés, de taille nationale pour les parties, mais seulement de taille régionale pour les autorités. Il existe en France des zones tarifaires différentes. De plus, en l'état du réseau de transport, des congestions physiques entre zones semblent de nature à limiter fortement les arbitrages possibles entre zones. La même analyse s'applique au marché du stockage ainsi que, par voie de conséquence, au marché des clients éligibles. Il reste cependant un peu gênant que les conclusions de la Commission ne puissent pas être plus précises que celles du type « *il ne peut être exclu que le stockage de gaz dans la zone GSO constitue un marché géographique distinct* » (point 30 de la décision). Il s'agit évidemment d'une figure de style, et chacun sait que la délimitation précise des contours des marchés constitue un exercice toujours délicat. Mais une conclusion plus tranchée reviendrait à rassurer sur la précision de l'analyse de concurrence qui suit.

Comme dans le cas Piaggio/Aprilia, la Commission indique combien dans sa globalité l'opération est de nature pro concurrentielle. Il est, en outre, évident que si une définition nationale des marchés était retenue, la fusion pourrait passer sans qu'il soit nécessaire de poursuivre la discussion. Mais si l'on retient des marchés régionaux, ce qui selon les termes de la Commission « *ne peut être exclu* », alors l'opération pose de sérieux problèmes de concurrence dans la zone GSO, à la fois sur le marché du transport du gaz naturel, sur le marché du stockage et sur celui de la fourniture aux clients éligibles consommateurs finals.

Dans la zone CFM en effet, l'opération consiste seulement en l'acquisition d'un portefeuille de clients éligibles. Total va se retrouver avec environ 15 à 25 % de part de marché dans cette zone (Centre et Ouest), loin derrière

GDF. Or Total n'était pas présent auparavant. L'opération est donc plutôt pro concurrentielle en zone CFM.

En revanche, dans la zone GSO, Total va disposer d'un monopole pour le transport du gaz naturel, d'un monopole pour le stockage et, en l'état actuel du marché des clients éligibles un monopole sur ce dernier marché également. Le monopole de transport et de stockage renforce évidemment le risque de maintien du monopole sur les clients éligibles puisque tout changement de fournisseur pour ces derniers nécessite un approvisionnement par l'intermédiaire des capacités de transport et de stockage de Total. Les risques sont grands d'un refus d'accès aux concurrents dans ces conditions.

### 1.3 L'acquisition de TMC par TF1 et AB

Le ministère de l'Économie<sup>8</sup> autorise TF1 et le groupe AB à prendre le contrôle de la chaîne Télé Monte-Carlo (TMC), seule chaîne généraliste qui fait partie du bouquet de chaînes gratuites lancé en mars 2005 dans le cadre de la télévision numérique terrestre (TNT). Avant la mise en place de la TNT, cette chaîne obtenait 1 % de part d'audience (2,2 % selon *Les Échos*, 2 nov. 2004, p. 31) et le deuxième rang des chaînes de complément (après RTL9). Son capital était détenu à 80 % par Pathé et à 20 % par la Principauté de Monaco. TF1 et le groupe AB ont souhaité acquérir les parts de capital détenues par Pathé.

L'autorité de concurrence cite trois marchés susceptibles d'être concernés par l'opération : (i) le marché de la commercialisation et de l'exploitation de chaînes thématiques ; (ii) le marché de l'acquisition de droits de diffusion ; (iii) le marché de la publicité télévisée. Sur les deux premiers marchés, l'autorité note un chevauchement des activités des parties (chaînes thématiques, diffusion de programmes spécifiquement édités pour une diffusion télévisée). Néanmoins, la structure globale du marché n'est pas modifiée par l'opération car la concurrence des groupes Canal +, Lagardère, Pathé et France Télévisions reste vive (concernant les droits de diffusion, les parts de marché de FT, TF1 – TPS inclus –, Canal + et AB sont respectivement 36 %, 27 %, 22,4 % et 0,9 %). Ainsi, l'autorité conclut qu'il n'y a pas de risque d'atteinte à la concurrence sur ces marchés. Dans le dernier marché, celui de la publicité télévisée, un risque d'entrave à la concurrence est constaté. En effet, TF1 en acquérant TMC renforce sa position dominante sur ce marché. Rappelons que la société TF1 a été condamnée, le 13 février 2001 par le Conseil de la concurrence, pour abus de position dominante sur le marché de la publicité télévisée<sup>9</sup>. En 2003, la part de marché globale de TF1 s'élevait à 53,5 %. L'opération n'aurait provoqué qu'une augmentation marginale de sa part de marché si les autorités n'avaient pas pris en compte l'effet de la mise en place de la TNT. Mais dans ce nouveau contexte technologique, le caractère généraliste et la diffusion désormais nationale de TMC sont stratégiques en termes de conséquences publicitaires car les annonceurs pour cibler une audience la plus large possible sont attirés par ces

8. Lettre min., 27 oct. 2004, relative à une concentration dans le secteur de l'audiovisuel.

9. Cf. Cons. conc., déc. n° 00-D-67, 13 févr. 2001, Vente d'espaces publicitaires télévisuels, BOCCRF du 30 mars, p. 166.

nouveaux atouts. L'autorité de concurrence reprochait au projet de concentration de renforcer une position dominante en générant un effet de gamme. Le fait pour TF1 de disposer de deux chaînes gratuites généralistes constituerait cet effet de gamme. Ce dernier entraînerait une augmentation de l'audience des chaînes du groupe TF1, la chaîne TF1 réalisant déjà 90 % des meilleures audiences, et donc un « effet de levier » important sur le marché publicitaire. « *Au-delà de l'impact de son changement de statut, TMC conférerait un avantage concurrentiel significatif à TF1 et entraînerait ultérieurement un renforcement notable de sa position dominante. (...) En conséquence, l'opération notifiée, en renforçant la position dominante de TF1 sur le marché de la publicité télévisée, est susceptible de porter atteinte à la concurrence sur ce dernier* »<sup>10</sup>. Sans l'utilisation de remède, ce projet aurait été bloqué.

## **2 L'imparfaite adéquation entre les décisions d'acceptation et les remèdes non structurels**

Dans les trois affaires présentées ci-dessus, des problèmes de concurrence sont décelés sur certains points de l'opération, concernant des aspects limités géographiquement ou sur un des marchés parmi les nombreux concernés par l'opération (publicité télévisée).

Dans les trois cas, les autorités se sont trouvées face à des concentrations qui non seulement ne semblaient pas poser dans leur globalité de problèmes majeurs, mais qui se révélaient, au moins pour deux sur les trois, plutôt pro concurrentielles (Total/GDF, Piaggio/Aprilia). Il eût été bien dommage de bloquer de telles opérations. Heureusement, la politique des remèdes est de plus en plus développée et c'est bien par des mesures correctrices éventuelles que les opérations pouvaient être sauvées, et avec elles les aspects positifs reconnus.

### **2.1 Quels remèdes ?**

Les conditions des trois affaires de concentration discutées ici ne permettraient pas de mettre en œuvre des remèdes de caractère structurel. Dans les cas Total/Gaz de France et TF1-AB/TMC, des cessions d'actifs étaient impossibles sans que se trouve *ipso facto* remise en cause l'opération dans son ensemble.

En effet, dans le cas Total/GDF, un gazoduc est indivisible et les capacités de stockage de gaz ne le sont pas plus. La seule façon de diviser économiquement un actif physiquement indivisible consiste à en faire partager l'usage dans le temps. De même, on imagine mal comment on pourrait envisager des cessions d'actifs dans le cas de TF1. Couper TMC en morceaux n'a guère de sens. Le seul remède structurel est le plus radical, c'est-à-dire le rejet de la fusion.

---

10. Lettre min., 27 oct. 2004, *op. cit.*

Enfin dans l'affaire Piaggio/Aprilia, la Commission a envisagé des cessions d'actifs : unités de production, marques, distribution. Mais cette approche s'est révélée irréaliste pour deux raisons nous dit-on. La première est l'existence de fortes surcapacités dans le secteur, qui ne sont évidemment pas de nature à inciter l'entrée d'un nouvel opérateur, ni même le développement d'un concurrent existant. Dans le même registre, la Commission note que la tendance est à la recherche de gains de productivité par l'exploitation maximale d'économies d'échelle, une autre raison pour ne pas vouloir développer quelques actifs productifs remis sur le marché. Enfin, il est noté que la production des moteurs n'est pas la partie forte de la valeur ajoutée des constructeurs. Celle-ci se trouve plutôt dans la conception et dans la réputation des marques. Des cessions de marques ont été envisagées, mais sans plus de succès, le marché manifestant peu d'intérêt pour des marques ciblées sur un segment en recul du marché.

Rappelons que Honda s'est retiré de ce marché des véhicules de moins de 50 cm<sup>3</sup>, bien qu'il puisse y revenir facilement. Notons que cette première raison constitue une raison supplémentaire de penser qu'il n'existait pas de véritables risques sérieux d'atteinte à la concurrence même sur le marché défini de façon étroite des deux roues < 50 cm<sup>3</sup> en Italie.

Cette première série de raisons serait déjà suffisante, bien qu'on puisse en tirer l'argument qu'il valait mieux laisser faire tout simplement. A cela s'ajoute cependant une deuxième raison liée au principe de proportionnalité des remèdes<sup>11</sup>. Le remède employé ne doit pas dépasser les limites de ce qui est approprié pour atteindre le retour à une concurrence effective. En effet, des remèdes structurels portant sur le portefeuille de marques du nouveau groupe seraient de nature à avoir des effets très importants sur des marchés de produits et des marchés géographiques qui ont été identifiés comme ne présentant pas de problème de concurrence à la suite de l'opération. Cette éventuelle extension des remèdes au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour corriger le problème identifié ne serait évidemment pas acceptable.

Il a donc fallu, dans les trois cas, considérer soit le rejet, soit l'adoption de remèdes non structurels, malgré les limites qu'on connaît à ces derniers.

Le cas de Total est au fond le plus simple. Comme dans toutes les industries de réseaux que l'on dérègle, une régulation du secteur reste de mise et, en particulier, des portions de ces industries qui constituent d'authentiques monopoles naturels, du fait de la taille des coûts fixes par rapport à la demande. C'est bien le cas des canalisations de gaz naturel, ou encore du stockage qui, pour des raisons techniques, s'avèrent difficilement reproductibles. En effet, le transport et le stockage du gaz naturel connaissent des coûts très élevés dus aux lourdes infrastructures que ces opérations requièrent : transport par gazoduc ou canalisations, stockage souterrain en nappes aquifères ou en cavités salines. De plus, le réseau doit être dense du fait de l'éloignement entre les centres de production et les zones de consommation. Tout montre que la duplication de tels réseaux se-

---

11. DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES (DGCCRF), « Projet de lignes directrices relatives au contrôle national des concentrations », *op. cit.*

rait antiéconomique. Dans ce cadre, obliger Total à respecter une réglementation d'accès à des tiers au réseau est une règle classique dans ce domaine. De fait, sans la concentration, le propriétaire antérieur, c'est-à-dire Total et Gaz de France aurait également été tenu de faire de même. La contribution de la Commission, à l'occasion de cette fusion semble être d'aller un pas plus loin que le régulateur du secteur. La « Deuxième Directive Gaz », <sup>12</sup>, prévoit que « *les entreprises intégrées de gaz naturel devront constituer, au 1<sup>er</sup> juillet 2004, un ou plusieurs gestionnaires de réseau de transport qui seront juridiquement séparés et indépendants du reste de leurs activités afin d'éviter toute subvention croisée et toute transmission d'information commerciale* » (point 51 de la décision de la Commission). Mais la même directive prévoit que « *les entreprises de transport peuvent légitimement refuser l'accès à leur réseau de transport en se fondant notamment sur un manque de capacités disponibles* ». Ici, l'engagement va plus loin, puisque Total accepte que, en cas de changement de fournisseur, l'approvisionnement du client soit transféré au nouveau fournisseur. Cela concerne les capacités correspondantes aux points d'entrée et aux points de sortie des canalisations. Pour les points d'entrée, cela comprend les connexions avec le réseau espagnol. En cas d'insuffisance de capacités disponibles et donc de congestion des infrastructures, les engagements prévoient :

- une procédure de conciliation visant à trouver une solution dans un délai d'un mois, cette conciliation étant supervisée par une autorité compétente ;
- que Total procède à une méthode d'allocation des capacités de manière « *transparente et non discriminatoire* » pour les opérateurs. Tous ces engagements figureront dans les contrats de transport et de stockage de Total.

La régulation prévue par les autorités du secteur contrôle les tarifs d'accès au réseau. Il n'est pas à craindre de tarifs discriminants, risquant de fausser la concurrence. Enfin, aucun fournisseur ne peut geler des capacités en les maintenant au stade virtuel. Il s'agit de la clause dite « *use-it-or-lose-it* » qui requiert le titulaire de capacité de mettre à la disposition du marché la capacité réservée si elle reste inutilisée.

Pour Piaggio/Aprilia, le remède proposé par les parties a été accepté par l'autorité de concurrence en quelque sorte par défaut <sup>13</sup>. Il s'agit d'un remède quasi structurel. La société Piaggio s'est engagée à mettre à disposition de tous les fabricants qui le souhaiteraient, pour une période illimitée, ses moteurs 50 cm<sup>3</sup> les plus avancés. Le moteur à quatre temps qui équipe actuellement le modèle très populaire Liberty 50 cm<sup>3</sup> serait ainsi accessible à des conditions très favorables à tous les concurrents, dans les mêmes conditions commerciales que celles prévalant auparavant entre Piaggio et Aprilia.

Dans le cas TF1-AB/TMC, à partir du moment où l'autorité de concurrence a clairement identifié un risque d'atteinte à la concurrence (ici un renforcement de position dominante), les parties se devaient de proposer des remèdes adaptés pour que leur projet de concentration soit accepté.

12. Dir. Parl. et Cons. CE n° 2003/55, *op. cit.*

13. Cf. ci-dessus pour le caractère irréalisable des cessions d'actifs.

TF1 et AB s'engagent à ce que la régie des espaces publicitaires de TMC soit exploitée de façon autonome, directement au sein de la Société TMC, par l'intermédiaire d'une filiale de TMC, ou par l'intermédiaire d'une société indépendante de TF1. Les parties fusionnant garantissent que la commercialisation des espaces publicitaires de TMC sera totalement indépendante de la société TF1 Publicité. « *Aucune commercialisation d'espaces publicitaires ne sera effectuée en couplage avec la chaîne TF1* », toute remise couplée entre l'achat d'espaces publicitaires sur la chaîne TF1 et sur la chaîne TMC sera interdite. Ces remèdes permettent de séparer les activités de publicité entre TF1 et la nouvelle entité.

## 2.2 Discussion

Dans ces trois affaires, des remèdes non structurels ont donc finalement sauvé les opérations de concentration, bien que ce mode de résolution des contrôles ne soit pas le favori des autorités de concurrence. Certes, comme nous l'avons rappelé dans l'introduction, des injonctions comportementales et des restrictions en matière contractuelle sont susceptibles de permettre une reproduction des situations concurrentielles. Mais on sait aussi que les incitations des entreprises dans un tel cadre ne sont pas identiques à celles résultant d'une concurrence structurelle. Le jeu entre les firmes et le régulateur prend des aspects sensiblement différents, compte tenu des problèmes informationnels, des conditions de fonctionnement des administrations et des considérations d'économie politique. Si l'autorité recourt généralement à des remèdes structurels, mis à part pour les aspects verticaux des fusions, on note ici qu'elle a dû se contenter de mesures non structurelles, y compris pour résoudre des problèmes horizontaux. En réalité, les trois cas laissent apparaître une certaine ambiguïté à la fois sur la correction recherchée et sur la portée du remède choisi.

Dans le cas Total, le remède choisi est assez classique pour un problème d'accès des tiers à un actif unique et indivisible. Le remède non structurel s'impose. Mais, ce qui surprend c'est qu'il soit nécessaire de passer par l'opération de cession de GDF à Total pour en venir là. En réalité, la régulation de l'activité gazière ne nécessitait-elle pas de toute façon un tel type de correction. Même si GDF avait conservé seul la propriété ou si un fournisseur espagnol avait acquis le gazoduc, il aurait bien fallu traiter la question de façon similaire. Si la régulation de secteur gaz ne comporte pas tous les éléments pour favoriser la concurrence, il faut bien que l'autorité de concurrence s'en charge, mais ce n'est donc pas à proprement parler un remède à une fusion.

Dans le cas Piaggio, le problème est horizontal sur le marché des deux roues  $< 50 \text{ cm}^3$  en Italie, un cas typique où si l'on suivait l'exemple américain, on n'utiliserait pas des remèdes non structurels. On a peine à imaginer que par rapport aux autres aspects de concurrence étudiés dans ce cas, tels que les pressions des firmes japonaises, le commerce multimarque et autres éléments présentés dans le bilan concurrentiel, le remède choisi soit véritablement décisif. Paradoxalement, on pourrait même soutenir la position inverse. En premier lieu, comme nous l'avons vu plus haut, de nom-

breux éléments vont dans le sens d'un diagnostic de concurrence effective suffisante sur ce marché. L'effet d'avantage compétitif de gamme détenu par le nouveau groupe est présenté comme anticoncurrentiel, alors que tous les points à ce sujet sont pro concurrentiels. Enfin, en laissant faire le marché, au risque d'avoir dans la pire des hypothèses une phase de domination profitable pour le nouveau groupe dans la zone Italie du marché en régression des deux roues < 50 cm<sup>3</sup>, on aurait probablement vu un regain d'intérêt pour ce segment profitable de la part de Honda ou une plus grande agressivité de la part de Yamaha. Cela passerait par une politique de prix plus agressive de ces concurrents et par une politique d'innovation susceptible de faire progresser plus vite la technologie des moteurs quatre temps en question. Au moment où on envisage le retour en grâce des coûteuses politiques industrielles, une politique de laissez faire, même avec quelque inefficacité temporaire est certainement capable de faire aussi bien sinon mieux.

Dans l'affaire TF1, le point essentiel de l'opération est en réalité une stratégie de préemption vis-à-vis des concurrents. Pourtant, le remède laisse le groupe TF1 effectuer une acquisition stratégiquement intéressante. TF1 réussit à racheter la chaîne la plus attractive – en termes de ressources publicitaires – des nouvelles chaînes gratuites disponibles sur la TNT. La concentration permet finalement, faute d'une rentabilité exceptionnelle pour le groupe TF1, de maintenir sa place sur le marché de la publicité télévisée et de réduire les possibilités des concurrents de se développer sur ce marché. Cela pose une question plus fondamentale sur cette affaire. Quel est le véritable objectif de la politique de concurrence lorsqu'elle s'attaque à la position dominante de TF1 sur le marché de la publicité télévisée ? S'agit-il de maximiser le surplus des consommateurs ou le surplus global ? On ne voit pas comment les consommateurs-télé spectateurs sont au centre de l'objectif puisque la décision ne mentionne pas la diversité des programmes comme un souci majeur de son examen. Si la diversité des programmes était réellement au cœur de l'affaire, il aurait fallu recourir à une interdiction du projet, puisque le remède choisi maintient la domination de TF1 et le blocage des entrants. Mais dans ces conditions, ne vaudrait-il mieux pas tout simplement autoriser l'opération en permettant ainsi à TF1 de maximiser ses profits, avec au passage une certaine efficacité : des prix moins chers pour les annonceurs.

Un dernier point mérite discussion. Dans deux des cas récents étudiés (Piaggio/Aprilia, TF1-AB/TMC), l'autorité de concurrence reproche aux parties notifiantes un effet de gamme ou de portefeuille. Cet effet de gamme est un sujet de débat récurrent dans les affaires antitrust. Revenons plus en détails sur ce qu'est un effet de gamme et quelle utilisation il en a été fait par les différentes autorités. Selon le ministre de l'Économie, « *le fait pour TF1 de disposer de deux chaînes gratuites généralistes constituerait cet effet de gamme. Ce dernier entraînerait une augmentation de l'audience des chaînes du groupe TF1, la chaîne TF1 réalisant déjà 90 % des meilleures audiences, et donc un "effet de levier" important sur le marché publicitaire* ». L'effet de gamme renvoie à une situation dans laquelle l'entreprise dispose d'une gamme de plusieurs marques. Selon la Commission, le pouvoir de marché provenant de la gamme est plus fort que la somme des parts de

marché de chaque marque et peut ainsi donner à la nouvelle entité fusionnée une position dominante. Dans ces circonstances, l'effet de gamme risque de contribuer à long terme à exclure du marché les concurrents et à permettre à l'entreprise qui possède la gamme de produits la plus large d'élever ses prix. Cette notion est admise par les autorités européennes<sup>14</sup> et françaises<sup>15</sup> mais n'est pas reconnue par le DOJ et la FTC américains<sup>16</sup>. Les autorités américaines réfutent cette théorie qui, selon elles, conduit à bloquer des fusions pro concurrentielles, ces dernières générant des gains d'efficacité (gamme de produits plus larges) qui sont répercutés en termes de baisses des prix aux consommateurs.

Cette différence de point de vue a atteint son paroxysme dans l'affaire General Electric/Honeywell, précitée, où le numéro deux du DOJ, William J. Kolasky, affirmait que « *la théorie des effets de gamme refuse aux usagers un bénéfice certain et immédiat de prix plus bas et de produits meilleurs en invoquant la crainte spéculative et à long terme que les concurrents puissent quitter un jour le marché s'ils ne peuvent pas s'aligner sur l'offre de l'entreprise fusionnée et que cette dernière puisse alors exercer un pouvoir de marché si elle n'est pas soumise à une entrée effective ou à une menace d'entrée* »<sup>17</sup>. Dans les deux cas étudiés, les autorités ont remédié à l'effet de gamme par des engagements comportementaux et ont finalement privilégié le renforcement d'une position dominante aux gains d'efficacité potentiellement réalisés par la concentration.

## Conclusion

Dans l'affaire Total/GDF, c'est de la régulation normale et qui ne devrait pas avoir de lien à une opération de concentration, dans les deux autres cas, on peut se demander si les remèdes ne sont pas en quelque sorte de la « poudre aux yeux », ou du moins une façon pour l'autorité de montrer qu'elle était présente, qu'elle a fait son travail et que, même si l'on ne pouvait pas faire beaucoup, on a marqué la présence du gardien des structures de marché. Peut-être était-ce déjà beaucoup ?

14. Cf. Déc. n°97/540/CE de la Commission, 22 janv. 1997, Coca-Cola/Amalgamated Beverage, JOCE 9 août 1997, n° L 218 ; Déc. n° 2004/134/CE de la Commission, 3 juin 2001, General Electric/Honeywell, JOCE 18 févr. 2004, n° L 48, p. 1.

15. Cf. Cons. conc., avis n°98-A-09, 29 juill. 1998, BOCCRF 7 oct., p. 559, Recueil Lamy, n° 764, comm. Crampes Cl. ; Coats/DMC, 2000 ; Cons. conc., avis n°2000-A-11, 6 juin 2000, relatif à l'acquisition par la société Assa Abloy France de la société Fichet Serrurerie Bâtiments, Recueil Lamy, n° 847, comm. Sélinsky V.

16. Pour une revue des différences de traitement entre les cas européens et américains, cf. l'étude récente de Eric R. EMCH. « 'Portfolio Effects' in Merger Analysis: Differences between EU and U.S. Practice and Recommendations for the Future ». Dans : *The Antitrust Bulletin* 49.1-2 (2004), p. 55-100

17. William J. KOLASKY et Leon B. GREENFIELD. « A View to a Kill – The Lost GE/Honeywell Deal Reveals a Trans-Atlantic Clash of Essentials ». Dans : *Legal Times* (juil. 2001), p. 28-29.

## Références

- COMMISSION EUROPÉENNE. « Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement n° 4064/89 du Conseil et au règlement n° 447/98 de la Commission ». Dans : *JOCE 2 mars 2001* C 68 (2001), p. 3.
- DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES (DGCCRF). « Projet de lignes directrices relatives au contrôle national des concentrations ». Dans : *document du 13 décembre 2002* (2002).
- EMCH, Eric R. « 'Portfolio Effects' in Merger Analysis: Differences between EU and U.S. Practice and Recommendations for the Future ». Dans : *The Antitrust Bulletin* 49.1-2 (2004), p. 55–100.
- JENNY, Frédéric. « Design and Implementation of Merger Remedies in High Tech Industries ». Dans : *Merger Remedies in U.S. and EU Competition Law*. Sous la dir. de François LÉVÊQUE et Howard A. SHELANSKI. London : Edward Elgar Publishing, 2003, p. 160–171.
- KOLASKY, William J. et Leon B. GREENFIELD. « A View to a Kill – The Lost GE/Honeywell Deal Reveals a Trans-Atlantic Clash of Essentials ». Dans : *Legal Times* (juil. 2001), p. 28–29.
- LITAN, Robert E. et Carl SHAPIRO. « Antitrust Policy During the Clinton Administration ». Dans : *American Economic Policy in the 1990s*. Sous la dir. de Jeffrey A. FRANKEL et Peter R. ORSZAG. Cambridge, MA. : MIT Press, 2002.
- MOTTA, Massimo, Michele POLO et Helder VASCONCELOS. « Merger Remedies in the European Union: An Overview ». Dans : *The Antitrust Bulletin* 52.3-4 (2007), p. 603–631.
- SULLIVAN, E. Thomas. « Antitrust Remedies in the U.S. and EU: Advancing a Standard of Proportionality ». Dans : *The Antitrust Bulletin* 48.2 (2003), p. 377–425.