



HAL
open science

Négociation d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste

Patrice Bougette

► **To cite this version:**

Patrice Bougette. Négociation d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste. Revue internationale de droit économique, 2011, 4 (Les Dossiers), pp.111-124. <halshs-00580669>

HAL Id: halshs-00580669

<https://shs.hal.science/halshs-00580669v1>

Submitted on 21 Oct 2011

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.



HAL Authorization

Négociation d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste^{*†}

Patrice BOUGETTE[‡]

Résumé

Cette contribution a pour objectif d'étudier la dimension économique de la négociation dans le cadre du contrôle des concentrations, en s'appuyant sur les derniers résultats de la littérature. Après avoir rappelé la typologie classique des engagements utilisés dans ce cadre, nous détaillons les enjeux de la négociation entre parties et autorité de concurrence. L'arbitrage entre sévérité des engagements proposés, gains d'efficacité attendus du projet et durée de la procédure est au centre du processus de négociation. Enfin, la mesure de la réussite de la négociation permet de fournir des pistes pour mettre en œuvre les engagements du mieux que possible.

Mots-clés : négociation, concentrations, engagements.

Abstract

This article aims at studying the economic dimension of the bargaining process in merger control by using the latest results from the literature. After recalling the classic typology of merger remedies, we look at what is at stake in the negotiation between merging parties and the competition authority. The tradeoff between merger remedies, efficiency gains expected from the file, and the length of the authority's investigation is at the core of the bargaining process. Lastly, assessing the success of the negotiation provides insight into how to best implement merger remedies.

Keywords: bargaining, mergers, remedies.

JEL Classification: K21, L12, L41.

*Article paru dans la *Revue internationale de droit économique*, 2011, dossier spécial n° 4 « Les procédures négociées en droit de la concurrence », p. 111–124.

†L'auteur tient à remercier chaleureusement l'ensemble des participants aux quatrièmes journées de droit économique à Sophia-Antipolis, une attention particulière à Frédéric Marty et Patrice Reis pour l'organisation de la journée. L'auteur remercie également David Bosco, Anne Perrot et Véronique Sélinisky pour la qualité de leurs commentaires. Enfin, Marc Deschamps est remercié pour avoir relu une version antérieure de ce texte.

‡Université de Nice–Sophia Antipolis, France ; GREDEG (*Groupe de REcherche en Droit, Économie, Gestion*), CNRS UMR 6227, Sophia–Antipolis, France ; Chercheur associé au LA-META (*LABoratoire Montpellierain d'Économie Théorique et Appliquée*), CNRS UMR 5474, France. Adresse postale : GREDEG CNRS, 250 rue Albert Einstein, 06560 Valbonne, France. Tél : 04 93 95 41 05, Fax : 04 93 65 37 98. *Email* : patrice.bougette@gredege.cnrs.fr. *Site* : <http://sites.google.com/site/patricebougette>.

1 Introduction

La mise en œuvre du contrôle des concentrations n'est pas un processus binaire dans lequel les opérations seraient acceptées ou bloquées. Les transactions soulèvent parfois des problèmes anticoncurrentiels mais celles-ci peuvent être approuvées sous réserve d'engagements des parties notifiantes. Joseph Farrell, dans un article publié en 2003, avait pour la première fois souligné les difficultés inhérentes à cette négociation entre parties à la concentration et autorité de la concurrence¹. Sa présentation, intitulée *Negotiation and Merger Remedies: Some Problems*, privilégiait une analyse en termes d'incitations et mettait l'accent sur le rôle ambigu de l'acheteur lorsque des transferts d'actifs étaient nécessaires².

Cette contribution a pour objectif d'analyser la dimension économique de la négociation dans le cadre du contrôle des concentrations, en s'appuyant sur les derniers résultats de la littérature³. Après avoir rappelé la typologie des engagements, nous mettrons l'accent sur les enjeux de la négociation entre parties et autorité de concurrence. Enfin, la mesure du succès de la négociation permettra d'évoquer quelques difficultés opérationnelles.

2 La présentation des engagements

Contrairement aux pratiques unilatérales, les engagements s'inscrivent dans une évaluation prospective en matière de concentrations. L'autorité doit anticiper l'évolution des marchés concernés par l'opération notifiée, de manière à ce que les engagements soient *proportionnels* aux doutes anticoncurrentiels soulevés.

2.1 Les difficultés informationnelles d'un contrôle prospectif

Le recours aux engagements rentre dans le cadre du contrôle prospectif des concentrations.

Il convient tout d'abord de souligner que la place réservée à la négociation en matière de concentrations est statistiquement relativement faible : environ neuf concentrations sur dix sont acceptées telles quelles, quelles que soient les autorités⁴. Ce n'est que lorsque ces dernières mettent en évidence des risques d'atteinte à la concurrence, que les parties à la concentration ont la possibilité de proposer des engagements. Ces engagements sont en effet à l'initiative des parties qui, de ce fait, envoient un signal positif à l'autorité signalant qu'elles

1. Joseph FARRELL. « Negotiation and Merger Remedies: Some Problems ». Dans : *Merger Remedies in U.S. and EU Competition Law*. Sous la dir. de F. LÉVÊQUE et H.A. SHELANSKI. Londres : Edward Elgar, 2003, p. 95–105.

2. Cf. *infra*.

3. Pour une analyse juridique de l'utilisation des engagements, voir par exemple Lucile FRÉNEAUX. « L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations ». Dans : *Revue internationale de droit économique* 21.1 (2007), p. 43–67.

4. François LÉVÊQUE. « Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations ? » Dans : *Concurrences* 1 (2006), p. 27–31.

sont prêtes à faire des concessions par rapport à leur projet initial de manière à obtenir son aval. Le recours à ces engagements peut concerner des affaires très médiatiques⁵ ou de taille beaucoup plus réduite. Les interdictions d’emblée de concentrations sont en réalité exceptionnelles, moins de 1% de l’ensemble des notifications.

Le contrôle prospectif engendre alors une négociation asymétrique entre les parties et l’autorité. En effet, les entreprises connaissent en général bien mieux les effets de leur propre rapprochement que l’autorité. Cette situation – que l’on nomme sélection adverse en économie – complexifie la tâche d’évaluation du projet par l’autorité⁶. Il pourrait arriver qu’une situation de *bluff* émerge, les parties tentant de surévaluer les effets positifs de leur projet (même si elles-mêmes peuvent avoir du mal à chiffrer précisément les conséquences de leur rapprochement). Nous verrons que les engagements permettent de *remédier* en partie à ce type de stratégie.

2.2 Les deux grandes catégories d’engagements

Plusieurs types de « remèdes »⁷ sont utilisés, selon le marché en cause, l’organisation des parties et des types d’atteinte à la concurrence : des engagements dits structurels et des engagements comportementaux.

Dans une grande majorité d’affaires, l’autorité de concurrence utilise des engagements structurels, autrement dit un transfert de droits de propriété. Si l’on suit la distinction de la Commission européenne⁸, quatre types d’activités peuvent être cédés : *i*) une activité qui était déjà indépendante et viable, *ii*) une activité qui doit être scindée et intégrée dans la structure de l’acquéreur, *iii*) un ensemble qui combine (mix-and-match) les actifs de plus d’une partie, et *iv*) une licence exclusive à long terme avec durée illimitée ou jusqu’à expiration d’un brevet. Les deux premiers cas sont clairement majoritaires ; le troisième est peu recommandé dans la mesure où les actifs n’ont jamais été utilisés par le même propriétaire et peuvent ainsi vraisemblablement requérir une reconfiguration par l’acheteur⁹. Enfin, la dernière catégorie concerne l’octroi de licences pour certains droits de propriété intellectuelle. Ils sont considérés comme un transfert de position de marché lorsque le but de l’engagement est de céder une affaire à

5. Par exemple, l’affaire *GDF/Suez* avait été abondamment relayée dans la presse. Comm. CE, décision n° COMP/M.4180 du 14 novembre 2006, *Concurrences*, 2007, n° 2, p. 138, obs. J. Philippe.

6. Voir, sur les difficultés informationnelles engendrées par le contrôle *a priori* des concentrations, Patrice BOUGETTE et Florent VENAYRE. « Contrôles *a priori* et *a posteriori* des concentrations : comment augmenter l’efficacité des politiques de concurrence ? » Dans : *Revue d’économie industrielle* 121 (2008), p. 9–40

7. La terminologie de *remède* – qui est issue de la littérature économique anglo-saxonne – mérite d’être précisée. Un remède peut se définir comme une solution économique visant à résoudre les doutes concurrentiels soulevés par l’autorité de concurrence. Un remède peut donc recouvrir plusieurs engagements spécifiques.

8. COMMISSION EUROPÉENNE. « Merger Remedies Study ». Dans : Rapport de la DG Concurrence, octobre 2005 (2005). Voir le commentaire de Patrice BOUGETTE. « La Commission dresse un premier bilan des remèdes employés dans le contrôle des concentrations ». Dans : *Revue Lamy de la concurrence* 8 (2006), p. 9–14.

9. La Federal Trade Commission, dans ses lignes directrices pour négocier les engagements, insiste : « *In general, a ‘mix and match’ proposal tends to slow the process down, requiring more extensive negotiations and more detailed and time-consuming evaluation.* » Statement of the Federal Trade Commission’s Bureau of Competition on Negotiating Merger Remedies.

un concurrent potentiel et que l'échéance de la licence est suffisamment à long terme pour permettre un tel transfert.

Quel que soit le cas, les actifs cédés peuvent être localisés sur des marchés où la concentration est trop élevée, ce qui laisse l'opération se réaliser dans les autres zones. Il s'agit bien souvent du chevauchement d'actifs des parties à la concentration (*overlap*) qui est cédé. Ces transferts sont difficilement réversibles et s'appliquent dans une grande mesure à des pratiques horizontales. En effet, selon l'étude de la Commission sur les engagements¹⁰, plus des trois quarts des cas horizontaux étudiés ont été traités à l'aide de solutions structurelles.

À côté, les engagements comportementaux constituent la deuxième grande catégorie de remède : il s'agit de contraintes strictes sur les pratiques commerciales du futur ensemble. Il ne s'agit plus de transferts mais de contraintes sur les droits de propriété. Ces engagements comportementaux n'altèrent pas la structure du marché ou des actifs détenus par les entreprises concernées. La Commission les classe ainsi : *i*) l'accès des tiers aux infrastructures, i.e. les entreprises notifiantes s'engagent à accorder l'exploitation de certains actifs à leurs rivaux ; *ii*) l'accès à une technologie via des licences obligatoires ou un accès à des droits de propriété intellectuelle ; et, enfin, *iii*) l'arrêt d'accords exclusifs verticaux, c'est-à-dire qu'il peut être exigé du nouvel ensemble de mettre fin à des pratiques verticales restrictives.

Les autorités de concurrence recourent de préférence à des désinvestissements plutôt qu'à des mesures comportementales¹¹. Cette préférence s'explique par le fait qu'un engagement comportemental implique des coûts directs de surveillance, à l'opposé d'un transfert d'actifs, qui une fois mis en œuvre permet d'écarter de manière définitive le doute anticoncurrentiel soulevé¹². Néanmoins, dans des cas bien précis, les autorités reconnaissent l'utilité de mesures comportementales, notamment lorsque le recours à des engagements structurels est tout simplement impossible faute de repreneur adéquat (*voir encadré*).

L'affaire *Banque Populaire/Caisse d'Épargne* (2009)

Dans le cadre de la fusion *Banque Populaire/Caisse d'Épargne*, des mesures comportementales ont été adoptées faute de trouver des repreneurs intéressés (Décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/09DCC16decisionversionpublication.pdf>). Dans ce dossier, des problèmes de concurrence avaient été identifiés uniquement sur l'île de la Réunion, notamment concernant le marché des services aux particuliers, dans

10. COMMISSION EUROPÉENNE, « Merger Remedies Study », *op. cit.*

11. À titre d'exemple, si l'on s'intéresse aux types d'engagements requis sur la période 1990-2005 par la Commission européenne, sur 187 engagements conclus, 142 avaient modifié la structure du marché en question. Source : Patrice BOUGETTE et Stéphane TUROLIA. « Market Structures, Political Surroundings, and Merger Remedies: An Empirical Investigation of the EC's Decisions ». Dans : *European Journal of Law and Economics* 25.2 (2008), p. 125-150

12. On peut très bien imaginer la difficulté de l'Autorité de la concurrence française de surveiller à terme les 59 engagements comportementaux pris dans l'affaire *Canal-Satellite/TPS*. Voir l'avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-13 du 13 juillet 2006, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/06a13.pdf> et la décision du ministre du 30 août 2006, http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/dgccrf/bocccrf/2006/06_07bis/page3.pdf.

lequel près de 50% des agences bancaires de l'île auraient été rattachées au nouveau groupe. En raison notamment des effets de la crise économique dans le secteur bancaire, les parties n'ayant pu trouver aucun repreneur pour le seul marché de la Réunion, se sont engagées à maintenir l'autonomie des trois réseaux bancaires présents sur l'île.

En cas de non-respect des engagements, l'Autorité menaçait de la possibilité ultérieure – dans un contexte économique plus favorable – de recourir à une cession d'actifs. « *En tout état de cause, s'il était constaté que les mesures prévues pour s'assurer du maintien de l'autonomie des trois réseaux n'étaient pas mises en place [...], la cession de [confidentiel] serait mise en œuvre de plein droit.* » (para. 401).

3 L'analyse économique de la négociation

La première modélisation d'un transfert d'actifs en tant que « remède » à une opération de concentration date de 2004 avec le document de travail d'Andrei Medvedev¹³. Depuis, la recherche sur ce thème s'est considérablement enrichie en prenant en compte, en particulier, la dimension négociation. Les résultats les plus récents mettent en avant un arbitrage entre niveau d'engagements et gains d'efficacité attendus du projet notifié.

3.1 Une meilleure prise en compte de la négociation

La majorité des modèles économiques ne prennent pas en compte le processus de négociation en matière d'engagements. Les firmes arbitrent entre plusieurs scénarii possibles en termes de rentabilité. L'autorité s'assure ensuite que les cessions proposées – s'il y a lieu – suppriment tous effets anticoncurrentiels. Dans ce cadre statique non coopératif, on peut montrer que sous certaines conditions, les engagements structurels sont efficaces pour lutter contre les effets unilatéraux et permettent d'accepter plus de fusions que si une telle possibilité n'était pas offerte¹⁴. Le périmètre d'actifs à céder dépendra alors de plusieurs paramètres, dont parmi les plus significatifs : le nombre d'acteurs sur le marché, les gains d'efficacité issus du projet (les projets à faibles gains d'efficacité sont les plus risqués, d'où des engagements structurels forts), le nombre de repreneurs potentiels, etc.¹⁵.

La dimension « négociation » apparaît de manière plus explicite dans une nouvelle série de travaux sur les engagements structurels. Un premier modélise la nature séquentielle de la négociation et parvient au résultat théorique suivant : il peut être rationnel du point de vue des entreprises de proposer un périmètre

13. Andrei MEDVEDEV. « Structural Remedies in Merger Regulation in a Cournot Framework ». Dans : *Document de travail* Center for Economic Research and Graduate Education (Cerge), Prague. Nouvelle version disponible, Center for Competition Policy, University of East Anglia, Norwich, 2007 (2004) ; Andrei MEDVEDEV. « Structural Remedies in Merger Regulation in a Cournot Framework ». Dans : *Economic School Journal* 6.1 (2008), p. 114–138.

14. *Idem*, « Structural Remedies in Merger Regulation in a Cournot Framework », *op. cit.* ; *idem*, « Structural Remedies in Merger Regulation in a Cournot Framework », *op. cit.*

15. Patrice BOUGETTE. « Preventing Merger Unilateral Effects: A Nash-Cournot Approach to Asset Divestitures ». Dans : *Research in Economics* 64.3 (2010), p. 162–174.

d'actifs à céder au-delà de ce qui serait *a priori* nécessaire, de manière à s'assurer de la validation certaine (et rapide) du projet¹⁶. Dans un contexte d'asymétrie d'information, le périmètre à céder dépend de l'étendue du report des gains d'efficacité sur les consommateurs et également de la prise en compte explicite du pouvoir de négociation des parties fusionnant¹⁷.

3.2 L'arbitrage entre sévérité des engagements, gains d'efficacité attendus et durée de la procédure

L'analyse théorique des engagements a également permis d'élaborer différents mécanismes incitatifs dans un contexte d'asymétrie informationnelle¹⁸. Comme nous l'avons vu, l'autorité de concurrence ignore le degré réel de synergie – sur les coûts – qui serait obtenu par la proposition de concentration. Elle ignore également dans quelle mesure ces synergies seront réellement répercutées sur les consommateurs, que ce soit en termes de baisse des prix, d'une meilleure qualité ou encore d'une gamme de produits plus variée. La proposition d'engagements élaborée par les parties est un signal que l'autorité peut essayer d'interpréter.

Si les parties proposent un périmètre d'actifs à céder relativement étroit, c'est-à-dire peu d'actifs à transférer aux concurrents en place, l'autorité peut en déduire que les entreprises misent sur une stratégie d'*efficiency defence* pour obtenir la validation de leur projet. Les économies de coûts doivent être alors suffisamment crédibles pour effectivement assurer le succès de la négociation. Néanmoins, dans ce cas-là, il y a de fortes chances qu'une Phase 2 soit enclenchée pour donner suffisamment de temps à l'autorité de vérifier la pertinence des arguments avancés. Cette tendance est confirmée par une étude à partir d'affaires de la Commission européenne¹⁹. Ainsi, la contrepartie d'engagements peu contraignants se trouve dans une procédure plus longue et donc plus coûteuse pour les parties.

La seconde configuration possible est lorsque les entreprises notificantes proposent dès le départ des actifs à céder relativement importants. Deux possibilités d'interprétation sont alors possibles du point de vue de l'autorité. Soit les entreprises sont confiantes dans les synergies attendues de leur projet mais veulent

16. Bruce R. LYONS et Andrei MEDVEDEV. « Bargaining over Remedies in Merger Regulation ». Dans : *CCP Working Paper* 07-3 (2007). Ce résultat théorique apparaît également dans les travaux de Helder VASCONCELOS. « Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control ». Dans : *Journal of Industrial Economics* 58.4 (2010), p. 742–766. Pour des exemples d'affaires, voir l'article de Laurence IDOT et Chantal MOMÈGE. « Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique ». Dans : *Revue Lamy droit des affaires* 37 supplément avril (2001), ainsi que le travail de Frédéric MARTY, Marcelo SAGAN et Olivier SAUTEL. « L'utilisation des remèdes par la Commission européenne en matière électrique : légitimité et efficacité ». Dans : *Journée d'études CNRS-GREDEG/OFCE/LARSEN "Du marché électrique décentralisé à l'oligopole vertical : enjeux pour les politiques de concurrence et la régulation sectorielle"* 6 novembre 2009, Sophia-Antipolis (2009).

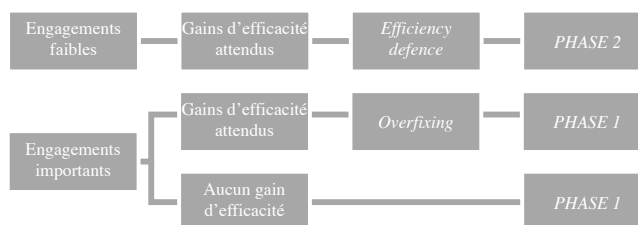
17. Bertrand CHOPART, Thomas CORTADE et Andreea COSNITA-LANGLAIS. « Settlement in Merger Cases: Remedies and Litigation ». Dans : *Working Paper EconomiX* 2008-10 (2008).

18. Andreea COSNITA-LANGLAIS et Jean-Philippe TROPÉANO. « Negotiating Remedies: Revealing the Merger Efficiency Gains ». Dans : *International Journal of Industrial Organization* 27.2 (2009), p. 188–196.

19. Peter L. ORMOSI. « Determinants of the Success of Remedy Offers: Evidence from European Community Mergers ». Dans : *CCP Working Paper* 09-11 (2009).

à tout prix éviter une longue procédure, souvent pour profiter des économies de coûts le plus rapidement possible. Dans ce cas, les entreprises proposeront des engagements plus sévères que nécessaire afin de garantir une acceptation de leur projet dès la Phase 1. Il s'agit d'une situation d'*overfixing* délibérément choisie par les parties. Soit, seconde alternative, le rapprochement notifié engendre peu de synergies. Dans ce cas précis, la concentration est problématique et ne peut être acceptée en ces termes. Des engagements forts sont alors pleinement nécessaires pour garantir le même degré de concurrence sur le marché. On peut montrer que des engagements stricts augmentent nettement la probabilité de succès en Phase 1 du contrôle. La figure 1 regroupe au final l'ensemble des stratégies.

FIGURE 1 – Les différentes stratégies possibles



On voit donc que du point de vue des entreprises ou de l'autorité, il est de l'intérêt de partir sur des engagements plutôt stricts car, quel que soit le cas, ils conduisent à une acceptation en Phase 1 du contrôle. Tout dépendra alors du « degré d'urgence » du projet : les parties peuvent-elles mener une stratégie *efficiency defence* plus longue mais exigeant moins de concessions par rapport au projet initial ou au contraire céder beaucoup pour obtenir le plus rapidement possible l'aval de l'autorité ? À titre d'exemple, à partir de 198 décisions rendues par la Commission européenne entre 1999 et 2008, le tableau 1 montre que la durée moyenne de la procédure de contrôle est de 60 jours ouvrés (sur la base de 302 engagements structurels étudiés), avec une nette différence entre la Phase 1 (29 jours) et la Phase 2 (109 jours)²⁰. Les entreprises ont ainsi intérêt à ne pas voir leur dossier examiné en Phase 2. Dans l'élaboration de leur stratégie de négociation, les entreprises peuvent trouver une combinaison optimale entre le niveau d'engagements proposés et les gains d'efficacité défendus²¹.

Enfin, les déterminants de ces mesures correctives structurelles ont été analysés à partir des décisions de la Commission européenne²². Il apparaît que le degré attendu de synergie et une plus grande expérience avec la pratique de l'autorité affectent positivement la probabilité que l'engagement soit accepté, alors que la taille de la transaction et la complexité de l'affaire semblent être neutres.

20. Source du tableau 1 : *ibid.*

21. Andreea COSNITA-LANGLAIS et Jean-Philippe TROPÉANO. « Do Remedies Affect the Efficiency Defence? An Optimal Merger Control Analysis ». Dans : *International Journal of Industrial Organization* à paraître (2011).

22. Peter L. ORMOSI. « Merger Remedies versus Efficiency Defence: An Analysis of Merging Parties' Litigation Strategy in EC Merger Cases ». Dans : *CCP Working Paper 10-1* (2010).

TABLE 1 – Durée de la « négociation » (1998–2008)

	Moyenne	Taille de l'échantillon
Nombre de jours ouvrés entre la notification et la proposition d'engagements	59,5	302
<i>Phase 1</i>	29,02	188
<i>Phase 2</i>	109,08	114

Source : données sur la Commission européenne

4 La mesure du succès de la négociation

Après avoir montré les différents déterminants de la négociation, il est tout aussi important, tant du point de vue de l'autorité que des parties, de pouvoir évaluer *après coup* les effets des engagements pris. Nous verrons l'utilité de ce type d'analyse avant de mettre en évidence les principales limites des engagements sur lesquels elles ont pu déboucher.

4.1 Les études rétrospectives d'engagements

Étudier des décisions de concentration revêt un double intérêt, tant du point de vue de l'autorité qui les mène que du point de vue des entreprises. Ces études, en effet, conduisent d'abord l'autorité à enrichir ses propres communications ou lignes directrices. Les études *ex post* sont d'autant plus utiles que l'affaire étudiée a été complexe du fait par exemple d'engagements difficiles à identifier. Compte tenu de la performance des engagements passés, elle peut ainsi modifier son évaluation future si des engagements similaires avaient été acceptés mais ne s'étaient pas avérés *in fine* viables. La spécificité de certains secteurs peut également être affinée par cet intermédiaire. Du point de vue des entreprises, obtenir de l'information sur le type d'engagements contractés et leur viabilité assure une meilleure transparence des procédures et prépare les entreprises potentiellement intéressées par une fusion.

Le service des économistes au sein de l'autorité s'occupe en général de diriger les études rétrospectives. Les méthodes en la matière apparaissent dorénavant bien rôdées²³. Il en existe au moins quatre. La première consiste à simuler les effets unilatéraux à l'aide d'un *modèle structurel*. Soit beaucoup de données sont disponibles (prix, élasticités-prix, marges, etc.), aussi bien pour les parties que pour les concurrents, et dans ce cas un modèle économétrique complet du marché peut être estimé. Soit peu de données sont en fait disponibles et alors le modèle doit être « calibré » de manière à coller au mieux aux caractéristiques du marché en question. Les modèles structurels sont avant tout utilisés en amont du contrôle lors d'une notification mais ils peuvent être dupliqués *ex post* avec des données par conséquent plus complètes. Ensuite, une seconde méthode est l'*analyse événementielle des cours boursiers* des entreprises fusionnées et de

23. Voir, pour plus de précisions sur l'utilisation des différentes méthodes, Patrice BOUGETTE. « Analyse et limites de l'évaluation rétrospective d'une concentration ». Dans : *Revue internationale de droit économique* 23.2 (2009), p. 159–173. Nous nous restreindrons ici à un bref survol.

ceux des concurrents. Cette méthode est pratique en raison de l'accès aisé aux données, mais suppose que toute l'information pertinente passe obligatoirement par l'intermédiaire du cours boursier, et s'avère donc *in fine* restrictive. En revanche, elle constitue un bon complément à une autre approche. La troisième méthode disponible repose sur les *doubles différences* qui doivent être les plus utilisées dans les études rétrospectives. Elles consistent à analyser des chocs d'offre et de demande en utilisant les prix sur des marchés géographiques non affectés par la concentration étudiée. Ainsi, la comparaison permet d'avoir une approximation de ce que les prix auraient été sur les marchés affectés si la fusion n'avait pas eu lieu. Les effets sont alors mesurés comme la variation des prix suite à la fusion dans une région affectée par rapport à la variation de prix dans la région de contrôle. Enfin, la dernière méthode consiste à envoyer des *questionnaires* aux parties. Cette méthode est plus une méthode de collecte de données que d'estimation des effets du rapprochement. En revanche, des questions supplémentaires d'ordre qualitatif peuvent aider à comprendre de quelle manière la concentration a été perçue de l'intérieur. Selon les entreprises et leur taille respective, les directeurs de service juridique ou le directeur général sont les mieux placés pour répondre à ce type de questions.

Enfin, cette démarche d'autoévaluation peut concerner une seule décision²⁴ ou au contraire un panel de décisions comme cela a par exemple été le cas au niveau de la Commission européenne²⁵.

4.2 Une efficacité mitigée ?

L'étude précédemment citée, la *Merger Remedies Study*, a révélé les principales difficultés de mise en oeuvre d'un engagement structurel entre parties à la concentration et concurrents. Le tableau 2 récapitule les principaux problèmes au travers de l'analyse de 96 cessions d'actifs effectuées.

Dans cet exposé, nous mettons l'accent sur les difficultés liées au choix du repreneur car les solutions ne sont pas évidentes, comme en atteste l'affaire précitée *Banque Populaire/Caisse d'épargne*²⁶. Tout d'abord, lorsque les parties à la concentration communiquent des acheteurs potentiels, l'autorité de concurrence manque d'information et d'expertise pour évaluer leur viabilité et leur pertinence eu égard au périmètre d'actifs délimité. L'autorité s'assure bien évidemment de la question de l'indépendance des entreprises vis-à-vis des parties mais la négociation n'est pas en sa faveur compte tenu de son déficit informationnel.

24. Voir à titre d'exemple l'étude de Christopher T. TAYLOR et Daniel S. HOSKEN. « The Economic Effects of the Marathon - Ashland Joint Venture: The Importance of Industry Supply Shocks and Vertical Market Structure ». Dans : *Journal of Industrial Economics* 55.3 (2007), p. 419-451. Au niveau français, un travail en cours est celui de Patrice BOUGETTE. « Vacation's over ? Looking back on the Pierre et Vacances/Maeva Transaction ». Dans : *27^e conférence de la European Association of Law and Economics (EALE)* Paris, 23-25 septembre 2010 (2010).

25. COMMISSION EUROPÉENNE, « Merger Remedies Study », *op. cit.*; Stephen DAVIES et Bruce R. LYONS. *Mergers and Merger Remedies in the EU - Assessing the Consequences for Competition*. Londres : Edward Elgar, 2007.

26. Pour de plus amples détails liés aux autres difficultés d'implémentation, se reporter à Patrice BOUGETTE. *Une analyse économique des cessions d'actifs dans le contrôle des concentrations*. Thèse de doctorat, Université Montpellier 1 et LAMETA, ss la dir. de Ch. Montet, 2008.

Ensuite, le nombre de repreneurs peut également poser problème. L'idéal est en définitive de joindre aux engagements une clause d'acquéreur unique. Cette clause favorise l'émergence d'un seul contreponds au nouvel ensemble. Néanmoins, pour des raisons souvent liées aux caractéristiques du marché en cause, aucun repreneur ne peut être intéressé, ou alors plusieurs le seraient mais pour des parties différentes de l'ensemble à céder. L'absence de repreneurs peut être résolue par un recours à un engagement comportemental ; la multitude de repreneurs émette la dynamique concurrentielle et peut créer des soucis de viabilité de certains acquéreurs.

Enfin, il existe un risque collusoire entre parties et repreneur d'actifs²⁷. Pendant la phase de négociation entre les parties et un repreneur potentiel, un accord peut être conclu qui vise à maximiser leurs profits joints. Cet accord se reflète inévitablement sur le prix d'achat des actifs. Le profit joint sera maximal lorsqu'un repreneur n'a pas l'intention de concurrencer directement les parties à la concentration. Ainsi, l'autorité doit être vigilante à ce que le vendeur et l'acheteur ne s'entendent pas pour freiner une vive concurrence suite à l'opération.

Outre la difficulté de choisir un acquéreur pertinent, une limite bien réelle des engagements structurels réside dans les effets de la redistribution des actifs qu'ils impliquent sur les incitations des acteurs à se coordonner. Au-delà même de la possibilité d'entente entre acquéreur et parties, les concurrents non acquéreurs peuvent également avoir intérêt à s'entendre avec le nouvel ensemble. Étant donné que la cession d'actifs aura tendance à harmoniser les parts de marché (telle qu'une redistribution des cartes à jouer), la théorie économique enseigne qu'un marché symétrique est par essence collusoire puisque tous les acteurs possèdent la même capacité de rétorsion en cas de rupture d'accord²⁸. Ainsi, aucune entreprise ne serait incitée à rompre l'accord. Cet argument a été validé lors des engagements structurels pris dans l'affaire *Nestlé/Perrier*²⁹ de 1992. Les engagements structurels ont pour objectif principal de réduire les effets unilatéraux mais peuvent conduire à augmenter les risques d'effets coordonnés.

5 Conclusion

Les engagements – en particulier structurels – constituent la meilleure alternative à l'interdiction pure et simple d'une concentration d'entreprises. La négociation en amont entre parties et autorité assure une certaine souplesse dans la mise en œuvre des engagements, afin de s'adapter aux spécificités des marchés affectés par le projet. La négociation est marquée par une asymétrie d'information entre les deux parties. D'un côté, l'autorité manque de moyens de

27. DAVIES et LYONS, *Mergers and Merger Remedies in the EU – Assessing the Consequences for Competition*, op. cit. ; FARRELL, « Negotiation and Merger Remedies: Some Problems », op. cit.

28. Massimo MOTTA. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge : Cambridge University Press, 2004, p. 640.

29. Olivier COMPTE, Frédéric JENNY et Patrick REY. « Capacity Constraints, Mergers and Collusion ». Dans : *European Economic Review* 46.1 (2002), p. 1–29, Comm. CE, décision COMP/M.190 du 22 juillet 1992, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m190_19920722_600_fr.pdf.

vérifier si les arguments avancés en termes d'économies de coûts seront bien réalisés au bénéfice des consommateurs. Si des engagements sont proposés, l'autorité n'a pas forcément l'expertise adéquate pour s'assurer qu'ils sont contraignants. De l'autre, les entreprises peuvent avoir du mal à évaluer dans quelle mesure l'autorité sera satisfaite des engagements proposés de manière à ce que la procédure soit la plus courte possible. Nous avons vu que le passage du projet en Phase 2 est collectivement coûteux.

Pour finir, une réflexion intéressante quant à la possibilité de négocier avec l'autorité est la suivante : n'assiste-t-on pas à un affaiblissement du caractère dissuasif du contrôle ? Autrement dit, en sachant qu'il existe une marge de manœuvre à négocier sur la taille des engagements, les entreprises pourraient présenter des projets qu'elles n'auraient pas proposés en l'absence de possibilité de négociation. Une étude récente sur 28 pays de l'OCDE entre 1992 et 2005 conclut plutôt dans ce sens³⁰. Les auteurs montrent un faible effet dissuasif des engagements. Il s'agit sans aucun doute du prix à payer pour une plus grande efficacité de la procédure de contrôle.

30. Pedro P. BARROS, Joseph A. CLOUGHERTY et Jo SELDESLACHTS. « Settle for Now but Block for Tomorrow: The Deterrence Effects of Merger Policy Tools ». Dans : *Journal of Law and Economics* 52.3 (2009), p. 607–634.

Références

- BARROS, Pedro P., Joseph A. CLOUGHERTY et Jo SELDESLACHTS. « Settle for Now but Block for Tomorrow: The Deterrence Effects of Merger Policy Tools ». Dans : *Journal of Law and Economics* 52.3 (2009), p. 607–634.
- BOUGETTE, Patrice. « La Commission dresse un premier bilan des remèdes employés dans le contrôle des concentrations ». Dans : *Revue Lamy de la concurrence* 8 (2006), p. 9–14.
- *Une analyse économique des cessions d’actifs dans le contrôle des concentrations*. Thèse de doctorat, Université Montpellier 1 et LAMETA, ss la dir. de Ch. Montet, 2008.
- « Analyse et limites de l’évaluation rétrospective d’une concentration ». Dans : *Revue internationale de droit économique* 23.2 (2009), p. 159–173.
- « Preventing Merger Unilateral Effects: A Nash-Cournot Approach to Asset Divestitures ». Dans : *Research in Economics* 64.3 (2010), p. 162–174.
- « Vacation’s over ? Looking back on the Pierre et Vacances/Maeva Transaction ». Dans : *27^e conférence de la European Association of Law and Economics (EALE)* Paris, 23-25 septembre 2010 (2010).
- BOUGETTE, Patrice et Stéphane TUROLLA. « Market Structures, Political Surroundings, and Merger Remedies: An Empirical Investigation of the EC’s Decisions ». Dans : *European Journal of Law and Economics* 25.2 (2008), p. 125–150.
- BOUGETTE, Patrice et Florent VENAYRE. « Contrôles *a priori* et *a posteriori* des concentrations : comment augmenter l’efficacité des politiques de concurrence ? » Dans : *Revue d’économie industrielle* 121 (2008), p. 9–40.
- CHOPART, Bertrand, Thomas CORTADE et Andreea COSNITA-LANGLAIS. « Settlement in Merger Cases: Remedies and Litigation ». Dans : *Working Paper EconomiX* 2008-10 (2008).
- COMMISSION EUROPÉENNE. « Merger Remedies Study ». Dans : Rapport de la DG Concurrence, octobre 2005 (2005).
- COMPTE, Olivier, Frédéric JENNY et Patrick REY. « Capacity Constraints, Mergers and Collusion ». Dans : *European Economic Review* 46.1 (2002), p. 1–29.
- COSNITA-LANGLAIS, Andreea et Jean-Philippe TROPÉANO. « Negotiating Remedies: Revealing the Merger Efficiency Gains ». Dans : *International Journal of Industrial Organization* 27.2 (2009), p. 188–196.
- « Do Remedies Affect the Efficiency Defence? An Optimal Merger Control Analysis ». Dans : *International Journal of Industrial Organization* à paraître (2011).
- DAVIES, Stephen et Bruce R. LYONS. *Mergers and Merger Remedies in the EU – Assessing the Consequences for Competition*. Londres : Edward Elgar, 2007.
- FARRELL, Joseph. « Negotiation and Merger Remedies: Some Problems ». Dans : *Merger Remedies in U.S. and EU Competition Law*. Sous la dir. de F. LÉVÊQUE et H.A. SHELANSKI. Londres : Edward Elgar, 2003, p. 95–105.
- FRÉNEAUX, Lucile. « L’efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations ». Dans : *Revue internationale de droit économique* 21.1 (2007), p. 43–67.

- IDOT, Laurence et Chantal MOMÈGE. « Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique ». Dans : *Revue Lamy droit des affaires* 37 supplément avril (2001).
- LÉVÊQUE, François. « Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations ? » Dans : *Concurrences* 1 (2006), p. 27–31.
- LYONS, Bruce R. et Andrei MEDVEDEV. « Bargaining over Remedies in Merger Regulation ». Dans : *CCP Working Paper* 07-3 (2007).
- MARTY, Frédéric, Marcelo SAGAN et Olivier SAUTEL. « L'utilisation des remèdes par la Commission européenne en matière électrique : légitimité et efficacité ». Dans : *Journée d'études CNRS-GREDEG/OFCE/LARSEN "Du marché électrique décentralisé à l'oligopole vertical : enjeux pour les politiques de concurrence et la régulation sectorielle"* 6 novembre 2009, Sophia-Antipolis (2009).
- MEDVEDEV, Andrei. « Structural Remedies in Merger Regulation in a Cournot Framework ». Dans : *Document de travail* Center for Economic Research and Graduate Education (Cerge), Prague. Nouvelle version disponible, Center for Competition Policy, University of East Anglia, Norwich, 2007 (2004).
- « Structural Remedies in Merger Regulation in a Cournot Framework ». Dans : *Economic School Journal* 6.1 (2008), p. 114–138.
- MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge : Cambridge University Press, 2004, p. 640.
- ORMOSI, Peter L. « Determinants of the Success of Remedy Offers: Evidence from European Community Mergers ». Dans : *CCP Working Paper* 09-11 (2009).
- « Merger Remedies versus Efficiency Defence: An Analysis of Merging Parties' Litigation Strategy in EC Merger Cases ». Dans : *CCP Working Paper* 10-1 (2010).
- TAYLOR, Christopher T. et Daniel S. HOSKEN. « The Economic Effects of the Marathon - Ashland Joint Venture: The Importance of Industry Supply Shocks and Vertical Market Structure ». Dans : *Journal of Industrial Economics* 55.3 (2007), p. 419–451.
- VASCONCELOS, Helder. « Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control ». Dans : *Journal of Industrial Economics* 58.4 (2010), p. 742–766.