

Quels remèdes pour les abus de position dominante ? Une analyse économique des décisions de la Commission européenne

Patrice Bougette, Frédéric Marty

▶ **To cite this version:**

Patrice Bougette, Frédéric Marty. Quels remèdes pour les abus de position dominante ? Une analyse économique des décisions de la Commission européenne. Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2012, 3, pp.30-45. halshs-00727517

HAL Id: halshs-00727517
https://shs.hal.science/halshs-00727517

Submitted on 1 Oct 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.

Concurrences
Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

Quels remèdes pour les abus de position dominante ? Une analyse économique des décisions de la Commission européenne

Droit & Economie | Concurrences N° 3-2012 – pp. 30-45

Patrice Bougette
patrice.bougette@gredeg.cnrs.fr
- *Maître de conférences en sciences économiques, Université de Nice-Sophia Antipolis*
  GREDEG CNRS UMR 7321
- *Chercheur associé, LAMETA*

Frédéric Marty
frederic.marty@gredeg.cnrs.fr
- *Chargé de recherche CNRS, Université de Nice-Sophia Antipolis*
  GREDEG CNRS UMR 7321
- *Chercheur associé, Sciences Po.-OFCE*

INSTITUT de droit de la concurrence
Revues, conférences, bases de données
e-Competitions

@ Voir aussi : « Ententes et droits de propriété intellectuelle : Accords transactionnels, standardisation », P. Régibeau, J.-P. Gunther, D. Tayar et « Le contrôle des entreprises communes », T. Vergé, D. Tayar sur concurrences.com

Quels remèdes pour les abus de position dominante ? Une analyse économique des décisions de la Commission européenne

Patrice Bougette*
patrice.bougette@gredeg.cnrs.fr
Maître de conférences en sciences économiques,
Université de Nice-Sophia Antipolis
GREDEG CNRS UMR 7321
Chercheur associé, LAMETA

Frédéric Marty*
frederic.marty@gredeg.cnrs.fr
Chargé de recherche CNRS,
Université de Nice-Sophia Antipolis
GREDEG CNRS UMR 7321
Chercheur associé, Sciences Po.-OFCE

Abstract

Among other factors, one can assess the efficacy of a competition authority by its ability to choose and implement its remedies. Up until now, a dense economic literature has emerged on retrospective merger studies to measure the efficacy of merger control. Yet, little attention has been given to remedies in the other major pillar of competition policy, i.e. abuses of dominant position. In this paper, we try to fill the gap by first highlighting what is at stake and second analyse the most emblematic cases. We focus on the European Commission, while U.S. cases serve us as benchmark.

L'efficacité d'une autorité de concurrence se reconnaît entre autre dans sa capacité à choisir et à mettre en œuvre ses remèdes. Jusqu'à présent, une littérature économique dense s'est développée autour d'études rétrospectives en matière de concentrations pour juger de l'efficacité du contrôle et des remèdes retenus. En revanche, peu d'attention a été consacrée aux remèdes dans le cadre d'un autre grand pilier de la politique de concurrence, à savoir les pratiques unilatérales. Nous nous proposons ici de combler ce vide en essayant d'en cerner les principaux enjeux et d'analyser les affaires les plus emblématiques. Nous prenons comme cadre d'analyse le niveau européen avec l'antitrust américain comme point de comparaison.

* Les auteurs remercient Norman Neyrinck, Nicolas Petit et Florent Venayre pour la qualité de leurs remarques et suggestions sur une version antérieure de ce texte. Ils adressent également leurs remerciements aux rapporteurs pour leurs commentaires stimulants. Toute erreur ou omission demeure cependant de leur responsabilité.

1. Le débat sur les mesures correctives en matière de concurrence s'est polarisé en Europe sur la question de la proportionnalité, notamment eu égard à la nette croissance – pour ne pas dire à l'hégémonie actuelle – des affaires closes sur la base de procédures d'engagements. Les décisions prises sur la base de l'article 9 du règlement n° 1/2003 dans le domaine de l'énergie (*e.g.*, *E.ON, RWE, ENI*)[1] ont introduit pour la première fois sur le continent européen des mesures correctives à caractère structurel, mesures qui ne sont plus guère utilisées aux États-Unis. En effet, si le Juge Jackson avait proposé de tels remèdes dans le cadre de l'affaire *Microsoft*, avant qu'elle ne soit close par un *Consent Decree* reposant sur des engagements comportementaux, et si la Cour Suprême elle-même a été à l'origine de telles mesures structurelles à quelque cinquante-deux reprises dans son histoire, force est de constater que cela ne concerne que deux arrêts sur les trente dernières années (*AT&T et California v Am Store*), le plus récent remontant à 1990 (Sullivan 2002). Les questions relatives aux remèdes dans le contexte européen ne portent pas seulement sur l'arbitrage entre remèdes structurels (induisant des transferts d'actifs) et remèdes comportementaux. Elles concernent également la proportionnalité des seconds aux dommages à la concurrence identifiés, que cela soit dans le domaine de l'énergie – comme nous pourrions le voir avec EDF ou GDF-Suez – ou plus généralement pour l'ensemble des procédures négociées comme en témoignent les engagements pris par De Beers dans l'affaire *Alrosa*.

2. Ainsi, sont posés au niveau européen deux types de questions quant aux remèdes. La première tient à leur périmètre même. S'agit-il seulement de mettre un terme à une pratique préjudiciable en termes concurrentiels ou à restaurer – sinon instaurer – les conditions d'une concurrence libre et non faussée sur le marché considéré ? La seconde question tient à la proportionnalité des remèdes, laquelle se pose avec une acuité particulière dans le cas des engagements volontaires des entreprises (article 9 du règlement n° 1/2003). Les règles issues de l'arrêt de la Cour de Justice de juin 2010 dans l'affaire *Alrosa* peuvent-elles conduire à des remèdes disproportionnés et, si oui, ces derniers peuvent-ils faire sens en termes économiques ?

3. Si la question de la proportionnalité ne se pose pas dans les mêmes termes pour l'antitrust américain, des problématiques proches scandent le débat économique quant à l'efficacité des mesures correctives. Celle-ci est en effet mise en question dans le cadre de marchés de haute technologie caractérisés par des situations de dominance transitoire et de forts degrés de turbulences mais aussi eu égard à la difficulté, pour l'économie industrielle, de dégager des prescriptions normatives en la matière. En effet, si la qualification d'une pratique de marché donnée comme concurrentielle ou non ne fut jamais chose aisée (songeons à Coase, 1972), l'actuelle synthèse post-Chicago montre que de nombreuses situations peuvent s'avérer aussi bien pro- qu'anticoncurrentielles selon les conditions de marchés présentes et futures ou selon les asymétries informationnelles entre les acteurs (Pitofsky, 2002 ; Gual *et al.*, 2005). La définition d'un remède n'en est que plus difficile dans la mesure où ce dernier peut éventuellement s'avérer inefficace si ce n'est contre-productif (Pierce, 2001). Pour Posner (2001), la définition de remèdes efficaces constitue l'un des points faibles de l'antitrust.

1 Règl. cons. n° 1/2003, 16 déc. 2002, JOCE 4 janv., n° L 1, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévue aux articles 81 et 82 du traité, entré en vigueur le 1er mai 2004.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

4. Ainsi, il s'agit d'interroger la littérature économique relative aux mesures correctives pour traiter de leurs finalités, de leur efficacité, de leurs effets sur les conditions de la concurrence et des liens qu'elles doivent entretenir avec les pratiques faisant l'objet de la procédure.

I. Le recours aux remèdes en matière de pratiques unilatérales

1. Évaluation économique des remèdes

5. Les autorités de concurrence disposent, aux côtés des sanctions pécuniaires, de la capacité d'imposer (ou de négocier, comme nous le verrons) des mesures correctives. Ces dernières ont pour objectif de mettre fin aux pratiques visées, de rétablir les conditions de la concurrence et, enfin, de permettre le développement d'une concurrence non faussée. Classiquement, ces mesures correctives se distribuent en deux principales catégories, les remèdes comportementaux et les remèdes structurels.

6. Ces remèdes s'inscrivent en fait dans un *continuum*, avec notamment des remèdes dits quasi-structurels, revenant à accorder une licence de longue durée à un concurrent ou l'octroi de droits d'accès pour le compte d'opérateurs concurrents. L'impact de ce type d'engagement sur la structure de marché est tel qu'il lui donne l'appellation de remèdes "*quasi-structurel*"[2]. Ce type de remède a par exemple été utilisé par la Commission européenne dans le marché grec de l'électricité pour la production de base à partir du lignite[3].

7. Les deux types de remèdes se distinguent par leurs effets incitatifs. À l'instar du contrôle des concentrations, les remèdes *structurels* ont pour objectif de modifier les incitations des entreprises actives sur le marché en redistribuant les droits de propriété de certains actifs, ce que ne permettent les remèdes comportementaux. Ceux-ci ne permettent pas de modifier les incitations des entreprises incriminées mais contraignent (négativement ou positivement) leur comportement sur un aspect donné. Il peut s'agir de la cessation d'une pratique ou d'une obligation positive envers ses concurrents actuels ou potentiels, par exemple au travers de la cession de droits d'accès ou de la communication de protocoles d'interfaces. La décision de la Commission *Microsoft* de 2004, confirmée par le TPICE en 2007, en est une parfaite illustration[4].

2 Voir par exemple Vergé (2011) pour une revue de la pratique des autorités et un bilan de la littérature économique en matière de remèdes dans le contrôle des concentrations.

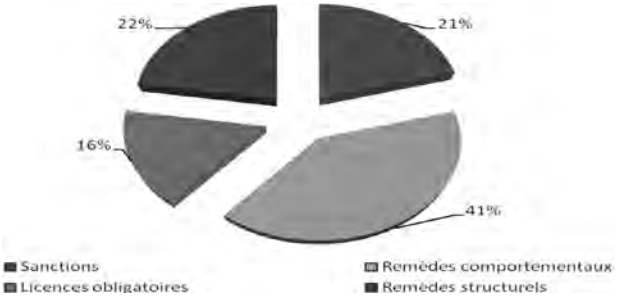
3 L'entreprise publique PPC, ancien monopole historique de l'électricité, profitait d'un accès privilégié pour extraire et exploiter des gisements de lignite dans le pays. Il faut savoir que le lignite constitue le mode de production de l'électricité le plus rentable en Grèce. Hors, les concurrents de PPC sur le marché électrique ne pouvaient pas concurrencer efficacement l'opérateur public parce qu'ils n'avaient pas accès à des quantités suffisantes de lignite. L'État grec s'est alors engagé devant la Commission à octroyer des droits de tirage aux entreprises concurrentes pour quatre gisements de lignite, et ce en utilisant des appels d'offres excluant d'emblée le groupe public PPC. Voir le communiqué de presse de la Commission européenne Abus de position dominante : la Commission accepte les engagements offerts par la Grèce pour garantir un accès équitable aux gisements de lignite grecs, IP/09/ 1226, Bruxelles, le 6 août 2009.

4 Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, Arrêt du 17 septembre 2007, affaire T-01/04, *Microsoft Corporation/Commission*.

8. En principe, si les remèdes comportementaux présentent l'avantage de ne pas remettre en cause les droits de propriété des entreprises, ils imposent de la part de l'autorité en charge de l'application du droit de la concurrence une supervision plus lourde, pour laquelle celle-ci ne dispose pas toujours des moyens idoines. Cependant, les remèdes structurels eux-mêmes ne sont pas toujours aisés à mettre en œuvre et nécessitent également de ce fait une longue et étroite supervision. Alors que ces derniers sont utilisés par la Commission européenne dans le cadre de procédures d'engagements sur le marché de l'énergie (cf. section I.3.), il est intéressant de s'attacher aux évaluations économiques qui ont été réalisées quant à leur efficacité.

9. À l'inverse du contrôle des concentrations, l'efficacité des remèdes prononcés dans le domaine des pratiques unilatérales a fait l'objet de rares études, lesquelles se sont polarisées en outre sur le cas américain pour lequel le recul est le plus important. En effet, Crandall et Elzinga (2004) ont répertorié quelques 426 procédures engagées par le Département de la Justice américain sur la base de la Section 2 du Sherman Act, ayant donné lieu au prononcé de remèdes, que cela soit à l'issue d'une décision de justice ou d'une procédure négociée de type *Consent Decree* (Graphique 1). Sur les 336 procédures engagées sur la base d'une procédure civile et non criminelle (se traduisant par des amendes), 95 ont consisté en des remèdes structurels, 172 en des remèdes comportementaux et 69 en des licences obligatoires.

Graph. 1 : Type de remèdes résultant des procédures engagées par le DoJ



Source : Crandall et Elzinga (2004)

10. L'efficacité des remèdes de l'antitrust américain a fait l'objet de nombreuses critiques, qu'il s'agisse des remèdes structurels ou comportementaux. Deux critères peuvent être ainsi utilisés. À l'instar des analyses menées dans le domaine du contrôle des concentrations, il est possible de considérer que l'accès des concurrents au marché ou la pérennité de la présence sur le marché des opérateurs ayant repris les actifs cédés peuvent constituer un premier indice de l'effectivité des remèdes. Il est aussi possible de raisonner, comme le prescrit globalement pour la politique de la concurrence Bork (1978), sur la base du seul critère du bien-être du consommateur, à la limite près que la définition du contrefactuel est ici bien plus difficile.

11. La place des remèdes structurels aux États-Unis est par certains égards en trompe l'œil. La proposition du Juge Jackson de démanteler Microsoft dans le cadre de la procédure engagée dans les années quatre-vingt-dix n'a pas été suivie d'effets (les *baby-bills*) du fait du *Consent Decree* qui a clos

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

la procédure. Le dernier remède structurel majeur est donc celui qui a été appliqué à AT&T en 1982, donnant naissance aux *baby-bells.* Il apparaît en fait que les démantèlements d'entreprises, hors cas de dissolution de trusts, comme la Standard Oil en 1911, ou de procédure engagée dans le cadre d'opérations de croissance externe, sont extrêmement rares (Kovacic, 1999 ; Waller, 2009). Selon Crandall (2001), seuls quatre à cinq remèdes structurels ont été mis en œuvre dans des cas ne résultant pas d'opérations de concentration ou d'autres combinaisons d'entreprises. Non seulement, il est difficile de scinder une entreprise qui a acquis sa position de marché par croissance interne mais il apparaît en outre que la mise en œuvre d'un remède structurel se traduit par une longue procédure allant à l'encontre de son efficacité et impose donc d'importants coûts de transactions. En effet, dans de nombreux cas, les remèdes structurels sont sans effet sur le marché dans la mesure où ils arrivent trop tard. Ce fut par exemple le cas du démantèlement de la Standard Oil en 1911 au moment où la part de marché du trust dans le raffinage était déjà passée de 82 % en 1899 à 64% (Comanor et Sherer, 1995)[5]. Plus de soixante-dix ans plus tard, le bilan du démantèlement d'AT&T fait débat. Si certains considèrent qu'il s'agit d'un rare cas de remède efficace (Posner, 2001), d'autres considèrent que les effets bénéfiques sur le développement du marché américain des télécommunications a principalement procédé de l'accès des tiers au réseau et non de la déconcentration du marché (Crandall, 2001 ; Crandall et Winston, 2003).

12. Qui plus est, la charge liée au démantèlement d'AT&T érode grandement le mythe de remèdes radicaux et rapides à mettre en œuvre. La tâche du Juge Greene en charge de l'accompagnement du remède ne prit fin qu'en 1996 avec la libéralisation du secteur consacrée par le *Telecommunications Act*[6].

13. Il en résulte une position très critique vis-à-vis des remèdes structurels. Leur mise en œuvre se heurte à de nombreuses difficultés pratiques, ils induisent des coûts certains en contrepartie de résultats au mieux hypothétiques et ils mettent en cause les droits de propriété des entreprises (Waller, 2009). Dans d'autres cas, comme United Shoe Machinery, le remède structurel a pu s'avérer préjudiciable en termes de bien-être dans la mesure où il fut prononcé dans des conditions de marché n'ayant plus rien à voir avec celles du début de l'affaire (Crandall et Winston, 2003). Un *Consent Decree* avait été négocié pour mettre fin aux poursuites entamées par le DoJ à l'encontre du premier constructeur américain de machines utilisées dans la fabrication de chaussures. Ce dernier, qui contrôlait plus de 85 % du marché, était accusé de mettre en œuvre une stratégie de monopolisation au travers de contrats de crédit-bail dont les clauses étaient de nature à évincer les concurrents. L'option du remède structurel ayant été rejetée dans la mesure où des cessions d'actifs n'étaient pas envisageables en 1953 (toutes les machines provenaient de la même usine[7]), un remède comportemental fut prononcé (modifications de la durée et des clauses des contrats de locations, possibilité ouverte de contrats de vente…). La Cour Suprême, jugeant les effets sur la concurrence insuffisants, imposa "*a more effective means to achieve competition*", en l'espèce une cession d'un tiers des actifs de la société (*US v United Shoe Mach. Corp.,* 391 US 244, 251, 1968). Or, les conditions du marché avaient drastiquement évolué entre 1953 et 1969, avec notamment le net recul de la production de chaussures aux États-Unis au profit des importations. Le remède affaiblit donc l'industrie américaine au pire moment.

14. L'évaluation des remèdes comportementaux prononcés aux États-Unis n'est guère plus significativement favorable. Crandall et Elzinga (2004) concluent de leur analyse d'une dizaine de cas de remèdes comportementaux au mieux à une absence d'effet significatif sur le marché (au prix des pertes de bien-être liées au coût des procédures et des actions de mise en conformité), au pire à des remèdes se traduisant par des pertes de bien-être.

15. Les remèdes dans le cas du *Consent Decree* avec United Fruits en 1958 (*US v United Fruits Co*, Final Judgment, US District Court for Eastern Louisiana, Civil Action, n° 4560, Feb., 1958) appartiennent à la première catégorie. À l'instar des remèdes structurels dans Standard Oil (1911), les remèdes comportementaux intervinrent si tardivement qu'ils ne firent qu'accompagner la chute de la puissance de marché de l'opérateur dominant. En l'espèce, United Fruits détenait quelque 64 % des importations de bananes aux États-Unis. Sa puissance de marché était liée à son contrôle de 85 % des surfaces plantées en Amérique Centrale et dans les Caraïbes et des capacités d'acheminement vers les États-Unis. Cependant, sa puissance de marché fut principalement érodée dans les années cinquante par la montée des importations depuis l'Équateur et surtout par l'instabilité politique dans sa zone de production[8].

16. De la même façon, certains remèdes ne peuvent à eux seuls restaurer la concurrence si la dynamique de marché ne permet pas l'installation et la pérennité d'une concurrence viable. Cela fut le cas du *Consent Decree* dans l'affaire *General Motors Bus* (*US v GM Corp.*, *Consent Decree,* CCH Trade, 71, 629, 1965). GM devait cesser des pratiques de nature à évincer ses concurrents du marché et devait favoriser le développer de ses concurrents en leur donnant accès à certains de ses sous-ensembles (moteurs, boîtes de vitesses…). En l'absence d'effets probants à l'issue de la période d'observation, des remèdes structurels pouvaient être imposés. Or, le déclin de la branche, lié au caractère erratique de la demande, fit qu'une seule entrée fut observée en 1974 (AM General)… suivie de la sortie de la branche en 1978. La mesure corrective structurelle ne put d'ailleurs être mise en œuvre, les bus de GM ne constituant même pas la totalité de la charge de l'usine où ils étaient produits.

17. Certains remèdes comportementaux peuvent en outre se révéler contre-productifs. Il fut par exemple ainsi du premier cas AT&T en 1949 (*US v Western Electric Co.* Final Judgment, Civil Action, n° 17-49, DNJ, jan. 24th, 1956). Afin de contrecarrer un possible effet de levier de la puissance

5 Une même situation a pu être observée dans le cas de l'affaire *Alcoa*. Il fut imposé en 1945 descessions d'actifs à une entreprise qui ne contrôlait plus que 40 % du marché (Thomas, 2011).

6 Voir Crandall (1988) et Crandall et Jackson (2011) pour une analyse précise du cas.

7 La position du Juge Wyzanski dans la décision de 1953 est pleinement évocatrice "*it takes no Solomon to see that this organism cannot be cut into three and viable parts*" *US v United Shoe Mach.*, 347 US 521, 1954.

8 Relevons que l un des remèdes négociés posait le problème de la frontière entre le rétablissement des conditions de concurrence et la promotion de la concurrence. En effet, United Fruit aurait pu être dans l'obligation de favoriser l'émergence de nouveaux concurrents au travers de la mise à disposition de terres agricoles, de capacités de transport, etc. (Crandal et Elzinga, 2004).

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

de marché d'AT&T depuis le marché des télécommunications vers celui des équipements, une action fut introduite par le DoJ. Celle-ci déboucha sur un *Consent Decree* qui se traduisit par des engagements comportementaux limitant le champ d'activité d'AT&T au secteur des télécommunications et interdisant à sa filiale Western Electric à commercialiser ses équipements en dehors de ce marché. Ce remède porta préjudice à l'industrie américaine et au consommateur, en ce qu'il empêcha les deux acteurs d'entrer sur le marché de l'électronique grand public. Le système d'exploitation, Linux, élaboré par les Bell Labs fut de ce fait cantonné aux serveurs. Comme le relèvent Crandall et Elzinga (2004), le remède porta préjudice à la concurrence et porta dans une certaine mesure les germes des contentieux futurs avec IBM voire Microsoft.

18. L'évaluation des remèdes à partir de l'expérience américaine est donc en général des plus réservées, qu'il s'agisse des auteurs pouvant être rattachés à l'École de Chicago (Posner, 2001) ou de Harvard (Hovenkamp, 2005), si tant est que la distinction soit encore pertinente (Kobayashi et Muris, 2012). Dans le cadre d'une approche *modeste* de l'antitrust (Crane, 2007 ; Page, 2007), l'absence de tout remède est parfois vue comme la solution la moins défavorable en termes de surplus du consommateur. Laisser faire les ajustements de marché peut apparaître comme une option raisonnable dès lors que l'on admet que la théorie du dommage est questionnable, que l'efficacité des remèdes et leur absence d'effets collatéraux ne seraient être tenues pour certaines et que la longueur des procédures peut conduire à imposer un remède à une situation de marché qui a considérablement évolué.

19. À cet aune, l'abandon par le DoJ en 1982 de la procédure entamée contre IBM en 1969, constitue un exemple caractéristique d'une telle modestie, la Division Antitrust ayant pris acte de la transformation radicale de la concurrence sur le marché considéré et de l'affaiblissement de la position de marché d'IBM qui en résultait[9]. Les interventions ne devraient se limiter aux cas où l'autorité dispose d'un degré de certitude suffisant sur le caractère dommageable de la pratique, sur ses capacités à définir et à appliquer un remède qui y répond efficacement et où il apparaît que les ajustements spontanés du marché ne pourront pas corriger suffisamment rapidement les effets visé (Epstein, 2007).

20. Ainsi, l'approche des remèdes dans le cas américain contraste donc avec les tendances que nous allons observer dans nos prochaines sections consacrées au cas européen. Les prescriptions économiques vont indubitablement vers une telle modestie : i) la théorie du dommage doit être bien définie ; ii) le remède doit permettre d'y répondre efficacement et de la façon la moins contraignante possible ; iii) il doit être facile à mettre en œuvre et à superviser ; iv) il préserve la liberté stratégique de l'opérateur concerné[10] (Epstein, 2007). Il apparaît donc que plus les effets des pratiques sur le consommateur sont difficiles à prévoir sur le long terme, plus il sera ardu de définir le remède idoine. Ainsi, non seulement les positions prises aux États-Unis vont-elles dans le sens d'une non-intervention du juge de la concurrence dans les domaines faisant l'objet d'une régulation sectorielle mais la possibilité de prononcer des remèdes efficaces et sans effets collatéraux dommageables dans les domaines de haute technologie est mise en doute (Crandall et Jackson, 2011).

2. La pratique de la Commission européenne en matière de remèdes : Moins d'amendes et d'injonctions et plus de procédures d'engagements

21. Dans le cadre de la lutte contre les abus de position dominante, qui nous intéresse ici, la Commission européenne a recours à deux articles du règlement n° 1/2003 : les articles 7 et 9, ce dernier introduisant dans le droit de la concurrence européen une procédure d'engagements qui n'existait pas en tant que telle dans le cadre de l'ancien règlement[11]. Dans ces procédures d'engagements, l'avantage des parties incriminées est indéniable. Tout d'abord, elles évitent la sanction financière puisqu'aucune amende ne peut être prononcée sous l'article 9. Ensuite, la procédure est plus rapide que dans le cadre de l'article 7. En effet, la Commission n'a pas besoin de prouver la théorie du dommage ni de contrôler la proportionnalité du remède vis-à-vis des effets de la pratique anticoncurrentielle. La seule contrainte en termes de contrôle de la proportionnalité est de vérifier que les parties en question n'ont pas proposé une solution d'engagement moins contraignante[12]. De la même façon, l'absence de notification des griefs permet d'éviter d'accroître la vulnérabilité juridique de l'entreprise tout comme le fait de ne pas déboucher sur une décision statuant sur l'existence d'une position dominante. Enfin, et cet avantage vaut des deux côtés de la négociation, la définition du remède devient plus souple et, par conséquent, il y a plus de place à une certaine flexibilité à l'inverse du choix unilatéral issu de l'article 7. Au final, les possibilités d'arbitrage entre les articles 7 (injonction) et 9 (décisions rendant des engagements obligatoires) enrichissent considérablement l'arsenal et le pouvoir de négociation de la Commission dans l'application de l'article 102 du Traité (Tajana, 2006).

22. Avant leur application significative dans le domaine de l'énergie ces quatre dernières années, la Commission n'avait jamais encore eu recours à des mesures structurelles

9 Notons également que la première action entamée contre IBM en 1952 (*Consent Decree* en 1956) prit en partie fin du fait des évolutions du marché des tabulatrices pour cartes perforées.

10 Notons que le remède négocié dans le cadre du *Consent Decree* avec Microsoft fait débat auprès des économistes dans la mesure où l'accès aux protocoles d'interface présente la double caractéristique de ne pas entretenir de lien direct avec la théorie du dommage à la concurrence sur laquelle fut basée la procédure et où il s'agit d'un remède de type *forward-looking* qui vise moins à faire cesser une pratique préjudiciable (et à préserver la liberté de l'opérateur dominant après son administration) que de favoriser l'accès des concurrents actuels et potentiels au marché (Page et *Childers*, 2008).

11 Si des mesures provisoires peuvent être prononcées sur la base de l'article 8 pour les situations d'urgence, il s'avère que ce dernier n'a jamais été activé depuis le 1er mai 2004.

12 Affaire C-441/07 P, *Commission européenne v. Alrosa* (29 juin 2010), para. 41.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

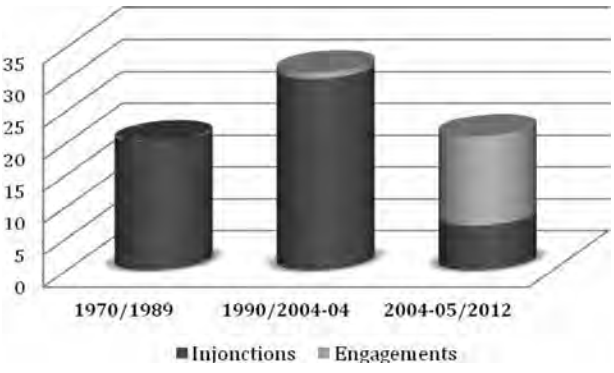
en matière de pratiques unilatérales[13]. En effet, sur la période 1957-2012, sur les trente décisions qui ont donné lieu à des remèdes, seulement *cinq* ont apporté une réponse structurelle (*i.e.* 17 %). Ce partage entre remèdes structurels et comportementaux contraste nettement avec la pratique relative au contrôle des concentrations. À titre d'exemple, sur la période 1990-2005, seul un quart des décisions à remèdes était de nature comportementale, les trois autres quarts touchaient, à des degrés divers, à la structure du marché (Bougette et Turolla, 2008).

23. En matière de pratiques unilatérales, ces statistiques corroborent la préférence nette de la Commission envers des mesures correctives de nature comportementale. Si l'on suit le règlement n° 1/2003, "*une mesure structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle*" (art. 7). Évidemment la notion d'efficacité équivalente en la matière est délicate puisque les effets des remèdes structurels et comportementaux peuvent différer comme nous avons pu le voir (modification des incitations ou non). Et si jamais cette équivalence était prouvée, il faudrait alors choisir le remède le moins contraignant. Là aussi, comparer les contraintes posées par les deux types de remèdes sur les parties n'est pas une sinécure même si on pourrait être tenté de conclure qu'un remède comportemental est moins contraignant puisqu'il ne touche pas aux fondamentaux sur les droits de propriété. Malgré tout, des remèdes comportementaux qui réduisent la liberté de contracter ou forcent l'accès des tiers à des actifs précieux peuvent également être de nature contraignante bien plus forte qu'un transfert d'actifs déjà autonomes. Tout dépendra bien évidemment du périmètre de l'engagement imposé.

24. Pourtant, les solutions structurelles, relativement dénigrées en matière de pratiques unilatérales, ont un net avantage sur les comportementales : elles n'impliquent aucune surveillance (*monitoring*) quant au bon respect des engagements pris. Néanmoins, les remèdes structurels sont irréversibles et comme nous l'avons rappelé pèsent sur les droits de propriété des entreprises. Il est alors souhaitable que l'autorité de concurrence soit prudente dans le recours à de tels remèdes, ainsi que dans leurs conditions de mise en œuvre. En effet, la pratique des engagements structurels peut très bien se révéler plus ardue qu'anticipée. Par exemple, le mécanisme de vente des actifs et l'identité du repreneur proposé sont autant de difficultés à gérer. La négociation avec les parties est alors déterminante. Dans le cas où aucun repreneur crédible est intéressé par les actifs à céder, il paraît naturel à l'instar du contrôle des concentrations, de requérir une solution comportementale. En revanche, si dans le marché concerné un seul repreneur est acceptable et que ce dernier a fait une offre qui se révèle insuffisante aux yeux des parties cédantes, d'autres difficultés surviennent : soit un recours également à un remède comportemental si le marché le permet ; soit la Commission force la vente malgré tout au risque de "brader" les actifs. Il est bien souvent difficile d'obtenir les détails des conditions des transferts d'actifs pour statuer sur cette question. Par exemple, dans le secteur énergétique sur lequel nous reviendrons dans la section I.3., peu de repreneurs sont susceptibles d'être intéressés en raison des fortes capacités de financement nécessaires pour acquérir ce type d'activité, et si repreneurs il y a, ils sont déjà vraisemblablement en position dominante sur leur marché d'origine pouvant de ce fait donner lieu à l'émergence ou au renforcement d'un risque de position dominante collective (Flochel, 2008). En l'absence même de telles difficultés, les procédures de scission sont toujours longues et coûteuses, ne serait-ce qu'en termes de *monitoring* comme l'a montré aux États-Unis le cas d'AT&T[14]. Ensuite, une fois la transaction effectuée, il n'y a plus de nécessité de la part de l'autorité à surveiller le cas en question. Concernant les mesures de nature comportementale, l'autorité doit veiller au bon respect des engagements souscrits et détecter les pratiques visant à contourner ou à affaiblir l'objectif visé.

25. Intéressons-nous à l'ensemble des décisions rendues par la Commission dans le cadre de l'article 102 du Traité (Graphique 2). Nous retenons trois périodes en faisant ressortir le mois de mai 2004, date de l'entrée en vigueur du nouveau règlement. La Commission a déjà rendu six décisions imposant des remèdes en 2010 et 2011, en comparaison avec neuf décisions rendues du même type sur la précédente période 2004-2009. En tendance, la Commission recourt davantage aux remèdes, notamment aux remèdes structurels (Graphique 3). Par ailleurs, la politique de sanction au niveau de l'organe européen s'est nettement transformée sur une plus longue période. L'évolution du nombre d'amendes prononcées sur la période 1970-2012 (Graphique 4) apporte un élément supplémentaire à la discussion : le recours plus fréquent aux remèdes s'est fait au détriment des sanctions financières. La chute du nombre d'amendes (et non de leurs montants, lesquels sont de plus en plus élevés) confirme que les décisions de la Commission mettent de façon croissante en cause les droits de propriété et la liberté contractuelle des entreprises.

Graph. 2 : Décisions de la Commission sur la base de l'article 102



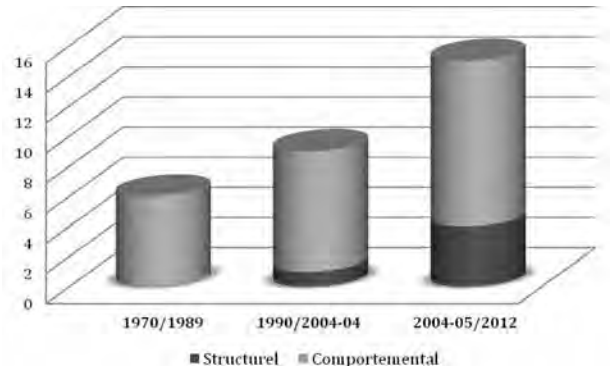
Source : Calculs des auteurs

13 Un premier débat quant à la possibilité de mettre en œuvre des remèdes structurels dans le cadre de décisions de la Commission européenne avait été suscité par la décision *Continental Can* du 9 décembre 1971. Des cessions d'actifs imposées par la Commission avaient été finalement annulées par la Cour de Justice (Aff. C 6-72, *Europemballage Corporation* et *Continental Can Company Inc.* contre Commission des Communautés européennes, Arrêt de la Cour du 21 février 1973). Cependant, dans la mesure où cette annulation reposait sur des questions de marchés pertinents, la question sur la possibilité d'imposer des remèdes structurels dans le cadre du règlement n° 62/17 n'avait été tranchée.

14 Sullivan (2002) relève que l'accompagnement du démantèlement d'AT&T a monopolisé le juge Green qui en était en charge durant sept années pendant lesquelles il prononça 160 décisions. Le suivi des cessions ne s'acheva en fait qu'avec la promulgation du *Telecommunications Act* en 1996.

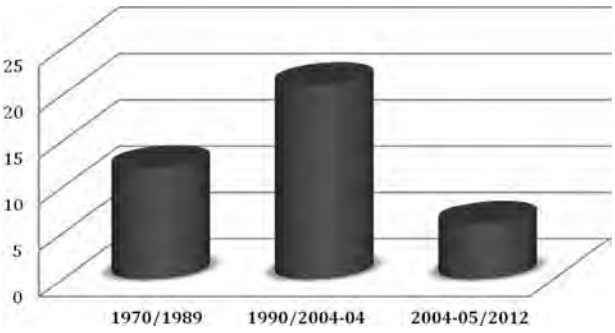
Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

Graph. 3 : Nombre de décisions de la Commission ayant donné lieu à des remèdes



Source : Calculs des auteurs

Graph. 4 : Nombre de décisions de la Commission ayant donné lieu à des amendes



Source : Calculs des auteurs

26. Cette chute du nombre d'amendes tient non seulement à un accroissement du nombre d'injonctions mais aussi et surtout à l'utilisation accrue de la procédure négociée décrite plus haut, qui ne prévoit pas cette possibilité de sanction. Selon le Graphique 2, la tendance est nette : l'injonction – qui était l'instrument privilégié de la Commission durant les années 1970-2004 – ne l'est plus et est progressivement remplacée par les engagements. La nuance que nous verrons dans la section suivante est que ces remèdes négociés ont tous été mis en œuvre dans un secteur régulé particulier : l'énergie ; ces remèdes ont pour objectif d'accompagner l'ouverture à la concurrence des marchés européens. Reste à savoir si la Commission aura en ligne de mire d'autres secteurs régulés ces prochaines années (Poste, réseaux ferrés, etc.) pour confirmer ce recours privilégié à des procédures négociées.

3. L'utilisation croissante des remèdes structurels dans les secteurs énergétiques : Une alternative régulatrice ?

27. S'il est fréquent que l'autorité européenne préfère recourir à des solutions comportementales en matière de pratiques unilatérales, des décisions récentes ont imposé des séparations structurelles. Cette tendance est nouvelle et s'est (pour l'instant) limitée au secteur de l'énergie. En effet, en 2007, la Commission avait lancé une vaste enquête sur ce secteur[15]. Les conclusions de la Commission à cette occasion étaient sans appel : les consommateurs ont été pénalisés par des prix élevés et des marchés inefficaces. Face à ce constat, la Commission a eu recours à des engagements contraignants en matière de séparation structurelle sur les marchés électriques grâce à la flexibilité des procédures négociées[16]. Dans cette logique, les remèdes structurels via l'article 9 du règlement n° 1/2003 apparaissent dès lors comme un instrument de régulation des industries de réseaux. La Commission a alors poussé les sociétés publiques ou privées, qui intégraient jusque-là production et distribution, à céder tout ou partie de leurs réseaux. L'autorité a ainsi obtenu des séparations structurelles des allemands E.ON[17] et RWE[18] ainsi que du groupe pétrolier italien ENI[19]. Nous allons détailler ces trois affaires avant de nous interroger sur l'efficacité et les alternatives possibles.

3.1. L'affaire *E.ON* (2006-2010)

28. En novembre 2008, la Commission a choisi d'accepter des remèdes structurels de la part du groupe allemand E.ON. Le marché allemand pouvait être décrit comme un oligopole de quatre entreprises qui totalisaient 80 % de parts de marché[20] : le leader E.ON, ensuite RWE, EnBW et, enfin, une filiale d'un opérateur suédois, dénommée Vattenfall. Les remèdes structurels ont été proposés à l'initiative du groupe E.ON pour mettre fin à deux affaires consécutives d'abus de position dominante qui avaient donné lieu à des inspections dans les locaux de l'entreprise dès 2006. Cette affaire marque la première fois que la Commission recourait aux remèdes structurels dans le cadre d'une procédure négociée pour mettre fin à des pratiques unilatérales[21].

15 Communication de la Commission Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité (Rapport final) SEC(2006) 1724 /* COM/2006/0851 final. Disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/inquiry/index.html.

16 OCDE (2012). Rapport sur les expériences en matière de séparation structurelle. *Comité de la Concurrence de l'OCDE, Janvier 2012*.

17 Affaire COMP/39.388, *Marché de gros de l'électricité en Allemagne* et COMP/39.389, *Marché d'équilibrage de l'électricité en Allemagne* (26 novembre 2008), JOUE 2009/ C 36/8. Par ailleurs, E.ON a été condamné en juillet 2009 à une amende de 553 millions d'euros pour entente illégale (répartition des marchés) sur le marché du gaz avec son concurrent GDF Suez (http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1099).

18 Affaire COMP/39.402, *RWE verrouillage des marchés du gaz* (18 mars 2009), JOUE 2009/C 133/10.

19 Affaire COMP/39.315, *ENI*, JOUE 2010/C 352/09. Voir Chauve *et al.* (2009) pour l'étude interne du cas par la Commission.

20 Weigt et Willems (2011).

21 Pour préciser, le premier cas effectif de remède structurel était sous l'article 7, l'affaire *Warner-Lambert/Gillette* en 1992.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

Le premier ensemble de pratiques incriminées concernait le marché de gros de l'électricité. Les griefs de la Commission ciblaient une stratégie d'E.ON visant à réduire ses propres capacités de production et à limiter les investissements de ses concurrents. Le deuxième ensemble de pratiques portait, quant à lui, sur le marché d'équilibrage. E.ON aurait été favorisé par le gestionnaire du réseau de transport qui était en fait sa propre filiale.

29. En mai 2008, le groupe E.ON propose alors de céder 5 GW de ses capacités de génération ainsi que son réseau de transmission incluant des lignes haute tension, ceci pour clore les deux affaires d'abus de position dominante. La Commission accepte cette proposition dans sa décision du 26 novembre 2008 (*op. cit.*).

30. Comme le détaille Wang (2011), le déroulement de cette affaire mérite une attention particulière. La Commission européenne avait lancé une enquête sur le marché allemand. Par conséquent, elle surveillait de très près le principal opérateur E.ON. Le 18 juillet 2007, la Commission ouvre une affaire concernant une entente soupçonnée entre E.ON et le groupe GDF Suez, restreignant la concurrence sur leur marché de gaz respectif. En juillet 2009, cette affaire se termine par une sanction de 533 millions d'euros pour chaque partie[22]. Une autre affaire à l'encontre du groupe a été ouverte en 2009, relative au verrouillage suspecté du marché gazier. Enfin, une dernière affaire qui accentue la pression sur le leader énergétique allemand est la condamnation pour violation des scellés apposés par des inspecteurs de la Commission lors de l'enquête en mai 2006[23]. Pour cette infraction, la Commission a pour la première fois prononcé, au titre de l'article 23 du règlement n° 1. 1/2003, une sanction de 38 millions d'euros. Cette sanction a été confirmée en appel par le Tribunal[24]. Dans ce contexte, la proposition de remèdes structurels seulement six mois après l'ouverture d'une enquête pour entente, peut être vue comme un geste coopératif ; le pouvoir de négociation n'étant absolument pas du côté du groupe.

3.2. L'affaire *ENI* (2007-2011)

31. La Commission a lancé dès le printemps 2007 une enquête pour abus de position dominante contre le groupe public italien ENI. Elle lui reprochait d'abuser de sa position dominante sur son marché gazier national en empêchant ses concurrents d'accéder à ses gazoducs ou en le leur permettant seulement dans de mauvaises conditions. Plus précisément, ENI aurait stratégiquement thésaurisé des capacités et sous-investi dans son réseau de transmission, ce qui aurait freiné la concurrence[25]. Les faits reprochés se sont produits sur la période 2000-2008, période marquée par une demande forte et constante de capacités de transport de parties tierces pour importer du gaz en Italie par les pipelines utilisés par ENI. L'enquête de la Commission a démontré qu'ENI a refusé d'allouer des capacités sans "*aucune justification objective*" pour ensuite découvrir que des capacités de transport étaient en réalité disponibles. Pour en mesurer l'ampleur, ENI détenait des droits de capacités au moins de 80 % du pipeline concerné alors que les concurrents pouvaient espérer en moyenne obtenir l'accès à moins de 3-10 % (Maier-Rigaud *et al.,* 2011).

32. Le 29 septembre 2010, ENI accepte de se séparer de trois gazoducs pour échapper à l'amende de l'article 7 (pouvant théoriquement monter jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel du groupe). ENI s'est engagé à vendre ses participations dans les gazoducs internationaux TAG, qui transporte le gaz russe en Italie via l'Autriche, ainsi que TENP et Transitgas, qui relient la mer du Nord à l'Italie à travers les Pays-Bas, l'Allemagne et la Suisse. La cession de TAG a été effective en juin 2011 : ENI a cédé 89 % de ses actions détenues dans TAG à la Caisse des dépôts italienne (CDP) pour un montant de 483 millions d'euros. ENI s'est également vu rembourser un prêt d'environ 192 millions d'euros anciennement accordé au repreneur[26].

3.3. L'affaire *RWE* (2009-2010)

33. Un autre remède structurel a été utilisé à l'encontre du numéro deux allemand de l'électricité et du gaz, RWE, toujours à l'issue d'une procédure sur la base de l'article 9. Dans cette affaire, la Commission accepta les engagements proposés le 18 mars 2009. La Commission soupçonnait le groupe d'un refus de fournir des services de transport de gaz à d'autres sociétés et d'une compression des marges de ses concurrents sur le marché de la fourniture du gaz. Cette séparation structurelle forcée est soumise à la condition que la Commission donne son aval à l'acquéreur du réseau. Le réseau ne peut être cédé qu'à des repreneurs qui, *a priori*, ne posent pas de problèmes de concurrence, afin d'éviter que le nouveau propriétaire ne soit incité à favoriser ses propres activités de fourniture. La commissaire à la concurrence, Neelie Kroes, commente la décision en ces termes : "*Cette vaste série de mesures correctrices va fondamentalement redéfinir les marchés allemands du gaz et débouchera sur une plus grande concurrence et sur un plus grand choix pour les consommateurs. Je suis absolument convaincue que cette cession constitue une solution claire et durable aux préoccupations exprimées par la Commission et qu'elle garantit que RWE ne pourra plus se servir du contrôle qu'elle exerce sur son réseau pour favoriser la société d'approvisionnement de gaz qui lui est apparentée aux dépens de ses concurrents*"[27].

34. En décembre 2010, le remède a été effectivement mis en œuvre, le groupe ayant dû céder son réseau de gaz Thyssensgas à la banque australienne Macquarie pour un montant estimé à 500 millions d'euros[28].

22 Voir http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1099.

23 Affaire n° COMP/B-1/39.236, *E.ON Énergie* (30 janv. 2008), JOUE 19 sept., n° C 240, concernant la fixation d'une amende fondée sur l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 du Conseil pour bris de scellés. Il s'agissait de la première utilisation de l'article 23 du règlement n° 1/2003.

24 Trib. UE, affaire T-141/08, *E.ON Énergie* c/ Commission (15 déc. 2010). Voir Muguet-Poullennec (2011). Un pourvoi est en cours à la Cour de justice, CJUE, affaire C-89/11 P, *E.ON Énergie* c/ Commission (15 déc. 2010).

25 Se reporter au commentaire interne à la Commission Maier-Rigaud *et al.* (2011) ainsi qu'à la chronique de Marty (2011) pour une analyse détaillée de l'affaire.

26 "ENI vend son gazoduc TAG pour éviter une amende de la Commission", *Agence France Presse*, 10 juin 2011.

27 Communiqué de la Commission, "Ententes et abus de position dominante : la Commission ouvre le marché allemand du gaz à la concurrence en acceptant les engagements de RWE de céder son réseau de transport", IP/09/410, Bruxelles, le 18 mars 2009.

28 Source : *La correspondance économique*, 6 décembre 2010.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

35. Depuis le transfert de son réseau gazier, RWE (ainsi que son rival E.ON) subit de plein fouet la décision du gouvernement allemand d'abandonner les programmes nucléaires suite à la catastrophe de Fukushima en mars 2011. Sept milliard d'euros d'activités de RWE sont promises à la vente d'ici la fin 2013 pour désendetter le groupe[29]. C'est la raison pour laquelle RWE souhaite se retirer du projet de gazoduc Nabucco soutenu par la Commission européenne qui voit en lui la possibilité de diversifier les sources d'approvisionnement en gaz, dont la Russie reste le principal fournisseur[30]. Dans cette affaire, la Commission ne pouvait bien évidemment pas anticiper cette décision du gouvernement allemand qui met les opérateurs dans des conditions financières très difficiles. Dans le cas d'espèce, des remèdes comportementaux ont l'avantage d'être révisables et ajustables en fonction de ce type de "choc exogène", tandis que les ventes d'actifs ne le sont définitivement pas.

3.4. Quelles seraient les alternatives ?

36. Les trois affaires de remèdes structurels sur les marchés énergétiques étant relativement récentes, il n'existe pas à notre connaissance d'études rétrospectives de ces décisions qui permettraient d'évaluer l'efficacité des remèdes précédemment détaillés. Toute la difficulté de ce type d'analyse est de pouvoir simuler le "contrefactuel" le plus approprié, c'est-à-dire trouver le niveau concurrentiel qui aurait prévalu sans la pratique anticoncurrentielle incriminée. Ceci est d'autant plus difficile dans le cadre du marché allemand que les deux groupe E.ON et RWE montraient une position dominante dans la situation *ex ante* (les deux acteurs représentaient 60 % de part de marché en 2006)[31]. Une étude intéressante sur le marché allemand est celle de Weigt et Willems (2011). Les auteurs simulent les effets des transferts de capacités à l'aide des données du marché allemand en 2006. Ils calibrent deux modèles, un modèle de Cournot et un modèle à fonctions d'offres[32], aux données et simulent deux configurations de cession possibles. La première propose le transfert de la moitié des actifs des groupes E.ON et RWE à deux nouveaux entrants (*i.e.*, des groupes étrangers ou conglomérats) faisant passer le nombre d'acteurs dits "stratégiques" de quatre à six. La seconde configuration suppose que les actifs des deux groupes soient repris par un ensemble d'opérateurs de petite taille (municipalités), ce qui reviendrait à augmenter la part de la frange concurrentielle (*i.e.*, les entreprises qui n'influent pas sur le niveau des prix). Les résultats globaux montrent que les transferts de capacités peuvent réduire les prix moyens en heure de pointe de 6 €/MWh pour la première configuration et de 2 €/MWh supplémentaire pour le cas de la frange concurrentielle. Des prix inférieurs conduisent alors à une augmentation du surplus du consommateur et à une réduction de celui des producteurs (y compris ceux qui importent de l'électricité sur le marché allemand). Quant à l'effet net, le bien-être augmente dans les deux scenarii de cession. Les auteurs chiffrent l'augmentation du bien-être total à environ 200 millions d'euros par an.

37. L'intérêt de l'étude de Weigt et Willems (2011) est de pouvoir estimer les variations de bien-être suite à différentes possibilités de remèdes structurels ; néanmoins, il n'y a pas de place à l'arbitrage entre mesures structurelles et comportementales dans ce contexte. C'est ce que se proposent justement de faire van Koten et Ortmann (2011) dans le cadre de travaux en économie expérimentale. Dans leur article, ils étudient – aussi bien théoriquement qu'à l'aide d'une expérience – la comparaison entre remède comportemental, qui dans leur cas correspond à l'introduction d'un marché à terme, et remède structurel, c'est-à-dire les transferts de capacités. Les résultats des expériences suggèrent que l'introduction d'un marché à terme sur des marchés concentrés à deux ou trois entreprises a pour effet d'augmenter la production totale. Un autre résultat intéressant est que le remède comportemental est plus efficace qu'un remède structurel qui consisterait à créer un nouveau concurrent à l'aide de transferts de capacité. Les auteurs montrent ainsi l'intérêt de développer des marchés à terme sur l'électricité alors qu'actuellement certaines législations nationales ne le permettent pas (*e.g.* l'Espagne).

38. L'utilisation, ces dernières années, des remèdes structurels par la Commission a eu pour objectif de fluidifier et de dynamiser les marchés de l'énergie des différents États membres. Néanmoins, cette tendance relève plus d'une autorité de régulation sectorielle que du rôle d'une autorité de concurrence. Nous allons voir que l'intervention de l'autorité via des remèdes structurels ne parvient pas toujours à l'objectif souhaité.

II. Les remèdes n'ont pas toujours l'effet escompté…

39. Deux questions peuvent être soulevées en matière de remèdes dans le cadre des pratiques unilatérales. La première tient au risque de voir prononcer des remèdes sous-optimaux n'ayant au mieux aucun effet et au pire portant préjudice au consommateur (Werden, 2009). La seconde tient aux objectifs mêmes poursuivis par l'autorité de concurrence. S'agit-il de mettre un terme à une pratique anticoncurrentielle donnée ou à construire les conditions d'une concurrence équitable (*level playing-field*) ? La proportionnalité des remèdes doit alors être envisagée en relation avec la montée en puissance des procédures d'engagements dans l'application de l'article 102 du Traité.

29 Source : *Les Échos*, édition du 7 mars 2012.

30 Le projet *Nabucco* a pour but de transporter du gaz naturel de la région de la mer Caspienne vers l'Europe centrale en passant par la Turquie. Il est actuellement concurrencé par le projet de gazoduc *South Stream* conduit par le russe Gazprom et ENI, tous deux rejoints par des partenaires européens comme EDF et l'allemand BASF.

31 Bundeskartellamt (2006), Sachstandspapier zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung in Sachen Emissionshandel und Strompreisbildung. Bundeskartellamt, 8. Beschlussabteilung, Bonn.

32 Il s'agit de modèles dit de *Supply Function Equilibrium*, les entreprises choisissant conjointement prix et quantités.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

1. Les remèdes insuffisants ou préjudiciables à l'efficacité dynamique

1.1. Des remèdes inopérants

40. Un premier débat tient à l'effet des remèdes comportementaux. Comme nous l'avons vu dans la section I, la capacité de ces derniers à répondre au problème de concurrence identifié a souvent été mise en question dans la mesure où ils ne modifient pas les incitations qui s'exercent sur le management de l'entreprise dominante. La structure de l'entreprise concernée et celle du marché demeurant inchangées, celle-ci est toujours incitée à abuser de sa position pour maintenir, accroître ou étendre sa puissance de marché. Les mesures correctives comportementales peuvent voir leur efficacité érodée par le coût et les difficultés du contrôle de leur mise en œuvre par l'autorité de concurrence compétente. Non seulement cette dernière ne peut mobiliser suffisamment de moyens budgétaires pour assurer un suivi adéquat mais la diversité des pratiques pouvant conduire un opérateur à abuser de sa position de marché peut faciliter des opérations de contournement des injonctions initialement prononcées.

41. Ainsi, dès lors que les caractéristiques du marché ne permettent pas de prévenir les abus en interdisant un type de pratique donnée ou que les problèmes de concurrence apparaissent comme consubstantiels à la structure même du marché considéré, des mesures correctives de nature structurelle peuvent apparaître comme potentiellement plus efficaces. Comme en témoigne la préférence affichée par les autorités européennes pour de tels remèdes dans le domaine de l'énergie.

42. Cependant, l'efficacité même des mesures correctives structurelles peut souvent être mise en question. En effet, non seulement celles-ci peuvent s'avérer particulièrement difficiles à mettre en place et peuvent donc de ce fait consommer un montant significatif des ressources – limitées – dont disposent les autorités de concurrence, mais elles peuvent voir leur efficacité même réduite par le caractère incomplet et asymétrique de l'information dont le juge de la concurrence dispose.

43. Le premier facteur, celui du coût même de la mise en œuvre des remèdes structurels, peut être illustré par le cas d'AT&T aux États-Unis. Alors qu'ils apparaissent en première approximation comme moins coûteux que des remèdes comportementaux dans la mesure où ils ne supposent pas une supervision de leur exécution au jour le jour par une autorité qui se voit dès lors conférées des missions de régulation des marchés, l'expérience américaine révèle en fait que ces derniers requièrent une longue phase de mise en œuvre nécessitant un accompagnement et un contrôle extrêmement contraignant et coûteux comme en témoigna le démantèlement d'AT&T (Sullivan, 2002).

44. Le second facteur, tenant à la définition même des remèdes structurels et des conditions de leur mise en place, fait écho à des problématiques connues dans le domaine du contrôle des concentrations, dès lors qu'une opération notifiée est acceptée moyennant des mesures correctives de nature structurelle (Vergé, 2011). Les risques portent notamment sur la capacité des autorités de concurrence à définir la nature et le périmètre optimal des actifs à céder pour répondre au problème de concurrence identifié. De la même façon, s'il s'agit d'une procédure négociée, l'entreprise à l'origine de la proposition d'engagements bénéficie d'un indéniable avantage informationnel quant à l'évaluation du caractère suffisant de ces derniers et éventuellement quant à la réelle capacité de leur repreneur à exercer une concurrence significative dans le futur (Farrell, 2003). Ce faisant, se posent les mêmes problèmes qu'en matière de contrôle des concentrations (définition du périmètre des actifs, identification d'un acheteur "crédible", possible aléa moral dans la gestion des actifs concernés dans la période précédant leur cession effective). Le risque de voir des mesures correctives structurelles inopérantes va de pair avec le fait qu'il est bien plus délicat de définir un périmètre de cessions pour une entreprise intégrée que pour deux entreprises en cours de rapprochement.

45. Cependant, malgré leurs défauts, les remèdes structurels peuvent faire sens en cas de réitération des pratiques abusives, s'il devait apparaître que des remèdes comportementaux initialement prescrits n'ont pas porté leurs fruits.

46. À l'extrême, il est possible de considérer que les remèdes prononcés dans le cadre des procédures antitrust les plus marquantes concernant des secteurs de haute technologie (IBM, AT&T ou Microsoft) n'ont guère eu d'impact significatif sur la concurrence par rapport aux évolutions technologiques mêmes des marchés concernés (Crandall et Jackson, 2011).

1.2. Des remèdes contre-productifs

47. Des mesures correctives prononcées dans le cadre de contentieux concurrentiels peuvent également s'avérer à l'origine de nouveaux problèmes concurrentiels, voire avoir des effets adverses sur le bien-être du consommateur.

48. Comme cela est également le cas en matière de contrôle des concentrations, un remède structurel issu d'une procédure ouverte sur la base de l'article 102 peut créer de nouveaux problèmes de concurrence. Par exemple, un remède qui se traduirait par la scission d'actifs contrôlés par un opérateur dominant peut certes permettre de répondre à un problème de concurrence lié à une dominance individuelle mais peut faire apparaître un risque de création d'une dominance collective si la prise de contrôle de ces derniers par les concurrents en place se traduisait par l'apparition d'une forte symétrie entre les firmes opérant sur le marché concerné (Flochel, 2008).

49. Des remèdes structurels peuvent également porter préjudice au consommateur dès lors qu'ils sont susceptibles de poser à terme des problèmes de compatibilité entre les produits et services développés par les différentes entreprises concernées, comme cela avait pu être craint dans le cadre de l'affaire *Microsoft*[33]. Nonobstant cette dimension,

33 Pour une critique, voir Levinson *et al.* (2001).

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

ils affectent significativement l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise considérée (Kovacic, 1999) et peuvent conduire à une fragmentation sous-optimale du marché considéré, notamment si les économies d'échelle justifiaient le degré de concentration initial (Crandall et Jackson, 2011).

50. De la même façon, certains remèdes comportementaux peuvent porter préjudice à la dynamique concurrentielle et par là même au consommateur (Barnett, 2009).

51. Il en est ainsi des remèdes qui vont contraindre la liberté stratégique de l'opérateur dominant qu'il s'agisse d'éventuelles mesures de baisse des prix (résultant par exemple de remises de fidélité) ou d'offres jumelant plusieurs produits ou services. En effet, certaines pratiques peuvent avoir des effets ambivalents, se traduisant simultanément par un dommage à la concurrence et des gains de bien-être au profit du consommateur, à l'instar de restrictions verticales de type clauses d'exclusivité (Bougette *et al.,* 2012). À l'extrême, une éviction d'un concurrent peut avoir un effet net positif sur le consommateur si les gains de bien-être liés à une plus forte capacité à porter des innovations font plus que compenser les pertes liés au renforcement du pouvoir de marché (Epstein, 2009 ; Goettler et Gordon, 2011). Sans aller jusqu'à cet extrême, la difficulté croissante de dirimer entre des pratiques *in fine* préjudiciables au consommateur et celles qui génèrent des gains en termes de bien-être se traduit inexorablement en matière de conception des remèdes. En effet, si une injonction à la cessation d'une pratique collusive induit un gain incontestable en termes de bien-être, les choses sont plus complexes pour les pratiques unilatérales (Werden, 2008).

52. Une pratique qui peut léser à court terme le consommateur peut s'avérer indispensable au financement d'innovations qui lui profiteront à moyen terme. Un remède interdisant une pratique donnée, même s'il est justifié au moment de la décision, peut entraver des investissements futurs. Il en est par exemple ainsi en matière d'accès obligatoire à une infrastructure donnée ou de licence obligatoire. Le gain en termes d'efficacité allocative (lié à l'accès des concurrents au marché) peut se payer en termes d'efficacité dynamique. Par exemple, même si le prix d'accès compense les coûts actuels de l'opérateur en place, il peut s'avérer insuffisant pour compenser les risques liés aux futurs investissements.

53. Par exemple, un remède s'inscrivant à la suite d'une stratégie d'éviction peut s'avérer inopérant s'il requiert la seule cessation des pratiques alors que la marginalisation sinon l'exclusion des concurrents est irréversible et peut même s'avérer préjudiciable pour le bien-être du consommateur s'il revient à soutenir un concurrent moins efficace et donc à perdre les avantages liés aux économies d'échelle ou d'envergure (Tom et Wells, 2003). De la même façon, une obligation d'accès à une infrastructure essentielle ou une licence obligatoire peut induire des effets adverses sur les incitations à innover et à investir des firmes concernées (Shelanski et Sidak, 2001).

54. À cette aune, l'évaluation de la performance de remèdes comportementaux est particulièrement difficile. Les effets à court terme sur les prix et sur le nombre d'opérateurs ne sont pas les seuls critères pertinents, dans la mesure où seules des analyses rétrospectives de long terme pourraient permettre de faire la balance entre les effets négatifs liés à l'impact sur les incitations à innover des opérateurs dominants et les effets positifs liés à la préservation ou à l'accroissement des opportunités pour les opérateurs tiers. Il s'agit donc de faire une balance entre gains à court terme (liés à la réduction des barrières à l'entrée) et risques de pertes à long terme. Notons d'ailleurs qu'un remède structurel met en jeu un arbitrage comparable entre coûts et pertes d'efficience productive de court terme liés aux scissions et espérance de gains futurs liés à l'accroissement de la pression concurrentielle. Comme le relève Werden (2008), seuls des travaux d'histoire des faits économiques peuvent répondre à la question de l'efficacité des remèdes quand bien même le faible nombre de cas, la turbulence des marchés et la difficulté de définir des scénarii contrefactuels pertinents rendent l'exercice particulièrement difficile sinon vain.

55. À l'extrême, il serait même possible de considérer qu'en l'absence même de décision définitive imposant ou rendant obligatoires des remèdes, le consommateur puisse être dans une certaine mesure pénalisé par une procédure concurrentielle dans la mesure où l'opérateur faisant l'objet de cette dernière disposera de moins de ressources (celles-ci étant "diverties" par les nécessités de la défense) durant l'ensemble de la procédure et aura tendance à se garder de toute initiative susceptible de dégrader la situation de marché de ses concurrents même si celle-ci ne devait procéder que d'une concurrence par les mérites (Kovacic, 1999).

56. En effet, la durée de traitement des affaires, notamment dans les domaines de haute-technologie, risque de rendre les remèdes inopérants et contre-productifs dans la mesure où ils peuvent s'avérer obsolètes et inadaptés aux conditions du marché lors de leur mise en œuvre effective. Comme il a pu être affirmé par la Cour du District de Columbia dans le cadre de l'affaire *Microsoft*, "*imposing a remedy in this case is not unlike trying to shoe a galloping horse*"[34]. Ainsi, les risques de victoire à la Pyrrhus relevés par Elzinga dès 1969 ne peuvent être écartés. Une décision sanctionnant des pratiques anticoncurrentielles peut n'avoir que peu d'effets si le remède est mal défini. À cet égard, l'absence de tout remède pourrait alors être un moindre mal comme semblerait le montrer le cas de la procédure antitrust ouverte contre IBM à la fin des années soixante et au final abandonnée au bout de quinze ans de procédure, alors que la situation du secteur informatique avait radicalement changé (Waller, 2008). Ainsi, dans une perspective schumpéterienne, une distorsion de court-terme vis-à-vis des conditions de concurrence pure et parfaite peut s'avérer profitable en termes d'efficacité dynamique (Gaffard, 2008).

34 New York v *Microsoft*, 224 F. Supp. 2d76, 184, DDC, 2002.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

2. Les remèdes disproportionnés

2.1. Une possibilité d'overfixing…

57. Les mesures correctives, tout comme les amendes, sont soumises au principe de proportionnalité, principe transversal au droit de l'Union européenne. Cependant, il est possible d'observer des remèdes prononcés dans le cadre de l'application de l'article 7 du règlement européen n° 1/2003 ou rendus obligatoires dans le cadre de l'article 9 de ce même règlement, allant au-delà de la seule résolution du problème de concurrence identifié. Il s'agit de l'équivalent des phénomènes d'*overfixing* mis en évidence par Farrell (2003) en matière de contrôle des concentrations au travers desquels l'autorité de concurrence exige des remèdes allant au-delà de ce qui est nécessaire, soit involontairement du fait de l'asymétrie informationnelle existante à son détriment, soit volontairement dans une logique de "précaution"[35] pour tenir compte des possibilités de contournement *ex post* des remèdes par l'opérateur concerné ou du caractère très ponctuel de sa décision, l'empêchant par exemple de modifier ces derniers en fonction des retours d'expérience.

58. Une deuxième question tient à l'objectif même du remède. S'agit-il simplement de faire cesser la pratique anticoncurrentielle, de "refléter l'abus initial" et de rétablir la situation de concurrence qui aurait prévalu en l'absence de ce dernier ou d'améliorer le fonctionnement voire la structure du marché considéré ? Dans un premier cas de figure, la mesure corrective peut se limiter à une injonction de cesser une pratique donnée (par exemple une politique de remises de fidélité rétroactives basées sur des chiffres d'affaires). Dans le deuxième, il peut s'agir de rendre obligatoire l'accès à une infrastructure essentielle qui était initialement refusé. Dans le troisième, il peut s'agir de rétablir les conditions d'une concurrence non faussée, quitte à imposer des remèdes désavantageant l'opérateur qui a initialement tiré parti de la pratique incriminée (Hellström *et al.,* 2009).

59. Dans cette dernière logique, l'entreprise qui a mis en œuvre un comportement anticoncurrentiel peut être placée, du fait des mesures correctives, dans une situation moins favorable que celle dans laquelle vont opérer ses concurrents. Il s'agit en d'autres termes, d'une *régulation asymétrique de la concurrence*, qui ne doit cependant pas entraver exagérément la première citée dans le jeu concurrentiel (Werden, 2009). À l'extrême, comme le notent Hellström *et al.* (2009), "*The Commission arguably may even the infringer to pay money to provide active product development support to competitors negatively affected by its illegal practices*". Il s'agit en d'autres termes de remédier aux conséquences du désavantage initial subi par ces derniers, désavantage qui n'est pas annulé par la seule cessation des pratiques. Enjoindre la firme concernée à cesser ses pratiques serait un remède insuffisant dans la mesure où l'avantage concurrentiel lié à la pratique initiale resterait inexorablement acquis à cette dernière.

35 Voir Bougette et Venayre (2008) qui soulignent ce "principe de précaution" généré par le contrôle amont des concentrations.

60. Un remède efficace peut être également considéré sous l'angle de l'absence de possibilité de réitération des pratiques ou du moins de pratiques d'éviction équivalentes. Dans la mesure où un remède comportemental (cessation d'une pratique) ne met pas pour autant en cause la dominance de l'entreprise concernée et donc la possibilité d'abuser de celle-ci, l'autorité en charge de l'application du droit de la concurrence peut être tentée de mettre en œuvre un remède répondant plus à une logique de régulation qui vise donc à agir directement sur les structures de marché (Comanor, 2001). Dès lors, le lien entre le remède et la pratique anticoncurrentielle se distend[36]. Le remède peut viser à éroder la dominance en jouant sur les barrières à l'entrée sur le marché ou plus directement revêtir une forme structurelle, sous la forme de cessions d'actifs.

61. Alors que le remède dans la conception actuelle de l'antitrust américain viserait principalement à la cessation des pratiques[37], son objectif est plus à rétablir les conditions de la concurrence dans le cadre européen[38]. Il peut en effet porter plus aisément sur les barrières à l'entrée et sur la question de la dominance même (Sullivan 2003). Relevons cependant que le souci de jouer directement sur la structure de la firme n'est pas absent du débat américain, comme l'ont montré les prises de position en faveur de remèdes structurels dans l'affaire *Microsoft* (Litan *et al.,* 2000 ; Katz et Shapiro, 1999).

62. La spécificité du droit de la concurrence européen vis-à-vis de son homologue américain tient principalement à l'accent mis sur la protection du processus de concurrence en lui-même plus que sur son seul résultat (le bien-être du consommateur). Dans cette logique, il fait sens de protéger une structure de marché de concurrence effective dans la mesure où seule une situation de rivalité effective entre firmes permet de préserver les conditions de liberté d'accès des tiers au marché et de liberté de choix des consommateurs. À ce titre, le remède peut légitimement viser plus que la seule cessation des pratiques. Il peut viser non seulement à rétablir les conditions de la concurrence par rapport à ce qu'elles étaient avant la commission de l'infraction mais également à "*rendre le marché encore plus concurrentiel qu'il ne l'aurait été en l'absence de comportement illicite*" (OCDE, 2006, p. 58).

2.2. … Renforcée par le recours aux procédures négociées

63. Si la Commission peut mettre en œuvre plus aisément des remèdes dans le cadre du règlement n° 1/2003 que dans celui du règlement n° 17 de 1962[39], il n'en demeure pas moins nécessaire de les justifier au vu du critère de proportionnalité,

36 Nous parlerions de *broad scope* dans le domaine du contrôle des concentrations pour caractériser des remèdes dont le périmètre excède celui des préoccupations de concurrence.

37 En outre, les remèdes dans le cas américain ont pour but la prévention de la réitération des pratiques via les règles de *dégorgement* des profits indus et de versements de dommages aux tiers (Elhauge, 2009).

38 "*A finding that Section 2 has been violated does not open the door to wholesale restructuring of the market. Instead, the remedy needs to be tied closely to the anticompetitive conduct occasioning it. That means that remedies need to be sufficient, but not overbroad, and proportional to the offense. Implementing a remedy that is too broad runs the risk of distorting markets, impairing competition, and prohibiting perfectly legal and efficient conduct*" (Barnett, 2009).

39 *Commercial Solvent* fut en 1974, la première décision ayant accompagné une amende d'une injonction.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

ce qui rend la tâche particulièrement ardue en matière de remèdes structurels. Les mesures correctives doivent en effet être proportionnées à l'infraction. Elles doivent permettre d'atteindre, de façon mesurée, les objectifs du droit de la concurrence. Les mesures doivent être, dans ce cadre, reliées à la pratique incriminée (Wang, 2011). De la même façon, l'intensité du remède doit être reliée à celle de l'abus. Enfin, dans la mesure où la position dominante n'est pas sanctionnée en elle-même par le droit de la concurrence mais seulement son abus, il est logique que les remèdes privilégiés soient des remèdes comportementaux.

64. À ce titre, ils ne peuvent aisément revêtir dans ce cadre une portée qui leur donnerait un périmètre plus large que le dommage initial et qui pourrait ne pas être totalement lié à ce dernier. L'objectif du critère de proportionnalité est alors de conserver une cohérence d'une décision à l'autre, de prévenir d'éventuelles décisions arbitraires et d'offrir en ce sens une sécurité juridique aux entreprises.

65. Le critère de proportionnalité encadre le recours aux mesures correctives dans le cadre de l'article 7 de façon assez étroite. Comme nous l'avons vu dans la première section, la Commission ne peut imposer un remède structurel qu'en l'absence de solutions moins contraignantes, notamment de remèdes comportementaux qui pourraient s'avérer aussi efficaces. Les choses sont bien différentes en matière de procédures négociées dans la mesure où selon l'arrêt *Alrosa* de la Cour de Justice[40] le contrôle de proportionnalité se limite aux seuls engagements effectivement proposés par l'entreprise sur une base volontaire. En d'autres termes, si l'entreprise n'a pas proposé d'alternative, la Commission n'est pas tenue de rechercher si d'autres engagements auraient pu également répondre à ses préoccupations tout en étant mieux proportionnés et moins contraignants[41]. En outre, la Commission n'est nullement tenue de jauger cette proportionnalité au regard des remèdes qu'elle aurait pu elle-même imposer dans le cadre d'une procédure contentieuse relevant de l'article 7.

66. La marge de discrétion de la Commission est dans ce cadre des plus significatives. Elle peut librement décider d'accepter la proposition de l'entreprise d'entamer une procédure négociée et peut également mettre un terme à celle-ci pour revenir à une procédure contentieuse sans avoir à se justifier. À ce titre, l'activation de la procédure d'engagements permet à la Commission, à l'instar du contrôle des concentrations (Joskow, 2002), de rebattre, au moins partiellement, les cartes du jeu concurrentiel en pouvant influer sur les positions de marché.

67. Le recours à des remèdes structurels peut faire sens dans la mesure où l'enquête sectorielle avait insisté sur les causes structurelles des dysfonctionnements observés – en l'espèce l'intégration verticale entre les activités de transports et production – et sur l'impossibilité de prévenir les pratiques de forclusions par des règles de gouvernance. De la même façon, l'importance des barrières à l'entrée dans l'industrie considérée annihilait tout espoir de correction de la situation par les seules forces du marché. En s'engageant dans une procédure négociée les opérateurs historiques concernés échappent potentiellement à un remède imposé dans le cadre de l'article 7 et à une amende. La Commission, de son côté, n'a pas à qualifier les pratiques et doit seulement s'assurer que les engagements proposés répondent bien à ses préoccupations de concurrence. En l'absence de toute autre proposition d'engagements de la part de la firme, elle n'a pas à vérifier si ces derniers iraient au-delà de ceux qu'elle aurait pu exiger dans le cadre de l'article 7.

68. La Commission se décharge d'une telle évaluation. Si l'entreprise est conduite à proposer des engagements qui iraient au-delà de ce qu'elle risquerait *in fine*, ceci est tenu pour compensé par l'absence de décision établissant une infraction à l'article 102, l'absence d'amende (argument d'autant plus important qu'il serait possible de considérer qu'elle a réitéré des pratiques anticoncurrentielles) et surtout par une fin rapide de la procédure. Non seulement les exemples américains tels Microsoft et AT&T témoignent de l'effet néfaste d'une affaire en cours sur la stratégie des firmes mais de telles procédures pèsent également sur la valorisation boursière des sociétés concernées.

69. Le recours à des remèdes structurels ou comportementaux d'importance dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité réduit à la portion congrue peut conduire à des remèdes dépassant largement le seul objectif de cessation des pratiques et de rétablissement de la situation de la concurrence, faisant courir les risques identifiés par Farrell (2003) en matière de contrôle des concentrations de *scalp*[42], d'*overfixing* ou encore de *broadscope*. La confirmation d'une importante marge de discrétion au profit de la Commission dans le cadre des procédures négociées, au travers de l'arrêt *Alrosa*, peut conforter la tendance à la disproportion des remèdes en droit européen de la concurrence (Wagner-von Papp, 2012). En effet, moins nombreuses seront les décisions rendues sur une base contentieuse, plus forte sera l'incertitude qui s'exercera sur les firmes faisant l'objet d'une procédure ouverte sur la base de l'article 102, quant au montant de l'amende encourue et quant aux remèdes que la Commission pourrait prononcer, et donc plus forte sera la propension à proposer des engagements. Dans la mesure où le contrôle juridictionnel qui s'exerce sur la Commission est limité, qu'elle dispose d'une large part de discrétion quant à l'acceptation des engagements, la probabilité de voir des remèdes sur la base de l'article 9 dépasser ceux qui auraient pu être prononcés dans le cadre d'une procédure contentieuse est d'autant plus forte (Kellerbauer, 2011).

70. Dans la mesure où le contrôle juridictionnel qui s'exerce sur la Commission en matière d'application de l'article 102 ne laisse que peu d'espoir aux firmes d'obtenir une révision majeure de la décision (Géradin et Petit, 2011), il peut apparaître attractif d'opter pour une procédure d'engagements, même au prix d'une "sur-prime"

40 *Op. cit.*, note n°12.

41 Relevons que la situation est différente en droit interne : l'Autorité de la concurrence ne peut rendre obligatoires des propositions d'engagements dépassant ses préoccupations de concurrence (voir Gunther, 2011).

42 Il s'agit d'un remède d'autant plus sévère qu'il s'applique à un opérateur dominant supportant déjà une responsabilité particulière vis-à-vis de la préservation d'une structure de marché de concurrence effective.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

(la disproportion du remède) correspondante pour l'entreprise à une partie de la valeur créée par la procédure d'engagements (mettre fin à la procédure sans décision établissant une violation de l'article 102).

71. De plus, dans la mesure où les entreprises tierces ne peuvent observer *in fine* que les engagements rendus obligatoires, se développe une quasi-jurisprudence à partir des procédures négociées qui peut se substituer à celle issue des décisions rendues sur une base contradictoire. Ce faisant, les entreprises concernées seront d'autant plus enclines à proposer d'emblée des remèdes structurels que ces derniers auront déjà été acceptés dans des affaires comparables. Le recours à ces procédures peut s'avérer problématique dès lors qu'elles vont porter sur des pratiques de marché pour lesquelles un éclaircissement jurisprudentiel serait nécessaire[43] ou concerner des marchés émergents pour lesquels une intervention du juge de la concurrence peut produire des effets majeurs.

72. La Commission peut donc d'autant plus facilement mettre à profit la marge de discrétion dont elle bénéficie en matière de mesures correctives pour renforcer le caractère concurrentiel des marchés concernées ? Il s'agirait d'un *remédialisme discrétionnaire* qu'il serait possible de mettre en œuvre également dans les procédures négociées. En effet, si les remèdes sont proposés par les entreprises, les deux parties à la procédure d'engagements ne sont pas dans une position symétrique (Lianos, 2012). Si l'entreprise se retire de la procédure négociée, elle fera face à une procédure sur la base de l'article 7. Dans la mesure où cette dernière est dans une position de relative faiblesse dans la négociation, il est difficile de considérer que la nécessité et la proportionnalité des engagements peuvent se déduire du fait que l'entreprise les ait volontairement proposés.

73. La marge de discrétion à disposition de la Commission pourrait conduire au développement de remèdes dépassant le périmètre des préoccupations de concurrence initialement transmises comme cela pourrait être le cas du second cas Microsoft au niveau européen conclu le 16 décembre 2009 sur la base d'une procédure d'engagements[44]. Alors que la saisine d'Opera, un développeur de navigateur Internet norvégien, et la théorie du dommage concurrentiel mobilisée reposaient sur une éviction au travers d'un jumelage (*effet de levier anticoncurrentiel*), le remède finalement négocié reposa sur le développement d'une fenêtre multi-choix pour sélectionner le navigateur Internet (remède de type *must-carry*).

74. Dans la mesure où la théorie du dommage à la concurrence n'est plus contestée et où le dommage à la concurrence n'a plus à être établi du fait du renoncement à une procédure contradictoire, il est à craindre que la définition du remède s'éloigne de celle du dommage à la concurrence (Lianos, 2012) ou que le périmètre des engagements – notamment au point de vue géographique ou en matière de gamme de produits concernée – ne corresponde pas exactement à celui affecté par les pratiques visées[45].

75. Ainsi, les procédures d'engagements peuvent-elles conduire à des décisions pour lesquelles le périmètre et l'intensité des remèdes pourraient induire un glissement entre des objectifs de rétablissement de la concurrence et des visées régulationnistes, revenant à des logiques de politiques industrielles (Gunther, 2011).

Conclusion

76. L'analyse des remèdes dans le cadre des abus de position dominante révèle un double enjeu. Le premier, particulièrement sensible en matière de procédures négociées, tient à la marge de discrétion dont jouissent les autorités de concurrence pour jouer sur la structure et le fonctionnement de la concurrence sur un marché donné. Le second, plus général, tient à la difficulté d'estimer l'impact effectif de certaines pratiques de marché et des mesures correctives qui peuvent en résulter, notamment dans les marchés de haute technologie (Cavanagh, 2005 ; Epstein, 2009).

77. Si comme le relève Posner (2001) la définition des remèdes est l'un des points faibles de l'antitrust et si certains vont même jusqu'à défendre l'abandon d'une procédure dès lors qu'aucun remède efficace ne peut être dégagé[46], la littérature économique permet néanmoins de dégager un ensemble de préconisations en matière de conception de ces derniers (*e.g.* Kovacic, 1999 ; Posner, 2001 ; Werden, 2009 ; Waller, 2009) :

→ le remède doit être anticipé dès le début de la procédure. L'absence de remède efficace peut faire que si l'autorité de concurrence gagne une bataille, elle perde néanmoins la guerre,

→ malgré les difficultés de définition et de mise en œuvre qui les caractérisent, des remèdes structurels ont l'avantage de jouer sur les incitations qui s'exercent sur les acteurs du marché,

→ un remède ne doit pas pour autant porter préjudice au processus de concurrence en entravant indûment les opérateurs dominants,

→ les remèdes ne doivent porter qu'avec parcimonie sur des variables de prix, sous peine de priver le consommateur de baisses de prix futures,

→ distinguer les remèdes relevant d'une logique de cessation de pratiques anticoncurrentielles de ceux relevant d'une logique de régulation revenant à la construction d'un *level playing field* sur des marchés en voie de libéralisation ou pour lesquels une forclusion irréversible est appréhendée,

→ le remède doit être administrable, porter ses effets à court terme et être mis en œuvre pour une période donnée et non une durée indéfinie,

43 Par exemple les remises de fidélité, comme pour la décision du 22 juin 2005 rendant obligatoires des engagements proposés par Coca-Cola, aff. COMP/A.39.116/B 2.

44 Aff. COMP/C-3/39.350.

45 Voir la décision *Coca-Cola* citée *supra* et Cavacchi (2011).

46 Comme l'indique Werden (2008) citant Timberg (1950), le remède dans les affaires de position dominante "*is the raison d'être of the whole lawsuit*".

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

→ dans la mesure où les remèdes portent de plus en plus fréquemment sur des questions d'interopérabilité, d'accès à des logiciels ou à des bases de données[47], les mesures correctives doivent faire l'objet d'un suivi et d'une adaptation continue, conduisant à la mise en place de dispositifs de *monitoring*, de conformité et justifiant un recours privilégié aux procédures d'engagements en ce que les remèdes doivent résulter d'une réelle négociation pour concilier la résolution des problèmes de concurrence et la préservation des incitations de l'opérateur dominant,

→ tout remède doit faire l'objet d'une double évaluation de proportionnalité ; la première porte sur son adéquation au problème de concurrence identifié, la seconde sur la prise en compte des risques d'effets préjudiciables au bien-être du consommateur. À ce titre, la conception des remèdes n'est plus un exercice rétrospectif (définition par rapport à l'abus passé et à ses conséquences) mais à l'instar du contrôle des concentrations, un exercice prospectif se définissant au travers d'anticipation de la dynamique du marché concerné.

78. Relevons enfin que les risques liés à l'instrumentalisation des remèdes dans une visée de régulation des marchés sont bien différents selon qu'il s'agisse d'établir une concurrence équitable entre de nouveaux entrants et des opérateurs historiques ou qu'il s'agisse de maîtriser la structure de marchés de haute technologie caractérisés par des effets de réseaux et sur lesquels il est inexorable d'observer des situations de forte dominance – théoriquement transitoires. Dans ce second cas, le risque de défendre les concurrents (au travers du maintien d'une structure de concurrence effective) au détriment des consommateurs n'est pas à négliger (Crandall, 2005).

79. Nonobstant ces difficultés, il convient d'insister sur les avantages induits par les mesures correctives en matière de mise en œuvre des règles de concurrence. D'une part, les remèdes répondent plus efficacement que les sanctions pécuniaires aux objectifs de rétablissement des conditions de la concurrence. D'autre part, la croissance du recours aux procédures d'engagements volontaires résout bon nombre des écueils liés aux délais de réponse aux préoccupations de concurrence et aux asymétries d'information en matière de conception et de mise en œuvre des remèdes. ■

47 Relevons que de tels accès jouent le rôle de remèdes quasi-structurels dans les secteurs des technologies de l'information et de la communication (Crandall et Jackson, 2011). Notons, dans le même temps, que la fréquence des remèdes structurels – à l'exception des problématiques afférentes aux secteurs en cours de libéralisation dans le cas européen – va sans doute demeurer très faible. D'une part, il s'agit de remèdes affectant les droits de propriété des opérateurs. À ce titre, le recours à ces derniers ne peut être opéré qu'avec parcimonie quand bien même un remède comportemental affecte la liberté contractuelle des firmes et à ce titre introduit plus de biais en termes de processus de concurrence. D'autre part, ces remèdes n'étaient relativement fréquents aux États-Unis qu'avant que des règles de contrôle préalable des projets de concentrations soient mises en place. De plus, la restriction du périmètre de la Section 2 du Sherman Act par la pratique décisionnelle de la Cour Suprême limite drastiquement les perspectives de voir de nombreux cas de tels remèdes à moyen terme.

Références

> **T. O. Barnett**, "Section 2 Remedies: What to do After Catching the Tiger by the Tail", *The Antitrust Law Journal, 76*(1), 31-41, (2009).

> **R.H. Bork**, "The Antitrust Paradox. A Policy at War with itself", The Free Press (1978).

> **P. Bougette, F. Marty, J. Pillot & P. Reis**, "Exclusivity in High-Tech Industries: Evidence from the French Case", *European Competition Journal, 8*(1), 163-181, (2012).

> **P. Bougette & S. Turolla**, "Market Structures, Political Surroundings, and Merger Remedies: An Empirical Investigation of the EC's Decisions", *European Journal of Law and Economics, 25*(2), 125-150, (2008).

> **P.Bougette & F. Venayre**, "Contrôles *a priori* et *a posteriori* des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ?" *Revue d'économie industrielle, 121*, 9-40, (2008).

> **P. Cavacchi**, "The European Commission's Discretion as to the Adoption of Article 9 Commitment Decisions: Lessons from Alrosa", *Europa-Kolleg Hamburg Institute for European Integration Discussion Paper, No. 3/11*, (2011).

> **E. Cavanagh**, "Antitrust Remedies Revisited", *The Oregon Law Review, 84*, 147-226, (2005).

> **P. Chauve, M. Godfried, K. Kovács, G. Langus, K. Nagy & S. Siebert**, "The E.ON Electricity Cases: An Antitrust Decision with Structural Remedies", *Competition Policy Newsletter, 1*, 51-54, (2009).

> **R. H. Coase**, "Industrial Organization: A Proposal for Research", *In* V. R. Fuchs (Ed.), *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization* (Vol. 3, pp. 59-73): National Bureau of Economic Research, (1972).

> **W. S. Comanor**, "The Problem of Remedy in Monopolization Cases: The Microsoft Case as an Example", *The Antitrust Bulletin, 46*, 115-134, (2001).

> **W. S. Comanor & F. M. Scherer**, "Rewriting History: the Early Sherman Act Monopolization Cases", *International Journal of the Economics of Business, 2*(2), 263-290, (1995).

> **R. W. Crandall**, "Surprises from Telephone Deregulation and the AT&T Divestiture", *The American Economic Review, 78*(2), 323-327, (1988).

> "The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases", *The Oregon Law Review, 80*, 109-198, (2001).

> "The Remedy for the 'Bottleneck Monopoly' in Telecom: Isolate It, Share It, or Ignore It", *University of Chicago Law Review, 72*, 3-25, (2005).

> **R. W. Crandall & K. G. Elzinga**, "Injunctive Relief in Sherman Act Monopolization Cases", *In* J. B. Kirkwood (Ed.), *Antitrust Law and Economics* (Vol. 21, pp. 277-344): Emerald Group Publishing Limited, (2004).

> **R. W. Crandall & C. L. Jackson**, "Antitrust in High-Tech Industries", *The Review of Industrial Organization, 38*(4), 319-362, (2011).

> **R. W. Crandall & C. Winston**, "Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence", *Journal of Economic Perspectives,* 17, 4, Fall, 3-26, (2003).

> **D. A. Crane**, "Antitrust Modesty", *The Michigan Law Review*, 105, April, 1193-1212 (2007),

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

> **E. Elhauge**, "Disgorgement as an Antitrust Remedy", *The Antitrust Law Journal, 76*, 501-517, (2009).

> **K. G. Elzinga**, "The Antimerger Law: Pyrrhic Victories?", *The Journal of Law and Economics, 12*(1), 43-78, (1969).

> **R. A. Epstein**, *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice: Why Less is More,* AEI Press, (2007).

> "Monopolization Follies: The Dangers of Structural Remedies under Section 2 of the Sherman Act", *The Antitrust Law Journal, 76*, 205-237, (2009).

> **J. Farrell**, "Negotiation and Merger Remedies: Some Problems", *in* F. Lévêque, & H. A. Shelanski (Eds.), *Merger Remedies in U.S. and EU Competition Law* (pp. 95-105). Londres: Edward Elgar, (2003).

> **L. Flochel**, "Les remèdes structurels dans le cadre du contrôle des concentrations", *Concurrences n° 3-2008*, 28-33.

> **J.-L. Gaffard**, "Innovation, Competition, and Growth: Schumpetarian Ideas within a Hicksian Framework", *Journal of Evolutionary Economics, 18*(3-4), 295-311, (2008).

> **D. Géradin & N. Petit**, "Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment", *TILEC Discussion Paper No. 2011-008*.

> **R. L. Goettler & B. R. Gordon**, "Does AMD Spur Intel to Innovate More?", *The Journal of Political Economy, 119*(6), 1141-1200, (2011).

> **J. Gual, M. Hellwig, A. Perrot, M. Polo, P. Rey, K. Schmidt** *et al.*, "An Economic Approach to Article 82", *Report by the European Advisory Group on Competition Policy (EAGCP),* http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf, (2005).

> **J.-P. Gunther**, "Première lecture croisée des remèdes comportementaux et structurels : une frontière ténue", *Concurrences n° 3-2011*, 4-9.

> **P. Hellström, F. Maier-Rigaud & F. Wenzel Bulst**, "Remedies in European Antitrust Law", *The Antitrust Law Journal, 76*(1), 43-63, (2009).

> **H. Hovenkamp**, *The Antitrust Entreprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, (2005).

> **P. L. Joskow**, "Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies", *The Journal of Law, Economics, and Organization, 18*(1), 95-116, (2002).

> **M. L. Katz & C. Shapiro**, "Antitrust in Software Markets", *in* J. A. Eisenach, & T. M. Lenard (Eds.), *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Market Place* (pp. 29-82): Kluwer Academic Publishers, (1999).

> **M. Kellerbauer**, "Playground Instead a Playpen: The Court of Justice of the European Union's Alrosa Judgment on Art.9 of Regulation 1/2003", *The European Competition Law Review, 32*(1), 1-8, (2011).

> **S. van Koten & A. Ortmann**, "Structural versus Behavioral Remedies in the Deregulation of Electricity Markets: An Experimental Investigation Guided by Theory and Policy Concerns", *EUI Working Paper, RSCAS 2011/07*, (2011).

> **B.H. Kobayashi, & T.J. Muris**, "Chicago, Post-Chicago and Beyond: Time to Let Go out of the 20th Century", *The Antitrust Law Journal, 78*(1), 147-172, (2012).

> **W. E. Kovacic**, "Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct", *The Connecticut Law Review, 31*, 1285-1319, (1999).

> **R. J. Levinson, R. C. Romaine & S. C. Salop**, "The Flawed Fragmentation Critique of Structural Remedies in the Microsoft Case", *The Antitrust Bulletin, 46*, 135-162, (2001).

> **I. Lianos**, "Competition Law Remedies: In Search of a Theory", *in* I. Lianos, & D. D. Sokol (Eds.), *The Limits of Competition Law*: Stanford University Press, (2012).

> **R. E. Litan, R. G. Noll, W. D. Nordhaus & F. M. Scherer**, "US *v* Microsoft Corp., Remedies Brief of Amici Curiae", *April 27th.*, (2000).

> **F. Maier-Rigaud, F. Manca & U. Von Koppenfels**, "Strategic Underinvestment and Gas Network Foreclosure – the ENI Case", *Competition Policy Newsletter, 1*, 18-23, (2011).

> **F. Marty**, "La Commission européenne accepte les engagements d'ENI visant à supprimer les entraves à l'accès au marché gazier italien et à mettre fin à des pratiques alléguées d'éviction anticoncurrentielle", *Concurrences n° 1-2011*, 97-103.

> **G. Muguet-Poullennec**, "L'amende pour bris de scellés après l'arrêt E.ON du Tribunal : de la sanction d'une négligence à la nécessité de garantir l'efficacité des inspections ?", *Revue Lamy de la Concurrence, 2011-28*(1863), 53-64.

> **OCDE,** "Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases", *Report DAF/COMP(2006)19,* http://www.oecd.org/dataoecd/20/17/38623413.pdf, (2006).

> "Rapport sur les expériences en matière de séparation structurelle", *Comité de la Concurrence de l'OCDE, Janvier 2012*.

> **W. H. Page**, "Workable Antitrust Remedies – Review of Epstein, R. A", *Antitrust Consent Decrees…*, *The Antitrust Source*, August 2007.

> **W. H. Page & S .J. Childers**, "Software Development as an Antitrust Remedy: Lessons from the Enforcement of Microsoft Communications Protocol Licensing Requirement", *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 14, 77., (2008).

> **R. J. J. Pierce**, "Is Post-Chicago Economics Ready for the Courtroom? A Response to Professor Brennan", *The George Washington Law Review, 69*, 1103-1126, (2001).

> **R. Pitofsky**, "Antitrust at the Turn of the Twenty-First Century: The Matter of Remedies", *The Georgetown Law Journal, 91*, 169-181, (2002).

> **R. A. Posner**, *Antitrust Law: An Economic Perspective* (2ed.), Chicago: University of Chicago Press, (2001).

> **H. A. Shelanski & J. G. Sidak**, "Antitrust Divestiture in Network Industries", *The University of Chicago Law Review, 68*(1), 1-99, (2001).

> **E. T. Sullivan**, "The Jurisprudence of Antitrust Divestiture: The Path Less Traveled", *The Minnesota Law Review, 86*, 565-623, (2002).

> "Antitrust Remedies in the U.S. and EU: Advancing a Standard of Proportionality", *The Antitrust Bulletin, 48*(2), 377-425, (2003).

> **A. Tajana**, "If I had a Hammer…Structural Remedies and Abuse of Dominant Position", *Competition and Regulation in Network Industries, 7*(1), 3-29, (2006).

> **S. Timberg**, "Equitable Relief under the Sherman Act", *The University of Illinois Law Review*, 629, (1950).

> **S. Thomas**, "De-merger Regimes in Europe. Are national deconcentration powers an appropriate tool for enhancing competition in the EU?", *The Journal of European Competition Law & Practice*. Published online April 12, DOI:10.1093/jeclap/lpr017, (2011).

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

> **W. K. Tom & G. F. Wells**, "Raising Rival's Costs: The Problems of Remedies", *The George Mason Law Review, 12*(2), 389-408, (2003).

> **T. Vergé**, "Analyse économique des remèdes en droit de la concurrence : point de vue de l'Autorité de la concurrence", *Concurrences n° 3-2011*, 1-3.

> **F. Wagner-von Papp**, "Best and Even Better Practices in the European Commitment Procedure after Alrosa: The Dangers of Abandoning the 'Struggle for Competition Law'", *Common Market Law Review*, (2012).

> **S. W. Waller**, "Remedies for Monopolization and Abuse of Dominance: A Little History and Some Thoughts on Disclosure and Access", *mimeo,* http://www.biicl.org/files/3412_antitrust_marathon_(weber_weller).pdf, (2008).

> "The Past, Present, and Future of Monopolization Remedies", *The Antitrust Law Journal, 76*(1), 11-29, (2009).

> **W. Wang**, "Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control", *World Competition, 34*(4), 571-596, (2011).

> **H. Weigt & B. Willems**, "The Effect of Divestitures in the German Electricity Market", *TILEC Discussion Paper No. 2011-020*, (2011).

> **G. J. Werden**, "Assessing the Effects of Antitrust Enforcement in the United States", *De Economist, 156*(4), 433-451, (2008).

> "Remedies for Exclusionary Conduct Should Protect and Preserve the Competitive Process", *The Antitrust Law Journal, 76*, 65-78, (2009).

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

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

Concurrences

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen, Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac, Mario Monti, Christine Varney, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge, Nadia Calvino, Thierry Dahan, John Fingleton, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Doug Melamed, Mario Monti, Viviane Reding, Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott, Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, Murielle Chagny, Claire Chambolle, Luc Chatel, John Connor, Dominique de Gramont, Damien Géradin, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine, Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg, Suisse, Sweden, USA...

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, François Lévêque Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

Ententes

Michel Debroux
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

Pratiques unilatérales

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

Pratiques restrictives et concurrence déloyale

Muriel Chagny, Mireille Dany
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa
Marie-Claude Mitchell, Laurent Roberval

Distribution

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré
Didier Ferrié

Concentrations

Dominique Berlin, Jean-Mathieu Cot,
Jacques Gunther David Hull, David Tayar

Aides d'État

Jean-Yves Chérot
Jacques Derenne
Bruno Stromsky

Procédures

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

Régulations

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Francesco Martucci
Jean-Paul Tran Thiet

Secteur public

Bertrand du Marais
Stéphane Rodrigues
Jean-Philippe Kovar

Jurisprudences européennes et étrangères

Jean-Christophe Roda, Florian Bien
Silvia Pietrini

Politique internationale

Frédérique Daudret John
François Souty
Stéphanie Yon

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIES)

Tarifs 2012

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
❑ Abonnement annuel - 4 n° (version papier) *1 year subscription (4 issues) (print version)*	425 €	508,30 €
❑ Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) *1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)*	465 €	474,77 €
❑ Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) *1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)*	675 €	807,30 €
❑ 1 numéro (version papier) *1 issue (print version)*	140 €	142,94 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

❑ Abonnement annuel + e-archives *1 year subscription + e-archives*	595 €	711,62 €

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

❑ Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) *1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)*	775 €	926,90 €
❑ Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) *1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)*	875 €	1046,50 €

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name* . . . . . .

e-mail . . . . . .

Institution | *Institution* . . . . . .

Rue | *Street* . . . . . .

Ville | *City* . . . . . .

Code postal | *Zip Code* . . . . . Pays | *Country* . . . . . .

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)* . . . . . .

Formulaire à retouner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence
21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

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

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see **www.concurrences.com.**

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € **extra charge for shipping outside France**