



Les remèdes dans les opérations de concentration – L'analyse économique dans la détermination des remèdes : démarches, apports, limites

Laurent BENZONI

**Ateliers de la Concurrence - DGCCRF
« Remèdes dans les opérations de concentration »**

7 mars 2007

TERA Consultants

32, rue des Jeûneurs

75002 PARIS

Tél. + 33 (0) 1 55 04 87 10

Fax. +33 (0) 1 53 40 85 15

S.A.S. au capital de 200 000 €

RCS Paris B 394 948 731

Les remèdes dans les opérations de concentration – L'analyse économique dans la détermination des remèdes : démarches, apports, limites

Laurent Benzoni

Professeur d'économie à l'université Paris 2 et TERA Consultants

Présentation aux Ateliers de la Concurrence

« Les remèdes dans les opérations de concentration : fondements, bilan et perspectives »

7 mars 2007

Le sujet a été parfaitement posé : le cadre juridique, les questions que soulève effectivement l'imposition des justes remèdes dans les opérations de concentration.

Le contrôle des opérations de concentration occupe une place un peu particulière au sein du dispositif général du droit de la concurrence. En effet, alors que ce dernier a pour vocation première de sanctionner *ex post* des comportements déloyaux dans le domaine des opérations de concentration, c'est l'inverse qui se présente puisqu'il est question d'anticiper *ex ante*, sur ce que serait l'état de la concurrence, donc les comportements futurs des acteurs, si l'opération de concentration projetée, venait à être réalisée.

Cette intervention *ex ante* qui relève du prospectif et du préventif, laisse d'ailleurs à penser que du point de vue économique, le contrôle des concentrations procède autant d'une approche de la régulation des marchés, que d'une approche de l'analyse concurrentielle des marchés. Il reste que, c'est alors dans la prévision, c'est-à-dire de l'appréciation future du marché et de son état concurrentiel, que le recours à l'analyse économique et à la quantification est considéré désormais comme essentiel. Pour l'économiste, la responsabilité est lourde, puisque c'est de cette appréciation du futur que dépendent l'ampleur et la nature des remèdes qui doivent être finalement prescrits et mis en œuvre. Cet exercice peut conduire à deux types d'erreurs. Soit des erreurs dites de type 1 - dans le jargon des économistes - : les remèdes sont surdimensionnés par rapport à ce qu'ils auraient dû être, notamment en ce qui concerne leur effet concurrentiel sur le marché. A l'opposé, il y a les erreurs dites de type 2 : les remèdes sont au contraire sous-dimensionnés et, dans ce cas, il aurait fallu en imposer de plus contraignants.

Les économistes ont tendance à qualifier l'erreur de type 1 de *regulatory failure*¹ c'est-à-dire de défaut du régulateur. Dans le cas de type 2, on parle plutôt de *competition failure*², puisque finalement ce sera la concurrence qui sera prise en défaut, après l'erreur commise. Les économistes s'interrogent sur l'impact des erreurs d'appréciation : vaut-il mieux faire des erreurs de type 2 que des erreurs de type 1 ?

¹ Défaillances de la réglementation.

² Défaillances de la concurrence.

Finalement, ils considèrent que, généralement, les erreurs de type 2 sont préférables. En d'autres termes, il vaut mieux dans l'appréciation des remèdes que les autorités de contrôle soient plus permissives que restrictives et préfèrent des remèdes plus légers à des remèdes « surcontraignants ».

Revenons à présent sur le fondement économique du contrôle, pour comprendre ensuite la logique de la démarche économique, dans le cadre de ces opérations qui permettent notamment d'apprécier les effets de la concentration et l'ampleur des remèdes, et d'annihiler ces effets éventuels. A long terme, toutes les entreprises ont pour objectif de maximiser le profit. Dans ce contexte, la théorie économique a parfaitement caractérisé deux situations structurelles totalement opposées. Un extrême, la concurrence pure et parfaite, correspond à une situation de structure du marché où tout offreur dispose théoriquement d'une part de marché infinitésimale « epsilonesque ». Pourtant, en poursuivant son intérêt propre, chacun de ces offreurs permet la maximalisation du bien-être collectif, parce que la main invisible du marché, chère à Adam Smith, œuvre alors en toute efficacité dans cette structure de marché dite atomisée. C'est la première structure que caractérise parfaitement la théorie économique.

La deuxième structure, parfaitement caractérisée par la théorie économique, est le monopole. C'est la structure opposée où finalement, il y a un seul offreur face à une multitude de consommateurs. Cet offreur peut imposer son pouvoir et altérer fortement, à ce moment-là, le bien-être collectif. Ce sont bien les deux seules structures qui permettent de caractériser, d'un point de vue théorique, une relation directe entre le résultat de la structure et le fonctionnement du marché. Et finalement, c'est bien cette vision polaire qui induit la relation simple, a priori selon laquelle, plus un marché est concentré, c'est-à-dire plus il se rapproche du monopole, plus il s'éloignera du mode de fonctionnement concurrentiel, pur et parfait qui est censé garantir la maximalisation du bien-être collectif. Cette vision chez les économistes est dite structuraliste. C'est en effet la structure du marché qui détermine la performance concurrentielle, indépendamment presque des comportements qu'adopteraient les acteurs sur les marchés en question.

De façon un peu simpliste, si un acteur disposait de 100 % du marché, et qu'à l'opposé, des acteurs disposeraient d'une part de marché très proche de 0 % , finalement la moyenne serait de 50 %. Cela signifie qu'on trouve un seuil et on se dit, si on commence à dépasser 50 %, c'est que l'on s'approche un peu trop du monopole, et si en définitive on est en dessous de 50 %, c'est que l'on doit être plus proche de l'autre situation, le marché concurrentiel. C'est totalement arbitraire, et c'est pourtant quelque part ce qui fondait le texte de la dominance économique qui prévalait dans le règlement des concentrations. En fait, cela avait quand même un avantage, c'est que cela rendait relativement simples toutes les opérations qui étaient en dessous du seuil de 50 %. Mais, le gros inconvénient est que cela compliquait toutes les opérations qui dépassaient ce seuil de 50 %. L'analyse économique est bien plus sophistiquée, nuancée, subtile et complexe que ne le laisse penser cette approche polaire simple, voire simpliste. En effet, l'analyse économique dit que dès qu'on passe d'une situation de monopole à une situation de duopole, donc de un à deux, il n'y a plus aucune relation simple et directe entre la structure du marché et le marché, c'est-à-dire le nombre d'acteurs et la répartition des parts de marché entre les acteurs, donc le niveau de concentration et le comportement concurrentiel des acteurs qui sont sur le marché. La même structure, le duopole, peut produire le pire : l'entente, le cartel, ou le meilleur : la concurrence débridée par les prix que l'on appelle le « duopole de type Bertrand ». D'où, sans aucun doute, cette évolution du règlement des concentrations qui a finalement intégré les enseignements de l'analyse économique, puisque le test de dominance économique a été remplacé par le test de l'entrave significative à la

concurrence. Les Anglo-saxons appellent ce test SLC, pour *Substantial lessening of competition*³. Effectivement, le paragraphe 3 de l'article 2 du Règlement de 2004, établit ainsi que : « *Les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun, ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du remplacement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun en question* ». En fait, une règle de raison, le test SLC, a finalement remplacé une règle qui était le test de dominance. Ce nouveau test est, sur le fond, plus contraignant que l'ancien car une entrave significative à la concurrence peut exister en l'absence même d'une dominance économique. Mais cette nouvelle approche est plus ouverte car le renforcement d'une dominance économique par une opération de concentration n'induit pas mécaniquement, comme c'était le cas avant, une entrave significative à la concurrence. Donc finalement, seule l'analyse de l'effet de l'opération doit permettre effectivement de conclure sur cette opération. Au demeurant, l'usage de l'adverbe « notamment » au sein de cet article, suggère que la référence à la dominance économique finira par s'estomper dans l'analyse des opérations de concentration, et que la rédaction actuelle, est une rédaction de transition entre l'ancien régime et le régime en train de s'instaurer. Si la nouvelle approche est plus nuancée, elle reste néanmoins, sur le fond, structuraliste. L'augmentation de la concentration n'est plus mécanique, mais en probabilité un facteur qui altère le fonctionnement concurrentiel. Donc, si le problème vient toujours de la structure, il y a là, une justification logique, cohérente, théorique de la préférence des autorités, pour que les remèdes soient structurels au détriment des engagements comportementaux. Bien souvent, on préfère les engagements structurels parce que les engagements comportementaux sont trop complexes à suivre et que l'on est dans le problème du contrôle du respect des engagements, sur une période qui peut être plus ou moins longue. Or, en fait, du point de vue économique, un problème vient d'une structure concentrée et pour y remédier, il faut effectivement avoir des engagements structurels.

Pour apprécier l'effet de la réduction ou de l'entrave substantielle à la concurrence, les lignes directrices introduisent explicitement les notions d'effet unilatéral et les notions d'effet coordonné. C'est ici qu'intervient, évidemment, l'analyse économique pour évaluer les effets. Du point de vue économique, le juste calcul d'un effet unilatéral doit prendre en compte trois types d'effets. Un effet direct résulte de la diminution du nombre d'offreurs sur le marché, suite à l'opération de concentration. Toutefois, en cas de différenciation des produits, c'est-à-dire si les offreurs ne proposent pas les mêmes gammes de produits, la réduction du nombre d'offreurs n'induit pas mécaniquement une réduction de la variété des produits ou des marques sur le marché, l'entreprise fusionnée pouvant conserver finalement l'ensemble de la gamme.

Le deuxième effet, l'effet indirect, résulte de la réaction potentielle des concurrents face à un éventuel accroissement des prix ou à une réduction des quantités initiées par l'entité fusionnante, qui disposerait d'un certain pouvoir de marché.

Et le troisième effet, l'effet de synergie ou gain d'efficacité, concerne la baisse des coûts induits par l'opération de concentration. Les coûts peuvent baisser par effet d'économie d'échelle ou d'économie d'envergure. Ces gains sur les coûts liés à la mutualisation de facteurs de production permettent de produire une plus grande gamme de produits à des coûts plus faibles.

Il est saisissant d'observer le fossé qui sépare l'analyse théorique et la réalité de la vie des affaires. En effet, la plupart des résultats significatifs, quelque peu généraux de l'analyse économique, sont obtenus en l'absence d'effet de synergie ou de gain

³ Diminution substantielle de la concurrence.

d'efficacité. Tous les résultats de la théorie économique sur l'effet unilatéral présupposent qu'il n'y a pas d'effet de synergie et qu'il n'y a pas d'effet d'efficacité, alors que les entreprises mettent principalement en avant ces effets de synergie et d'efficacité, pour justifier leurs opérations de concentration. A cet égard, l'un des résultats récents les plus significatifs de l'économie sur la question des effets des concentrations horizontales, est dû à Farrell et Shapiro, dans un article de 1990. Le résultat stipule que l'effet unilatéral est positif, donc que la concentration peut être réalisée si et seulement si la part des entreprises fusionnantes est plus faible après l'opération que la somme pondérée des parts de marché des entreprises qui n'ont pas fusionné. Et les coefficients de pondération dont il est question dépendent en fait de la sensibilité et de la demande au prix et des niveaux des fonctions de coût.

D'un point de vue technique, on arrive à relier finalement l'indice de Lerner, l'indice de pouvoir de marché, à l'indice de concentration le plus souvent utilisé, c'est-à-dire l'indice Hirschmann-Herfindahl. Cette relation directe entre l'indice de concentration et l'indice de Lerner constitue le principal apport de cet article de Farrell et Shapiro. En fait, trois conditions sont nécessaires pour que cela soit vérifié. Premièrement, il faut que la concurrence s'effectue en quantité et non pas en prix. Deuxièmement, il faut que les gains d'efficacité soient nuls, et troisièmement, il ne faut pas qu'il y ait de nouvel entrant potentiel sur le marché. D'autres travaux ont été menés dans le cas de la concurrence en prix. Des auteurs comme Motta par exemple en 2004, montrent que les résultats de Farrell et Shapiro restent valides, dans le sens où la fusion affecte le bien-être du consommateur, dans une proportion qui ne permet pas la compensation par les gains de surplus des offreurs. Donc le bien-être collectif a tendance à baisser. On obtient toujours ce résultat à condition que les gains d'efficacité et les gains de synergie soient nuls.

En l'absence de ces gains d'efficacité, les modèles peuvent quantifier l'effet unilatéral aujourd'hui, soit par des modèles de méthodes économétriques, à base de statistiques, soit par des méthodes de simulation, de telle sorte que la réduction volontaire de la part de marché des entreprises fusionnantes, puisse être estimée de façon assez proche, et déboucher sur des propositions de désinvestissements, des propositions d'engagements structurels ou de cessions d'actifs. Toutefois, ces résultats sont très sensibles à la valeur de l'élasticité de la demande au prix, et le calcul de cette valeur est un exercice complexe, long, en particulier parce qu'il requiert une quantité d'informations particulièrement importante, pour être mené sérieusement et pour être opposable aux autorités.

Tous ces travaux présentent une limite méthodologique intrinsèque, ils sont basés sur des données avant fusion. Donc, ce qui va se passer après la fusion dépend directement de ce qui se passe avant celle-ci. Ces modèles sont statiques, puisque la fusion constitue une rupture sur le marché et que rien ne permet de dire que cette rupture ne va pas modifier ou affecter le fonctionnement concurrentiel du marché. Comme il convient d'anticiper les effets de la fusion sur le marché, on introduit la mesure de l'effet coordonné. La question consiste à anticiper les caractéristiques de la nouvelle structure de marché, qui favoriseraient le plus un comportement coordonné, permettant ainsi l'exploitation d'une position de dominance collective par l'ensemble des acteurs du marché et c'est là que cela devient complexe. Si on concentre le marché, effectivement la réaction n'est pas une réaction de concurrence, mais peut-être, une réaction de dominance collective. Et en ce domaine, tout le monde sait que sur la dominance collective, la jurisprudence de l'arrêt Air-Tour est tout à fait conforme aux résultats des nombreuses analyses économiques. Il convient aussi de noter, que cette simulation sur les effets coordonnés, doit intégrer les éventuels remèdes structurels qui seront engagés et, bien souvent, cela n'est pas fait. On peut alors aboutir à des situations très paradoxales. En supposant qu'un calcul d'effet unilatéral conduise à proposer un désinvestissement, si l'actif cédé est vendu à un acteur du marché, il se peut alors que la distribution des capacités de production induites par le

remède, c'est-à-dire la cession de l'actif, entre les offreurs, conduise à une structure où les parts de marché sont plus équilibrées entre les acteurs. On pourrait considérer, à ce moment-là, qu'effectivement la concentration ayant baissé, l'effet unilatéral produit, grâce au désinvestissement, une structure concurrentielle conforme à ce que l'on attend. Or, il est constant que, dans les recherches économiques, lorsqu'il y a situation de symétrie entre les acteurs, on favorise la collusion qu'elle soit tacite ou explicite. Si les acteurs sont de taille à peu près équivalente, la menace des représailles vis-à-vis d'un comportement déviant, est plus crédible que si les acteurs sont asymétriques. C'est la logique de l'équilibre de la terreur que l'on peut avoir dans le domaine de l'armement. Ainsi, si tel est le cas, le remède induit pour annihiler l'effet unilatéral négatif, conduirait finalement à provoquer une amplification de l'effet coordonné. De même, lorsque les entreprises ne participant pas à la fusion sont nombreuses et petites, mais qu'ensemble, elles assurent une certaine part du marché, alors l'effet coordonné de la fusion est faible. En d'autres termes, si des actifs sont rétrocédés à ces entreprises de petite taille, finalement, on élève le risque de l'effet coordonné. A ce moment-là, le remède structurel est, là aussi, pire que le mal que l'on veut soigner. Ainsi des concurrents - et cela a été souvent noté dans des travaux économiques - qui supportent une charge d'acquisition de nouveaux actifs liée à des investissements, et donc qui sont en phase d'acquisition, ne sont pas nécessairement dans une position financière, ou dans des dispositions qui favorisent l'émergence d'une concurrence débridée sur le marché.

En tout cas, c'est bien dans cette perspective qu'il faut s'interroger, pour savoir si finalement les remèdes comportementaux, bien qu'ils rencontrent une certaine méfiance, voire une certaine défiance de la part des autorités, ne seraient peut-être pas plus adaptés que les remèdes structurels, dans les circonstances évoquées précédemment.

En dernier lieu, les gains d'efficacité sont le plus souvent omis des modèles économiques, alors qu'ils sont essentiels pour évaluer totalement les effets unilatéraux, voire les effets coordonnés. La doctrine à ce sujet est relativement claire : ces gains d'efficacité, pour être pris en considération, doivent être directement imputables à l'opération de concentration, ils doivent être quantifiables, vérifiables, et se faire à l'avantage du progrès économique et social, c'est-à-dire principalement à l'avantage du consommateur ou pour promouvoir la recherche d'innovations. S'il est un domaine où les économistes peuvent aussi intervenir dans une opération de concentration, c'est bien celui du calcul des effets sur les coûts marginaux, que peuvent induire les opérations de concentration. A l'instar du calcul des élasticités de demande, ces évaluations sont exigeantes en informations et longues à réaliser, ce qui peut se comprendre finalement comme une incitation à solliciter des conseils des économistes très en amont des opérations de concentration. Il reste que ces gains d'efficacité ou d'efficacité constituent aussi un exercice de prévision, donc comme pour les effets coordonnés, on se situe plus dans l'art que dans la science. L'un des aphorismes les plus courants pour désigner les économistes, dit que ce sont des experts qui sauront demain, pourquoi ce qu'ils prédisent aujourd'hui est faux. Reste que cette incertitude des résultats et les limites des méthodes analytiques expliquent sans doute l'impression de discrétionnaire, voire d'arbitraire, dont se plaignent parfois les acteurs du marché, en matière de remèdes dans les opérations de concentration. Et comme le disait récemment un fin connaisseur de ces dossiers en Europe, la concentration est un des rares espaces où les notions de politique industrielle, voire de patriotisme économique, ont encore un peu de consistance, histoire de rappeler que l'ampleur des enjeux politiques qui se cachent derrière un thème apparemment très technique, permet d'expliquer que le flou peut être aussi une façon de mener les dossiers.