

L'EFFECTIVITÉ DES MESURES CORRECTIVES DANS LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

Catherine PRIETO

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

La Communication n°2001/C68/03 du 21 décembre 2000 concernant les mesures correctives acceptables était présentée comme le condensé d'une pratique décisionnelle de plus de 10 ans en matière d'engagements, enrichie en outre de l'expérience américaine grâce aux travaux d'un groupe de réflexion avec la Federal Trade Commission. Mais elle semble ne pas suffire pour mettre les opérateurs économiques sur la voie des bonnes pratiques. Il est vrai que de fortes contestations se sont exprimées dans le courant de l'année 2001 sur le rejet par la Commission de certains remèdes et, partant, sur des décisions d'incompatibilité avec le marché commun. Deux axes de réflexions se dessinent. D'abord, le Livre vert sur la révision du règlement n°4064/89 invite à s'interroger sur le temps nécessaire pour que les parties notifiantes puissent élaborer de véritables remèdes et pour que la Commission puisse les évaluer. Par ailleurs, le Commissaire Mario Monti annonce qu'un modèle de présentation des engagements sera bientôt fourni par l'unité spéciale qui a été créée en avril dernier et qui a précisément en charge l'adéquation des mesures correctives. Il est donc important de mesurer la marge d'évolution qui peut encore être envisagée pour améliorer l'effectivité des mesures correctives. Au surplus, toute évolution dans le mode opératoire du contrôle communautaire ne manquera pas de rejaillir sur la mise en oeuvre du contrôle français des concentrations. En effet, la loi sur les nouvelles régulations économiques a considérablement renforcé, dans son volet relatif à la concurrence, l'imprégnation du droit communautaire dans ce domaine.

I – Le temps nécessaire à l'élaboration et à l'évaluation des mesures correctives.....	6
A – La proposition d'un mécanisme de suspension.....	6
B – L'application différenciée selon le stade de la procédure.....	7
II – La teneur des mesures correctives nécessaire à leur effectivité	8
A – La préférence accordée aux engagements structurels	9
B – Le recours limité aux engagements comportementaux	10

1. – Les mesures correctives sous les feux des projecteurs. Durant l'année 2001, la Commission a prononcé cinq décisions d'incompatibilité avec le marché commun, en estimant dans chaque affaire que les mesures correctives n'étaient pas suffisantes ⁽¹⁾. L'interdiction de l'acquisition de Honeywell par General Electric avait déjà suscité de fortes protestations outre-atlantique. L'interdiction de la prise de contrôle Legrand par Schneider a amplifié le mouvement et a déchaîné une polémique en France ⁽²⁾. Certains observateurs ont même jugé opportun de rappeler à la mesure les commentateurs ⁽³⁾. Le Commissaire Mario Monti a pris acte de l'émotion suscitée dans les milieux d'affaires et a cherché l'apaisement des esprits. Il a tenu à affirmer l'absence de dogmatisme dans la politique de la concurrence menée par la Commission et le caractère légitime des fondamentaux qui la sous-tendent ⁽⁴⁾. Il faut savoir restituer au "cataclysme" ses justes proportions : 18 décisions d'interdictions depuis le début de la mise en oeuvre du règlement n°4064/89, sur 1900 opérations notifiées en dix ans. L'inquiétude venait de cette soudaine accélération des interdictions en une seule année. C'est dire combien était bienvenu, pour ramener la sérénité dans les débats, le colloque franco-américain organisé conjointement par l'Ecole des mines et la Faculté de droit de Berkeley : "Guidelines for Merger Remedies – Prospects and Principles"⁽⁵⁾. A cette occasion, le Commissaire Mario Monti a pu présenter le bilan d'une année d'application de la Communication n°200/C68/03 concernant les mesures correctives recevables ⁽⁶⁾. Il a ainsi, implicitement, fait le lien entre cette série d'interdictions et la publication en décembre 2000 de cette Communication. Il semble bien que les opérateurs économiques n'aient pas saisi la dynamique nouvelle que la Commission recherchait.

2. – La finalité des mesures correctives : l'aménagement de l'opération de restructuration plutôt que son interdiction. Le règlement n°4064/89 instaure un contrôle

¹ * L'interdiction de l'acquisition de Sidel par le groupe suisse Tetra Laval, propriétaire des entreprises d'emballage Tetra Pak (Déc. du 30.10.2001, M.2416)
http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1516|0|RAPID&lg=FR&display=

* L'interdiction de l'acquisition de la société autrichienne de production de fibres Lenzing par CVC (Déc. du 17.10.2001, M2187)
http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1436|0|RAPID&lg=FR&display=

* L'interdiction de la prise de contrôle de Legrand par Schneider Electric, les deux principaux fabricants français de matériel électrique (Déc. du 10.10.2001, M.2283)
http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1393|0|AGED&lg=FR&display=

* L'interdiction de l'acquisition de Honeywell par GE (Déc. du 03.07.2001, M.2220)
http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/939|0|AGED&lg=FR&display=

* L'interdiction de l'acquisition de MetsäTissue par SCA Mölnlycke (Déc. du 31.01.2001, M.2097)
http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/147|0|AGED&lg=FR&display=

² http://www.lesechos.fr/jj20011112/sommaire/somm_1.htm#945291.htm

³ A. Ronzano, le 12.11.2001 : <http://www.ccip.fr/creda/forum/>

⁴ Mario Monti, « Bruxelles aime les fusions... et la concurrence », Le Monde 8 novembre 2001 : http://www.lemonde.fr/imprimer_article_ref/0,9187,3232--242898,00.html

⁵ CERNA, Centre d'économie industrielle, Ecole des Mines de Paris, Executive summary : <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/ES-MergerRemedies.pdf>

⁶ Mario Monti, The Commission notice on merger remedies : one year after, in "Guidelines for merger remedies : prospects and principles", CERNA, Ecole nationale supérieure des mines, Paris 18 January 2002
http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=SPEECH/02/10|0|RAPID&lg=EN

des concentrations et non un principe de prohibition. Il vise à prévenir une atteinte à la structure d'un marché donné, qui aboutirait inéluctablement à l'étouffement de toute concurrence efficace. Les aménagements proposés par les parties notifiantes participent avantageusement de cette prévention. L'essentiel est de garantir la préservation d'un degré nécessaire de concurrence⁽⁷⁾. Peu importe l'origine des aménagements dès lors qu'ils servent la finalité poursuivie. La proposition d'engagement par les parties elles-mêmes rapproche la procédure de contrôle d'une forme d'autorégulation, sous la surveillance de l'autorité de régulation. Cette capacité d'initiative des parties rend plus acceptable, de leur point de vue, l'impératif du contrôle. Elles peuvent ainsi dégager elles-mêmes les voies et moyens pour réduire leur pouvoir de marché.

3. – Les principes directeurs dégagés par la Communication n°2001/C68/03 du 2 mars 2001. La Commission a tenu à présenter les fruits d'une pratique décisionnelle de dix années en matière d'engagements pris par les parties notifiantes. Elle s'est aussi fortement inspirée de l'expérience américaine de la Federal Trade Commission et des conclusions d'un groupe de travail composé des représentants de la FTC et de ceux de la Commission⁽⁸⁾.

La Commission a posé comme principe qu'il appartenait aux parties notifiantes de démontrer que les mesures correctives proposées rétabliront durablement une concurrence effective. Elles doivent le faire avec précision pour écarter tous les doutes.

La Commission a ensuite posé le cadre d'une grille d'analyse. Elle a ainsi énuméré les critères d'appréciation des mesures correctives : la nature et l'ampleur de la mesure, mais aussi et surtout la possibilité d'une mise en oeuvre intégrale et rapide. Pour mesurer totalement l'efficacité du remède proposé, il faut ensuite le rapporter aux éléments de l'atteinte à la structure de la concurrence. Ceci exige de bien cerner la position des parties notifiantes et celle de leurs concurrents.

La Commission a enfin souligné l'importance de la fiabilité du remède et la nécessité pour elle de ne pas s'enliser dans la charge de contrôles ultérieurs. A cet égard, les engagements de nature structurelle présentent plus de certitude que les engagements de nature comportementale. Sans vouloir exclure systématiquement ces derniers, le Tribunal de commerce a consacré, dans l'affaire Gencor, cette prise de position prudente de la Commission⁽⁹⁾.

4. – Les critiques de la pratique. Les opérateurs économiques s'interrogent sur la teneur des remèdes acceptables, qui leur paraît fuyante. Ils reprochent à la Commission de ne pas être explicite dans ses attentes concrètes, au cas par cas. En outre, ils se plaignent de devoir élaborer ces mesures alors même que l'atteinte à la concurrence n'est attestée ni dans son existence, ni dans son ampleur. Le remède devrait, en quelque sorte, être fourni avant le diagnostic. Ils considèrent qu'ils n'ont pas le temps nécessaire pour les élaborer. Dès l'engagement de procédure, ils doivent simultanément préparer l'audition pour répondre aux questions de la Commission et imaginer les mesures correctives. Enfin, ils soupçonnent les

⁷ Sur la lente admission, aux USA, de la licéité des remèdes, cf P.V. Timmins, *Divestiture as a Remedy in Private actions Brought Under Section 16 of the Clayton Act*, Michigan Law Review 1986, (84 Mich L. Rev. 1579)

⁸ Mario Monti, *The Commission notice on merger remedies : one year after*, préc.

⁹ TPICE, 25 mars 1999, n°T-102/96 :

<http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&docrequire=alldocs&numaff=T-102%2F96&datefs=&datef=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>

services de la Commission de procéder à des analyses expéditives pour évaluer ces mesures et décider de les rejeter.

5. – Les regrets de la Commission à propos du comportement des opérateurs économiques. Elle déplore l'impréparation des parties à la concentration. Les entreprises qui se sentent flouées n'ont pas compris, selon elle, le principe posé par la Communication : les parties notifiantes doivent dissiper tous les doutes sur l'efficacité du remède pour préserver la concurrence sur le marché en cause. Le Commissaire Mario Monti fait, pour cette démonstration, le rapprochement entre l'affaire Schneider/Legrand et l'affaire Total/Fina/Elf (¹⁰). L'interdiction de la prise de contrôle de Legrand par Schneider Electric illustre le risque que prennent les entreprises à ne pas discuter suffisamment tôt de la teneur du remède. Dans ce cas de figure, le premier ensemble de mesures correctives n'a été proposé que le dernier jour du délai. Par conséquent, la seconde proposition présentée était hors délai et sa forte complexité ne permettait pas à la Commission de constater d'emblée que tous les problèmes de concurrence étaient clairement résolus. Par comparaison, l'examen de la prise de contrôle d'Elf par Total Fina apparaît comme exemplaire (¹¹). Les parties notifiantes ont commencé beaucoup plus tôt à faire des propositions à la Commission, ce qui a permis l'évaluation de deux propositions successives. Dans un premier temps, l'offre de cession de 70 stations services sur les autoroutes françaises n'a pas été jugée suffisante en raison du profil des acquéreurs potentiels. La seconde proposition a emporté la conviction de la Commission : Carrefour, nouvel acquéreur potentiel, avait la capacité de stimuler la concurrence dans la vente de l'essence sur les autoroutes françaises. La clé réside dans la précocité du dialogue. Son absence ne saurait être palliée par l'appui d'interventions politiques. La Commission se doit de demeurer "*strictement insensible*" à ce type d'influence. Elle en a fait la démonstration dans l'affaire Schneider/Legrand.

6. – Les efforts pour définir les bonnes pratiques. Les mesures correctives ne doivent pas souffrir d'improvisation. Le Commissaire Mario Monti précise que ses services sont prêts à discuter des mesures correctives dès le stade de la pré-notification. C'est une invitation à une élaboration des mesures correctives très en amont. En réalité, il conviendrait d'intégrer les exigences du droit communautaire de la concurrence dès l'ébauche de l'opération sociétaire. Les opérateurs économiques doivent maintenant assumer pleinement des devoirs qui, bien que récents, sont fermement posés en droit de la concurrence : l'obligation d'auto-évaluation et l'obligation de coopération avec l'autorité de régulation (¹²). L'auto-évaluation de leur action, en termes de pouvoir de marché, est une obligation permanente de telle sorte à ce que les entreprises préservent une concurrence effective. La coopération est, quant à elle, une manière originale pour les entreprises d'assurer la sécurité juridique de leurs actions. Cependant, la Commission a aussi des devoirs en termes de clarification de sa politique de concurrence et de simplification des normes. S'agissant du contrôle de concentration, elle lance un vaste mouvement de consultation avec la publication, en décembre dernier, du Livre vert sur la révision du règlement n°4064/89 (¹³). Sur la question précise des mesures correctives, elle a pris conscience que, nonobstant la Communication n°2001/C68/03 du 21 décembre 2000, elle

¹⁰ Mario Monti, préc.

¹¹ TotalFina/Elf Aquitaine (Déc. 09.02.2000, M.1628)

http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1628_fr.pdf

¹² C. Prieto, L'apport du droit communautaire à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique, droit21.com, mis en ligne le 8 janvier 2001, Dr21. 2001, E001

¹³ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/green_paper/fr.pdf

devait faire encore des efforts pour mieux accompagner les entreprises dans leurs démarches. Il est symptomatique de relever que certains aspects des mesures correctives sont évoqués dans le Livre vert. C'est à ce prix que la Commission obtiendra les meilleures garanties d'effectivité des remèdes. La marge d'évolution réside dans une plus grande maîtrise du temps nécessaire à l'élaboration et à l'évaluation des mesures correctives (I) et dans la clarification de leur teneur (II)

I – LE TEMPS NECESSAIRE A L'ELABORATION ET A L'EVALUATION DES MESURES CORRECTIVES

A – La proposition d'un mécanisme de suspension

7. – La réflexion ouverte par le Livre vert tente d'échapper à deux écueils : un traitement expéditif des mesures correctives ; un allongement artificiel de la procédure de contrôle. Le traitement expéditif des mesures correctives concerne autant les parties notifiantes que la Commission elle-même. Les parties peuvent manquer de temps pour élaborer des mesures correctives adéquates. Pour être acceptables et rendre l'opération compatible avec le marché commun, ces mesures doivent être des remèdes assurant véritablement les conditions d'une concurrence effective. Si ces mesures ne sont pas soigneusement élaborées, les parties notifiantes prennent le risque de ne pas être convaincantes et de ne pas dissiper les doutes des services de la Commission.

Mais, à supposer qu'elles soient adéquates, les entreprises sont soumises à un autre risque qui pourrait consister en un examen expéditif par la Commission. Ces mesures ont pour objet de réduire le pouvoir de marché qui résulterait de l'opération de concentration. La complexité de la structure des groupes qui franchissent les seuils de déclenchement du contrôle de concentration est évidente. L'analyse des remèdes proposés par les parties n'est donc pas aisée. Elle nécessite du temps, à défaut duquel la Commission, craignant d'être dupe sur la viabilité de la correction offerte, se sentira acculée de rejeter les mesures des parties. Pour autant, l'allongement de la procédure de contrôle n'est pas la panacée. La nature a priori du contrôle a pour effet de "geler" les décisions des opérateurs économiques. Or, ces derniers souhaitent que la rapidité de la vie des affaires ne soit pas entravée. La Commission souhaite aussi un contrôle rapide pour éviter l'encombrement et pouvoir exercer sa mission de surveillance avec toute la disponibilité requise.

Il faut donc trouver un moyen terme entre, d'une part, le temps nécessaire à l'élaboration et à l'examen de remèdes qui permettent d'éviter l'interdiction abrupte d'une restructuration et, d'autre part, un allongement artificiel de la procédure qui serait préjudiciable autant pour les parties que pour la Commission.

8. – La Commission reconnaît que le délai pour proposer les mesures correctives est trop court tant au stade de la phase I, qu'à celui de la phase II de la procédure. La phase I correspond à la période durant laquelle la Commission examine la notification de l'opération de concentration, avant de prendre la décision d'engager une procédure au sens de l'article 6.2 du règlement n°4064/89 relatif au contrôle des concentrations. Le règlement n°447/98 du 1er mars 1998 relatif aux notifications, délais et auditions prévoit, en son article 18.1, que les entreprises disposent, pour présenter leurs mesures correctives, d'un **délai de trois semaines à compter de la date de réception de la notification**. Le point 210 du Livre vert admet que ce délai est trop court à la fois pour les parties notifiantes et pour la Commission. Il est délicat, à ce stade, de bien cerner les problèmes de concurrence et les parties sont gênées pour formuler des remèdes adéquats. Dans un laps de temps aussi court, la Commission a du mal à se forger une opinion et peut difficilement consulter les Etats membres.

Quant à la phase II, elle est issue de l'article 8.2 du règlement n°4064/89 et correspond à la période entre la décision d'engagement de la procédure et celle de sa clôture. Les offres que les entreprises peuvent proposer doivent l'être dans le **délaï de 3 mois à compter de la date d'engagement** selon l'article 18.2 du règlement n°447/98. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que peut être envisagé un prolongement de ce délai. Le point 207 du Livre vert admet que les parties notifiantes peuvent avoir des difficultés à élaborer des mesures correctives, alors même qu'elles ont à "*absorber le contenu de la communication des griefs*" adressée par la Commission, après la décision d'engagement de procédure, en vue la préparation de leur audition. Elle explique ainsi la tendance qu'ont les entreprises à attendre le dernier jour du délai de trois mois pour présenter leurs mesures correctives. Par ricochet, la Commission n'a plus le temps d'examiner ces mesures et peut difficilement fournir une analyse complète dans le projet de décision adressé aux Etats membres. L'insatisfaction est donc partagée par la Commission. C'est pourquoi elle déclare rechercher une solution équilibrée, et donc acceptable pour tous, dans la révision des délais.

9. – Un mécanisme de suspension des délais assorti de sauvegardes procédurales est proposé. La Commission n'entend pas opter pour un prolongement pur et simple des délais. Il s'agirait, selon elle, d'une solution disproportionnée. Elle invoque pour cela le fait que les parties notifiantes qui respectent à l'heure actuelle les délais seraient en quelque sorte "pénalisées". L'argument n'est pas très convaincant. Il est plus plausible de considérer qu'elle n'entend pas modifier en profondeur le calendrier du déroulement de la procédure. Elle n'envisage qu'un ajustement, et non un bouleversement de la procédure. Le recours au mécanisme de suspension présente l'avantage de pas avoir à retoucher ce calendrier. En outre, il permet à la Commission de se ménager un temps suffisant pour l'examen des propositions lorsque celles-ci sont présentées le dernier jour du délai. Mais la Commission considère qu'un risque de dérive est toujours latent. Elle envisage les sauvegardes suivantes :

- a) la suspension doit être demandée par les parties
- b) la demande doit être présentée dans le délai initial
- c) **la suspension ne peut être que de courte durée (20 à 30 jours ouvrables)** et pourrait être répartie proportionnellement entre les parties intéressées. Il apparaît que le Livre vert intègre la Commission dans la catégorie des parties intéressées. Il s'agit donc d'une répartition entre, d'une part, les parties notifiantes, et d'autre part, les services de la Commission.

B – L'application différenciée selon le stade de la procédure

10. – Application principale lors de la phase II : le Livre vert place les entreprises notifiantes devant un choix stratégique. Dans une première hypothèse, visée par le point 217, elles décideront de proposer des remèdes "*bien avant l'expiration du délai de trois mois*". En d'autres termes, elles feront preuve d'une diligence particulière pour l'élaboration des mesures correctives de telle sorte à ce que les résultats du test de marché puissent intervenir avant la fin du troisième mois de procédure. En contrepartie de cet effort d'anticipation, elles auraient la possibilité de demander une suspension au cas où les résultats de ce test révéleraient que les mesures correctives proposées sont inadéquates. Elles disposeraient ainsi de 10 à 15 jours ouvrables pour améliorer ces mesures. La Commission disposerait à son tour de la même durée pour examiner les améliorations apportées aux propositions initiales. Elle aurait donc les moyens de fournir un projet de décision complet en vue de la réunion du comité consultatif.

Dans une seconde hypothèse, les entreprises notificantes décideront de ne proposer des engagements qu'à la fin du délai de trois mois. Ce type de décision aura pour conséquence qu'elles devront apprécier s'il y a lieu de demander une suspension sans connaître les résultats du test de marché. En d'autres termes, elles disposeront de moins d'éléments pour améliorer leur offre de remède et, partant, la suspension sera un instrument moins performant pour elles. Si elles sont pressées par le temps, elles ne demanderont même pas la suspension. Le Livre vert précise en son point 218 que, du point de vue de la Commission, les bons et les mauvais remèdes sont aisément discernables. Il y aurait donc dans ce choix une forme de pari de la part des entreprises.

11. – Application sous réserve lors de la phase I : la Commission a le pouvoir d'écarter la suspension demandée par les entreprises notificantes. Les entreprises pourront décider de demander une suspension à l'expiration du délai de trois semaines. Il est permis de penser que la suspension serait, comme pour la phase II, d'une durée de 10 à 15 jours ouvrables pour les parties notificantes. Mais le Livre vert fait valoir que la Commission doit avoir la possibilité d'écarter cette demande dans l'hypothèse où la distorsion de concurrence serait telle qu'aucune mesure correctrice ne pourrait y remédier. Il serait inopportun de reporter, même pour une petite durée, une décision d'incompatibilité qui paraîtrait inéluctable à la Commission.

12. – Rapport Coûts/Avantages du mécanisme de suspension. Selon le Livre vert, sa durée limitée de 20 à 30 jours n'est pas véritablement préjudiciable pour la vie des affaires. Il est pourtant souhaitable de subordonner sa mise en oeuvre à une demande expresse des entreprises notificantes. Cela permet de cantonner cet allongement de la procédure aux besoins réels des entreprises. Le travail d'organisation de la Commission, en termes de calendrier et de logistique, sera alourdi. Mais elle y gagnera en effectivité dans l'appréciation des remèdes et en transparence à l'égard du comité consultatif. Le mécanisme de suspension sera surtout profitable aux entreprises qui auront fait le choix de fournir un effort d'anticipation pour l'élaboration de mesures correctrices. La suspension leur donnera la possibilité d'optimiser leurs propositions de remèdes dès lors qu'elles auront laissé le temps à la Commission de mener une étude plus complète des effets sur le marché. Si l'analyse de la Commission est négative, la suspension leur octroie le temps de réagir et d'améliorer leur offre. C'est l'incitation principale qu'il faut retenir au titre des bonnes pratiques dégagées par la Commission.

II – LA TENEUR DES MESURES CORRECTIVES NECESSAIRE A LEUR EFFECTIVITE

13. - La création en avril 2001 d'une unité spéciale en charge de l'adéquation des mesures correctrices ⁽¹⁴⁾. L'efficacité des remèdes est apparue comme un enjeu de premier plan. Cette unité est destinée à assurer un traitement des remèdes en parfaite cohérence avec sa politique de concurrence et les principes directeurs posés par la Communication du 2 mars 2001. Elle a aussi pour mission de développer de bonnes pratiques chez les opérateurs économiques. A cet effet, elle a été chargée de rédiger un modèle de présentation des

¹⁴ Mario Monti, préc.

engagements soumis par les entreprises. Le Commissaire Mario Monti estime qu'il est nécessaire de dégager une "*terminologie standardisée*", des descriptions précises pour faciliter l'évaluation des mesures correctives. C'est d'ailleurs une attente dont fait état le Livre vert (pt 221). Certains observateurs souhaitent une plus grande implication de la Commission dans la définition des mesures correctrices qu'elle juge satisfaisantes. Il est donc apparu nécessaire de compléter la Communication relative aux mesures correctives recevables. Ce modèle de présentation fourni aux opérateurs économiques devrait non seulement les aider à mieux concevoir leurs offres, mais aussi éviter les malentendus avec les services de la Commission.

A – La préférence accordée aux engagements structurels

14. – La préférence à l'égard des cessions d'actifs. C'est la mesure corrective par excellence, comme le révèle le bilan de l'année 2001. Elle était déjà présentée, dans la Communication du 21 décembre 2000, comme "*le moyen le plus efficace de préserver une concurrence, en dehors de l'interdiction*" (pt 13). En effet, elle peut permettre l'émergence d'un nouvel opérateur économique, dès lors que la cession porte sur une unité dont l'activité est viable et peut être conduite de manière autonome (pts 14 et 16). La cession peut aussi renforcer la position de concurrents déjà en place et, partant, réduire le pouvoir de marché des parties notifiantes.

15. - Les exigences d'une "bonne" cession. Des pratiques de précaution doivent accompagner l'offre de cession, pour garantir son efficacité.

* Le gel des droits de vote jusqu'à la réalisation de la cession. Lorsque la cession est retenue par la Commission, elle est souvent mise en oeuvre ultérieurement dans un délai jugé raisonnable. Dans l'attente de l'expiration de ce délai, la partie promettant de céder un pourcentage de sa participation dans le capital d'une société s'engage aussi à ne pas exercer ses droits de vote afférents jusqu'à la pleine réalisation de la cession⁽¹⁵⁾. Cette promesse s'analyse en un engagement comportemental, accessoire à un engagement de nature structurelle. Les engagements s'articulent souvent dans des ensembles de nature mixte.

* L'agrément préalable de l'acquéreur par la Commission. Souvent mal acceptée par les parties notifiantes, cette exigence est de première importance. La Commission attend un véritable remède pour que la concurrence effective soit restaurée sur le marché en cause. Celle-ci ne saurait l'être si l'acquéreur s'avérait un concurrent trop faible ou, au contraire, s'il était susceptible de créer à son tour une position dominante. De plus, l'acquéreur doit être parfaitement indépendant des parties notifiantes, à défaut de quoi la concurrence ne serait pas rétablie. Le profil de l'acquéreur potentiel doit donc faire l'objet d'un examen très vigilant, pour qu'il y ait une adéquation entre les actifs cédés et la position de l'acquéreur sur le marché donné. C'est une condition qui subordonne l'acceptation définitive de la mesure corrective. Le plus souvent, les parties disposent d'un certain délai pour désigner un acquéreur potentiel. Mais le Commissaire Mario Monti tient à prescrire que, dans certaines circonstances, il faut

¹⁵ Allianz/Dresdner (Déc. 19.07.2001, M.2431)

http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2431_de.pdf

Nordbanken/Postgirot (Déc. 08.11.2001, M.2567)

http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1552|0|RAPID&lg=FR&display=

d'emblée que les parties le désignent, car la discussion dépend exclusivement de son profil. Ce fut notamment le cas dans l'affaire Post Office/TPL/SPPL (¹⁶).

* Une solution alternative désignée comme la cession des "joyaux de la couronne". Cette possibilité ouvre une perspective de négociation intéressante. Elle n'est peut être pas assez mise en valeur dans la Communication. Celle-ci évoque simplement "*une solution de rechange qui doit comporter des perspectives de rétablissement d'une concurrence effective au moins égales, sinon meilleures*" (pts 22 et 23). La préparation d'une telle solution est très utile. Elle permet de surmonter les doutes que pourrait avoir la Commission sur la faisabilité de la cession. En effet, certaines cessions sont délicates à mettre en oeuvre pour diverses raisons de "*transférabilité*" : la teneur même des actifs ; l'existence de droits de préemption détenus par des tiers ; l'agrément du cocontractant s'agissant de contrats essentiels pour la continuité de l'activité ; la cession de droits de propriété intellectuelle ; la consultation des salariés. En cas d'échec dans la mise en oeuvre de la cession, il importe que ne soit pas remise en cause la décision de compatibilité prise par la Commission. C'est pourquoi il est opportun d'avoir une solution de repli, parfaitement satisfaisante en termes de rétablissement d'une concurrence effective, dans la mesure où elle correspond à une cession d'actifs auxquels la partie notifiante est encore plus attachée : "*les joyaux de la couronne*". L'existence de cette alternative sera un facteur de forte motivation pour les parties à la concentration. Elles seront incitées à tout faire pour que la première solution soit réalisée et que soient préservés "leurs joyaux". Une application de cette technique est relevée dans l'affaire Nestlé-Purina (¹⁷).

16. – Le rôle du mandataire-garant dans la mise en oeuvre de la mesure corrective. La Commission souligne l'intérêt que peut présenter le recours à un tiers, offrant des garanties d'indépendance et de compétence professionnelle pour mener à terme la cession dans les meilleures conditions possibles (Communication pt 50 et s.). Il peut s'agir d'une banque d'investissement, d'une société de gestion, de consultants ou de sociétés d'experts comptables. Mais, là encore, la Commission ne veut pas être dupe et se réserve la faculté d'approuver l'identité de ce mandataire. Sa préoccupation est d'éviter tout conflit d'intérêts dans l'exécution de la mission de ce mandataire. Il garantit une exécution de bonne foi, en termes de sauvegarde de la concurrence, des engagements pris par les parties. Il doit rendre des rapports périodiques sur leur diligence et attirer l'attention des services de la Commission en cas de difficulté. Son indépendance vis à vis des parties notifiantes doit donc être indiscutable. De plus, la définition de ses pouvoirs et de sa mission exacte sera soigneusement établie et soumise à l'accord de la Commission.

B – Le recours limité aux engagements comportementaux

¹⁶ Post Office/TPL/SPPL (Déc. 13.03.2001, M1915)

[http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/364|0|AGED&lg=FR&displ](http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/364|0|AGED&lg=FR&display=)

¹⁷ Nestlé/Ralston Purina (Déc. 27.07.2001, M.2337)

[http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1136|0|AGED&lg=FR&displ](http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1136|0|AGED&lg=FR&display=)

La première solution consistait dans l'octroi d'une licence exclusive pour la gamme Friskies en Espagne. La seconde solution était destinée à être immédiatement mise en oeuvre si la première solution n'était pas réalisée dans le délai prévu. Elle reposait sur une cession beaucoup plus "lourde" : la cession de 50% de la participation de Ralston Purina dans la joint venture que celle-ci avait constituée avec Agrolimen, désignée Gallina Blanca Purina.

17. – La suspicion attachée aux engagements comportementaux. La Commission a vu son analyse consacrée par le Tribunal de première instance. Dans l'affaire Gencor, le tribunal a tenu à poser, de manière équilibrée, un principe de prudence⁽¹⁸⁾. La raison d'être du contrôle des concentrations est de garantir des structures de marché suffisamment concurrentielles. Or, les engagements de type structurel présentent l'avantage d'être immédiatement effectifs et d'épargner toute mesure de surveillance. Par comparaison, les engagements comportementaux sont incertains. Ils exigent une surveillance étroite qui risque, à terme, d'obérer considérablement les moyens de la Commission et de jeter un doute sur l'efficacité de sa politique de concurrence. L'expérience de la Commission n'a pas été concluante avec l'affaire Boeing/McDonnell Douglas⁽¹⁹⁾. C'est pourquoi, dans sa Communication, la Commission relègue à des circonstances exceptionnelles les mesures correctives supposant un contrôle lourd (pt 10). Pour autant, le Tribunal ne les exclut pas totalement. Il les ramène à un rôle secondaire et les subordonne à une appréciation au cas par cas pour dégager leur véritable intérêt. La Commission se satisfait de cette position qui lui laisse un large pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de tels engagements.

18. – Exemple de suspicion à l'égard d'engagements comportementaux : les résiliations de contrat. Les risques de mainmise sur un marché résultent parfois de relations contractuelles empreintes du poids de l'exclusivité. Il est acquis que des accords d'exclusivité, tant pour la fourniture que pour la distribution, sont des facteurs d'éviction dès lors qu'ils sont de longue durée (pt 27). Parfois, l'opération de concentration renforce considérablement ce risque. La sauvegarde de la concurrence passe alors par la résiliation de clauses d'exclusivité. Encore faut-il que la résiliation du contrat soit effective : l'exclusivité ne doit pas perdurer dans les faits. La préoccupation de la Commission tient à la surveillance qu'elle doit alors exercer pour ne pas être leurrée.

19. – L'intérêt de certains engagements comportementaux : les contrats d'accès à des infrastructures essentielles. L'opération de concentration crée des obstacles importants à l'entrée sur un marché. Les parties à l'opération contrôlent alors une infrastructure, une technologie, des droits de propriété intellectuelle, voire un simple savoir-faire. Le rétablissement ou la sauvegarde de la concurrence passe alors par une obligation de contracter avec des concurrents, de telle sorte à leur rendre accessible des facilités jugées essentielles. S'agissant du contrôle d'une technologie essentielle, la Commission considère dans sa Communication qu'il est préférable d'avoir recours à la cession pure et simple des éléments de cette technologie (pt 29). L'exemple en a été fourni avec l'affaire Hoechst/Rhône-Poulenc⁽²⁰⁾. Cependant, dans certains hypothèses, cette cession peut poser des difficultés au regard du bon déroulement de recherches en cours, voire d'amortissement encore inachevé. C'est pourquoi la Commission est prête à admettre l'utilité de certains accords de licence. La démonstration en a été faite avec l'affaire Glaxo-Wellcome⁽²¹⁾. Mais, lorsque plusieurs marchés dans les nouvelles technologies sont concernés, il est parfois nécessaire d'avoir recours à des combinaisons de mesures correctives impliquant cession d'actifs et engagement de fournir des

¹⁸ TPICE, 25 mars 1999, T-102/96, Gencor c/ Commission, préc.

¹⁹ Décision du 30.07.1997, IV/M.877, Boeing/McDonnell Douglas

²⁰ Décision du 9 août 1999, IV/M.1378, Hoechst/Rhône-Poulenc

http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1378_en.pdf

²¹ Décision du 28 février 1995, IV/M.555, Glaxo/Wellcome

http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m555_en.pdf

accès, comme cela a été le cas récemment avec l'affaire Vodafone/Mannesmann ⁽²²⁾ et l'affaire Vivendi/Canal+/Seagram ⁽²³⁾.

20. – Caractères rédhibitoires de mesures correctives. La Commission entend éliminer d'emblée les mesures correctrices qui apparaissent de trop grande ampleur et complexes (pt 32 de la Communication). Est donc essentiel le critère tenant au degré de certitude de la mise en oeuvre. Ceci explique les décisions d'incompatibilité de certaines opérations de concentration avec le marché commun, comme dans l'affaire Volvo/Scania ⁽²⁴⁾ ou l'affaire WorldCom/Sprint ⁽²⁵⁾. Et, surtout, la complexité est mal venue lorsque l'offre de mesures correctives survient le dernier jour du délai ouvert à cet effet. C'est l'amère leçon à tirer du sort réservé à l'affaire Legrand/Schneider.

²² Décision du 12 avril 2000, COMP/M.1795, Vodafone/Mannesmann

http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/00/373|0|AGED&lg=FR&display=

²³ Décision du 13 octobre 2000, COMP/M.2050, Vivendi/Canal+/Seagram

http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/00/1162|0|AGED&lg=FR&display=

²⁴ Décision du 15 mars 2000, COMP/M.1672, Volvo/Scania

http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1672_en.pdf

²⁵ Décision du 28 juin 2000, COMP/M.1741, WorldCom/Sprint

http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/00/668|0|AGED&lg=FR&display=