

Le Bulletin de L'ILEC

Economie Consommation & Environnement

M E N S U E L

■ Contrôle des concentrations

La France au diapason du droit communautaire.

pages 1 à 4

■ Economie d'abord !

Aider à mieux identifier les marchés, révéler les pratiques concurrentielles et connaître les modalités d'interaction entre les acteurs, telle est la triple vocation de l'analyse économique.

Entretien avec Laurent Benzoni, professeur de sciences économiques à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Tera Consultants.

pages 5 et 6

■ Le droit des concentrations issu de la loi NRE

Quand le législateur francise le droit communautaire.

Par le Cabinet Vogel & Vogel, avec la collaboration d'Anne de Beaumont.

pages 7 et 8

■ Consommation des ménages

Effet de ciseaux sur les prix en juillet.

D'après Consoscan et avec la collaboration de Bernard Pinet Consultant.

pages 9 à 11

Contrôle des concentrations : la France au diapason du droit communautaire

Efficacité et transparence qualifient les dispositions législatives relatives aux concentrations qui entreront en vigueur en 2002. Calquées sur le droit communautaire, elles n'entendent pas accroître les contraintes des entreprises mais laissent le pouvoir de décision au ministre.

Entretien avec Jérôme Gallot, directeur général de la DGCCRF

La loi NRE adopte une nouvelle définition de la concentration qui n'est autre que la définition communautaire. Pourquoi ce changement ?

Jérôme Gallot : L'un des principes qui nous ont guidés lors de l'élaboration de la partie « concurrence et concentration » de la loi NRE était de nous inspirer du droit communautaire. Cela vaut pour un certain nombre de dispositions relatives au droit de la concurrence, stricto sensu, mais également pour le droit des concentrations. Il en est ainsi de la définition d'une concentration dont la précédente, franco-française, pouvait poser quelques difficultés de compréhension et d'articulation par rapport au droit communautaire. De fait, nous n'avions pas la même lecture de la définition que le Conseil de la concurrence. Le choix de la définition communautaire est doublement motivé, fondé sur une plus grande homogénéité par rapport au droit européen et sur un souci de simplification pour l'ensemble des opérateurs économiques.

(Suite page 3)



Fusion n'est pas effusion



À l'heure où s'écrivent ces lignes, la Commission vient d'opposer son veto à la fusion, pourtant déjà entrée dans les faits, entre Schneider et Legrand. Selon les gazettes, les plus hautes autorités de l'Etat, tous cohabitants confondus, seraient intervenues en vain auprès de l'exécutif européen. La presse hexagonale n'est pas loin d'évoquer le spectre des « gnomes de Bruxelles ».

Pourtant implacable est la réalité : les commissaires ont adopté la décision à l'unanimité, Français compris. Inflexible est le commentaire du professeur Benzoni, qui déclare, impavide, dans nos colonnes : « Cette affaire est insensée et l'on doit s'interroger sur l'impréparation qui a présidé à l'élaboration du dossier. » Venant après le désastreux cas Aerospatiale-Alenia De Havilland, où l'intérêt présenté comme supérieur des ailes françaises, voire européennes, parut peser fort peu aux yeux des gardiens communautaires de la concurrence, le revers subi par nos champions donne à penser que le contrôle des concentrations, qui n'est plus une idée neuve en Europe, le demeure dans notre pays, même si Jérôme Gallot démontre qu'il n'en va pas ainsi pour les autorités de régulation. Jusqu'à l'esprit du mécanisme qui semble mal compris ! Il est vrai qu'il mélange, comme à plaisir, le politique, l'administratif, l'économique et le juridique. Le tout imprégné de l'esprit du cas par cas qui évoque irrésistiblement la casuistique, si profondément désagréable à l'esprit voltairien. Mais reprenons les choses dans l'ordre.

« Politique d'abord », comme il est devenu politiquement incorrect de le dire après Charles Maurras. Le débat a fait rage durant les joutes parlementaires. Pour les uns, il est de l'intérêt public que le marché optimise les facteurs de production — parmi lesquels figure au premier rang le travail, c'est-à-dire vous et moi qui sommes aussi électeurs. Dès lors, le système relève par essence de la politique économique, partant de l'action du gouvernement. Pour les autres au contraire, il ne s'agit pas tant de politique que d'interventionnisme économique, entendu comme la poussière d'empire d'un colbertisme à bout de souffle. La liberté est le droit, dont l'arbitre ultime est le juge (quitte à tomber dans le travers de la judiciarisation de la société). Ce n'est pas faire injure à la majorité parlementaire que de remarquer qu'elle a plutôt donné raison au « politique d'abord ». Le contrôle reste dans les mains du ministre de l'Economie, même s'il a dû lâcher du lest, comme nous le montrent nos amis de Vogel & Vogel.

Administration ensuite. Alors que le contrôle des pratiques anticoncurrentielles se détourne de la procédure et lui préfère l'exception légale — aux risques et périls des entreprises supposées rationnelles —, celui qui porte sur les fusions adopte le formalisme de la notification obligatoire et de l'effet suspensif ! Las, les seuils sont abaissés à de tels niveaux (peut-être dans le dessein inavoué de conserver du grain à moudre pour les autorités nationales) qu'il devient périlleux pour la moindre PME de se laisser aller au « faisons un rêve » (de grandeur) cher à Sacha Guitry.

Economie aussi, nous rappelle Laurent Benzoni ; Dès lors que la clef du système tient à la délimitation du marché pertinent, soit à la mesure des élasticités croisées, juge ultime de l'imprononçable substituabilité, sans oublier l'appréciation de l'homogénéité du marché, voire, horrible dictu, de sa contestabilité, toutes les élégances intellectuelles, de préférence d'inspiration mathématique, sont permises. Lorsque Herfindahl-Hirschman tient lieu de docteur Diafoirus, il devient déconseillé de sortir sans son économiste !

À tout seigneur tout honneur, le tout baigne dans le droit, pourtant rendu perplexe, une fois que les économistes en ont fini avec leurs passages, leurs appuyés et leurs voltes. Car, comme le rappelait, non sans un solide bon sens germain, Ulf Böge à l'issue de la dernière conférence Fordham, le haut lieu des élégances concurrentielles : « à la fin des fins, le juriste doit trancher ! » (encore qu'en France, il s'agisse du ministre). D'où il appert qu'il est de la dernière imprudence de s'aventurer sans son avocat !

Le lecteur aura compris que l'exercice s'avère beaucoup trop subtil pour être laissé aux commentateurs de la Vulgate, qui a pourtant inspiré ses meilleurs propos à Claudel, le poète de la Bible. Non, il faut se tourner vers Ignace, vers la casuistique, vers le molinisme qui enrageait Pascal, pour avoir des chances de faire front. Encore qu'il soit permis de se demander si le plus déluré des jésuites ne perdrait pas tout de go son latin, son grec et son hébreu, à la lecture des principes directeurs émis par Bruxelles à propos de la définition du marché pertinent. Sans le jésuite pas de salut ! Mais il faut vivre avec son temps. Jacques Derrida le déconstructeur a supplanté Boileau et son fameux « Ce qui se conçoit bien s'énonce clairement ». La gestion de la complexité fait désormais partie intégrante des figures imposées dans l'art du management. Remercions nos auteurs d'avoir rapporté le complexe à l'essentiel et conseillons à nos entreprises, pour paraphraser Charles de Gaulle, de ne pas aller avec des idées trop simples dans le droit compliqué des concentrations, dont nous n'avons d'ailleurs pu qu'effleurer la luxuriante arborescence.

Dominique de Gramont

Va-t-on vers un droit uniforme et l'instauration d'un guichet unique ?

J.G. : Nous affirmons notre volonté que le droit national soit homogène avec le droit communautaire. Cela vaut pour le montant maximal des sanctions en droit des concentrations, l'obligation de notification, ou le caractère suspensif de l'exercice des droits attachés à la prise de contrôle, avant que l'autorité de concurrence ne donne son approbation. Nous estimons que le droit communautaire confère plus de sûreté. Il nous paraît plus sain de ne pas être confrontés à une multiplicité de définitions ou de réglementations.

Pourquoi ce choix n'a-t-il pas été fait plus tôt ?

J.G. : Les règles de concurrence ne se modifient pas d'un coup de baguette magique. Le droit de la concurrence était et est encore, malgré tout, une idée neuve en France. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n'est pas si ancienne ! Il n'est donc pas très sain de modifier les règles du jeu trop vite, dans la précipitation, avant que les acteurs économiques aient eu le temps de se les approprier. Reste que, au bout de quinze ans de fonctionnement, il n'est pas déraisonnable de les changer. Il est, en outre, assez rare que l'on modifie le droit de la concurrence par voie législative. Il faut une certaine maturité pour éviter les débordements. L'heure est venue de rendre le régime français des concentrations conforme aux standards internationaux, en évitant tout particularisme. Des adaptations, oui, des dérogations, non !

Innovation majeure dans ce nouveau droit : la notification préalable et obligatoire. Va-t-on vers davantage de bureaucratie ?

J.G. : Avant la loi NRE, le système reposait sur la notification optionnelle, qui avait ses mérites et ses inconvénients. La notification préalable et obligatoire est une disposition clé de la réforme. Il ne faut pas y voir la volonté de bureaucratiser davantage ni d'accroître les contraintes pesant sur les entreprises. La justification est fondée sur la transparence et le bon fonctionnement du marché. La transparence car, jusqu'à présent, la notification des opérations de concentration n'était pas obligatoire. Aussi, les acteurs économiques et les tiers — concurrents, clients — n'en étaient pas forcément informés. Cette procédure facultative était synonyme d'opacité absolue. Deuxième argument : le fonctionnement du marché. Nous allons réaliser des tests en interrogeant tous les partenaires économiques susceptibles

d'être intéressés par l'opération. L'existence d'une notification de concentration sera rendue publique sur le site Internet du ministère des Finances. Jusqu'à présent, quand une opération de concentration posait des problèmes importants de concurrence, nous indiquions aux entreprises concernées qu'il était opportun de leur part de notifier l'opération. Ce conseil leur donnait une sécurité juridique, car l'administration était enserrée dans un carcan temporel. Mais il n'y avait pas toujours de notification, et parfois une opération particulière, qui ne faisait pas la une des journaux économiques, pouvait avoir des effets pervers sur le marché. La procédure était donc un peu confidentielle et inégale, et par conséquent historiquement datée. Depuis le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations, il nous est apparu nécessaire de passer à une deuxième phase, signe d'une plus grande maturité du dispositif français.

Trop de transparence nuit-il pas à l'économie de marché ? La stratégie d'une entreprise ne doit-elle pas demeurer secrète face à la concurrence ?

J.G. : La transparence est une notion qui, dans sa relation avec la concurrence, mériterait des analyses très fines. Une transparence trop forte peut avoir des effets anticoncurrentiels. Mais, par rapport à la problématique des concentrations, la transparence est une valeur première, car elle permet à tous les acteurs économiques du marché d'être informés et de faire valoir leurs droits ou leurs observations. C'est également un garde-fou utile pour protéger les droits du consommateur. Reste que le droit de la concentration est plus exigeant que le droit de la concurrence, puisqu'il prohibe la constitution d'une position dominante, alors que le droit de la concurrence condamne l'abus de position dominante. Nous avons trouvé un compromis pour que le jeu de la concurrence puisse être concilié avec les impératifs de l'économie et de la compétitivité. Si la règle du jeu peut être contraignante, nous essayons d'en faire une application économiquement justifiée.

Ce nouveau droit des concentrations va-t-il induire un surcroît de travail ?

J.G. : Deux problèmes se posent : l'approfondissement de certains dossiers et la nécessaire rapidité de traitement. Dans près de 95 % des cas, les opérations de concentration qui nous seront notifiées poseront peu de problèmes et seront rapidement réglées, dans le délai dit de première phase (cinq semaines), au reste raccourci par rapport au délai actuel (deux

mois). Pour les affaires qui vont poser de réels problèmes de concurrence, l'exigence qui prédomine est celle du respect des droits de la défense et de l'approfondissement du dossier. Nous avons prévu, sur le modèle communautaire, une deuxième phase, durant laquelle le Conseil de la concurrence sera saisi : le délai de procédure est allongé, afin qu'il puisse rendre son avis. Ce qui importe le plus est que tous les acteurs puissent faire valoir leurs arguments et être entendus. Avec le nouveau système, nous allons passer d'une centaine de notifications informelles dont moins de cinq étaient soumises au Conseil de la concurrence à au moins cents notifications. Cela suppose un renforcement tant quantitatif que qualitatif de la DGCCRF. Un défi que nous aurons à relever dès que le décret d'application de la loi NRE sera sorti, courant décembre.

■ *Autre changement majeur, l'abandon des parts de marché.*

J.G. : De fait, la suppression des seuils en termes de part de marché milite en faveur de la simplification. Les seuils exprimés en termes de chiffre d'affaire sont, aujourd'hui, en valeur absolue, beaucoup moins élevés, augmentant de ce fait le nombre des concentrations à contrôler. Ils suppriment l'incertitude sur la définition et la segmentation du marché.

■ *Avec le nouveau critère de la puissance d'achat, certaines fusions autorisées dans la grande distribution seraient-elles aujourd'hui interdites ?*

J.G. : Toutes les opérations de concentration dans le secteur de la distribution ont été contrôlées à Bruxelles et à Paris. La problématique du seuil en termes de part de marché n'était que secondaire, puisque les seuils en valeur absolue ont joué. La problématique de la puissance d'achat était déjà intégrée dans nos raisonnements. Sa mention dans la loi est donc une forme de consécration légale d'un raisonnement jurisprudentiel.

■ *Comment évaluer comme « suffisante » la contribution d'une concentration au progrès économique ?*

J.G. : L'analyse se fait au cas par cas. Le législateur a voulu, tant aujourd'hui qu'en 1986, maintenir la référence au progrès économique, en ajoutant aujourd'hui une référence à l'emploi. Ce sont des concepts assez larges, car il ne faut pas brider l'autorité ministérielle, le contrôle des concentrations devant rester de la compétence du ministre. Une chose est de regarder le bilan concurrentiel d'une opération, une autre est de mesurer les impératifs qui pondèrent la seule analyse concurrentielle.

■ *Le pouvoir de décision aux mains du ministre est-il une spécificité française ?*

J.G. : Non, la décision donnée au pouvoir politique est majoritaire en Europe, à l'exception de l'Allemagne.

■ *Pourquoi l'autosaisine du Conseil de la concurrence n'a-t-elle été retenue ?*

J.G. : En France, depuis quinze ans, il y a deux autorités de concurrence : le Conseil de la concurrence, souverain sur les décisions prises en matière de pratiques anticoncurrentielles, et la DGCCRF, qui rend un avis en tant que commissaire du gouvernement. Pour les questions relatives aux concentrations, la problématique est inversée : le pouvoir de décision est laissé au ministre, avec avis systématique du Conseil de la concurrence s'il y a lieu d'attendre la deuxième phase. Il ne faut pas alourdir à l'excès cette procédure : nous avons besoin du Conseil de la concurrence pour nous éclairer lorsque les problèmes sont importants et lorsque nous avons des interrogations sur des segments de marché. L'autosaisine n'apporterait rien de plus dès lors qu'il y a déjà une autorité de la concurrence : la DGCCRF. Il est préférable de jouer au mieux de la complémentarité entre les autorités de la concurrence. La solution trouvée est adaptée à la spécificité du système français.

■ *Quand le Conseil de la concurrence rend un avis favorable, arrive-t-il que vous vous y opposiez ?*

J.G. : Cela arrive quelquefois, mais les parties peuvent contester la décision administrative devant le Conseil d'Etat. Au reste, nous observons davantage de saisines du Conseil d'Etat, comme l'attestent les affaires Coca-Cola/Orangina et Heineken/Fischer.

■ *Depuis le 11 septembre, certaines opérations de concentration risquent d'être reportées. Des voix s'élèvent pour préconiser un gel des procédures...*

J.G. : Les incertitudes pesant sur la croissance économique sont apparues depuis déjà plusieurs mois. Elles freinaient les mouvements de fusion ou d'acquisition. Les conséquences du drame du 11 septembre dernier ne seront perceptibles que l'année prochaine. Les acteurs économiques ne doivent pas s'exonérer, même temporairement, d'un corpus de règles, et nous devons éviter les dérogations.

*Propos recueillis par Anne de Beaumont
et Jean Watin-Augouards*



Economie d'abord

Aider à mieux identifier les marchés, révéler les pratiques concurrentielles et connaître les modalités d'interaction entre les acteurs, telle est la triple vocation de l'analyse économique. L'argumentation juridique en sort renforcée.

Entretien avec Laurent Benzoni, professeur de sciences économiques à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Tera Consultants.

En droit, pour déterminer l'incidence d'une concentration, il faut examiner le marché affecté. Comment cela se traduit-il pour un économiste ?

Laurent Benzoni : Si les procédures de concentration relèvent du champ juridique, l'opération évaluée est du domaine de l'analyse économique. Celle-ci devient de plus en plus indispensable dans les dossiers de droit de la concurrence, que ce soit en matière de contentieux ou de concentration. Au reste, la présence de trois économistes, associés à un juriste au sein de la Merger Task Force de la Commission européenne, atteste de leur rôle indispensable pour juger le dossier sur le fond. Il demeure que les entreprises, du moins les sociétés françaises, n'ont pas encore compris que leur projet de concentration doit être validé à l'aune de la procédure économique, car le découpage du marché est déterminant pour la suite du dossier.

L'obligation de notification des opérations de concentration instituée par la loi NRE fera-t-elle peut-être évoluer les mentalités sur ce point ?

L.B. : C'est nécessaire. Les entreprises devront bâtir un dossier solide avant tout projet. Il est aberrant que certaines ne procèdent, antérieurement à la réalisation de leurs opérations de concentration, à aucune analyse de leur situation avant et après fusion.

L'affaire Schneider Electric Legrand, avec la récente interdiction, par la Commission européenne, de la prise de contrôle du second par le premier, illustre-t-elle votre mise en garde ?

L.B. : Oui. Cette affaire est insensée et l'on doit s'interroger sur l'impréparation qui a présidé à

l'élaboration du dossier. Les sociétés ont été très mal conseillées, elles se sont lancées dans une aventure avec des effets d'irréversibilité dans les mécanismes d'acquisition des actions, sans avoir anticipé le moindre problème. Or cette opération fait exploser tous les indices de concentration !

Ont-elles voulu mettre Bruxelles devant le fait accompli en lançant l'OPA avant de connaître les résultats de la procédure ?

Laurent Benzoni : C'est une stratégie envisageable mais lourde de conséquences.

Comment l'économiste définit-il un marché pertinent ?

L.B. : La détermination du marché pertinent est très importante, car les autorités de la concurrence reviennent rarement sur leur appréciation à l'occasion d'affaires ultérieures.

La définition du marché est fondée sur l'examen des élasticités croisées. L'économiste mesure la variation des prix et des quantités des produits susceptibles d'entrer en concurrence. Ainsi, deux produits sont considérés comme substituables lorsque l'augmentation du prix du premier conduit la demande à se répercuter sur le second. Par exemple, si le prix de la banane augmente et que la consommation d'orange fait un bond, on peut en déduire que ces deux produits se substituent et sont en concurrence sur le marché des fruits.

Concrètement, cette méthode, dite quantitative, est difficile à mettre en œuvre, car elle suppose connue une quantité d'informations très importante. Il est donc nécessaire de recourir également à des analyses qualitatives, fondées sur plusieurs indices économiques.

Justement, quels sont les concepts économiques utilisés dans l'analyse des effets anticoncurrentiels d'une concentration ?

L.B. : Une concentration se mesure en quatre étapes. La première est la délimitation du marché concerné. La deuxième est celle du calcul de l'indice de concentration. Plus la taille des entreprises est élevée, plus un comportement anticoncurrentiel risque de se manifester. L'économiste dispose de plusieurs indices. Le premier, appelé CR_x, fondé sur la part cumulée des x plus grandes entreprises, n'est

pas très pertinent. Le deuxième, nommé Herfindahl-Hirschman ou HHI, s'établit par la somme des carrés des parts de marché des entreprises. Cet indice permet de juger en un seul temps l'effet du nombre et l'effet de dispersion de la taille : un marché partagé par deux entreprises ayant chacune 50 % des ventes est plus concurrentiel que celui où une entreprise en détient 10 % et l'autre 90 %. Plus le HHI est élevé, plus le marché tend vers le monopole ; plus le nombre d'entreprises est grand, plus HHI est petit ; plus la dispersion de taille est grande, plus le HHI est grand (voir encadré). L'indice HHI permet donc d'apprécier le nombre de sociétés concurrentes et leur importance relative. Dernier indice, celui de Linda, mis au point par la Commission européenne : il permet de déterminer, à l'intérieur de structures concentrées, les entreprises qui relèvent de l'oligopole et celles qui relèvent de la concurrence.

Que faire quand la valeur des indices laisse supposer une atteinte à la concurrence ?

L.B. : C'est l'objet de la troisième étape. L'économiste doit démontrer que la concentration ne supprime pas la concurrence. Il lui revient de faire un double bilan. Économique, d'abord, en prouvant que la concentration induit des économies d'échelle, des synergies, des baisses de coûts, et l'augmentation des gammes. Concurrentiel, ensuite, en plaidant que la baisse des coûts va conduire à une baisse des prix et en faisant valoir les futures innovations, fruits de la concentration. Il faut savoir défendre la pertinence d'un monopole devant les autorités de concurrence en arguant du fait comme l'avait illustré Schumpeter — que les dépenses de recherche ne peuvent être supportées, sur le long terme, que par des entreprises de taille significative et que l'innovation bénéficie aux consommateurs. Exemple probant : McDonnell Douglas a été acheté par Boeing avec l'accord des autorités de concurrence américaines et européennes, malgré le niveau de concentration du marché mondial, maintenant dominé par un duopole.

Si les autorités de la concurrence demeurent circonspectes, comment emporter définitivement leur conviction ?

L.B. : Les entreprises doivent ramener les indices de concentration à des niveaux acceptables, en cédant certains actifs. Elles peuvent afficher un faible indice de concentration dans l'ensemble du marché mais atteindre des seuils élevés dans des sous-ensembles géographiques. Reste que le temps leur manque, parfois, pour trouver des acquéreurs au juste prix.

Outre l'obligation de notification préalable à toute concentration, la loi NRE instaure un nouveau critère d'appréciation de l'incidence d'une opération sur la concurrence : la création ou le renforcement d'une puissance d'achat. Comment le traduire sur le plan économique ?

L.B. : La puissance d'achat est liée au pouvoir de monopsonie. L'abus de monopsonie se constate si une baisse de prix, enregistrée entre un fournisseur et un acheteur, n'est pas répercutée entre l'acheteur et le client, quand la rente est captée sans bénéfice pour le consommateur. Le pouvoir de monopsonie se traduit par une baisse simultanée du prix et de la quantité. Or la baisse du prix s'accompagne normalement d'un engagement d'accroissement de la quantité. Le pouvoir de négociation n'est pas le pouvoir de marché. Le pouvoir de négociation se définit comme le partage d'un surplus entre deux acteurs dans un cadre qui ne modifie pas l'équilibre du marché. Le pouvoir de marché apparaît quand un acteur capte un surplus et modifie l'équilibre du marché.

La référence à la puissance d'achat risque-t-elle pas, par conséquent, de rester lettre morte ?

L.B. : La puissance d'achat est en tout cas très difficile à évaluer, car ce qui importe est le consommateur, le fait qu'il bénéficie de la baisse des prix intervenue entre le fournisseur et le distributeur, répercutée sur l'aval.

Notre droit de la concurrence est-il perfectible ?

L.B. : Il y manque la possibilité d'ordonner le démantèlement d'une entreprise en position dominante et le droit, pour le consommateur qui s'estime victime d'un comportement anticoncurrentiel, de saisir directement le Conseil de la concurrence.

Propos recueillis par Anne de Beaumont et Jean Watin-Augouard



Calcul de l'indice Herfindahl-Hirschman (HHI)

Il s'agit de la somme des carrés des parts de marché.

Si une entreprise détient 100 % du marché, l'indice HHI correspond à $100 \times 100 = 10\,000$ (monopole).

Supposons que deux entreprises détiennent chacune 50 % de PDM (effet du nombre) : $HHI = 50^2 + 50^2$, soit 5000.

Supposons que deux entreprises se partagent 10 et 90 % du marché (effet de la dispersion) : $HHI = 10^2 + 90^2$, soit 8200.

Plus la valeur est élevée, moins le marché est concurrentiel.

Cet indice quantifie les pratiques concurrentielles des acteurs, mais il ne les qualifie pas. La structure du marché n'est pas le seul indicateur de l'intensité de la concurrence.

Le droit des concentrations issu de la loi NRE : quand le législateur francise le droit communautaire

Par le cabinet Vogel & Vogel, avec la collaboration d'Anne de Beaumont

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001¹, dite loi NRE, opère une modification radicale du contrôle des concentrations en France. Même si elle s'inspire fortement des règles en vigueur au niveau européen, elle ne les traduit en droit français que partiellement. Si le mécanisme du contrôle obligatoire préalable à la réalisation de toute fusion est introduit, le sort d'une concentration demeure de la compétence du ministre de l'Economie.

Le contrôle des concentrations avant l'adoption de la loi NRE

Contrairement à ce que d'aucuns pourraient croire, le contrôle français des concentrations n'est pas né avec l'adoption de l'ordonnance du 1er décembre 1986. C'est une loi du 19 juillet 1977 qui a confié à la Commission de la concurrence² le droit de connaître des fusions en France. Elle était cependant peu efficace, car elle ne s'est prononcée sur ce point que huit fois en dix ans³. L'ordonnance du 1er décembre 1986 a repris certaines de ses dispositions avec comme objectif d'assurer un contrôle plus efficace.

L'introduction d'un contrôle a priori obligatoire des opérations de concentration

La loi NRE donne une nouvelle définition de la concentration, calquée sur celle retenue au niveau communautaire par le règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989. Elle abaisse aussi sensiblement les seuils de chiffre d'affaires au-delà desquels la concentration doit être notifiée. Selon l'article L. 430-1 du Code de commerce, une concentration est réalisée lorsque deux entreprises, auparavant indépendantes, fusionnent. Elle peut aussi résulter de l'acquisition, directement ou indirectement, du contrôle de l'ensemble ou d'une partie d'une

ou plusieurs entreprises. Enfin, la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue également une concentration. La référence aux parts de marché des entreprises parties à la concentration est supprimée.

À l'instar du droit communautaire, deux conditions cumulatives en termes de chiffre d'affaires doivent être réunies. Les entreprises concernées doivent réaliser un chiffre d'affaires total mondial hors taxes supérieur à 150 millions d'euros et au moins deux des entités concernées doivent comptabiliser un chiffre d'affaires total réalisé en France supérieur à 15 millions d'euros. Auparavant, les seuils de chiffre d'affaires étaient respectivement de 7 milliards et de 2 milliards de francs. Ces montants très élevés n'avaient plus lieu d'être depuis l'adoption du contrôle des concentrations à l'échelle européenne. Les seuils issus de la loi NRE sont, à l'inverse, fixés à un niveau très bas, ce qui fera tomber dans le champ d'application du droit français de nombreuses opérations qui autrefois échappaient au contrôle. L'opération de concentration doit être notifiée au ministre de l'Economie avant sa réalisation et dès que les parties sont engagées de façon irrévocable (article L. 430-3 nouveau). Un exemplaire du dossier de notification doit être adressé au Conseil de la concurrence. En principe, les concentrations de dimension communautaire sont exclues du contrôle, mais le renvoi d'une opération aux autorités françaises par la Commission de Bruxelles, en application de l'article 9 du règlement n° 4064/89, vaut notification. Les détails de la procédure de notification seront connus lorsque le très attendu décret d'application de la loi NRE sera publié. Ainsi, le nouveau mécanisme de contrôle des concentrations se rapproche de ce qui existe au niveau européen. Il s'en éloigne cependant fortement sur le plan de la mise en œuvre, le caractère politique du contrôle ayant été conservé.

Un contrôle des concentrations toujours au mains du politique

En fonction de sa complexité, l'opération peut être traitée conformément à une procédure dite simplifiée ou bien approfondie. Le recours à la procédure simplifiée évite un contrôle trop lourd vis-à-vis d'opérations qui ne soulèvent pas de difficultés majeures. Le droit français se rapproche ainsi du droit communautaire. Durant la première phase de la procédure, le ministre de l'Economie peut autoriser l'opération ou décider qu'elle n'entre pas dans le champ d'application du contrôle des concentrations, dans un délai de cinq semaines. Durant cette période, les parties ont la latitude de proposer des mesures correctrices destinées à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. Le délai de cinq semaines peut être prolongé lorsque la communication des engagements a été faite plus de deux semaines après la notification, afin de laisser au ministre le temps de se prononcer. Lorsque la concentration risque de porter atteinte à la concurrence, le Conseil est obligatoirement saisi pour avis. Enfin, si le ministre ne se prononce pas dans le délai qui lui a été imparti, l'opération est réputée avoir été autorisée.

S'il estime que la concentration est de nature à porter atteinte à la concurrence et que les engagements pris par les parties ne suffisent pas à y remédier, le ministre de l'Economie doit saisir le Conseil de la concurrence. C'est sur ce dernier point que la loi NRE tranche avec la pratique antérieure qui, dans sa lettre, ne faisait pas obligation au ministre de saisir le Conseil. Durant cette phase approfondie de la procédure, le Conseil doit rendre son avis dans un délai de trois mois. A cette fin, il examine si la concentration est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante ou bien d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Il apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Enfin, il tient compte de la compétitivité des entreprises concernées au regard de la concurrence internationale. La nouvelle rédaction du premier alinéa de l'article L. 430-6 — la référence à la puissance d'achat — vise directement les concentrations dans le secteur de la grande distribution, qui bénéficiaient jusqu'alors d'un a priori favorable. Il restera cependant à prouver l'existence d'une puissance d'achat, ce qui n'est pas chose facile, comme le montre la pratique française. Durant son enquête, le Conseil peut entendre des tiers en l'absence des parties à la concentration, ainsi que le comité d'entreprise. L'avis du Conseil

est remis au ministre qui le transmet aux parties. Le ministre de l'Economie et celui chargé du secteur concerné doivent se prononcer dans les quatre semaines qui suivent l'avis du Conseil. Durant ce délai, les parties peuvent encore proposer des engagements destinés à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. Selon les termes de l'article L. 30-7, le ministre de l'Economie et, le cas échéant, celui du secteur concerné peuvent interdire l'opération, par arrêté motivé, et enjoindre aux parties de rétablir une concurrence effective ou l'autoriser, en exigeant le respect de mesures propres à assurer une concurrence effective. Ils peuvent également obliger les parties à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Ils peuvent, enfin, autoriser l'opération, à la condition que les engagements proposés par les parties soient effectivement réalisés. En l'absence de décision prise dans les délais, la concentration est réputée avoir été autorisée. Une distinction est opérée, pour les sanctions pécuniaires, entre les personnes morales et les personnes physiques. Les personnes morales encourent une amende administrative de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France. Elle incombe aux parties qui auraient dû notifier l'opération (celle qui acquiert le contrôle, ou l'ensemble des parties en cas de création d'une entreprise commune ou de fusion). Cette somme peut être, le cas échéant, augmentée du chiffre d'affaires de la partie acquise. Pour les personnes physiques, la sanction maximale s'élève à 1,5 million d'euros. L'absence de notification, les omissions ou déclarations inexactes dans une notification, le non-respect des engagements et la réalisation de l'opération avant la décision du ministre justifient le prononcé d'une amende administrative.

En l'absence de notification, le ministre peut, sous peine d'astreinte, enjoindre aux parties de déclarer leur concentration, à moins de revenir à l'état antérieur à l'opération. Les omissions ou déclarations inexactes dans une notification peuvent conduire au retrait de la décision d'autorisation. Les parties seront, dans ce cas, tenues de notifier de nouveau leur opération dans un délai d'un mois. À défaut, elles encourraient une amende administrative ou reviendraient à l'état antérieur à la concentration (art. L. 430-8). Les nouvelles dispositions sur les concentrations seront applicables aux opérations réalisées après la date de publication du décret d'application, attendue pour le mois de décembre 2001.

1 JORF du 16 mai 2001, p. 7776.

2 Remplacée en 1986 par le Conseil de la concurrence.

3 In *Droit français de la concurrence*, PUF, « Thémis », 1989.



Effet de ciseaux sur les prix en juillet

D'après ConsoScan et avec la collaboration de Bernard Pinet Consultant - septembre 2001

D'après l'échantillon de consommateurs ConsoScan, les achats par les ménages, tous circuits confondus, de produits de consommation courante ont progressé, en valeur, de 3,2 % du 11 juin au 8 juillet 2001 (septième période) et de 1,8 % du 9 juillet au 5 août (huitième période). En volume, ils ont augmenté de 0,5 % puis baissé de 0,9 %.

Le mois de juillet a donc connu un sensible effet de ciseaux : le prix du panier, de période à période, qui affichait une hausse de 3,6 % en juin, a gagné 0,3 point le mois suivant, avec une hausse de 3,9 %. Sur douze mois en glissement, le panier a affiché une inflation de 3,5 puis 3,6 %. L'année passée, ces deux variables étaient inférieures de 1 point.

Les produits frais restent ceux dont les prix augmentent le plus

Les achats de produits frais ont progressé en valeur de 5,4 % à la septième période, et de 3,3 % à la huitième. En volume, ils ont connu une hausse de 0,9 % puis une baisse de 1,5 %. Le prix du panier a augmenté : 5,6 % puis 5,7 %. Les évolutions les plus marquées en valeur, de l'ordre de 5 à 10 %, concernent les articles frais non laitiers : charcuterie, saurisserie, traiteur.

Résultats contrastés selon la période dans l'hygiène-beauté

Les achats de produits d'hygiène et de beauté diminuent, durant la septième période, tant en valeur (moins 1,8 %), qu'en volume (moins 2,4 %). Ils se sont autrement comportés en juillet, avec des hausses de 6 % en valeur et 3,7 % en volume. Le prix du panier de ces articles a sensiblement augmenté : 1,9 % en juin et 4,5 % en juillet.

Prix toujours sages pour les liquides

Les achats de boissons ont progressé globalement d'un peu moins de 3 % en valeur lors des deux périodes, et d'environ 2 % en volume. Cette tendance concerne les eaux et les BRSA, plutôt que les alcools, les bières et les cidres, en baisse importante au mois de juillet. Le prix du panier de liquides a plus augmenté lors de la huitième période (1,8 %) que durant la septième (1,1 %). Dans les deux cas, le prix des BRSA s'est inscrit en tête des hausses de la catégorie, avec près de 4 %, alors que celui des eaux a gagné à peine 1 %. Celui des bières et des cidres, en revanche, a légèrement fléchi.

Tensions sur les prix dans l'entretien

Les achats d'articles d'entretien ont progressé davantage, en valeur, à la septième période (3,2 %) qu'à la huitième (1,8 %). Les volumes ont accusé une baisse de 1,7 % en juin et sont restés stables en juillet. Les prix de cette catégorie de produits affichent les plus fortes hausses (5,8 puis 3,9 %), du fait de la droguerie et de l'entretien du linge.

Faible augmentation des achats d'épicerie

Les achats ont varié cet été dans l'épicerie : hausse de 2,3 % en valeur et de 1,2 % en volume durant la septième période ; baisses de 1,7 % et 3,4 % durant la huitième. En juin, les aliments infantiles, les produits pour apéritifs et la pâtisserie industrielle ont connu les évolutions les plus favorables. En juillet, l'ensemble du rayon épicerie était orienté à la baisse, hormis la pâtisserie industrielle et les conserves de poisson. Le prix du panier d'épicerie a moins augmenté, en moyenne, que celui des autres familles de produits (à l'exclusion des liquides) : 2 % en juin et 2,7 % en juillet.

Nettement moins de 4 % de hausse pour le prix du panier en un an

En glissement, sur une année se terminant début août 2001, l'augmentation moyenne des achats de consommation courante s'est élevée à 4,3 % en valeur. En volume, les marchés ont connu une évolution modeste (plus 0,4 %), alors que la hausse du

prix du panier a été de 3,6 %. Les prix de l'entretien du linge, de la charcuterie et de certains produits laitiers (ultra-frais, lait, matières grasses allégées) ont le plus progressé sur une année. Selon ConsoScan, cette progression, stabilisée en données annuelles depuis près de neuf mois, s'est même contractée au cours des deux dernières périodes. Un signe encourageant à court terme, même si, de l'été 2000 à l'été 2001, le taux d'inflation des PGC s'est accru de 1 point.



Evolution de la consommation des ménages

Indices ILEC - SECODIP (source : panel de consommateurs ConsoScan) % d'évolution par rapport à la période correspondante de l'année 2000

	part marché	Valeur		Volume		Prix du panier	
		du 11/06/01 au 8/07/01	du 10/07/00 au 9/07/01	du 11/06/01 au 08/07/01	du 10/07/00 au 9/07/01	du 11/06/01 au 08/07/01	du 10/07/00 au 9/07/01
		7e période	12 mois	7e période	12 mois	7e période	12 mois
Ensemble produits	100,0	3,2	4,5	0,5	1,5	3,6	3,5
Epicerie	30,8	2,3	4,1	1,2	1,9	2,0	2,6
Petits déjeuners	4,8	1,1	2,7	1,1	1,1	0,5	1,8
Confiserie	3,1	4,9	4,8	2,0	2,4	3,5	2,6
Aliments pour animaux	2,7	1,7	2,4	-0,2	0,4	2,7	2,4
Plats cuisinés	0,9	-3,2	1,3	-5,0	-1,3	2,5	2,8
Féculeux	1,4	2,7	5,4	0,7	3,5	2,7	2,1
Aides à la cuisine	5,4	0,1	1,8	-1,0	-0,3	2,2	2,4
Conserves de légumes	1,7	-0,5	6,5	-0,2	3,4	-0,1	3,6
Biscuiterie sucrée	2,1	4,8	6,9	1,7	4,9	4,3	2,7
Aliments infantiles	1,3	5,7	6,1	7,2	6,2	-0,9	0,4
Produits pour apéritifs	1,5	6,4	7,4	4,6	2,7	2,6	5,3
Pâtisserie industrielle	2,0	5,2	5,0	5,2	1,1	1,5	4,5
Conserves de poisson	1,8	0,5	3,2	-1,6	3,2	2,2	0,2
Liquides	13,7	2,9	2,9	2,1	1,9	1,1	1,3
BRSA	4,6	3,6	4,0	0,3	2,2	3,6	2,2
Alcools	3,8	3,3	3,8	4,6	2,6	-0,6	1,5
Bières et cidre	2,0	0,1	-2,1	1,3	-3,8	-1,2	1,8
Eaux	3,4	3,0	2,9	2,0	3,4	1,1	-0,4
Entretien	10,6	3,2	4,6	-1,7	0,0	5,8	5,3
Droguerie	3,3	1,6	3,9	-5,4	-1,0	8,4	5,5
Papier	4,0	5,4	5,7	3,6	3,3	2,6	3,4
Entretien du linge	2,7	3,1	4,4	-4,1	-2,7	7,9	7,8
Hygiène-Beauté	10,0	-1,8	2,3	-2,4	-0,7	1,9	3,4
Capillaires	1,9	4,5	1,6	-0,6	-1,6	4,8	3,5
Hygiène corporelle	4,1	1,0	4,6	-0,8	1,1	3,7	4,1
Soins et beauté	3,2	-4,0	0,6	-2,7	-1,1	-0,5	2,0
Produits frais	35,0	5,4	5,9	0,9	1,9	5,6	4,7
Ultra-frais	7,6	6,3	6,2	1,1	2,2	5,7	4,5
Beurre-œufs-lait	6,6	3,1	3,7	-3,1	-0,9	6,8	4,9
Surgelés	7,8	4,3	3,3	3,8	1,4	1,7	2,4
Charcuterie L.S.	4,5	6,8	8,9	-5,6	-0,2	14,7	10,2
Traiteur L.S.	2,5	8,7	9,7	7,6	7,1	3,0	3,9
Fromages L.S.	5,1	5,4	7,2	1,9	4,3	4,0	3,6
Saurisserie, saumon fumé	0,8	9,9	8,2	10,1	6,8	1,5	3,7

Evolution de la consommation des ménages

Indices ILEC - SECODIP (source : panel de consommateurs ConsoScan)
% d'évolution par rapport à la période correspondante de l'année 2000

	part marché valeur	Valeur		Volume		Prix du panier	
		du 9/07/01 au 5/08/01	du 07/08/00 au 5/08/01	du 9/07/01 au 5/08/01	du 07/08/00 au 5/08/01	du 9/07/01 au 5/08/01	du 07/08/00 au 5/08/01
		8e période	12 mois	8e période	12 mois	8e période	12 mois
Ensemble produits	100,0	1,8	4,3	-0,9	1,2	3,9	3,6
Epicerie	30,7	-1,7	3,3	-3,4	1,1	2,7	2,6
Petits déjeuners	4,8	-4,0	1,9	-5,3	0,3	1,9	1,8
Confiserie	2,9	-4,4	3,6	-6,2	1,3	2,2	2,6
Aliments pour animaux	2,8	-5,1	1,7	-8,0	-0,5	4,3	2,6
Plats cuisinés	1,0	-4,3	0,1	-10,4	-2,8	7,2	3,2
Féculents	1,4	-3,5	4,5	-4,0	2,5	0,9	2,2
Aides à la cuisine	5,3	-3,7	1,2	-6,2	-1,0	3,7	2,5
Conserves de légumes	1,6	1,3	6,0	-0,1	2,7	2,2	3,7
Biscuiterie sucrée	2,1	-2,1	5,7	-4,5	3,4	3,0	2,8
Aliments infantiles	1,2	0,3	4,7	-3,0	4,7	3,7	0,4
Produits pour apéritifs	1,6	-5,3	5,9	-5,5	1,4	1,4	4,9
Pâtisserie industrielle	2,1	4,7	4,6	3,4	0,9	2,5	4,4
Conserves de poisson	1,7	9,4	4,8	9,8	4,5	1,0	0,6
Liquides	13,4	2,7	3,6	1,9	2,4	1,8	1,4
BRSA	4,5	7,5	5,5	4,4	3,3	3,9	2,5
Alcools	3,9	-5,6	2,6	-5,0	1,3	1,0	1,5
Bières et cidre	1,8	-1,8	-0,4	-1,6	-2,0	-0,2	1,6
Eaux	3,2	8,5	4,7	8,6	5,0	0,7	-0,1
Entretien	10,5	1,8	4,4	0,0	0,1	3,9	5,2
Droguerie	3,5	6,6	4,4	5,5	-0,3	5,3	5,5
Papier	3,8	-1,2	5,1	-0,8	2,9	0,4	3,1
Entretien du linge	2,6	1,5	4,1	-4,0	-2,9	7,1	7,8
Hygiène-Beauté	10,0	6,0	3,0	3,7	0,3	4,5	3,2
Capillaires	1,8	-2,9	1,2	-4,2	-1,9	2,4	3,4
Hygiène corporelle	4,0	10,5	5,9	9,1	2,6	4,7	4,1
Soins et beauté	3,4	7,9	1,5	5,2	0,1	3,9	1,6
Produits frais	35,5	3,3	5,7	-1,5	1,5	5,7	4,8
Ultra-frais	7,6	4,2	6,0	-0,5	1,8	5,2	4,6
Beurre-œufs-lait	6,7	-1,4	3,1	-6,9	-1,7	6,2	5,0
Surgelés	7,5	2,3	3,7	-0,7	1,6	3,8	2,6
Charcuterie L.S.	4,9	10,3	9,2	-0,5	-0,3	12,5	10,6
Traiteur L.S.	2,5	4,6	9,2	4,1	6,7	2,5	3,7
Fromages L.S.	5,3	1,4	6,6	-2,2	3,6	4,0	3,7
Saurisserie, saumon fumé	0,9	8,8	8,0	6,9	6,2	2,8	3,9

Directeur de la Publication : Dominique de GRAMONT - Editeur : TRADEMARK RIDE

Rédacteur en chef : Jean WATIN AUGOUARD - Secrétariat de rédaction : François EHRARD - Maquette et mise en page : GRAPH'I PAGE - Isabelle VIDALIE

Abonnement France (1 an) : 45 € (295, 18 F TTC) - Abonnement Etranger (1 an) : 45 € + 5 € de port (327,98 F TTC) - Prix au numéro : 5 € (32,80 F TTC)

TRADEMARK RIDE - 93, rue de la Santé 75013 Paris - Tél : 01 45 89 67 36 - Fax : 01 45 89 78 74 - Email : jwa@libertysurf.fr

Imprimé par : CELER - 17, avenue Aristide Briand - 91550 Paray-Vieille-Poste - Reproduction interdite sauf accord spécial - Commission paritaire n° 80397

