



La négociation en droit des concentrations : Remèdes et engagements

M^e Evelyne AMEYE

Avocat au barreau de
Bruxelles et de Madrid

Afin d'expliquer la procédure de négociation des remèdes et engagements en pratique en droit de la concurrence, celle-ci est illustrée tout au long de la présentation par une affaire fictive.

Illustration moyennant une affaire fictive

L'affaire fictive est la suivante : la société chinoise Yili (produisant et commercialisant uniquement des yaourts) acquiert le négoce de production et vente de yaourts de la société algérienne Soummam (produisant et commercialisant non seulement des yaourts, mais aussi du lait, du beurre et du fromage). Etant donné que l'acquéreuse Yili et la société cible Soummam détiennent 50% du marché des yaourts en Algérie, l'opération se doit d'être notifiée au Conseil de la Concurrence, qui se penchera sur la question de son autorisation.

L'article 19 de l'Ordonnance n°03-03 du 19.7.2003 relative à la Concurrence

L'article 19 de l'Ordonnance n°03-03 du 19.7.2003 relative à la Concurrence prévoit la possibilité de remèdes (« prescriptions ») et d'engagements à l'initiative du Conseil de la Concurrence ou des parties afin d'atténuer les effets de la concentration sur la concurrence: « L'autorisation du Conseil de la concurrence peut être assortie de prescriptions de nature à atténuer les effets de la concentra-

tion sur la concurrence. Les entreprises parties à la concentration peuvent d'elles-mêmes souscrire des engagements destinés à atténuer les effets de la concentration sur la concurrence ».

Par conséquent, le Conseil de la Concurrence peut approuver des concentrations quand les parts de marché des parties excèdent les 40% moyennant des remèdes ou engagements formels des parties si (i) ils éliminent tous les problèmes de concurrence identifiés ; (ii) ils sont facilement exécutables à court terme et (iii) ils sont proportionnels. Le Conseil consultera à cette fin les acteurs du marché concerné sur la viabilité des remèdes ou engagements.

L'importance de la définition du marché

La définition du marché concerné joue un rôle majeur dans le processus d'autorisation des concentrations économiques. Nous illustrons cela avec l'affaire fictive de l'acquisition de Soummam par Yili : si le marché de produits consiste en un unique marché des yaourts, incluant les yaourts pour boire, le Conseil de la Concurrence devra analyser l'opération d'un point de vue du droit de la concurrence puisque la somme des parts de marché de Yili et Soummam sur ce marché unique est de 50%.

Cependant, s'il n'existe pas un seul marché de yaourts mais que le marché des yaourts à manger est



un marché séparé du marché des yaourts à boire, le Conseil de la Concurrence ne devra pas analyser l'opération d'un point de vue de droit de la concurrence puisque la somme des parts de marché de Yili et Soummam sur le marché des yaourts à manger est de 35% et que la somme des parts de marché de Yili et Soummam sur le marché des yaourts à boire est de 35%. Dans ce dernier cas, ni la notification au Conseil ni l'autorisation par le Conseil ne sont requis.

La définition du marché de produits s'effectue principalement sur base de la possibilité de substituer la demande. Le test fréquemment utilisé à cet effet est la SSNIP-test (de l'anglais « Small but Significant Non-transitory Increase in Price ») : si, en cas de hausse du prix d'un produit de 5% à 10%, le consommateur le remplace par un autre produit, les deux produits font partie d'un même marché de produits ; dans le cas contraire, c.-à-d. si le consommateur ne le remplace pas par un autre produit et achète quand même le produit dont le prix a augmenté, les deux produits font



partie de deux marchés de produits distincts. La définition du marché de produits est également influencée par la possibilité de substituer l'offre (p.ex. la possibilité des fabricants de produire deux produits dans les mêmes installations de production, moyennant les mêmes techniques, sur base des mêmes matières premières, etc.).

Cependant, la substituabilité de la demande pèse plus lourd que la substituabilité de l'offre. Une affaire classique du Tribunal de Justice de l'Union européenne est l'affaire *United Brands C-27/76*, dans laquelle le Tribunal a jugé que le marché des bananes était un marché séparé du marché des fruits parce que « *la banane a une apparence, un goût, une consistance moelleuse, une absence de pépins, un maniement facile, un niveau permanent de production qui lui permettent de satisfaire les besoins constants d'une catégorie importante de la population composée d'enfants, de personnes âgées et de malades* ». Le fait que le juge dans cette affaire portait un dentier aura sans doute joué un rôle dans cette perception juridique.

Il y a également lieu de définir le marché géographique. Celui-ci peut être de dimension mondiale, couvrir le Maghreb, le territoire national de l'Algérie ou le territoire de chaque wilaya. Ainsi, dans l'affaire fictive de l'acquisition de Soummam par Yili, la production et commercialisation de yaourts par les producteurs de yaourts aux distributeurs constitue un marché national.

Par contre, la commercialisation des yaourts par les supermarchés aux consommateurs est un marché plus étroit étant donné que le consommateur ne sortira pas de sa wilaya, ou même de son quartier, pour acheter des yaourts (la définition se ferait moyennant des isochrones autour des supermarchés).

Les remèdes et engagements structurels

Les remèdes et engagements structurels sont préférés par les autorités de la concurrence car ils sont clairs et nets et ne requièrent pas de suivi a posteriori par l'autorité de la concurrence. Les remèdes et engagements structurels requièrent l'intervention d'un mandataire indépendant, soit pour superviser la conformité de ces remèdes et engagements (« *monitoring trustee* »), soit pour superviser la cession d'actifs (« *divestiture trustee* »).

Ce mandataire doit disposer de qualifications requises pour son mandat. Il peut être proposé par les parties mais doit en tous les cas être approuvé par le Conseil de la Concurrence. Il doit être indépendant des sociétés participant à la concentration (dans l'affaire fictive, il doit être indépendant de Yili et Soummam) et ne doit pas avoir de conflits d'intérêts (dans l'affaire fictive, il ne pourrait p. ex. pas être à la fois l'avocat de Danone).

Bien qu'il soit formellement approuvé et instruit par le Conseil de la Concurrence, ce sont les sociétés participant à la concentration (dans l'affaire fictive, Yili et Soummam) qui le paieront pour l'exercice de son mandat.

Nous citons ci-dessous certains types de remèdes et engagements structurels :

- (I) La cession d'actifs tangibles.
- (II) La cession d'actifs intangibles.
- (III) La dissociation (le « *carve-out* »).
- (IV) L'élimination de liens structurels (p. ex. participations minoritaires).

Dans tous ces cas de figure, le mandataire indépendant joue un rôle clef pendant l'analyse (il veille à éviter la dégradation de l'actif cédé pendant la procédure de remèdes ou d'engagements) et avant l'autorisation de l'opération de concen-

tration, ainsi qu'après l'autorisation de l'opération de concentration.

Il veille à ce que l'actif cédé soit viable (au besoin, les engagements prévoient le transfert du personnel clef) et capable de concurrencer avec la nouvelle entreprise post-concentration (dans l'affaire fictive, l'actif cédé doit pouvoir concurrencer avec la nouvelle entreprise Yili ayant acquis Soummam).

Il veille également à ce que l'acquéreur de l'actif cédé (I) soit indépendant (pas de liens structurels ou financiers avec les sociétés participant à l'opération) ; (II) a des ressources suffisantes (business plan détaillé clarifiant l'existence de personnel, finances saines, etc.) ; (III) n'engendre pas de nouvelle obligation de notification au Conseil de la Concurrence (dû à des parts de marché surpassant le seuil de 40%) ; (IV) n'engendre pas de risques de délais (dû à l'absence d'autorisation, de permis, etc.) et (v) n'est pas un investisseur financier mais une entreprise déjà active dans le secteur concerné.

Les remèdes et engagements quasi-structurels

Les remèdes et engagements quasi-structurels les plus fréquents sont (i) l'accès et (ii) l'élimination de contrats exclusifs de long terme. Tel que pour les remèdes et engagements structurels, ils seront effectués sous la supervision d'un mandataire indépendant.

L'accès est le remède ou l'engagement qui est utilisé le plus souvent dans les secteurs régulés. Ainsi, dans le secteur régulé des télécommunications, un possible remède ou engagement en cas de concentration impliquant Algérie Telecom serait que celle-ci garantisse l'accès à son réseau (p. ex. boucle locale) à ses concurrents après l'opération. Dans le secteur de l'énergie, un possible remède ou engagement en cas de



concentration impliquant Sonatrach serait que celle-ci garantisse l'accès au réseau de transmission de gaz et installations de stockage de gaz à ses concurrents après l'opération.

Finalement, dans le secteur aérien, un possible remède ou engagement en cas de concentration impliquant Air Algérie serait que celle-ci garantisse l'accès à certains créneaux horaires de haute demande à ses concurrents après l'opération.

Bien que moins fréquent, l'élimination de contrats exclusifs de long terme est également un remède ou engagement quasi-structurel efficace. Dans l'affaire fictive de l'acquisition de Soummam par Yili, il pourrait p. ex. s'agir d'éliminer le contrat exclusif d'approvisionnement en lait auprès de Soummam par un fabricant tiers de yaourt sur le marché algérien.

Les remèdes et engagements non-structurels

Les remèdes et engagements non-structurels sont rarement acceptés par les autorités de la concurrence parce qu'ils ne sont pas clairs et nets et qu'ils requièrent un suivi minutieux de la part des autorités de la concurrence.

Par ces remèdes et engagements, les sociétés participant à la concentration s'engagent p. ex. à ne pas hausser les prix après l'opération ou à ne pas supprimer de marques après l'opération. Dans l'affaire fictive de l'acquisition de Soummam par Yili, la nouvelle Yili ayant acquis Soummam s'engagerait à ne pas augmenter les prix de ses yaourts après l'opération ou à ne pas réduire sa gamme de marques après l'opération (en maintenant p. ex. la licence exclusive qu'avait Soummam afin de distribuer les yaourts Yoplait).