

Commentaires sur l'approche économique adoptée
par le projet de lignes directrices de l'Autorité de la
concurrence relatives au contrôle des concentrations

Octobre 2009

RBB | Economics



Contents

- 1 Introduction p.2
- 2 Section B : la délimitation des marchés pertinents p.5
- 3 Section D : les effets unilatéraux p.16
- 4 Section E : les effets non-coordonnés dans les concentrations verticales p.23
- 5 Section F : les effets non-coordonnés dans les concentrations conglomérales p.26
- 6 La création ou le renforcement d'une puissance d'achat p.30
- 7 Le cadre des études économiques p.33

1

Introduction

Le projet de l’Autorité offre une revue complète et détaillée de tous les effets possibles des opérations de concentration (section V). Il couvre aussi bien les effets horizontaux que les effets congloméraux en passant par les effets verticaux. Il contient aussi une section entièrement consacrée à l’analyse de la définition des marchés pertinents qui est une étape essentielle du contrôle des concentrations. En règle générale, cette section du projet clarifie dans bon nombre de situations les critères d’analyse que l’Autorité compte adopter, ce qui indéniablement renforce la sécurité juridique.

L’approche adoptée par le projet se base principalement sur l’analyse économique. Il s’ensuit que pour chaque examen approfondi l’Autorité développera sûrement une théorie d’atteinte à la concurrence qui sera étayée par des analyses économiques soucieuses de coller avec la réalité des secteurs économiques concernés. Le projet souligne clairement les principes économiques qui seront utilisés pour cet exercice. L’approche économique est pertinente, car elle dépasse le cadre d’analyse fondée sur les seules parts de marché qui est trop restreint et risque d’engendrer des erreurs d’appréciation. En effet, la simple addition des parts de marché ne permet pas de prédire si une concentration aura des effets dommageables. Si une part de marché faible indique souvent une absence de pouvoir de marché, en revanche une part de marché élevée ne traduit pas toujours un pouvoir de marché significatif.

Même si nous nous félicitons du rôle majeur que joue l’analyse économique dans l’examen sur le fond, néanmoins, le projet, en certains endroits, bénéficierait d’améliorations substantielles. En résumé nos réserves et nos recommandations sont les suivantes:

- La section traitant de la définition des marchés pertinents gagnerait en clarté si le projet reposait dès l’entame sur le test du monopole hypothétique (section V.B). Le marché pertinent est intimement lié au concept du pouvoir de marché. C’est pourquoi la seule méthode probante pour définir les marchés pertinents reste le test du monopole hypothétique, qui est

devenu le cadre conceptuel universel dans ce domaine. De son côté, le projet de l'Autorité bâtit son analyse des marchés pertinents sur l'étendue de la substitution entre chaque paire de produits. Or s'il apparaît naturel de se concentrer sur un tel critère pour délimiter les contours du marché pertinent, il ne permet pas de répondre au test du monopole hypothétique. En adoptant cette méthode l'Autorité prend le risque de définir des marchés soit trop larges, soit trop étroits.

- Il nous semble regrettable que l'Autorité établisse une présomption d'effets dommageables au-delà d'un seuil de 50% de part de marché pour les effets unilatéraux (section V.D). Comme le souligne le projet, le cadre d'analyse des effets unilatéraux dépasse la simple addition des parts de marché. Par conséquent, faire reposer la charge de la preuve sur les parties notifiantes au-delà de ce seuil conduirait à dissuader des opérations qui ne produiraient pas nécessairement des effets dommageables. Ce risque est d'autant plus important que la section V.B consacrée à la définition des marchés pertinents présente une approche floue qui laisse peser trop d'incertitudes.
- En ce qui concerne les effets des concentrations verticales et conglomerales, nous regrettons que le projet ne colle pas plus étroitement au schéma d'analyse adopté par la Commission Européenne (section V.E et F). L'analyse en trois temps de la Commission a l'avantage d'être claire et complète. Or il nous semble que le projet de l'Autorité fasse l'impasse sur la troisième phase : l'impact de la concentration sur les consommateurs. Cette omission est regrettable car elle laisse planer un doute sur la légalité de ces opérations, et risque donc de dissuader des opérations qui seraient bénéfiques pour les consommateurs.
- En règle générale, la création ou le renforcement d'une puissance d'achat aura plutôt l'effet inverse que celui envisagé par le projet (section V.H). En obtenant un meilleur prix pour ses intrants, la nouvelle entreprise issue de la concentration va stimuler la concurrence en baissant ses prix ce qui aura des effets bénéfiques pour les consommateurs. Le projet de l'Autorité ne clarifie en rien dans quelle mesure de telles opérations pourraient nuire à la concurrence. Comme nous l'expliquons de manière plus détaillée, les arguments économiques présentés par le projet n'ont pas de sens. Par conséquent, il serait opportun que l'Autorité précise dans quelles circonstances une puissance d'achat peut avoir des effets dommageables, et quels sont les éléments de preuves qui supporteront une telle théorie d'atteinte à la concurrence.

Le reste de ce document présente plus en détails nos commentaires ainsi que nos propositions, en suivant l'ordre adopté par le projet de l'Autorité dans sa section V. La dernière partie de nos commentaires est consacrée aux recommandations pour la soumission d'études économiques (section VI.B).

2

Section B: la délimitation des marchés pertinents

Le projet identifie correctement l'objectif de l'analyse des marchés pertinents, comme étant une étape essentielle afin d'apprécier le pouvoir de marché des entreprises (§279). Cette précision est importante car la définition des marchés pertinents ne doit pas être un but en soi, mais seulement un instrument dans l'appréciation du pouvoir de marché des entreprises. Notamment, si un marché est défini de manière trop large ou trop étroite, l'analyse des parts de marché risque de conduire à des conclusions incorrectes.

Cependant, le projet échafaude sa définition des marchés pertinents sur le seul concept de la substitution entre chaque paire de produits. Comme nous l'expliquons dans cette partie une telle approche est erronée.

2.1. La définition du marché pertinent est erronée

Le marché pertinent tel qu'il est communément entendu dans l'analyse concurrentielle se distingue des notions de marché utilisées dans d'autres contextes. **Le marché pertinent est intimement lié au concept du pouvoir de marché.**¹ Son rôle est de définir les contours d'un ensemble de produits et/ou de territoires qui pourrait être sujet à l'exercice d'un pouvoir de marché significatif. C'est pourquoi la seule méthode probante pour définir un marché pertinent reste le test du monopole hypothétique, qui est devenu le cadre conceptuel adopté par de nombreuses autorités de concurrence.²

La définition donnée au paragraphe 280 du projet selon laquelle le marché pertinent serait le « lieu sur lequel se rencontre l'offre et la demande pour un produit ou service spécifique » ; et par conséquent l'Autorité « regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs ». Une telle approche n'est pas en relation directe avec la mission première du marché pertinent qui est l'appréciation du pouvoir de marché.

¹ Pour plus de détails voir Gregory Werden « Demand Elasticities in Antitrust Analysis », *Antitrust Law Journal*, Vol. 66, 1996.

² Le test du monopole hypothétique est apparu dans les lignes directrices sur les concentrations du Département de la Justice Américaine en 1982, et a ensuite été adopté par d'autres autorités par la suite. Le test en lui-même n'est pas décrit dans les lignes directrices de la Commission Européenne de 1997, même si l'idée du test de SSNIP y apparaît.

3

Il est possible de déterminer une élasticité critique pour définir le marché pertinent. La valeur de l'élasticité critique peut-être calculée par rapport à la fonction de demande du monopole hypothétique. Si l'élasticité de la demande est moins importante que la valeur de l'élasticité critique, cela signifie que le monopole hypothétique pourrait accroître ses prix profitablement selon un montant déterminé à l'avance. En effet, l'élasticité de la demande du monopole hypothétique est modeste au point qu'une hausse des prix est profitable. Dès lors tous les produits sous le contrôle du monopole hypothétique forment un marché pertinent.

La définition adoptée par l'Autorité porte l'accent sur la substitution entre chaque paire de produits. Or ce critère n'est pas opératoire car, dans la grande majorité des cas, la substituabilité entre produits est une question de degré.³ Mais plus fondamentalement, ce critère ne permet pas de répondre directement à la question de savoir si un monopole hypothétique peut accroître profitablement ses prix.

- D'une part, tous les produits qui aux yeux des consommateurs apparaissent comme des substituts ne seront pas nécessairement inclus dans un seul et même marché pertinent. En effet, certains substituts n'exercent pas une pression concurrentielle suffisante pour faire partie du marché pertinent. Seront inclus les produits qui empêchent un monopole hypothétique d'élever légèrement et profitablement le prix des produits sous son contrôle.
- D'autre part, dans bien des cas, c'est un ensemble de produits concurrents qui déterminent la pression concurrentielle sur le ou les produits des parties à la concentration. En l'absence de pouvoir de marché significatif une élévation légère du prix du produit focal entraînera des pertes de ventes importantes. Cependant la substitution peut se diviser sur les nombreux produits concurrents, à tel point que la substitution entre le produit focal et chaque produit substitut sera faible. Une analyse de la substitution entre chaque paire de produits ne permet donc pas d'apprécier le pouvoir de marché du produit focal. Dans ce cas de figure, l'Autorité exclura de nombreux produits du marché pertinent, conduisant à un marché bien trop étroit, peut-être même fait du seul produit focal.

Il est regrettable que le projet de l'Autorité ne fasse pas du test du monopole hypothétique sa référence de base dès l'entame de cette section. Il s'ensuit un nombre d'erreurs analytiques qui nuisent à la clarté du projet. Par ailleurs, le problème de la «cellophane fallacy» qui est mis en avant par le projet (§308) ne constitue pas un obstacle pour appliquer le test pour les opérations de concentration horizontales. Dans une autre partie de nos commentaires, nous revenons sur ce point plus en détail (voir 2.5.2).

Si les contours du marché pertinent sont correctement définis, les parts de marché fourniront une première indication sur l'étendue du pouvoir de marché de chaque concurrent et en particulier des parties à la concentration.

Propositions de changement :

Dans l'introduction de la section V.B, le projet de l'Autorité devrait donner une définition précise du marché pertinent qui soit en phase avec son rôle dans le contrôle des concentrations. Il n'est pas nécessaire que cette définition soit issue d'une décision antérieure du Conseil. En particulier, il serait souhaitable d'éliminer le paragraphe 280 qui est une source de confusion, car il ancre la définition des marchés pertinents sur le seul critère de la substituabilité entre produits.

Le projet devrait contenir ensuite un paragraphe entier décrivant clairement le test du monopole hypothétique qui est la seule méthode probante pour définir les marchés pertinents. De ce point de vue, la référence à la communication de la Commission Européenne n'est pas la plus judicieuse car la notion de monopole hypothétique n'y est même pas mentionnée. Les lignes directrices américaines, voire celles des Britanniques, sont plus précises à ce sujet.

4

En principe le test du monopole hypothétique doit être effectué pour chaque produit, ce qui génère un marché pour chaque produit (voir Gregory Werden « Market Delineation Algorithms Based on the Hypothetical Monopolist Paradigm »). En pratique, le marché pertinent qui sera retenu, sera celui dans lequel les produits des parties sont inclus.

5

En pratique il est courant de faire l'hypothèse que le coût marginal restera constant. Pour autant cette hypothèse n'est pas forcément justifiée dans toutes les industries.

6

L'élasticité-prix de la demande auquel fait face le monopole hypothétique est l'élément clé de cette analyse. Les élasticités-prix croisées ne jouent pas un rôle en soi pour déterminer le résultat du test, même si celles-ci individuellement influencent l'élasticité prix de la demande. Il suffit donc d'estimer cette élasticité-prix pour savoir si le monopole hypothétique peut accroître profitablement ses prix. Les élasticités croisées servent néanmoins à déterminer la séquence des produits substitués qui forment le marché candidat à chaque itération du test du monopole hypothétique.

2.2. Comment évaluer le test du monopole hypothétique

La définition du marché pertinent a pour objectif d'identifier les produits (ou les territoires) qui exercent une contrainte concurrentielle suffisante pour empêcher que le prix de chaque produit des parties notifiantes puisse être augmenté de manière légère mais permanente.⁴

Pour apprécier si le test est positif ou négatif, il convient d'abord de rappeler qu'un accroissement des prix a deux effets opposés sur les profits du monopole hypothétique. En premier lieu, l'élévation légère des prix aura un effet positif. Il engendre un accroissement des revenus sur les quantités vendues, ce qui contribue à augmenter les profits du monopole hypothétique. L'augmentation du profit dépendra des marges sur chaque produit ainsi que des coûts, et comment ceux-ci changent avec le niveau des ventes.⁵

En second lieu, l'élévation légère des prix aura un effet négatif sur les profits. Des prix plus élevés entraînent une réduction du volume des ventes ce qui prive le monopole d'une partie de ses revenus. Le montant de cette réduction dépend de l'élasticité-prix de la demande, c'est-à-dire du comportement des consommateurs face à un changement de prix relatifs.⁶ Si l'élasticité-prix de la demande est élevée, la réduction des ventes en sera d'autant plus importante, ce qui compromet la profitabilité d'une hausse même légère du prix d'un produit. Mais la réduction des ventes peut être aussi le fruit de la substitution de l'offre pour autant que celle-ci soit aussi efficace et immédiate que la substitution de la demande. Par conséquent pour apprécier la contrainte concurrentielle à laquelle sont soumis

les produits sous le contrôle du monopole hypothétique, il faut tout d'abord évaluer la substitution de la demande puis ensuite la substitution de l'offre.

La réponse au test du monopole hypothétique dépendra de la taille de ces effets opposés. D'une part les marges brutes permettront de déterminer les effets positifs. D'autre part, l'appréciation de la substitution de la demande servira pour évaluer les effets négatifs. En particulier, il est important de connaître l'élasticité-prix de la demande auquel fait face le monopole. Dans la réalité il est rare de pouvoir estimer cette élasticité-prix. De nombreux indices qualitatifs et d'autres méthodes quantitatives doivent alors permettre d'évaluer approximativement les comportements des demandeurs, quand ils font face un changement de prix relatifs. Dans la partie suivante nous discutons plus précisément de la pertinence de certains indices qualitatifs et les méthodes quantitatives présentés dans le projet de l'Autorité.

Propositions de changement :

Il serait judicieux de préciser que pour l'évaluation du test du monopole hypothétique, l'Autorité va considérer les sources de pression concurrentielles auxquelles fait face le monopole. D'abord elle examinera la substitution par la demande, puis la substitution par l'offre.

2.3. L'évaluation de la substituabilité de l'offre n'est pas précisée

Comme l'explique le paragraphe 289, « [l]a prise en compte de la substituabilité de l'offre afin d'élargir un marché défini du point de vue de la demande se justifie dans la mesure où c'est le pouvoir de marché de l'entreprise que l'on cherche à apprécier. Si des concurrents peuvent très rapidement et à peu de frais entrer sur le marché, alors l'entreprise ne pourra pas exercer son pouvoir de marché ».

En premier lieu, au même titre que la substituabilité de la demande, la substituabilité de l'offre peut donc jouer un rôle dans l'évaluation du test du monopole hypothétique. C'est un critère supplémentaire de la substituabilité qui est tout aussi valable que la substitution par la demande, du moment qu'elle est aussi immédiate et efficace.⁷ Dès lors, il n'y a aucune raison de se limiter à l'appliquer « exceptionnellement, lorsque le critère de la substituabilité de la demande n'est pas opérant » (§289), ou bien pour « conforter » l'analyse faite dans un premier temps selon le critère de substituabilité de la demande (§288).

⁷ Pour plus de détails, voir communication de la Commission Européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence.

En deuxième lieu, la substituabilité de l'offre est traitée plus que sommairement au paragraphe 304. Le projet cite en exemple une décision du Conseil sur la restauration collective qui n'est pas éclairant. Il serait préférable que l'Autorité fournisse plus de précisions sur son mode d'évaluation de la substituabilité de l'offre. On citera en modèle le projet de lignes directrices des autorités britanniques (4.68 – 4.71) qui détermine plus clairement son approche.⁸

8

http://www.competition-commission.org.uk/about_us/our_organisation/workstreams/analysis/cc2_review.htm

Il est également injustifié de limiter l'application du critère de la substituabilité de l'offre aux cas où « les offreurs proposent tous la même gamme de produits servant des clients aux demandes différentes », comme le fait le projet au paragraphe 304. Il existe des situations où la substitution de l'offre est plus que probable sans que pour autant les producteurs considérés ne produisent toute la gamme de produits. Par exemple, si les coûts de changements sont faibles et les délais courts, un producteur de yaourt au goût de fraise pourrait probablement aisément produire des yaourts au goût de framboise suite à un changement de prix relatifs. Dès lors, un monopole hypothétique ne pourrait accroître profitablement le prix des yaourts au goût de framboise. En effet, les producteurs de yaourts aux fraises se mettront à produire des yaourts à la framboise. Cela signifie que ces deux types de yaourt font partie du même marché pertinent même si les yaourts à la fraise ne sont pas des substituts pour les demandeurs de yaourt à la framboise.

Enfin, nous trouvons le choix d'inclure la substituabilité de l'offre dans les méthodes quantitatives (V.B.3.b) pour le moins curieux. Sa place se trouverait logiquement après le traitement de la substituabilité de la demande.

Propositions de changement :

Nous suggérons d'inclure dans le projet une partie dédiée à la substitution de l'offre en précisant clairement les critères d'appréciation que l'Autorité compte utiliser.

Nous proposons ainsi de supprimer le paragraphe 288 et la première phrase du paragraphe 289.

Nous proposons de supprimer le passage suivant dans la première phrase du paragraphe 304 : « dans les cas où les offreurs proposent tous la même gamme de produits servant des clients aux demandes différentes ».

2.4. Observations sur les indices qualitatifs du projet de l'Autorité

L'Autorité propose une série d'indices qualitatifs pour apprécier la substitution de la demande entre produit et fournit des exemples dans chaque cas. Dans cette partie nous présentons notre revue critique de ces indices ainsi que nos propositions de changements.

Pour rappel, la substitution entre chaque paire de produits n'est pas l'élément déterminant pour répondre au test du monopole hypothétique. En effet, la question n'est pas de savoir si deux produits sont des substituts, mais de savoir si un monopole hypothétique sur l'un des produits peut accroître son prix de manière profitable.

Poser la simple question de la substitution entre deux produits obscurcit la problématique du monopole hypothétique. Tout d'abord, le niveau du prix d'un produit ne dépend pas de la seule substitution vers un autre produit concurrent, mais de la substitution vers un ensemble de produits concurrents.

Ensuite, si deux produits sont des substituts, ils ne le sont pas forcément de manière symétrique. Par exemple si le produit A est un substitut tel qu'il empêche un monopole hypothétique d'accroître profitablement le prix du produit B, alors A et B sont dans le même marché pertinent. En revanche, si une hausse du prix de A n'engendre pas de substitution suffisante vers B pour empêcher le monopole hypothétique qui contrôle A d'accroître ses profits, alors le produit A est un marché pertinent sans B.

Le critère fondamental pour répondre au test du monopole hypothétique consiste à déterminer dans quelle mesure les clients d'un produit sont susceptibles d'arrêter d'acheter ce produit suite à une hausse légère des prix. Une grande partie de la réponse du test repose donc sur l'élasticité-prix de la demande. En règle générale les éléments de preuves, aussi bien qualitatifs que quantitatifs, doivent se focaliser sur la notion d'élasticité-prix ou pour les profanes sur la sensibilité des clients à la hausse même légère du prix d'un produit.

2.4.1. Les caractéristiques physiques des produits

L'Autorité considère que les caractéristiques physiques des produits (§294-296) et des services (§297) constituent des éléments essentiels dans le choix des clients, et contribuent à comprendre leur comportement. Du point de vue de la théorie économique les préférences des consommateurs pour un produit ou service peuvent être définies par rapport à leurs caractéristiques.

Toutefois, le simple fait que certains produits ou services ont des caractéristiques différentes ne suffit pas pour conclure que ceux-ci n'appartiennent pas au même marché pertinent. Pour répondre à cette question il faut se demander si, et dans quelle mesure, une partie des clients arrêterait d'acheter un produit à la suite d'un changement des prix relatifs, et si ces pertes de ventes seraient suffisamment importantes pour diminuer le profit du monopole hypothétique, le contraignant ainsi à ne pas augmenter les prix.

Ensuite, une approche fondée sur les caractéristiques des produits est susceptible de produire des conclusions erronées quant à la nature de la substitution entre produits. Cette approche substitue l'appréciation de l'Autorité sur les caractéristiques des produits concernés à celle des consommateurs. Or il est arbitraire de laisser à l'appréciation de l'Autorité dans quelle mesure telle ou telle caractéristique constitue un élément important dans les choix des consommateurs. Dans la plupart des cas, les produits seront différenciés, et vont se différencier sur des dimensions multiples. Certaines de ces dimensions vont compter plus que d'autres aux yeux des consommateurs. Or est-ce l'Autorité qui va décider si les voitures qui ont un moteur de puissance équivalent sont plus substituables que celles qui ont un coffre de même taille ?

Au stade préliminaire de l'analyse des marchés l'usage que les consommateurs font des produits peut suffire à déterminer si les produits en question sont potentiellement des substituts, et donc de faire partie du même marché candidat. En aucun cas l'appréciation des caractéristiques par l'Autorité ne permet de déterminer si deux produits sont des substituts proches ou distants. Seules les mesures d'élasticité permettent de répondre à cette question.

Propositions de changement :

Nous suggérons de limiter la référence aux caractéristiques physiques des produits et services. En particulier, il est donné une part disproportionnée à ce critère. Nous proposons que l'Autorité rappelle que ce n'est pas l'analyse des caractéristiques des produits en soi qui expliquent le comportement des demandeurs, mais plutôt la préférence des demandeurs pour un ensemble de caractéristiques.

Nous suggérons d'éliminer le paragraphe 296, et de mettre en avant simplement que des produits sont des substituts potentiels s'ils ont le même usage. Pour autant cela ne signifie pas qu'ils appartiennent au même marché pertinent.

2.4.2. Les différences de prix ne sont pas un indice pertinent en soi

Les différences de prix ne sont en aucun cas un indice pour définir les contours du marché pertinent. Par conséquent, l'affirmation selon laquelle « un écart de prix substantiel durable entre différents produits est un indice de non substituabilité entre ces derniers et donc de non appartenance au même marché » (§299) est incorrecte.

Il est clair que dans l'application du test du monopole hypothétique les différences de prix existantes ne jouent aucun rôle. Ce qui importe c'est le changement de prix relatifs sur le comportement des demandeurs, pas le fait qu'il y ait une différence de prix entre deux produits.

Comme le reconnaît le projet, les différences de prix peuvent s'expliquer par des différences de qualité, des différences dans les coûts de production et de distribution, dans leur image de marque etc. Les prix de deux produits peuvent être différents et pour autant ils peuvent appartenir au même marché pertinent. De nombreux marchés pertinents sont définis sur la base de produits différenciés qui n'ont pas le même prix.

Même si la différence de prix est importante, un changement des prix relatifs peut induire suffisamment de clients à changer de fournisseur. Par exemple, si le prix d'un produit bon marché devait augmenter de 10%, certains clients pourraient se tourner vers un produit plus cher mais qui offre un meilleur rapport qualité/prix.⁹ Ainsi des produits vendus à des prix très différents peuvent exercer les uns sur les autres une contrainte concurrentielle importante. D'ailleurs l'exemple sur la commercialisation de l'huile d'olive fourni par le projet au paragraphe 229 démontre que la logique du test du monopole hypothétique n'a pas été appliquée dans ce cas.

En somme les différences de prix ne sont pas un indicateur pour déterminer les contours d'un marché pertinent. Il serait judicieux d'abandonner ce critère dans le futur et de se concentrer sur des indices plus à même de répondre au test du monopole hypothétique.

Propositions de changement :

Nous suggérons d'éliminer le paragraphe 299 du projet.

9

Dans certains cas, la substitution vers des produits plus chers peut ne pas être possible à cause des contraintes budgétaires des clients.

2.4.3. Les préférences des clients

D'un point de vue théorique, les préférences des clients forment la base d'une analyse de la substitution de la demande. Les clients ont une préférence pour tel ou tel produit ou pour tel ou tel service à cause de l'utilité qu'ils dérivent de la consommation de ce produit ou de ce service. Ces préférences conditionnent leur comportement. Par conséquent « les préférences des clients » ne forment pas un indice en soi, mais représente un concept plus général.

Il semble qu'à la lecture des exemples fournis dans ces paragraphes, que ce soit pour le chlorade de soude ou le saumon d'Écosse, le projet de l'Autorité fait référence sans la nommer à la réputation que ces produits ont développée par rapport à d'autres substituts potentiels. Et cette réputation influence le choix des clients, comme peut le faire une image de marque.

En outre on peut s'interroger dans quelle mesure une autorité de concurrence peut déterminer les besoins objectifs des clients qui seraient distincts des préférences subjectives (§303). Est-ce que les demandeurs d'un produit ont objectivement besoin de consommer ces produits ?

10

Au paragraphe 306 l'Autorité avance que les évolutions de prix peuvent fournir « des indications précieuses sur la substituabilité des produits », en particulier lorsque les prix évoluent de façon similaire dans le temps. Il serait bon de rappeler à l'Autorité que ce type d'analyse est en fait loin de faire l'unanimité, et contient de nombreuses lacunes aussi bien techniques qu'analytiques. Par conséquent l'affirmation de ce type d'analyse puissent fournir des indications précieuses en soi est pour le moins surprenante. Voici quelques références utiles : Gregory Werden et Luke Froeb « Correlation, Causality, and All that Jazz : The inherent shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation » *Review of Industrial Organization*, 1993, 8, pp. 329-353. Daniel Hosken et Christopher Taylor « Discussion of « using Stationarity Tests in Antitrust Market Definition », *American Law and Economics Review*, 2004, Vol. 6, No. 2. Benoit Durand et Valerie Rabassa « The role of quantitative analysis to delineate antitrust markets: an example, *Blackstone/Acetex* » *Competition Policy Newsletter*, 2005, no 3.

Propositions de changement :

Il serait souhaitable de regrouper dans un seul paragraphe les critères intangibles qui contribuent à différencier les produits aux yeux des demandeurs : image de marque, réputation, notoriété, appellation d'origine etc. Le projet éliminerait ainsi l'indice intitulé « préférences des clients » qui est trop général pour être utile. Ces indices pourraient permettre d'apprécier indirectement l'élasticité-prix de la demande.

Pour éviter toute confusion il serait préférable d'éviter d'employer la notion de besoin objectif. La notion d'usage quant à elle peut être utilisée pour filtrer l'ensemble des substituts du point de vue de la demande.

2.5. Les méthodes quantitatives

Le projet de l'Autorité consacre toute une partie sur les méthodes quantitatives. Même si nous sommes de l'avis que les méthodes quantitatives peuvent apporter des éléments de preuves indéniables, on peut s'interroger sur l'opportunité de décrire certains aspects techniques de ces méthodes dans le cadre de lignes directrices, et ce pour plusieurs raisons.

10
See previous page.

- Une telle description est inévitablement incomplète, à cause des contraintes d'espace. Et comme chaque méthode a ses limites, même si certaines en ont plus que d'autres, il faudrait une description plus complète pour être utile.
- En outre, présenter en détail certaines techniques empiriques dans les lignes directrices risquerait de donner un poids excessif à certaines techniques par rapport à d'autres, indépendamment des mérites de chacune.¹⁰
- Finalement, les techniques quantitatives et empiriques évoluent constamment en fonction du progrès de la recherche scientifique. Par conséquent, il est souhaitable d'éviter de faire une liste qui peut devenir restrictive.
- Dans le reste de cette section nous présentons des commentaires plus précis sur deux aspects développés dans cette partie du projet, les élasticités-prix croisées et le problème de la « cellophane fallacy ».

2.5.1. Les élasticités-prix croisées jouent un rôle secondaire

11
L'élasticité-prix d'un produit peut être exprimée comme une moyenne pondérée des élasticités croisées de ce produit avec les produits substitués plus un. Seules les élasticités croisées des autres produits en fonction du prix du produit concerné seront prises en compte.

12
Les élasticités croisées des produits des parties jouent un rôle important en revanche dans l'évaluation des effets unilatéraux. Grâce à elles, on peut effectuer des ratios de diversion qui serviront grandement pour donner une indication quant à la nature des effets statiques de la concentration.

13
Pour de plus amples informations sur cette technique lire Barry Harris et Joseph Simmons « The often-forgotten role of price-cost margins in antitrust merger analysis » *International Merger Law*, 1991, no 6, Michael Katz et Carl Shapiro « Critical Loss : Let's Tell the Whole Story » *Antitrust*, Spring 2003, Daniel O'Brien et Abraham Wickelgren « A Critical Analysis of Critical Loss Analysis » *Antitrust Law Journal*, 2003, 161.

Le projet présente les élasticités-prix croisées comme un élément important dans l'analyse des marchés pertinents. Même s'il peut apparaître naturel de se focaliser sur ces élasticités pour délimiter les contours du marché pertinent, elles ne sont pas utiles en soi pour répondre à la question posée par le test du monopole hypothétique. Ce qui importe c'est l'élasticité-prix de la demande, car celle-ci détermine la contrainte concurrentielle dans son ensemble auquel fait face le monopole hypothétique. Certes les élasticités croisées jouent un rôle dans la détermination de l'élasticité-prix,¹¹ mais elles ne servent pas plus que cela pour savoir si le monopole hypothétique peut accroître le prix du produit en question.¹²

Par exemple, la méthode du seuil des ventes critiques (« critical loss ») qui est une application directe du test du monopole hypothétique ne fait pas appel aux élasticités-prix croisées.¹³ Cette méthode est basée sur les marges de profit ainsi qu'une estimation des pertes de ventes suivant un accroissement de prix déterminé. Ces pertes de ventes dépendent de l'élasticité-prix du produit en question.

Néanmoins les élasticités croisées, comme les autres mesures de substitution entre produits, peuvent servir à établir la séquence des produits substitués pour chaque itération du test du monopole hypothétique. C'est-à-dire que lorsque le test n'est pas concluant, il faut élargir le marché candidat en incluant le produit substitut le plus proche, et ainsi de suite jusqu'à ce que le test soit positif.

2.5.2. La « cellophane fallacy » n'est pas un problème en soi

14

Dans le cadre des concentrations verticales et conglomérales il peut se révéler important d'évaluer le pouvoir de marché de l'entreprise « en sens absolu », par exemple afin d'analyser la capacité de l'entreprise fusionnée à évincer ses concurrents. Dans ce contexte, le risque de définir des marchés pertinents trop larges à cause de la « cellophane fallacy », et donc de sous-estimer le pouvoir de marché de l'entreprise, doit être pris en considération.

15

Si le niveau de prix est le résultat d'une coordination des comportements des entreprises on peut dans certains cas se retrouver dans une situation de « cellophane fallacy ». Il faut néanmoins distinguer plusieurs cas de figure. Dans le cas où l'opération de concentration donne lieu à des effets coordonnés qui se traduisent par un accroissement des prix, la « cellophane fallacy » n'est pas un problème. Comme pour les effets unilatéraux un accroissement de pouvoir de marché se traduit par une hausse des prix. En revanche, dans le cas spécifique où l'opération de concentration sert à stabiliser la coordination, car celle-ci était sur le point de faillir, le problème peut se poser. Le résultat de l'opération de concentration ne sera pas forcément une hausse de prix, mais une stabilisation du niveau de prix alors que si la concentration n'avait pas eu lieu les prix seraient descendus à des niveaux concurrentiels.

Il convient de noter, en outre, que dans le cadre du contrôle des concentrations horizontales, le problème de la « cellophane fallacy », mentionné au paragraphe 308, ne réduit en aucun cas l'utilité du test du monopole hypothétique.¹⁴ En effet, l'analyse concurrentielle ne pose pas la question de savoir si une entreprise détient un pouvoir de marché, mais propose de déterminer si l'opération aura comme effet probable d'augmenter le pouvoir de marché par rapport au niveau précédent la concentration (quel qu'il soit). En conséquence il ne peut y avoir de « cellophane fallacy » à proprement parler pour les opérations horizontales.¹⁵ Les contraintes concurrentielles identifiées par le test du monopole hypothétique sont pertinentes.

Propositions de changement :

Eliminer de cette partie le paragraphe (§304) sur la substitution de l'offre.

Nous proposons de supprimer la discussion détaillée des techniques quantitative présentée dans le paragraphe 306.

Réécrire le paragraphe 307 comme suit « Certaines méthodes quantitatives permettent d'estimer les élasticités de prix qui à leur tour fournissent des indications précieuses pour jauger de la substitution de la demande. L'analyse des élasticités de prix permet de jauger l'étendue du volume des ventes perdues suite à une hausse des prix. Cet élément important conjugué avec d'autres va permettre d'évaluer le test du monopole hypothétique. »

Eliminer toute la discussion sur la « cellophane fallacy » au paragraphe 308.

Le projet devrait aussi considérer qu'en général les méthodes quantitatives peuvent éclairer aussi bien la substitution de la demande que celle de l'offre, la définition du marché en termes de produits et services mais aussi en terme géographique.

Il ne nous apparaît pas nécessaire que l'Autorité dresse une liste des méthodes quantitatives. Hormis une étude économétrique de la fonction de la demande, il peut y avoir d'autres méthodes quantitatives qui permettent d'inférer le comportement des demandeurs face à une hausse relative des prix (analyse des enquêtes de sondage, « critical loss », expérimentation quasi-naturelle, impact des entrées sur le marché etc.). Chaque méthode a ses limitations (ou limites) même si certaines en ont plus que d'autres. Par conséquent, il est souhaitable d'éviter de faire une liste qui peut apparaître restrictive et favoriser une méthode par rapport à une autre.

3

Section D : les effets unilatéraux

En règle générale cette partie apporte un éclairage sur la façon dont l'Autorité va traiter des effets unilatéraux. Cependant nous avons un désaccord profond sur la présomption d'effets dommageables lorsque la part de marché dépasse 50%. Nous expliquons la nature de notre désaccord dans la première partie de cette section. En outre, certaines améliorations pourraient être apportées dans l'approche présentée par l'Autorité. Nous étayons celles-ci dans la deuxième partie de cette section.

3.1. Une présomption basée sur une part de marché élevée n'a pas de fondement économique solide

Au §336, il est fait état qu'au delà d'une part de marché de l'ordre de 50%, les effets dommageables de la concentration sont présumés. Cependant cette présomption est réfutable. Néanmoins cela signifie qu'au delà de ce seuil la charge de la preuve semble reposer sur les parties notifiantes. Les parties devront fournir les éléments nécessaires pour démontrer que les parts de marché ne reflètent pas l'étendue de la pression concurrentielle entre elles et leurs concurrents, ni de leur pouvoir de marché après l'opération.

Cette approche est préjudiciable car elle augmente le risque de bloquer des opérations de concentration ayant des effets bénéfiques sur le progrès économique. Dans de nombreux cas rien ne laisse supposer que les opérations de concentration dépassant un seuil de 50% de part de marché entraînent des effets dommageables ; tout simplement parce que les parts de marché de reflètent pas toujours l'étendue du pouvoir de marché des entreprises. De par son pouvoir d'enquête l'Autorité est la mieux placée pour déterminer si c'est le cas.

Certes une part de marché élevée peut traduire une plus grande probabilité que la concentration entraîne des effets unilatéraux significatifs. Plus la part de marché est grande, plus important est le volume des ventes de la société issue de la concentration, ce qui tend à rendre profitable une hausse des prix suite à l'opération.

Néanmoins le point de départ pour apprécier les effets unilatéraux n'est pas l'addition mais l'incrément des parts de marché des parties à la concentration. Dans un cas de figure où la société acquéreuse a une part de marché de 55% et la société cible a une part de 1%, l'incrément est insignifiant : il n'est que de 1%. Même si l'addition des parts de marché va au-delà du seuil de 50%, il est très improbable qu'une telle concentration génère des effets unilatéraux.

Plus généralement les parts de marché ne reflètent pas toujours la pression concurrentielle entre les parties à la concentration, qui reste le facteur déclencheur de la hausse des prix post-opération. Si cette pression concurrentielle est faible, les effets unilatéraux seront insignifiants.

Dans les cas suivants une part de marché élevée a de grandes chances de n'être ni un révélateur du pouvoir de marché, ni une mesure de la pression concurrentielle entre les parties.

- Les parts de marché peuvent aussi bien sous-estimer que surestimer la contrainte concurrentielle entre les parties à la concentration. Dans ce cas, il importe d'apprécier par une analyse économique fondée sur des preuves concrètes (i) la contrainte concurrentielle entre les parties à la concentration et (ii) la contrainte exercée par les autres concurrents (voir §344-345).
- Dans le contexte des marchés d'enchères, une part de marché ne reflète pas le pouvoir de marché ni la pression concurrentielle qu'une société exerce sur ses concurrents.
- Les parts de marchés sont aussi une piètre mesure de la pression concurrentielle sur les marchés où les évolutions technologiques sont rapides et radicales et où la durée de vie des produits est courte.
- Enfin, la puissance d'achat des clients est aussi un élément primordial dans l'analyse comme l'indique le projet de l'Autorité (voir §353). Dans les situations où les clients ont un certain pouvoir de négociation, les parts de marché ont tendance à exagérer l'étendue du pouvoir de marché des vendeurs.

L'étendue des effets unilatéraux ne peut être appréciée seulement sous la loupe d'une analyse purement statique (et donc de l'addition des parts de marché) comme cela est d'ailleurs reconnu par le projet des lignes directrices. Les ajustements dynamiques après l'opération sont aussi à prendre en compte par l'Autorité.

- Tout d'abord la réaction des concurrents existants est un élément fondamental dans l'appréciation des effets unilatéraux (§§347-352). Dans le cadre des produits différenciés les concurrents existants peuvent repositionner leur offre de produits et services (§345) pour se rapprocher de celle de la société issue de la concentration. L'utilisation des capacités de productions des concurrents conditionnera aussi la taille de l'augmentation des prix (§347).
- Ensuite la possibilité pour de nouveaux concurrents de pénétrer sur le marché pertinent peut infléchir ou anéantir toute augmentation des prix (§§356-369).

Propositions de changement :

Nous proposons d'éliminer la présomption d'effets dommageables au-delà d'un seuil de 50% de part de marché (§336). Même si l'Autorité peut soutenir qu'au delà de ce seuil les effets dommageables sont possibles, il incombe à l'Autorité de confirmer dans son examen approfondi qu'il est plus que probable que la concentration produira des effets anticoncurrentiels significatifs.

3.2. Autres commentaires

A la lecture du projet nous présentons ci-dessous quelques améliorations qui mériteraient d'être prises en compte.

3.2.1. Les biens différenciés et la nature de la concurrence

Le projet note que « [l]'intensité de la concurrence appréciée globalement sur le marché est en effet a priori plus faible dans le cas de biens très différenciés » (§341). La théorie économique indique effectivement que la marge brute économique (c'est-à-dire la différence relative entre le prix et le coût marginal de court terme) a tendance à être plus élevée lorsque les biens vendus sont très différenciés.

Toutefois, il faut relativiser cette caractérisation négative de la concurrence sur les marchés de produits différenciés. En effet, même si le pouvoir de marché s'apprécie par rapport au coût marginal de court terme, une entreprise doit aussi pouvoir amortir ses coûts fixes. Quand les coûts fixes sont importants dus à la nature du processus de production, à l'activité de R&D, etc., des marges élevées permettent aux entreprises de les couvrir. Des marges élevées ne correspondent donc pas forcément à un taux de rentabilité excessif. Le pouvoir de marché donné par la marge brute est souvent nécessaire pour assurer un retour sur l'investissement.

Le projet laisse à penser que l'intensité de la concurrence est faible, en particulier lorsque les produits sont très différenciés. Mais il n'est pas à exclure que ces marchés puissent être très concurrentiels. En effet, un nouvel entrant ne pénétrera pas sur un marché s'il ne peut pas couvrir ses coûts fixes. Or la différenciation de son produit est un élément clé qui peut lui permettre d'assurer des marges brutes suffisantes pour garantir une entrée avec succès.

Propositions de changement :

Nous proposons d'éliminer le paragraphe 341 qui apporte peu d'éclairage sur la nature de la concurrence.

3.2.2. En quoi l'appréciation des effets unilatéraux diffère sur les marchés dits « bi-face »

Le projet mentionne le caractère « bi-face » des marchés qui reste utile pour expliquer le fonctionnement de la concurrence. L'interaction entre les deux côtés du marché explique la structure des prix. Par exemple, le prix est souvent très bas, voire en-dessous du coût marginal, sur le marché où la demande est la plus élastique. En revanche sur l'autre marché les prix ont tendance à être beaucoup plus élevés ce qui permet de subventionner l'offre du côté le plus élastique.

Néanmoins il n'est pas certain que l'aspect « bi-face » apporte des changements radicaux dans l'appréciation des effets horizontaux d'une opération de concentration. Mais si tel était le cas, il serait bon que l'Autorité apporte les éléments dans son projet qui permettent de déterminer en quoi l'appréciation des effets unilatéraux sera différente sur les marchés dits « bi-face ».

Propositions de changement :

Éliminer le paragraphe 343 traitant des marchés dits « bi-face ».

3.2.3. Les “switching costs” ne sont pas toujours un élément limitant la concurrence

Concernant les coûts de changement de fournisseur (« switching costs »), nous remarquons que l’existence de tels coûts n’est pas nécessairement de nature à diminuer l’intensité de la concurrence ou la capacité de réaction des concurrents. Dans les marchés caractérisés par de tels coûts, les entreprises seront parfois très agressives pour attirer des nouveaux clients. Les fournisseurs peuvent proposer aux nouveaux clients des cadeaux, des remises sur la première période du contrat (offres « premiers trois mois gratuits »), etc., afin de les inciter à changer de fournisseur. Les biens peuvent ainsi être vendus « à perte » pendant la première période de la « vie » du client, tandis que les coûts sont couverts par la marge engendrée pendant la deuxième partie.

D’une manière générale la structure de prix ne sera pas linéaire sur la « vie » d’un client, avec des prix d’appel reflétant une concurrence intense pour acquérir de nouveaux clients. En moyenne, les prix payés ne sont pas nécessairement supérieurs à ceux qui peuvent être observés dans des marchés sans « switching costs ».

En somme, la concurrence sur les marchés caractérisés par des coûts de changement est de nature différente, mais elle n’est pas généralement moins intense. Il serait important que les lignes directrices apportent des précisions sur ce point.

Propositions de changement :

Nous suggérons que le projet prenne en compte la nature différente de la concurrence sur les marchés caractérisés par des « switching costs », sans pour autant suggérer que la concurrence est moins intense sur ces marchés.

3.2.4. L’élimination d’un franc-tireur peut entraîner des effets coordonnés

Le projet de l’Autorité (§346) envisage l’élimination d’un franc-tireur (« maverick »), une société qui même si elle a une part de marché faible anime fortement la concurrence. La disparition d’un tel concurrent pourrait en effet nuire à la concurrence. Cependant, si les prix augmentent après l’acquisition, on peut douter que cela reflète la simple élimination de la contrainte concurrentielle entre l’acquéreur et la cible. La hausse des prix post-acquisition résulterait plutôt du fait qu’une fois le franc-tireur éliminé la nature de la concurrence entre les autres concurrents se trouvera fortement modifiée. Les entreprises sur le marché seront plus susceptibles de coordonner leur comportement. Par souci de clarté

il serait préférable soit d'éliminer ce paragraphe, soit de le placer dans la section I qui traite des effets coordonnés.

Propositions de changement :

Nous proposons de relocaliser ce paragraphe dans la section I traitant des effets coordonnés.

3.2.5. La puissance d'achat des clients

Comme le rappelle justement le projet de l'Autorité « le pouvoir de marché d'une entreprise peut-être efficacement limité par la puissance d'achat ou contre-pouvoir des acheteurs. » Néanmoins le traitement de la puissance d'achat compensatrice dans ce projet pourrait être sensiblement amélioré.

Tout d'abord la mesure d'une puissance d'achat ne se limite pas seulement à la taille des entreprises ni à la diversité de leurs achats (§353). D'ailleurs la taille seule peut parfois être une mesure erronée.

Nous admettons qu'il est toujours délicat d'apprécier l'étendue d'une puissance d'achat, et bien souvent cela requiert un examen approfondi. Pour ce faire, il est important de déterminer qui de l'acheteur ou du vendeur subirait le plus de pertes dans l'optique d'une rupture de contrat entre les deux. Cette analyse dépend des alternatives crédibles que les acheteurs et les vendeurs ont à leur disposition. Dans certaines situations, certains clients peuvent façonner la structure du marché en amont en favorisant (ou en menaçant de le faire) l'expansion de rivaux existants ou l'entrée de nouveaux concurrents. La puissance d'achat de ces clients découle des alternatives crédibles que les acheteurs ont à leur disposition, que ce soit un fournisseur existant ou potentiel.¹⁶

En outre, il serait bon de remarquer que sur les marchés où les prix sont négociés entre chaque vendeur et chaque acheteur, la puissance d'achat de certains clients ne « protégera » pas les clients moins puissants. Le contre-pouvoir de certains clients limitera l'augmentation des prix pour ceux-ci. En revanche, ce contre-pouvoir n'aura pas d'effets pour les clients ayant un faible pouvoir de négociation.

16

Pour une revue de la puissance d'achat voir Roman Inderst et Mazzaroto Nicola « Buyer Power in Distribution », ainsi que Roman Inderst et Greg Shaffer « Buyer Power in Merger Control » ABA Antitrust Section Handbook, Issues in Competition Law.

Propositions de changement :

Le projet pourrait contenir une description plus fournie des facteurs qui permettent d'évaluer la puissance d'achat des clients.

Dans la partie qui traite des effets coordonnés, le projet pourrait inclure au paragraphe §446 une référence aux paragraphes §353-355 qui eux détaillent l'évaluation de la puissance d'achat compensatrice.

4

Section E : les effets non-coordonnés dans les concentrations verticales

Cette partie contient de nombreux ingrédients nécessaires à l'évaluation des effets d'une concentration verticale. Néanmoins nous sommes de l'avis que certaines améliorations pourraient être apportées afin de clarifier le schéma d'analyse que l'Autorité compte adopter.

4.1. L'impact sur la concurrence des stratégies de verrouillage

La Commission Européenne, dans ses lignes directrices sur les effets verticaux, propose un schéma d'analyse en trois temps. Dans un premier temps, elle propose d'examiner si l'entité fusionnée aura la possibilité de verrouiller un ou plusieurs concurrents ; dans un deuxième temps, elle examinera si la nouvelle entité sera incitée à conduire une stratégie de forclusion; et finalement elle déterminera si la forclusion aura un effet sur la concurrence.

L'avantage de cette approche est qu'elle met en évidence le fait que même si un concurrent se trouve affaibli, ou exclu suite à l'opération de concentration, cela ne signifie pas pour autant que la forclusion de ce rival puisse avoir un effet dommageable pour la concurrence. Il est important d'apprécier l'impact de chaque stratégie sur le marché. En effet, soit les gains d'efficacité, soit les stratégies de verrouillage peuvent rendre la vie plus difficile à certains concurrents, rendant leur offre moins attractive. Néanmoins cette marginalisation ne mène pas nécessairement à une augmentation des prix. Cela dépendra de la présence et la capacité des rivaux, des gains d'efficacité et des possibilités d'entrée sur le marché pertinent. Même si tous ces éléments sont traités dans le projet de l'Autorité il serait bon de mettre l'accent sur l'analyse des effets sur le marché.

Propositions de changement :

Nous recommandons l'adoption du même schéma d'analyse de la Commission Européenne. En particulier, le projet devrait expliquer comment l'Autorité compte évaluer les effets de l'opération sur le marché.

4.2. Les différentes stratégies de verrouillage

Par souci de clarté il serait préférable de traiter séparément les deux théories du verrouillage vertical. C'est-à-dire d'un côté exposer la théorie du verrouillage sur le marché des intrants et de l'autre la théorie du verrouillage de l'accès à la clientèle. Même s'il existe des éléments d'appréciation communs, les deux théories sont bien distinctes et reposent sur une analyse différente. C'est d'ailleurs l'approche adoptée par la Commission Européenne.

4.2.1. Les mécanismes sont différents

Tout d'abord les mécanismes à l'origine d'un préjudice pour le consommateur final sont bien distincts dans les deux cas. Les deux types de verrouillage sont dommageables s'ils entraînent une augmentation des prix ou une réduction des quantités sur le marché situé en aval. Cependant le mécanisme par lequel ce résultat s'opère est différent dans chaque cas.

Le verrouillage du marché des intrants : la société fusionnée de par sa position de puissance sur le **marché amont** peut soit refuser de vendre, soit réduire ses ventes à ses rivaux sur le marché situé en aval. Cette stratégie vise à augmenter les coûts des intrants, ce qui entraîne ainsi un accroissement des prix sur le marché en aval. La division en aval de l'entreprise intégrée bénéficie alors de cette hausse des prix pour autant que sa présence sur ce marché soit suffisamment importante.

Le verrouillage à l'accès à la clientèle : la société issue de la concentration de par sa position de puissance sur le **marché aval** peut refuser d'acheter des produits à ses rivaux situés en amont, réduisant ainsi leurs débouchés. Pour porter préjudice au consommateur, il faut alors que cette réduction des ventes des concurrents situés en amont augmente les coûts des intrants pour les concurrents qui sont situés sur le marché aval. Une fois la position des rivaux sur le marché aval affaiblie, l'entreprise intégrée peut augmenter ses prix. La présence d'économie d'échelle ou d'envergure sur le marché amont est un élément fondamental pour que ce mécanisme fonctionne. En effet une réduction des ventes pour les concurrents en amont pourrait alors se traduire par un accroissement significatif des coûts à l'unité qui sera répercuté sur le prix des intrants. Cet aspect n'est pas mentionné dans le projet de l'Autorité.

Propositions de changement :

Le projet devrait traiter séparément chaque théorie de forclusion verticale.

Le projet devrait aussi apporter un éclairage sur les mécanismes par lesquels les effets anticoncurrentiels sont générés. De ce point de vue la comparaison avec le projet de la Commission Européenne n'est pas favorable au projet de l'Autorité.

4.2.2. Les incitations opèrent différemment

Dans chaque cas, et comme le souligne bien le projet de l'Autorité, l'incitation à verrouiller dépend de la rentabilité d'une telle stratégie. Néanmoins l'appréciation de la rentabilité de chaque théorie de verrouillage diffère.

En ce qui concerne le verrouillage du marché des intrants, l'analyse compare les pertes sur le marché en amont avec les gains sur le marché en aval. Les gains sur le marché en aval dépendront, toutes choses égales par ailleurs, de la différenciation des produits. Plus les produits sont différenciés et moins élevés en seront les gains.

En ce qui concerne le verrouillage de l'accès à la clientèle, la rentabilité dépendra des coûts suite à la réduction des approvisionnements de la division aval de l'entreprise intégrée aux concurrents amonts. Cela dépendra en particulier de l'offre des concurrents en amont. Si cette offre est concurrentielle en termes de coûts et de qualité par rapport à la division amont, alors les coûts de cette stratégie en seront d'autant plus élevés. Les gains peuvent découler d'une hausse des prix aussi bien en amont qu'en aval. En premier lieu, la division amont peut tirer partie d'une hausse des coûts de ses rivaux et augmenter ses prix sur le marché. En deuxième lieu la division située en aval peut aussi augmenter ses prix, car ses concurrents auront à supporter des coûts plus élevés et de fait augmenteront leur prix.

Propositions de changement :

Le projet devrait aussi apporter un éclairage plus précis sur les incitations, et distinguer les deux théories en les traitant séparément.

5

Section F : les effets non-coordonnés dans les concentrations conglomerales

Dans ce projet le traitement des effets des concentrations conglomerales est une avancée par rapport aux lignes directrices précédentes. En particulier nous nous félicitons de constater qu'une place plus grande a été accordée à l'analyse économique.

En introduction le projet de l'Autorité souligne, à juste titre, que les concentrations conglomerales sont une source de synergies pro-concurrentielles. « De façon générale, une concentration conglomerale ouvre la possibilité de développer des synergies entre les différents éléments constitutifs du regroupement » (§403).

Cela met en lumière le fait que les concentrations de ce type sont particulièrement susceptibles de générer des gains d'efficacité économique. Pour autant le traitement des effets anticoncurrentiels est relativement court, imprécis et laisse la place à une approche qui n'aura pas toujours le souci de coller à l'analyse économique.

5.1. Les effets de portefeuille sont spéculatifs

La possession d'un portefeuille de marques leaders ne posent pas en soi un problème de concurrence. Dès lors il est regrettable d'évoquer au paragraphe 407 que cette possession procure « une position plus forte vis-à-vis de ses clients », et confère à la société issue de la concentration « une certaine marge de manœuvre pour définir ses prix, ses promotions et ses remises ». Or, le fait que l'entreprise fusionnée acquière un vaste portefeuille n'augmente pas automatiquement son pouvoir de marché. Ces affirmations n'ont donc pas de fondement économique et sont susceptibles de dissuader de telles opérations de concentration.

Il est vrai qu'une société, qui à l'issue d'une concentration aura un portefeuille de marques leaders, pourra proposer des ventes liées. Mais ce n'est que la pratique de ventes liées qui pourrait potentiellement donner lieu à des effets préjudiciables pour la

17

Voir paragraphe 95 des Lignes Directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, Commission Européenne.

concurrence, pas la possession d'un ensemble de marques leaders.¹⁷

Propositions de changement :

Nous proposons d'éliminer le paragraphe 407.

Nous proposons de réécrire le paragraphe 410 en éliminant la référence à la possession d'une gamme de produits ou d'un portefeuille, pour y substituer les ventes liées. « Comme pour les concentrations verticales, il est en particulier peu probable que les ventes liées portent atteinte à la concurrence sur un ou plusieurs marchés, si la nouvelle entité ne bénéficie pas d'une forte position sur un marché à partir duquel elle pourrait faire jouer un effet de levier. »

5.2. La possibilité d'effet de levier

Pour qu'une vente liée ait des effets dommageables, il faut qu'elle se base sur une position forte sur le marché du produit liant. C'est une condition nécessaire qui est rappelée au paragraphe 410.

Il y a néanmoins une tension apparente entre les paragraphes 410 et 411. Au paragraphe 411 le projet explique que « le pouvoir de marché peut aussi résulter de la possession par les parties d'un ou plusieurs produits, ou d'une ou plusieurs marques, considérés par de nombreux clients comme particulièrement importants, voire incontournables ». Cet ajout donne l'impression que ce critère est alternatif au critère du pouvoir de marché présenté au paragraphe 410. Or, dans la mesure où une marque est effectivement incontournable, il est fort probable que le propriétaire de cette marque détienne un pouvoir de marché important.

Propositions de changement :

Nous proposons de fusionner les paragraphes 410 et 411 en changeant la première phrase du paragraphe 411 comme suit. « Le pouvoir de marché peut résulter de la possession par les parties d'un ou plusieurs produits, ou d'une ou plusieurs marques, considérés par de nombreux clients comme particulièrement importants, voire incontournables [etc.] ».

5.3. Le traitement sommaire des effets des ventes liées

Le traitement de l'appréciation des ventes liées est relativement sommaire, imprécise, et laisse planer un doute quant aux critères que l'Autorité compte adopter pour apprécier les effets de ventes liées.

Même si la nouvelle entité se trouve en position de force sur un marché, la pratique de ventes liées n'entraîne pas nécessairement des effets dommageables pour le consommateur. Par exemple, on peut douter d'un possible effet anticoncurrentiel lorsque les ventes liées n'affectent qu'une faible partie du marché affecté par le verrouillage. En effet, pour affaiblir les concurrents monoproducteurs, il faudrait que ceux-ci perdent un large nombre de ventes pour tomber sous un niveau inférieur du seuil de viabilité. Ou alors, il faudrait que les ventes liées découragent ces producteurs en leur laissant peu d'espoir de survivre sur le marché. En outre, les capacités d'expansion des monoproducteurs, ou bien les possibilités d'entrée sur le marché sujet au verrouillage, sont des facteurs importants dans l'appréciation des effets anticoncurrentiels.

Ensuite, le scénario suivant ne devrait pas poser de problèmes concurrentiels a priori, or cela n'est pas explicite à la lecture du projet de l'Autorité. Une concentration qui rassemble des produits complémentaires donne lieu à un « effet Cournot » comme le souligne l'Autorité (§403). Cela pourrait se traduire en pratique par des ventes groupées mixtes (§405 et §414) supportées par des rabais. Ces ventes liées seraient profitables pour la société issue de la fusion car elles permettraient un accroissement de ses parts de marché au détriment d'un ou plusieurs concurrents qui n'ont pas une gamme aussi complète (§417). Au final le consommateur bénéficiera de prix plus bas sur le court terme. Si tel était la base d'une décision négative, cela s'appelle tout simplement une « efficiency offense ».

Sur le long terme cette pratique peut mettre en cause la viabilité d'un ou plusieurs concurrents, mais l'appréciation d'une forclusion devient spéculative au moment de la concentration. Cela dépend en particulier de la structure des coûts des concurrents ainsi que de l'importance des barrières à l'entrée. Néanmoins sur le plus long terme, les entreprises rivales auront aussi la possibilité de façonner des stratégies alternatives, incluant des alliances avec d'autres sociétés produisant des produits complémentaires ou d'investir sur de nouveaux produits, ce qui à terme dynamise la concurrence. Par conséquent, dans certains cas l'interdiction de ventes liées pourrait aussi avoir des conséquences néfastes pour le progrès économique.

Propositions de changement :

En introduction, au paragraphe 402, le projet pourrait explicitement communiquer que dans la plupart des cas, ces concentrations ne posent pas de problèmes anticoncurrentiels.

Nous recommandons d'adopter plus explicitement le schéma d'analyse de la Commission Européenne ainsi que les critères utilisés par celle-ci. En particulier, il serait justifié d'avoir une partie dédiée au traitement du troisième critère sur les effets anticoncurrentiels sur le marché. Il nous apparaît primordial que l'Autorité explique comment elle compte analyser ces effets.

6

La création ou le renforcement d'une puissance d'achat

Le projet de l'Autorité est probablement l'un des rares au monde à évoquer dans ses lignes directrices la possibilité qu'une opération de concentration – en particulier dans la grande distribution – puisse créer ou renforcer une puissance d'achat ayant des effets dommageables sur la concurrence. Ce cas d'atteinte est malheureusement visé par l'article L. 430-6 du code du commerce.

Tout d'abord dans la vaste majorité des cas, le renforcement d'une puissance d'achat permet d'obtenir de meilleurs prix, ce qui peut bénéficier aux consommateurs. Dans bien des cas la puissance d'achat peut réduire le problème des doubles-marges, en réduisant le prix à l'unité de ses achats.¹⁸ Sur le marché aval cela se traduira par une augmentation des quantités et des prix plus bas. Dans ce cas, l'opération de concentration stimulera la concurrence entre les vendeurs situés sur le marché aval.

D'une manière générale si une puissance d'achat ne peut exercer un pouvoir de marché en aval il est très peu probable que sa création ou son renforcement ait de quelconque effets dommageables. L'Autorité pourrait utiliser ce critère pour filtrer les atteintes possibles à la concurrence. Cela renforcerait la sécurité juridique.

Néanmoins il faut souligner que du point de vue de la théorie économique, il est loin d'être acquis qu'une puissance d'achat même renforcée par une opération de concentration puisse avoir des effets dommageables sur le marché, et a fortiori pour les consommateurs. Par conséquent, il semblerait raisonnable que l'Autorité définisse dans ses lignes directrices dans quelles circonstances une puissance d'achat peut avoir des effets néfastes pour les consommateurs. Le projet avance bien que les modèles économiques, non-cités par ailleurs, montrent qu'au delà d'un certain seuil (de puissance), le distributeur pousse son fournisseur vers une situation financière précaire, ce qui les amène à réduire leurs investissements d'innovation ou simplement les entraîne vers

18

Cela dépendra de la nature des contrats entre vendeurs et acheteurs, et en particulier si ces contrats permettent ou non la maximisation des profits de la chaîne verticale. Dans le cas où les contrats sont équivalents à une structure de prix « two-part tariff » le renforcement de la puissance d'achat ne réduira pas les doubles marges, puisque celles-ci n'existent pas. Pour plus de détails voir Roman Indert et Greg Shaffer « Buyer Power in Merger Control ».

une faillite. Cependant la logique économique de cet argument n'est pas évidente et ce pour plusieurs raisons.

- Le distributeur n'a à priori aucun intérêt à voir un fournisseur disparaître. Si le marché en amont n'est pas parfaitement concurrentiel, la disparition d'un fournisseur en renforcera la concentration, et réduira donc la puissance d'achat de l'acheteur. L'acheteur, lors de ses négociations avec les autres fournisseurs, aura une solution alternative de moins, réduisant ainsi sa marge de manœuvre.
- On peut aussi penser que les acheteurs détenant une plus grosse puissance d'achat accaparent une grande partie du surplus qu'ils se partagent avec leurs fournisseurs. Et de ce fait, plus cette puissance s'accroît, plus cela réduit les incitations des fournisseurs à investir et donc à innover. Or ce résultat n'est pas garanti. En premier lieu, il n'est pas certain que les acheteurs aient un intérêt à limiter l'innovation de la part de leurs fournisseurs. Si l'innovation se traduit par des baisses de coûts ou des produits plus attractifs, les profits de la chaîne verticale augmenteront, et comme le fournisseur et l'acheteur se les partagent, tout le monde en bénéficiera. En second lieu, l'innovation en amont améliore la position de négociation des fournisseurs face à une puissance d'achat. En innovant, un fournisseur ayant un produit plus attractif, ou des coûts plus bas, va réduire l'attraction des solutions alternatives pour l'acheteur, ce qui réduit son pouvoir de négociation.¹⁹ Par conséquent les fournisseurs ont une incitation plus grande à investir lorsqu'ils font face à une puissance d'achat.

19
Roman Inderst et Christian Wey (2007)
"Buyer Power and Supplier Incentives",
European Economic Review, 51, 3, pp.
647-667.

Propositions de changement :

Au vue des progrès de la théorie économique il semblerait justifier d'éliminer complètement cette partie car les effets anticoncurrentiels sont spéculatifs.

A titre alternatif, le projet pourrait encadrer de manière plus restrictive l'évaluation de ces effets. Par exemple, il faudrait ajouter que sans pouvoir de marché sur les marchés en aval, un renforcement de la puissance d'achat n'aura pas d'effets dommageables sur la concurrence. De plus, il faudrait ajouter comme condition que l'Autorité doive articuler une théorie cohérente, avec preuve à l'appui, pour démontrer que le renforcement d'une puissance d'achat a des effets néfastes sur la concurrence et le consommateur.

Finalement, l'Autorité devrait signaler que le renforcement d'une puissance d'achat pourrait aussi souvent réduire les prix des intrants ce qui stimulerait la concurrence sur les marchés situés en aval pour le bénéfice des consommateurs.

7

Le cadre des études économiques

Le projet de l'Autorité contient une partie dédiée à la présentation des études économiques qui sont soumises à l'appui d'un dossier de notification. L'objectif des recommandations de l'autorité est d'établir un standard pour les travaux de nature économique visant à faciliter l'appréciation de ceux-ci. Cela facilitera la tâche des économistes de l'Autorité dans leur travail d'appréciation des pièces du dossier à nature économiques.

Ce projet n'est pas le premier en soi en Europe. Pour rappel la « Competition Commission » au Royaume-Uni a récemment publié un document quasi similaire sur le même sujet.²⁰ Ces recommandations ne sont en rien déraisonnables et clarifient un standard qui devrait être la norme pour tous travaux économiques.

20
Voir « Suggested best practice for submissions of technical economic analysis from parties to the Competition Commission » Competition Commission.

Il reste à savoir si ces recommandations s'appliqueront également aux travaux produits par le service économique de l'Autorité. Notamment lors de la transmission en phase 2 du rapport aux parties notifiantes, il est indiqué que le rapport sera accompagné des documents sur lesquels se fonde le service des concentrations (§215). Il n'est pas précisé si les travaux d'analyses économiques de l'Autorité seront transmis avec le même souci de transparence et de clarté que ce qui est recommandé pour les travaux économiques à l'appui d'un dossier de notification. De la même manière que le service économique doit pouvoir être en mesure de reproduire les résultats d'analyses économiques soumises pour le compte des parties, il semblerait également opportun que les économistes retenus par l'une ou plusieurs parties puissent aussi reproduire les résultats des travaux économiques se lesquels se fonde l'instruction.

Dans cette optique, il faudrait permettre aux économistes externes d'accéder à toutes les données statistiques afin de reproduire et de vérifier l'analyse économique des services d'instructions. Comme certaines données statistiques relèvent du secret des affaires, il n'est pas envisageable de les transmettre directement aux économistes externes. Néanmoins des solutions existent. La Commission Européenne dans un souci de transparence a,

à plusieurs reprises, proposé l'usage d'une « data room ». La « data room » serait une pièce située au sein même des immeubles de l'Autorité avec des ordinateurs équipés des logiciels requis (type Stata) et qui sont mis à la disposition des économistes externes. Pendant une durée précise ces économistes ont ainsi accès aux données statistiques, ainsi qu'aux fichiers informatiques développés par le service économique de l'Autorité, pour réaliser les analyses sur lesquelles se fonde l'instruction.

D'une manière générale, il est souhaitable pour les services d'instructions de reproduire les résultats des études économétriques. Néanmoins il nous semble que les services d'instructions n'auront pas toujours besoin des données ou des programmes utilisés pour évaluer les études. Les résultats détaillés d'une étude peuvent permettre au service économique d'évaluer la qualité de l'analyse et de réclamer des compléments d'analyse. Au lieu de systématiquement fournir ces éléments en accompagnement d'une étude, il serait préférable que les services d'instructions se donnent un temps de réflexion pour déterminer s'ils ont besoin de ces éléments supplémentaires dans l'immédiat.

Propositions de changement :

Nous suggérons de réécrire les paragraphes 535 et 536 en précisant que suite à la soumission d'une étude, à la requête des services d'instructions, les données et l'ensemble des programmes devront être soumis à l'Autorité.

Nous proposons que le projet envisage la possibilité d'une « data room » pour la reproduction des analyses économétriques du service économique quand les données statistiques relèvent du secret des affaires.

RBB Economics London
The Connection
198 High Holborn
London WC1V 7BD
T +44 20 7421 2410
F +44 20 7421 2411

RBB Economics Brussels
Bastion Tower
5 Place du Champ de Mars
B-1050 Brussels
T +32 2 792 0000
F +32 2 792 0099

RBB Economics The Hague
Muzenstraat 89
2511 WB Den Haag
T +31 70 4262 277
F +31 70 4262 111

RBB Economics Melbourne
Rialto South Tower, Level 27
525 Collins Street
Melbourne VIC 3000
T +61 3 9935 2800
F +61 3 9935 2750

RBB Economics Johannesburg
Augusta House, Inanda Greens
54 Wierda Road West
Sandton, 2196 Johannesburg
T +27 11 783 1949
F +27 11 783 0048

