

## **Quelques remarques du cabinet LECG sur le projet de lignes directrices relatives au contrôle des concentrations de l'autorité de concurrence**

### **Introduction**

L'Autorité de la concurrence (ci-après "Adlc") a soumis à consultation publique un projet de lignes directrices de relatives au contrôle des concentrations<sup>1</sup>. Ce projet réserve une part importante à l'analyse économique des opérations de concentration que les entreprises seront appelées à notifier auprès de l'Adlc. Il se situe à ce titre dans la continuité directe de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence et de celle plus récente de l'Adlc. Ce projet expose également des principes et bonnes pratiques concernant les études économiques soumises par les parties dans le cadre de l'examen d'opérations de concentration.

Le cabinet de conseil économique LECG, qui salue la démarche consultative menée par l'Adlc, souhaite partager avec l'Autorité quelques remarques sur des points spécifiques du projet qui concernent l'analyse économique des concentrations et/ou la présentation d'études économiques dans ce cadre. Ces remarques n'ont aucune vocation à l'exhaustivité, vis-à-vis d'un projet très riche en considérations de nature économique.

### **Commentaires**

#### **Sur les critères utilisés dans la délimitation des marchés pertinents**

Le paragraphe 285 précise que l'analyse des marchés pertinents dans le cadre du contrôle des concentrations est de nature prospective, par opposition à la nature rétroactive de l'analyse effectuée dans des dossiers de pratiques anticoncurrentielles. Il serait utile de préciser si, et dans quelles circonstances-type, il est attendu que la délimitation des marchés diffère dans l'un ou l'autre des cas de figure. Cette question n'est pas indépendante de l'horizon temporel retenu dans l'analyse d'une opération de concentration. Par ailleurs, si cette tension entre analyse rétrospective et analyse prospective peut

---

<sup>1</sup> Projet de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, disponible à [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/projet\\_lignesdirectrices\\_concentrations\\_3juillet.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/projet_lignesdirectrices_concentrations_3juillet.pdf)

notamment exister lorsqu'une analyse de pratiques anticoncurrentielles précède une analyse au titre du contrôle des concentrations, elle ne signifie pas que l'analyse des marchés pertinents relève de principes différents selon que l'on examine une opération de concentration ou des pratiques présumées anticoncurrentielles.

Le paragraphe 289 aborde l'analyse de la substituabilité au niveau de l'offre et précise « *Si des concurrents peuvent très rapidement et à peu de frais entrer sur le marché, alors l'entreprise pourra pas exercer son pouvoir de marché* ». Cette analyse de la substituabilité du côté de l'offre réserve ainsi une place importante à la *possibilité* que des offreurs situés sur d'autres marchés, puissent commencer à produire les biens concernés. Il pourrait être utile de préciser que l'existence d'offeurs qui produisent déjà les différents produits concernés constitue un indice utile en ce sens. Par ailleurs, il serait utile de préciser la notion d'entrée « rapide » et son articulation vis-à-vis de l'horizon d'analyse de l'opération.

Le paragraphe 291 précise que les élasticités prix croisées permettent effectivement de mesurer la substituabilité entre produits et services et peuvent constituer à ce titre un élément important de la délimitation des marchés pertinents. Au-delà même de la difficulté intrinsèque à collecter des données et à estimer cette élasticité croisée, l'appréciation du degré de substituabilité qui permet d'inclure des produits ou services dans un même marché pertinent ne peut s'effectuer dans l'absolu, à partir de l'élasticité estimée, mais devrait s'inscrire dans le cadre d'un test de monopoleur hypothétique, qui implique également des informations sur les marges sur coûts variables. C'est bien la confrontation des deux (élasticités et marges) qui permet d'apprécier les incitations des offreurs à exercer un pouvoir de marché et à pratiquer des prix supra-concurrentiels.

Concernant la différence de prix comme critère de délimitation du marché pertinent, nous ne pouvons qu'être en accord avec l'Autorité lorsque celle-ci indique que des comparaisons n'ont de sens que si « *la qualité et la durabilité des produits sont équivalentes* » (paragraphe 299). *A contrario*, des différences durables de prix entre deux produits n'ont pas systématiquement valeur d'indice d'une appartenance à des marchés pertinents distincts. Par exemple, deux produits différenciés verticalement peuvent commander des prix distincts, alors que l'un exerce une contrainte concurrentielle sur l'autre. Nous nous interrogeons par ailleurs sur le sens de la référence à un prix de réserve, l'exemple fourni par la suite apparaissant se référer à des problématiques de discrimination tarifaire dans des contextes où les préférences des consommateurs sont hétérogènes et où des segments distincts de demande co-existent. Ce point mériterait d'être précisé.

Le paragraphe 303 précise que les préférences « *subjectives* » des clients peuvent également être prises en compte dans un exercice de délimitation des marchés pertinents. Il serait utile de préciser le type d'élément qualitatif ou quantitatif qui peut agir comme élément de preuve concernant ces préférences.

Par exemple, des modèles de choix discret peuvent apporter des informations utiles, tout comme des analyses de *survey*. Par ailleurs, il serait utile de faire ressortir de l'illustration tirée de l'Avis n° 06-A-20, le rôle de la frange « marginale » des consommateurs et de son importance, par opposition à une analyse qui s'intéresserait à des consommateurs « moyens » et inclurait de fait l'ensemble des consommateurs « infra-marginaux ». C'est en effet la possibilité de report de la frange marginale vers d'autres produits ou services qui agit comme une contrainte concurrentielle sur les prix des offreurs des produits ou services concernés par l'analyse.

Concernant les méthodes quantitatives pouvant être utilisées pour la délimitation en termes de produits et services, le test du monopole hypothétique est abordé au paragraphe 308. Ce test, qui constitue effectivement le standard en termes de définitions de marché, peut être sujet à des problématiques de type « *cellophan fallacy* ». Ces questions peuvent se poser notamment dans l'analyse de pratiques anticoncurrentielles, lorsque par exemple une entreprise est présumée abuser d'une position dominante et pratiquer des prix supra-concurrentiels ou en cas d'entente. Une « *cellophan fallacy* » ne saurait pour autant constituer une présomption systématique dans une analyse de marchés pertinents au titre du contrôle des concentrations. Dans nombre des opérations examinées, rien ne pousse à croire que les niveaux de prix observés (avant la fusion) sont très différents de niveaux de prix concurrentiels.

Au paragraphe 310, il est indiqué que « *par ailleurs, quand les critères qualitatifs et quantitatifs usuels ne permettent pas avec suffisamment de certitude de délimiter un marché pertinent, ... , il peut être envisagé d'identifier directement les substituts les plus proches vers lesquels se reporterait la demande en cas d'augmentation du prix des produits concernés.* ». Il serait utile que l'Adlc précise si elle englobe dans ces tests, des mesures de ratio de diversion, et le cas échéant de spécifier quels tests précis elle envisage de mettre en œuvre<sup>2</sup>. Par ailleurs, ces tests peuvent également être utilisés dans l'appréciation des effets unilatéraux (développés dans la section D).

### **Sur l'analyse des effets unilatéraux**

Au paragraphe 341, dernière phrase, il est indiqué que « *par ailleurs, sur les marchés de biens différenciés, la concurrence s'exerce en prix, c'est-à-dire que les offreurs sont en mesure d'agir directement sur le prix des biens ou services concernés, alors que pour des biens homogènes, les mouvements de prix sont essentiellement le résultat de variations dans les quantités offertes ou demandées* ». Cette dernière affirmation mériterait sans doute d'être précisée, avec par exemple des

---

<sup>2</sup> Un ratio de diversion entre l'entreprise A et une entreprise B mesure la part de la perte de l'entreprise A captée par l'entreprise B lorsque A augmente ses prix relativement à B.

références à des modèles formels de concurrence et/ou de la littérature académique permettant de préciser le cadre théorique d'analyse de l'Adlc.<sup>3</sup>

Au paragraphe 343, le problème spécifique des marchés ayant une structure biface est abordé. Il est précisé que « *dans un tel cas, l'équilibre économique sur un marché que ne peut être appréhendé indépendamment des conditions prévalant sur un autre marché* ». Nous abondons dans le sens de l'Adlc lorsqu'elle prévoit un cadre d'analyse qui prenne en compte les caractéristiques des marchés bifaces. Cependant, il serait utile que l'Autorité donne des indications sur les critères qu'elle utilisera pour juger des effets unilatéraux engendrés par une opération de concentration dans le cadre d'une structure de marché biface. Par exemple, il serait intéressant que les lignes directrices exposent des critères selon lesquels il pourra être jugé qu'une augmentation unilatérale de prix sur une face du marché, est susceptible d'être suffisamment compensée par ses effets sur l'autre face du marché, par le jeu des externalités entre les deux faces du marché.

### **Sur l'analyse des effets non-coordonnés dans les concentrations verticales**

Au paragraphe 375, il est indiqué que « *dans ses décisions les plus récentes ainsi que dans les lignes directrices citées au paragraphe précédent, la Commission européenne évalue la probabilité de ces scénarios de verrouillage en examinant si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la possibilité de verrouiller, si elle serait incitée à le faire et si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause.* ». Nous comprenons que l'Adlc, conformément aux préconisations de la Commission Européenne, fait sienne cette analyse en trois volets qui met l'accent sur les effets de l'opération vis-à-vis des consommateurs. A ce titre, comme il est à présent de rigueur dans l'analyse économique des pratiques abusives d'exclusion, ce sont bien les effets sur les consommateurs qu'il convient d'apprécier, plus que d'éventuels effets d'éviction qui se manifesteraient vis-à-vis de certains concurrents de l'entité fusionnée. Par ailleurs, pour ce qui concerne la capacité de réaction des concurrents comme obstacle à l'exercice d'un pouvoir de marché par l'entité fusionnée, la décision de la Commission Européenne dans la fusion Thalès/Finmeccanica/Alcatel (Case COMP/M.4403) offre une contrepartie intéressante à l'exemple tiré de l'affaire Evraz/Highveld, en ce qu'elle montre que le pouvoir compensateur d'un fournisseur alternatif peut effectivement écarter des préoccupations d'exclusion anticoncurrentielle, même lorsque ce fournisseur alternatif ne commercialise pas encore (au moment de

---

<sup>3</sup> Est-ce que le modèle visé est un modèle à la Cournot, interprété comme modèle de concurrence en prix sous contraintes de capacité? Cf. Kreps et Sheinkman, 2003, Quantity Precommitment and Bertrand Competition Yield Cournot Outcomes, *The Bell Journal of Economics*, 14, 326-337. Ou bien s'agit-il de concurrence en prix en présence de coûts marginaux qui ne sont pas constants, et dont l'équilibre se situe à l'intersection de la courbe de coût marginal (courbe d'offre) et de demande ?

l'opération) tous les produits visés mais est susceptible de développer son offre rapidement, éventuellement à la demande des clients.

### **Sur l'analyse des effets coordonnés**

Le paragraphe 433 expose qu'une «*opération peut aussi modifier la nature de la concurrence sur le marché de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, soient beaucoup plus susceptibles de le faire ou, si elles coordonnaient déjà leurs comportements, puissent le faire plus facilement.* » Nous saluons le fait que l'Autorité s'attache ainsi à évaluer les effets intrinsèques d'une opération sur la probabilité d'effets coordonnés, ce qui s'inscrit dans la logique même de l'analyse des effets spécifiques d'une opération de concentration. A ce titre, il nous semble qu'il serait pédagogiquement utile de rappeler, après le développement sur les critères *Airtours* (paragraphe 436 à 438), que ce sont bien les changements apportés par l'opération au regard de ces critères qui seront analysés, et non pas uniquement la situation de marché post-opération.

### **Analyse des gains d'efficacité**

Dans la section K sont énoncés les critères utilisés pour l'analyse des contributions au progrès économique. Il nous semble qu'une place plus importante devrait être accordée aux gains d'efficacité susceptibles de résulter dans les cas d'opérations de concentrations verticales/conglomérales, lesquels ne sont abordés qu'au seul paragraphe 484 (avec cependant un bref rappel au paragraphe 371). De plus, seuls les gains d'efficacité liés à la double marginalisation sont mentionnés dans le paragraphe 484, où il est indiqué que «*les concentrations verticales, en permettant une meilleure articulation des décisions prises entre fournisseurs et distributeurs, peuvent générer des gains d'efficacité qui leur sont spécifiques. En effet, les relations entre fournisseurs et distributeurs peuvent être sujettes à des externalités que l'intégration permet d'internaliser. Il en est ainsi de la double marginalisation.* ». Par contraste, les lignes directrices de la Commission relatives aux concentrations verticales ou conglomérales<sup>4</sup> insistent sur les gains d'efficacité liés à ce type d'opération et ne les limitent en rien à l'élimination de la double marginalisation, comme il ressort notamment des paragraphes 13 et 14 de ces lignes directrices. A des fins *a minima* pédagogiques, une présentation plus nourrie des différentes formes de gains d'efficacité associés à des concentrations non horizontales semblerait utile dans la section K, sachant que le bilan concurrentiel de telles opérations appelle presque nécessairement une mise en regard de ces gains d'efficacité et d'éventuels risques d'effets anticoncurrentiels.

---

<sup>4</sup> Journal officiel de l'Union Européenne, 2008, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

## **Sur les recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Adlc**

L'Annexe B présente des recommandations pour la soumission d'études économiques, lesquelles visent « à faciliter la communication entre les parties et les services de l'Autorité, de manière à ce que les études soumises puissent contribuer à l'instruction le plus efficacement possible. » A ce titre le projet de lignes directrices indique au paragraphe 529 qu'« il est recommandé aux parties d'engager les échanges avec les services d'instruction sur la méthodologie envisagée pour leurs études économiques, dès la phase de pré-notification. Ce dialogue peut conduire à modifier certaines hypothèses et, dans certains cas, à faire évoluer l'approche de manière substantielle. Des échanges approfondis entre les entreprises et l'Autorité peuvent être nécessaires pour que les études économiques contribuent efficacement à l'instruction ». Il est aussi précisé au paragraphe suivant que « les services d'instruction pourront organiser des réunions techniques, afin de discuter spécifiquement des études économiques. Ces réunions sont d'autant plus utiles qu'elles interviennent en amont dans la procédure. »

LECG ne peut que saluer ces recommandations de l'Autorité, qui s'inscrivent dans la logique des bonnes pratiques en matière de soumission d'études économiques. Il est cependant utile de rappeler certaines contraintes auxquelles peuvent faire face les économistes engagés dans l'analyse d'opérations de concentration. Ainsi, si le partage avec l'Autorité d'un programme d'étude économique très en amont de l'examen d'une opération de concentration est de nature à favoriser les échanges et l'évaluation des analyses économiques qui seront soumises ultérieurement, en pratique, dans des opérations complexes, le champ complet des problèmes de concurrence n'est pas forcément connu au stade d'une pré-notification. Dans l'hypothèse où certaines des analyses ont vocation à traiter spécifiquement des problèmes de concurrence les plus aigus, il est très difficile, sinon impossible, de définir très en amont un programme précis d'études. Cette préconisation pourrait être ainsi plus réaliste dans le cas d'opérations horizontales, où la nature des problèmes de concurrence pourrait être relativement simple à anticiper et où le cadre d'analyse s'avérerait balisé du fait de la pratique décisionnelle passée, que ce n'est le cas dans des opérations verticales ou conglomerales complexes. *A contrario*, dans des opérations de nature plus complexe, il n'est pas forcément anormal que des études économiques ne soient identifiées et présentées qu'à un stade plus avancé d'examen de l'opération. Par ailleurs, le champ des analyses qui peuvent être effectuées – analyses « centrales » comme tests de robustesse – est toujours tributaire de l'étendue et de la qualité des données disponibles. Si un programme d'analyse très large et très complet apparaît évidemment souhaitable, il convient de confronter cette aspiration aux contraintes inhérentes à ce type d'exercice.