

Commentaires sur le Projet de lignes directrices de l’Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations

David Spector¹

24 septembre 2009

1. Cette note présente quelques commentaires sur le Projet de lignes directrices de l’Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations publié le 3 juillet (ci-après, le « Projet »). Par ordre décroissant d’importance, elle porte sur l’appréciation des effets coordonnés, l’intérêt d’un éventuel critère quantitatif pour l’appréciation des effets non-coordonnés, et la prise en compte des baisses de coûts fixes permises par les concentrations.

L’appréciation des effets coordonnés

2. La partie du Projet relative à l’appréciation des effets coordonnés reprend pour l’essentiel les critères *Airtours*, et explique les éléments sur lesquels l’Autorité se fonde pour apprécier chacun d’eux.

¹ CNRS, Ecole d’économie de Paris et MAPP.

La nécessité de précisions sur la nature de l'approche globale préconisée par la CJCE

3. Il nous semble que ces explications très utiles sur chacun des critères *Airtours* gagneraient à être complétées par une présentation plus détaillée de l'approche d'analyse globale, dans l'esprit de la mise en garde de la CJCE mentionnée au point 438 du Projet. Dans l'arrêt *Impala*, la Cour indique qu'« *il y a lieu d'éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun [des] critères [Airtours] pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite.* » Or, si le Projet décrit en détail la manière dont chaque critère sera appréhendé, il ne précise pas en quoi consiste l'approche globale préconisée par la Cour, ni la manière dont elle affecte l'appréciation des différents critères.
4. On pourrait donc envisager les compléments suivants.
 - L'appréciation du risque de création ou de renforcement d'une position dominante collective suppose la formulation explicite par l'Autorité d'un mécanisme précis de coordination tacite hypothétique (ou de plusieurs, qui font alors l'objet d'analyses distinctes). Ce mécanisme peut par exemple prendre la forme d'une entente sur le niveau ou le rythme d'augmentation de certains prix, le niveau des parts de marché, la répartition des clients, des zones géographiques ou des appels d'offres, ou les capacités de production. En outre, les scénarios de collusion tacite étudiés par l'Autorité incluent une description du mécanisme de représailles consécutif à une éventuelle déviation.
 - Les critères *Airtours* sont analysés par référence au scénario de coordination tacite décrit par l'Autorité. Ainsi, la transparence de certains paramètres du marché ne peut pas être appréciée en soi, mais seulement par référence à ce mécanisme. Il s'agit de déterminer si les paramètres transparents suffisent à vérifier le respect de la ligne de conduite commune telle que spécifiée dans le scénario considéré. Ce point est important parce que la plupart des marchés sont caractérisés par un degré de transparence intermédiaire, certains paramètres étant très transparents et d'autres beaucoup moins. L'appréciation à l'aune d'un scénario précis de collusion tacite permet de délimiter plus étroitement les paramètres de marché sur lesquels porte l'examen du critère de

la transparence². Elle augmente à la fois la pertinence et la prévisibilité de l'analyse.

- Les critères relatifs à la détection et à la dissuasion (deuxième et troisième critères *Airtours*) sont appréciés de manière conjointe. En effet, il s'agit de déterminer si la détection des éventuelles déviations d'une ligne de conduite commune interviendrait assez tôt pour que les représailles envisagées dans le mécanisme de coordination « testé » par l'Autorité soient possibles et dissuasives. La réponse dépend à la fois de la vitesse de divulgation de l'information et de la nature des représailles envisagées. Cette question, qui jouait un rôle essentiel dans l'affaire *Airtours*, est d'ailleurs traitée en détail dans les lignes directrices communautaires.
5. Ces précisions seraient conformes à la fois à l'approche dégagée par la jurisprudence communautaire et à la pratique décisionnelle nationale (cf., par exemple, la décision d'autorisation de l'acquisition de la société Janny Marque Future par la société Deloitte France, en date du 15 décembre 2006, confirmée par le Conseil d'Etat le 31 juillet 2009).

La condition de dissuasion : précisions sur la question de la crédibilité

6. Le Projet mentionne brièvement l'importance de la crédibilité des représailles (point 443). Il pourrait être utile d'expliquer comment cette question est appréhendée en pratique.
7. Des représailles ne sont crédibles que si, une fois une déviation intervenue, il est dans l'intérêt des concurrents de l'entreprise qui a dévié de mettre en œuvre ces représailles. Comme l'indique le Projet, le retour à l'équilibre concurrentiel « statique » est toujours crédible. Mais le Projet rappelle que dans certains cas, des « *mesures punitives extrêmement fortes [...] peuvent s'avérer plus efficaces pour le maintien de pratiques coordonnées* » (point 444). Il serait utile, sans entrer dans des explications techniques de théorie des jeux répétés, d'expliquer que de telles représailles punitives

² L'affaire Sony/BMG illustre bien l'avantage d'une analyse de la transparence à l'aune du scénario de collusion étudié. Un examen isolé ne permettait pas de conclure sur le critère de la transparence parce que certains paramètres de marché étaient transparents (les volumes de vente des principaux titres, les prix catalogue, dans une certaine mesure les prix de détail) alors que d'autres (les remises accordées aux distributeurs) l'étaient beaucoup moins. L'approche globale préconisée par la CJCE dans cette affaire peut contribuer à simplifier l'analyse et se limitant aux paramètres directement pertinents pour vérifier le respect de la ligne de conduite commune envisagée.

ne sont crédibles que si les pertes qu'elles engendrent pour ceux qui les mettent en œuvre sont compensées par le gain résultant d'un retour plus rapide à la coordination. En particulier, certaines structures de marché ne se prêtent pas à de telles mesures punitives. Par exemple, si une déviation a un caractère irréversible (ce qui peut être le cas si elle prend la forme de l'ajout de nouvelles capacités de production dont le démantèlement serait coûteux), il peut être impossible de revenir à la coordination antérieure, ce qui limite l'incitation des entreprises à exercer des représailles coûteuses.

L'intérêt d'un critère quantitatif pour apprécier les effets non-coordonnés

8. La quantification des effets coordonnés est parfois possible (avec une certaine marge d'erreur) au moyen de la technique de la simulation, laquelle peut reposer soit sur des calibrations à partir d'ordres de grandeur plausibles, soit sur une estimation économétrique de la demande et des coûts des entreprises.
9. Il serait donc utile de savoir quel est le seuil d'augmentation de prix au-delà duquel l'Autorité considère qu'une concentration soulève de sérieux problèmes de concurrence et doit être interdite. Par exemple, la prévision d'une augmentation des prix de 2% sur certains marchés, par rapport à la situation contrefactuelle définie par l'absence de concentration, suffit-elle pour motiver une décision d'interdiction ?
10. Dans de nombreux cas, la formulation explicite d'un seuil quantitatif serait dépourvue de portée pratique à cause de la multiplicité et de la complexité des effets attendus de la concentration. Mais elle pourrait être utile lorsque le débat porte principalement sur l'ampleur des effets unilatéraux. Elle aiderait également à apprécier au sein d'un cadre analytique unifié l'impact des remèdes proposés et des gains d'efficacité.

L'appréhension des gains d'efficacité prenant la forme de baisses des coûts fixes

11. Conformément à la théorie microéconomique, le Projet rappelle qu'« *il est plus probable que les gains d'efficacité conduisant à des réductions de coûts variables ou marginaux entraînent une baisse des prix à la consommation que les réductions de coûts fixes* » (point 479).
12. Cependant, comme le Projet le signale au moyen de plusieurs exemples, les baisses de coûts fixes peuvent bénéficier aux consommateurs par le biais de mécanismes indirects. Elles peuvent ainsi conduire des entreprises à maintenir certains produits sur le marché en restaurant leur viabilité (point 477), dégager des ressources financières qui améliorent les capacités d'innovation (point 482). Mais la plausibilité de ces mécanismes indirects est souvent difficile à démontrer avec la même rigueur que la transmission des baisses de coûts variables dans les prix. Un standard de preuve trop exigeant sur ce point (la transmission aux consommateurs des gains d'efficacité prenant la forme d'une baisse des coûts fixes) empêcherait de tenir compte d'une source importante de gains d'efficacité. Les exemples invoqués au point 466, concernant la fréquente insuffisance des démonstrations apportées par les entreprises, portent d'ailleurs avant tout sur la question de la transmission des gains d'efficacité aux consommateurs. On peut penser que cette insuffisance est due au moins en partie à la difficulté intrinsèque de l'exercice.
13. Il nous semble donc utile de faire preuve d'une certaine flexibilité pour ne pas décourager les entreprises qui souhaiteraient faire valoir les gains d'efficacité dus à une concentration, sans bien sûr abandonner la rigueur nécessaire. Par exemple, lorsque les gains d'efficacité prennent la forme d'une baisse des coûts fixes, on pourrait envisager un allègement du standard de preuve concernant la démonstration de la transmission aux consommateurs, au moins dans les cas où
 - (i) la démonstration relative aux deux autres critères mentionnés au point 467 du Projet (sur la réalité des gains d'efficacité et leur caractère spécifique à la concentration) est particulièrement convaincante ; et

- (ii) les baisses de coûts fixes permises par la concentration sont quantitativement importantes.