

Le nouveau règlement relatif aux concentrations

Le développement de l'analyse économique dans les décisions juridiques

Les objectifs assignés à la Communauté européenne sont précisés dans plusieurs dispositions du Traité C.E. Au titre de ces objectifs, la Communauté doit, notamment, veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée dans le marché intérieur (1). Cette obligation a donné lieu à des réglementations relativement détaillées, qui ont été adoptées par les institutions communautaires. Un règlement spécifique, notamment, a été adopté en matière de concentrations, tant il est vrai que ce type d'opération (2) peut avoir un effet sur la concurrence. Ce règlement a évolué au fil des années : il a été modifié, à nouveau, récemment, sur plusieurs points, avec effet au 1^{er} mai 2004.

C'est à ces dernières modifications qu'est consacré le présent article. Parmi les objectifs poursuivis dans le nouveau règlement, figure l'amélioration de l'approche économique dans les décisions prises par la Commission européenne. Un tel objectif est le résultat de l'expérience accumulée par la Commission en la matière. Il nous invite à poser plusieurs questions. Que nous dit l'analyse économique sur les concentrations ? Comment fonctionnait l'ancien règlement ? Dans cette perspective, qu'apporte le nouveau règlement ? Quelle est notre évaluation de cette réforme ? Dans la suite de l'exposé, nous tenterons de répondre à ces quatre questions.

1

Que nous dit l'analyse économique ?

Gains d'efficacité

Selon l'analyse économique (3), une concentration peut avoir, principalement, deux effets. En premier lieu, elle peut créer les conditions permettant d'obtenir des « gains d'efficacité ». C'est l'argument classique cité par les dirigeants d'entreprises pour justifier ce genre d'opérations. L'objectif de l'opération, disent-ils, est d'obtenir des « rendements d'échelle », c'est-à-dire de pouvoir produire la même quantité à un prix inférieur ou de pouvoir produire davantage à un prix relativement identique. Les gains d'efficacité sont, en général, positifs pour les consommateurs : ces derniers y gagnent la possibilité d'obtenir des biens identiques à des prix plus bas. L'effet sur les travailleurs est moins certain. Cet aspect est rarement envisagé, toutefois, dans le droit de la concurrence. Il est plutôt analysé en droit social, ou dans le droit du travail.

(1) Art. 3, § 1^{er}, g, du Traité instituant la Communauté européenne.

(2) Fusion, acquisition, création d'une entreprise commune à caractère concentratif.

(3) Voy. notam., K.-U. Kühn, « Closing Pandora's Box? Joint Dominance after *Airtours* Judgement », *The Pros and Cons of Merger Control*, Swedish Competition Authority, Stockholm, 2002, p. 40.

Pouvoir de marché

Dans diverses circonstances, une concentration produit un second type d'effet : elle augmente le « pouvoir de marché » des entreprises présentes sur le marché. Dans la science économique, on dit que les entreprises ont un « pouvoir de marché » lorsqu'on constate qu'elles sont en mesure d'augmenter les prix au-dessus de leurs coûts marginaux (4) sans perdre leur clientèle. L'existence du pouvoir de marché résulte ainsi d'une double constatation : d'une part, les entreprises élèvent leur prix ; d'autre part, cette hausse ne conduit à pas une diminution de la clientèle. De cette double constatation, on déduit que les clients se trouvent dans un état de « dépendance » par rapport à ces entreprises.

Deux modalités

L'augmentation du pouvoir de marché peut avoir lieu de deux façons, par des « effets unilatéraux » ou par des « effets coordonnés ».

Effets unilatéraux

Les « effets unilatéraux » (5) sont intrinsèquement liés aux opérations de concentrations. Ils peuvent être décrits de la manière suivante. A demande inchangée, on constate que des entreprises ayant fait l'objet d'une concentration baissent leur production pour maximiser leur profit. En d'autres termes : toutes choses étant égales par ailleurs, ces entreprises produisent une quantité inférieure à celle qu'elles mettaient sur le marché lorsqu'elles étaient séparées. Cette baisse de la production n'est pas sans conséquence sur le marché. Elle entraîne une hausse des prix. Certes, il n'est pas impossible que les entreprises concurrentes réagissent en augmentant leur production. Toutefois, on constate qu'une telle réaction ne suffit pas, dans tous les cas, à faire baisser les prix. Cela est le cas, particulièrement, lorsque le marché est relativement concentré, et que les entreprises ayant fait l'objet d'une concentration disposent de parts de marché importantes.

Ces effets sont appelés « unilatéraux » car ils se produisent par le simple fait de la fusion. Ils ne sont pas illégaux en eux-mêmes (6). Par ailleurs, ils sont conformes aux principes fondamentaux sur lesquels repose une économie de marché. Néanmoins, ces effets unilatéraux entraînent parfois une hausse des prix tellement importante qu'il est préférable d'interdire la concentration dans l'intérêt du consommateur.

(4) Les coûts supportés par une entreprise pour produire une unité supplémentaire.

(5) Nous prenons l'hypothèse d'un oligopole de Cournot (concurrence par les quantités) avec un produit homogène.

(6) Art. 82 C.E.

Effets coordonnés

Au-delà de ces effets unilatéraux, une concentration peut avoir des effets sur la collaboration entre les entreprises présentes sur le marché. Pour désigner cette réalité, on parle d'« effets coordonnés ». On sait que la collaboration entre des entreprises est interdite par l'article 81 C.E. : cette interdiction ne sera levée que si des conditions drastiques sont respectées (7). Au-delà des règles juridiques, la collaboration entre des entreprises est également contraire aux mécanismes fondamentaux d'une économie de marché. Supposons que plusieurs entreprises fixent de commun accord un prix supérieur à celui qui pourrait être obtenu en situation de concurrence. De telles entreprises renoncent à se faire concurrence, selon les mécanismes du marché. Il est donc légitime que de telles pratiques soient interdites par le droit européen de la concurrence.

Une difficulté est que des collaborations sont parfois rendues possibles, et même encouragées, par des concentrations. Supposons qu'une concentration ait lieu entre plusieurs firmes. Cette opération diminue le nombre d'entreprises présentes sur le marché. Dans certaines circonstances, elle rend par ailleurs plus symétrique la taille des entreprises. Il est plus tentant, alors, pour les entreprises de collaborer. La collaboration est aisée, en effet, lorsqu'on est peu nombreux sur un marché. Elle est encore facilitée lorsque les participants ont la même taille. Ils sont alors en mesure de comprendre aisément la structure des coûts qui caractérisent les partenaires. Ils se rendent compte, rapidement, de l'existence d'un intérêt commun (8).

2

Comment fonctionnait l'ancien règlement ?

Deux différences

Tel qu'il était mis en œuvre dans la jurisprudence, l'ancien règlement se distinguait de deux manières par rapport à l'approche économique citée ci-dessus.

a) Gains d'efficacité

L'ancien règlement et la jurisprudence ne considéraient pas les « gains d'efficacité » pouvant résulter d'une concentration. Cette « omission » était regrettable, car nous avons vu que, pour les consommateurs en tout cas, ces gains peuvent être parfois substantiels. Il

(7) Art. 81 C.E.

(8) Par contre, la fusion diminue le risque de collaboration lorsqu'elle rend la taille des entreprises plus asymétrique.

n'est pas sûr, d'ailleurs, que l'on puisse réellement parler d'une omission (9). Si l'on examine la jurisprudence, on observe que peu de concentrations ont été interdites par la Commission au regard du nombre élevé de notifications reçues par cette autorité. Il semble que ce résultat puisse être expliqué par une raison : dans plusieurs cas, la Commission paraît avoir pris en compte les gains d'efficacité même si elle n'expliquait pas de manière explicite son raisonnement sur ce point. A cet égard, le nouveau règlement apporte donc une clarification souhaitée.

b) Position dominante

Ni l'ancien règlement, ni la jurisprudence qui s'est développée autour de ce document, n'utilisaient directement le concept de « pouvoir de marché » pour décrire les effets négatifs des concentrations. Le concept utilisé était celui de « position dominante ». A partir du moment où la Commission constatait la création, ou le renforcement, d'une « position dominante », à la suite d'une concentration, elle devait interdire l'opération (10). Selon l'article 2, § 3, de l'ancien règlement, « Les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun ».

Positions dominantes « simple » et « collective »

Dans la jurisprudence relative aux concentrations, la position dominante est définie comme le pouvoir de se comporter, dans une certaine mesure, indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs (11). Dans le contexte d'une concentration, on distingue deux types de scénarios. Dans un premier cas, les entreprises faisant la concentration acquièrent, ou renforcent, une position dominante détenue par l'une d'entre elles (position dominante « simple »). Dans le second, une position dominante « collective » est acquise, à la suite de l'opération, par l'ensemble des entreprises présentes sur le marché, à savoir par les firmes ayant fait l'objet de la concentration, et par les firmes concurrentes, toutes ces entreprises étant considérées dans l'ensemble qu'elles forment.

(9) Selon M. Motta, on a observé que la Commission prenait les gains d'efficacité implicitement en compte, comme par exemple en définissant le marché de manière plus large de sorte qu'une position dominante ne soit pas trouvée (M. Motta, « Economic Analysis and EC Merger Policy », *EUI Working Papers*, n° 2000/33, p. 27).

(10) On sait que la notion de position dominante n'est pas utilisée de manière exclusive dans la matière des concentrations. Elle provient de l'article 82 CE, qui concerne les abus commis par des entreprises en position dominante. Ce concept a été étendu aux opérations de concentration, lorsque le règlement sur les concentrations a été adopté dans sa première version.

(11) C.J.C.E., C-27/76, *United Brands c. Commission*, *European Competition Review*, 1978, p. 207.

3

La « position dominante simple »

« Position dominante » et « pouvoir de marché »

Concernant les effets horizontaux des fusions (12), le concept de position dominante simple doit être compris au sens littéral du terme. Si une entreprise n'a pas des parts de marché supérieures ou égales à son concurrent le plus important, elle ne peut pas être considérée en position dominante simple (13). Les trois scénarios suivants permettent de mieux comprendre les implications d'une telle conception (14).

Scénario 1

Trois entreprises A, B et C ont des parts correspondant, respectivement, à 30%, 30% et 40% du marché concerné. Supposons que A et B fusionnent. L'opération conduit à une situation où coexistent deux entreprises ayant respectivement 60% (AB) et 40% (C) du marché. Si elle produit un tel résultat, la concentration peut conduire à la création d'une position dominante simple dans le chef de AB (60%) (15). Dans ce cas, en application de l'ancien règlement, l'opération aurait dû être interdite : ce résultat ne change pas sous l'ancien règlement, au regard du critère qui est introduit dans ce dernier pour interdire les opérations nuisant à la concurrence (voy. ci-dessous).

Avant l'opération : A, B et C ont respectivement 30, 30 et 40%

La concentration unit A et B

Après l'opération : AB a 60% et C 40%

(12) C'est-à-dire lorsque les entreprises concernées sont des concurrents existants ou potentiels sur le même marché en cause.

(13) En d'autres mots, le fait pour une entreprise d'avoir plus de parts de marché que son concurrent le plus important est une condition nécessaire mais pas suffisante pour constater une position dominante simple de l'entreprise. En effet, même si une entreprise a les parts de marché les plus élevées, les barrières à l'entrée peuvent être basses et un nouvel entrant peut empêcher que cette entreprise exerce une position dominante simple (augmente les prix).

(14) Dans ces trois scénarios, nous faisons l'hypothèse que les entreprises fusionnées maintiennent leurs parts de marché antérieures à la fusion. Cette hypothèse est aussi faite par la Commission (voy. le § 15 des « Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises », 2004/C 31/03), *J.O.*, C 31/5, du 5 février 2004; http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2004/c_031/c_03120040205fr00050018.pdf). Cette hypothèse simplificatrice est évidemment remise en question par la théorie économique (voy. J. Farrell and C. Shapiro, « Horizontal Mergers : An Equilibrium Analysis », *American Economic Review*, 80, pp. 107-126).

(15) Il est possible que, par ou à la suite de l'opération, elle acquière une position dominante simple. Le résultat dépendra d'autres facteurs, notamment l'existence de barrières à l'entrée. Par exemple, voici un cas où malgré des parts de marchés supérieures à 50%, la Commission n'a pas trouvé de position dominante simple : M.477, *Mercedes-Benz c. Kässbohrer*, 14 février 1995, *J.O.*, L 211 du 6 septembre 1995, pp. 1-29.

Scénario 2

Considérons cinq entreprises A, B, C, D et E disposant respectivement de 33%, 7%, 35%, 15% et 10% du marché concerné. Supposons que A et B fusionnent. Il reste alors, sur ce marché, quatre entreprises : AB, C, D et E ayant respectivement 40%, 35%, 15% et 10%. Dans une telle situation, la nouvelle entreprise AB se détache nettement des autres. Comme ci-dessus, la fusion peut créer une position dominante simple. En cas de création d'une telle position, l'opération aurait dû être interdite sous l'ancien règlement. A nouveau, ce résultat n'est pas différent de celui que l'on obtient en appliquant le nouveau règlement, au regard des critères fixés dans ce dernier (voy. ci-dessous).

Avant l'opération : A, B, C, D et E ont respectivement 33, 7, 35, 15 et 10%

La concentration unit A et B

Après l'opération : AB a 40% et C, D, E ont respectivement 35, 15 et 10%

Scénario 3

Dans le dernier scénario, nous considérons trois entreprises A, B et C ayant respectivement 20%, 20% et 60% du marché concerné. Supposons que A et B fusionnent. L'opération crée une situation où existent deux entreprises. A la suite de l'opération, AB détient 40% du marché. Cette part n'est pas suffisante pour obtenir une position dominante simple, car la nouvelle entreprise AB est confrontée à une entreprise plus puissante : C, qui détient 60% du marché. Dans un tel cas, l'opération ne crée pas une position dominante simple (16). Elle ne devrait donc pas être interdite, si l'on utilisait les critères figurant dans l'ancien règlement. Or, une telle opération peut avoir des effets néfastes pour le consommateur. Elle produit des effets unilatéraux qui ne sont pas négligeables. Par l'opération, les entreprises faisant l'objet de la concentration devront réduire leur production pour optimiser leur bénéfice. Il s'ensuivra une hausse des prix, que ne compensera sans doute pas l'augmentation de la production éventuellement décidée par C.

Avant l'opération : A, B et C ont respectivement 20, 20 et 60%

La concentration unit A et B

Après l'opération : AB ont 40% et C 60%

Indice de Lerner et extension de l'interdiction

Pour mieux comprendre pourquoi le troisième exemple produit plus d'effets unilatéraux que le deuxième exemple, nous allons utiliser un instrument propre à l'analyse économique. Il s'agit de l'« indice de Lerner ». Cet indice permet de mesurer le pouvoir de marché détenu par les entreprises (17). Comme nous l'avons dit ci-dessus, le pouvoir de marché est caractérisé par la possibilité, dont disposent les entre-

(16) Il est possible que C dispose d'une position dominante simple. Mais cette position ne résulte pas de la concentration opérée entre A et B. Elle préexistait à l'opération.

(17) Lorsque les entreprises se concurrencent par les quantités et lorsque le bien produit est homogène.

prises concernées, d'augmenter le prix au-dessus de leurs coûts marginaux sans perdre leur clientèle. Avec l'indice Lerner, on peut calculer l'écart maximum entre le prix et les coûts marginaux grâce à la relation suivante (18) :

$$(p-c)/p = I.H.H. / (10.000 * \varepsilon)$$

où p est le prix d'équilibre pour toutes les firmes, c est équivalent à la moyenne des coûts marginaux des entreprises, ε est équivalent à l'élasticité-prix de la demande agrégée (19) et $I.H.H.$ est équivalent à l'indice Hirschmann Herfindahl ($I.H.H.$). L'élasticité-prix renvoie aux variations que connaît la demande émanant des consommateurs, à la suite d'une variation de prix (20). L'indice $I.H.H.$, quant à lui, est calculé en additionnant le carré des parts de marché des entreprises présentes sur le marché (21). Il permet d'évaluer la structure existant dans un marché : s'agit-il d'une structure relativement concentrée ou non ? L'indice permet aussi de mesurer le changement intervenant, dans la structure du marché, à la suite d'une opération : ce changement est appelé « delta $I.H.H.$ ».

Le pouvoir de marché, c'est-à-dire l'écart relatif entre le prix d'équilibre et les coûts marginaux $((p-c)/p)$, peut être donné par l'élasticité-prix ε et l'indice $I.H.H.$ (22). Cette théorie permet de mesurer les effets unilatéraux négatifs d'une concentration (c'est-à-dire l'effet immédiat d'une concentration sur le pouvoir de marché). En effet, si nous considérons que l'élasticité-prix est la même dans les trois scénarios ci-dessus, nous pouvons mesurer l'augmentation du pouvoir qui a eu lieu à la suite de la concentration :

— *Premier scénario* : l'indice $I.H.H.$ avant la concentration est égal à $30^2 + 30^2 + 40^2 = 900 + 900 + 1.600 = 3.400$; l'indice $I.H.H.$ après la fusion est égal à $60^2 + 40^2 = 3.600 + 1.600 = 5.200$; et le changement dans l'indice $I.H.H.$ à la suite de la fusion (appelé aussi « delta $I.H.H.$ ») est égal à $5.200 - 3.400 = 1.800$.

— *Deuxième scénario* : l'indice $I.H.H.$ avant la concentration est égal à $33^2 + 7^2 + 35^2 + 15^2 + 10^2 = 1.089 + 49 + 1.225 + 225 + 100 = 2.688$; l'indice $I.H.H.$ après la fusion est égal à $40^2 + 35^2 + 15^2 + 10^2 = 1.600 + 1.225 + 225 +$

$100 = 3.150$; et le delta $I.H.H.$ est égal à $3.150 - 2.688 = 462$.

— *Troisième scénario* : l'indice $I.H.H.$ avant la concentration est égal à $20^2 + 20^2 + 60^2 = 400 + 400 + 3.600 = 4.400$; l'indice $I.H.H.$ après la fusion est égal à $40^2 + 60^2 = 1.600 + 3.600 = 5.200$; et le delta $I.H.H.$ est égal à $5.200 - 4.400 = 800$.

Selon l'indice $I.H.H.$, la concentration intervenue dans le troisième scénario est plus négative que celle intervenue dans le second dans la mesure où l'indice $I.H.H.$ et, par conséquent, le pouvoir de marché, y augmentent davantage. A ce titre, elle pourrait être interdite. Pourtant, elle échappait à l'interdiction si on utilisait les critères se trouvant dans l'ancien règlement. On aboutit ainsi à un résultat doublement surprenant. Tout d'abord, sous l'ancien règlement, la Commission était amenée à autoriser des opérations qui, pourtant, étaient dangereuses. Ensuite, dans certaines circonstances, l'autorisation était accordée alors que l'opération était plus dangereuse que d'autres, qui étaient interdites ! Ce paradoxe montre que les outils mis en place par l'ancien règlement n'étaient pas entièrement satisfaisants. Le concept de « position dominante simple » (ancien règlement) ne permettait pas de prendre en compte toutes les situations où une concentration produisait des effets négatifs pour le consommateur. Le concept d'« effets unilatéraux », tel qu'illustré au moyen des outils mathématiques mentionnés ci-dessus, remédie à cet inconvénient.

4

La « position dominante collective »

La notion

La notion de « position dominante collective » pose moins de problèmes théoriques. Elle repose aussi sur l'évaluation des « effets coordonnés » produits par une concentration. Aux termes de la jurisprudence, la Commission pouvait déjà interdire une concentration, sous l'empire de l'ancien règlement, au motif que l'opération conduirait à l'acquisition, ou au renforcement, d'une « position dominante collective ». Cette solution ne figurait pas, toutefois, explicitement dans l'ancien règlement. Elle a été introduite dans la jurisprudence, au terme de plusieurs affaires où les positions adoptées par la Commission ont été jugées sévèrement par le Tribunal de première instance des Communautés européennes (« T.P.I. »).

Facteurs

La notion de « position dominante collective » permet à la Commission d'interdire des opérations, lorsque ces dernières créent une situation où les entreprises fusionnées et les entreprises concurrentes dominent collectivement le marché. Ce qui est important ici, ce sont les facteurs qui facilitent une forme de coordination entre les parties. Parmi ces facteurs figurent notamment :

— le caractère réduit du nombre d'entreprises : il est plus facile de s'entendre lorsqu'on est moins nombreux;

— la symétrie dans les parts de marché et dans la structure de coûts : il est plus facile de s'entendre entre partenaires de même taille;

— la transparence du marché : il est plus facile de vérifier que la forme de coordination est respectée par les parties, si le marché est transparent;

— l'homogénéité du produit : il est plus facile de conclure et de vérifier le respect d'une coordination si son objet est facile à définir;

— la crédibilité des mécanismes de représailles : il est probable que les parties à la coordination respecteront cette dernière si celles qui sont tentées par une aventure solitaire savent qu'elles seront sanctionnées par les autres parties;

— l'existence, dans un passé proche, d'une autre coordination, ayant eu lieu sur le même marché : ceci est un bon indicateur du risque qu'apparaisse une « position dominante collective » sur le marché considéré (23).

Nombre et symétrie des parties

De manière concrète, une concentration modifie principalement, le nombre d'entreprises : ce nombre décroît en principe (24). La concentration a aussi un effet, parfois, sur la symétrie entre les entreprises : lorsque des firmes moins importantes réalisent une opération de concentration, leur taille devient similaire aux leaders du marché. L'importance de la symétrie montre que l'indice $I.H.H.$ est peu utile pour analyser les situations où sont créées, ou renforcées, des « positions dominantes collectives ». Cet indice est, en effet, le plus élevé, lorsque les parts ne sont pas symétriques.

Exemples

Les deux exemples suivants illustrent notre propos. Ils sont fondés sur la même hypothèse : un marché où coexistent cinq entreprises A, B, C, D et E ayant respectivement 20%, 5%, 25%, 25% et 25% des parts de marché.

Cas 1

Supposons que A et B fusionnent. Cela donne quatre entreprises AB, C, D et E avec respectivement 25%, 25%, 25% et 25%. Cette situation peut sans doute être analysée comme donnant naissance à une « position dominante collective ». Cela résulte de la liste de facteurs reprise ci-dessus. L'indice $I.H.H.$ est de $25^2 + 25^2 + 25^2 + 25^2 = 2.500$. Le delta $I.H.H.$ est égal à $2.500 - 2.300 = 200$.

Cas 2

Supposons à présent que D et E fusionnent. Cela donne quatre entreprises A, B, C et DE avec respectivement 5%, 20%, 25% et 50%. Ici, on ne peut sans doute conclure à l'émergence d'une « position dominante collective ». On remarque en effet que les entreprises ne sont pas symétriques. Or, cette caractéristique

(23) Cette liste ne reprend pas exhaustivement tous les facteurs qui sont utilisés dans l'analyse économique et dans la pratique de la Commission. Elle peut toutefois donner une idée quant à la différence dans l'approche de la position dominante simple et collective.

(24) Sauf dans l'hypothèse où la concentration conduit à la création d'une entreprise commune à caractère concentratif.

(18) J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988, p. 219.

(19) L'élasticité-prix donnera la diminution en pour cent (%) que connaîtra la demande du bien si son prix augmente d'un pour cent (%). Plus la demande sera inélastique (c'est-à-dire ε proche ou inférieur à 1, plus le pouvoir de marché sera élevé.

(20) Une élasticité forte signifie que les consommateurs réagissent fort à une variation : si les prix baissent, la demande augmente considérablement. A l'inverse, une élasticité faible signifie que la demande ne change pas lorsque le prix varie : les consommateurs ne modifient pas leurs habitudes, qu'ils soient confrontés à une baisse, une stagnation ou une hausse des prix.

(21) Voy. le § 16 des « Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales (...) », *op. cit.*

(22) L'utilisation de l'indice de Lerner donne une connotation négative à l'indice $I.H.H.$ dans la mesure où le pouvoir de marché est croissant dans cet indice. Pour une connotation positive, c'est-à-dire une situation où le bien-être total est croissant dans l'indice $I.H.H.$, voy. S. W. Salant et G. Shaffer, « Unequal treatment of identical agents in Cournot equilibrium », *American Economic Review*, 1999, 89(3), pp. 585-604.

ne facilite pas l'acquisition d'une position collective. L'indice I.H.H. s'élève à $50^2 + 20^2 + 5^2 + 25 = 3.550$. Le delta I.H.H. est égal à $3.550 - (20^2 + 5^2 + 25^2 + 25^2 + 25^2) = 3.550 - 2.300 = 1.250$.

Comparaison

L'indice I.H.H., et le delta I.H.H., indiquent l'émergence d'un pouvoir de marché. Ces indices sont les moins élevés dans le cas 1. Pourtant, c'est dans ce cas qu'apparaît une position dominante collective. Cela indique bien que les deux indices ne fournissent pas réellement d'indications utiles pour l'évaluation de l'acquisition, ou du renforcement, d'une position dominante collective. Pour une telle évaluation, il faut se référer à la liste des facteurs reprise ci-dessus.

5

Les autres instruments économiques

Autres facteurs

Nous avons vu que les économistes recourent, pour évaluer une concentration, à l'analyse du « pouvoir de marché », des parts de marchés (indice I.H.H.) et de l'élasticité-prix. À côté de ces outils, d'autres facteurs sont pris en considération. Il s'agit principalement de la différenciation du produit, des barrières à l'entrée et du contre-pouvoir des acheteurs. Ces facteurs sont brièvement analysés dans les lignes qui suivent.

Homogénéité du produit

Tout d'abord, les instruments examinés ci-dessus ne permettent pas une analyse aisée si le produit concerné n'est pas entièrement homogène. Lorsque le produit fait l'objet de différenciation, il est difficile de mesurer les effets d'une concentration sur le marché dans son ensemble. Par ailleurs, une différenciation fait obstacle à une collaboration (« effets coordonnés ») ou à l'émergence d'une « position dominante collective ».

Barrières à l'entrée

Ensuite, des barrières à l'entrée peuvent rendre difficile l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché pertinent. Nous avons vu qu'une concentration peut fournir aux entreprises concernées l'occasion d'augmenter leurs profits. Ces nouvelles sources de bénéfices susciteront, en principe, l'arrivée de nouveaux entrants. La concurrence sera ainsi renouvelée. On peut espérer que cela fera obstacle à l'augmentation du pouvoir acquis, sur le marché, par les entreprises à la suite de la concentration.

Pouvoir des acheteurs

Enfin, les acheteurs peuvent avoir, dans diverses circonstances, un certain « pouvoir de marché ». Un tel pouvoir peut servir de contre-poids à l'influence acquise par un ou plusieurs

vendeurs. Ainsi, le pouvoir détenu par des acheteurs peut empêcher le(s) vendeur(s) d'augmenter les prix à la suite d'une concentration. Ces circonstances sont celles où les acheteurs sont puissants (25) et/ou organisés. Une telle puissance et/ou organisation leur permet de déterminer les prix auxquels sont achetés les biens.

6

Qu'apporte le nouveau règlement?

Changements majeurs

La réforme consacrée par l'adoption du nouveau règlement aura des conséquences significatives. Ce règlement introduit deux changements majeurs dans la méthodologie à utiliser par la Commission pour le contrôle des concentrations. Ces changements sont décrits dans les paragraphes suivants.

Le critère

Le nouveau règlement introduit un nouveau critère, qui permettra à la Commission de décider si une concentration doit être autorisée ou interdite. Il s'agit du critère d'« entrave significative à une concurrence effective ». On remarquera que ce critère est plus large que celui de « position dominante », qui était utilisé dans l'ancien règlement. Ce choix réalisé en faveur d'un concept plus large va permettre à la Commission de rejeter des concentrations produisant des « effets unilatéraux » présentés ci-dessus (26). Le concept de « position dominante » n'est pas abandonné pour autant. Il reste mentionné dans le nouveau règlement. L'acquisition d'une « position dominante » apparaît ainsi comme un cas particulier appliquant le concept d'« entrave significative à une concurrence effective ». Cela apparaît de l'article 2, § 3, du nouveau règlement, aux termes duquel « Les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun ».

Gains d'efficacité

Par ailleurs, les « gains d'efficacité » seront pris en compte de manière explicite dans l'analyse des concentrations. Ainsi, il sera tenu compte des effets positifs que peut produire une concentration. Dans certaines circonstances

(25) M.580, *ABB c. Daimler Benz*, 18 octobre 1995, J.O., L 011 du 14 janvier 1997, p. 1-29. Dans ce cas, l'acheteur des produits (matériel ferroviaire) de *ABB c. Daimler Benz* était la société allemande des chemins de fer, la Deutsche Bahn.

(26) Pour rappel, le scénario est celui où les entreprises A, B et C ont respectivement 20%, 20% et 60% des parts de marché. A et B fusionnent. Deux entreprises AB et C ont alors respectivement 40% et 60%. Sur la base du concept d'entrave significative à une concurrence effective, cette fusion peut être interdite alors qu'elle ne pouvait pas l'être sur la base de la position dominante simple.

ces, la Commission pourra considérer que ces effets compensent les effets négatifs dus à une éventuelle augmentation du pouvoir de marché (27).

Lignes directrices

Ces deux changements sont aussi codifiés dans un nouveau document publié par la Commission européenne, les « Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises » (28). Ces « Lignes directrices » expliquent les facteurs utilisés pour évaluer les concentrations. Il examine, notamment, la distinction entre les « effets unilatéraux » (dénommés « effets non coordonnés » dans les lignes directrices) et les « effets coordonnés ». Il explique par ailleurs la méthodologie à suivre pour évaluer les « gains d'efficacité ». Il fournit également des précisions précieuses à propos des notions de « barrières à l'entrée » et de « contre-pouvoir des acheteurs ».

7

Résolution d'autres difficultés apparues dans la jurisprudence

Deux difficultés

Pour compléter l'analyse, il faut ajouter que le règlement apporte une solution à deux autres difficultés qui étaient apparues dans la jurisprudence au cours des dernières années : ces difficultés sont examinées brièvement dans les paragraphes suivants.

a) Position dominante collective

La première difficulté était liée à la « position dominante collective ». Selon la jurisprudence, la création ou le renforcement d'une position dominante collective fournissait, à la Commission, une raison permettant d'interdire une opération de concentration, sous l'empire de l'ancien règlement. Sur le plan juridique, cette théorie est née de la difficulté que rencontre la Commission à appliquer les règles de la concurrence lorsque plusieurs entreprises présentes sur un même marché adoptent une stratégie unique. Comme on le sait, les situations où la concurrence est affectée par le fait d'une entreprise sont soumises à l'article 82 CE. Celles, en revanche, où sont présentes plusieurs entreprises sont appréhendées, en principe, au moyen de l'article 81 CE. L'application de cette disposition requiert toutefois que l'autorité — ou le concurrent si le problème est mis en avant devant une juridiction nationale — prouve l'existence d'une entente. Cette dernière peut être aisément établie si un accord est avoué par les parties, ou encore si on trouve un document montrant qu'une entente a été conclue. Les entreprises deviennent toutefois prudentes : rares sont celles qui, ayant conclu une entente illicite, n'en détruisent pas toute trace. Des aveux

(27) Voy. le considérant 29 du nouveau règlement.

(28) « Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales (...) », *op. cit.*

peuvent survenir (29), mais ils ne sont pas toujours aisément obtenus.

Pratiques concertées

Pour remédier à la difficulté, une première théorie a été élaborée. C'est celle dite « des pratiques concertées ». En application de cette théorie, l'autorité peut présumer l'existence d'une concertation dans le chef d'entreprises lorsque ces entreprises adoptent des comportements parallèles et que le parallélisme ne peut être expliqué autrement qu'en postulant l'existence d'une telle concertation. La théorie a été appliquée, mais la jurisprudence n'a pas tardé à en montrer les limites : il est souvent possible aux entreprises de montrer que leurs comportements peuvent être dus à d'autres causes.

Passage à l'article 82

Une seconde théorie a alors été proposée. Elle consiste à considérer que l'article 82 CE (et non plus l'article 81 CE comme cela était le cas pour les pratiques concertées) s'applique à plusieurs entreprises (et non pas à une seule comme on le faisait autrefois), lorsque ces dernières adoptent une ligne commune d'action. En clair, il s'agit d'interdire, et de sanctionner, des comportements identiques, parallèles ou concertés, sans qu'il faille établir la concertation. Pour appliquer cette interdiction, on cesse, donc, de considérer qu'il y a une faute dans le chef des entreprises concernées. On se place plutôt dans la perspective des clients. Les clients sont confrontés à une stratégie commune de la part des entreprises concernées. Cette identité, ou le caractère commun de cette stratégie, leur fait perdre toute possibilité de choisir entre les fournisseurs. Une telle situation n'est pas compatible avec le droit de la concurrence qui, précisément, cherche à consacrer l'existence d'un choix dans le chef des partenaires, en particulier des consommateurs.

L'affaire Airtours

L'affaire *Airtours* concernait le réseau des voyages à forfait au Royaume-Uni. Participent à ce marché trois grandes entreprises : *Airtours*, *Thomson* et *Thomas Cook* qui, ensemble, occupent environ 68% du marché. Une quatrième entreprise y est également présente, à concurrence de 11%. *Airtours*, le leader du marché, souhaitait acquérir *First Choice*, le benjamin. L'opération fut toutefois refusée par la Commission, au motif qu'elle conduirait à une concentration excessive sur le marché concerné. La décision prise par la Commission fut alors attaquée devant le T.P.I., qui rendit un arrêt d'annulation. L'arrêt est intéressant, principalement, pour les critères qu'il énonce. Ces critères doivent être remplis, pour que puisse être appliquée la théorie. Ils sont brièvement décrits ci-dessous : ils ont déjà été mentionnés dans la partie plus « économique » du présent article (30).

— Chaque membre de l'oligopole doit pouvoir connaître le comportement des autres membres. Il doit être en mesure de vérifier si les autres membres adoptent et/ou maintien-

nent la même ligne d'action. En d'autres termes, la transparence sur le marché devrait être suffisante pour permettre à chaque membre de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement de chacun des autres membres.

— La situation de coordination tacite doit pouvoir se maintenir dans la durée. Il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune. Il faut que chaque membre de l'oligopole sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative.

— La réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne devrait pas remettre en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune, et les membres de l'oligopole devraient en être convaincus.

Faciliter le travail de la Commission

Le nouveau règlement et les lignes directrices résolvent une partie des difficultés qui étaient liées à ces critères. En étendant les circonstances dans lesquelles des concentrations peuvent être interdites, le nouveau règlement facilite la tâche de la Commission : il « suffira » désormais d'une entrave significative à la concurrence effective pour que l'interdiction puisse être prononcée.

b) Acquisition différée d'une possible dominante

La seconde difficulté était apparue dans l'affaire *Tetra Laval* (31). Cette affaire posait une question de principe. Sous l'empire de l'ancien règlement, le droit communautaire interdisait les concentrations lorsque ces dernières créaient une position dominante avec un risque significatif pour une altération de la concurrence. Le problème soulevé dans l'affaire vise à déterminer dans quelle mesure la Commission peut interdire une concentration dans des situations où elle a le sentiment que, sans créer par elle-même une position dominante, une telle opération met en place une structure et/ou des circonstances pouvant conduire, selon toute vraisemblance, à la création d'une telle position, et à l'adoption de comportements abusifs, dans un délai relativement rapproché.

Situation visée

La situation envisagée dans cette hypothèse peut être décrite de la manière suivante. a) Deux ou plusieurs parties veulent s'engager dans une concentration. b) Cette concentration ne crée pas en elle-même une position dominante. c) Elle renforce toutefois la position des parties. d) La crainte de la Commission est que ce renforcement conduira, dans un terme plus ou moins rapproché, à la création d'une position dominante. e) La Commission veut éviter un tel développement. f) A cet effet, elle interdit, en quelque sorte, à titre préventif, la concentration, au motif que cette dernière pourrait, à l'avenir, créer une position dominante, et entraîner l'adoption de comportements abusifs.

La Commission et le T.P.I.

La position défendue par la Commission dans cette affaire était fondée sur l'esprit sous-tendant l'ancien règlement sur les concentrations. Selon la Commission, le règlement instituait un contrôle pour éviter la survenance de situations où des entreprises pourraient adopter des comportements anticoncurrentiels. De tels comportements étant quasi automatiques lorsqu'est acquise une position dominante, il s'agissait d'empêcher la création de telles positions dans le cadre spécifique des concentrations. La conséquence de cette approche était, d'après elle, que l'on pouvait, sur la base du règlement, interdire les concentrations, dès que ces dernières rendaient vraisemblables l'adoption de comportements abusifs.

Dans sa décision, la Commission proposait en définitive d'étendre le contrôle sur les concentrations à des situations non prévues dans l'ancien règlement (32). Contre toute attente, cette proposition fut acceptée, en partie du moins, par le T.P.I. Dans son arrêt, la juridiction accepta d'élargir les circonstances dans lesquelles les concentrations peuvent être interdites. Selon lui, une concentration pouvait être interdite, sur la base de l'ancien règlement, dans des situations où aucune position dominante n'est créée, si diverses conditions étaient réunies (33).

Solution apportée par le nouveau règlement

La position adoptée par la juridiction ne résolvait pas, toutefois, toutes les difficultés. Au contraire, elle rendait plus complexe l'application de l'ancien règlement, car il fallait examiner avec soin les situations où une position dominante pourrait être acquise à la suite d'une concentration sans être directement créée ou renforcée par elle. En élargissant le critère permettant d'interdire les concentrations, le nouveau règlement résout cette difficulté : une opération créant un risque futur pour l'acquisition ou le renforcement d'une telle position pourra être interdite, dès lors qu'elle entrave de manière significative la concurrence effective.

Pierre GOFFINET

Avocat au barreau de Bruxelles

Paul NIHOUL

Directeur du Centre de droit de la consommation, U.C.L.

(32) Le règlement prévoit qu'en principe les concentrations ne peuvent être interdites que si une position dominante est créée ou renforcée, et s'il en résulte un risque pour la concurrence. Au travers de sa position, la Commission ne proposait rien moins que d'étendre l'application du règlement à des circonstances qui ne sont pas prévues dans cet instrument et d'interdire ainsi des opérations lorsque ces dernières constituent des concentrations et créent un risque suffisant de comportement anticoncurrentiel indépendamment de la création effective et immédiate d'une position dominante.

(33) La raison donnée par la juridiction pour justifier cette position est brève et peu convaincante. Pour le tribunal, une telle extension est nécessaire car, à défaut, la Commission serait démunie d'instruments pour contrôler les concentrations par conglomérats. Pour paraphraser l'argument : il faut étendre le règlement car, à défaut, ce dernier ne pourrait être appliqué à des hypothèses se trouvant en dehors de son champ d'application.

(29) La Commission a notamment adopté des mesures pour inciter à l'aveu en annonçant une réduction de sanction pour les entreprises en faisant usage.

(30) Ces critères ont déjà été mentionnés plus haut, dans le présent article.

(31) Arrêt du T.P.I., 25 octobre 2002, *Tetra Laval c. Commission*, non encore publié au *Recueil*. Voy. les commentaires consacrés à cette affaire par B. van de Walle, *J.T.D.E.*, 2004, p. 98.