

Association Française d'Etude de la Concurrence

111, boulevard Péreire
75017 PARIS

Tel : 01 42 67 31 61

Fax : 01 47 54 91 90

12 mai 2007

Objet : Contribution de l'AFEC au Projet de Lignes Directrices Non-Horizontales

INTRODUCTION

Le Projet de lignes directrices sur les concentrations verticales et congglomérales (« Le Projet ») constitue une initiative qui présente un enjeu important pour les entreprises.

Le Projet relève opportunément que si les concentrations verticales ne présentent pas en principe de caractéristiques anticoncurrentielles, elles entraînent généralement des améliorations substantielles de l'efficacité économique.

Par ailleurs, le Projet indique que ces concentrations sont beaucoup moins de nature à entraîner des préoccupations de concurrence que les opérations horizontales.

En effet, les opérations verticales ne suppriment pas l'existence d'un concurrent sur le marché. Alors que c'est l'élimination de cette contrainte concurrentielle qui justifie les préoccupations concernant les opérations horizontales, les concentrations verticales, elles, ne comportent précisément pas cette source d'effets anticoncurrentiels.

Au contraire, comme le mentionne le Projet, ces concentrations génèrent le plus souvent des gains substantiels d'efficacité économique. En effet, l'intégration d'activités ou de produits complémentaires conduit naturellement à des efficacités substantielles et renforce la concurrence.

En reconnaissant ainsi les aspects pro-concurrentiels des opérations verticales, le Projet rejoint le très large consensus qui existe sur ce point chez les économistes.

Cependant, le Projet ne paraît pas tirer toutes les conséquences du caractère généralement positif des concentrations verticales.

En premier lieu, si ces opérations sont bénéfiques en principe du point de vue économique, le contrôle des concentrations devrait prévoir des règles qui traduisent cette nature positive. Or le Projet ne pose pas de présomption qui reflèterait au plan juridique l'analyse économique qu'il rappelle pourtant.

En second lieu, après avoir rappelé, brièvement d'ailleurs, les effets généralement positifs des opérations verticales, le Projet se livre ensuite à de longues descriptions de nombreuses possibilités de situations anticoncurrentielles. Cette profusion d'hypothèses suscite une réserve dans la mesure où les situations évoquées apparaissent très abstraites.

Mais surtout, l'abondance des cas d'opérations verticales anticoncurrentielles mentionnés par le Projet conduit à s'interroger sur l'articulation de cette approche avec la reconnaissance du caractère pro-concurrentiel de principe des opérations en cause.

Les commentaires de l'AFEC concernant le Projet porteront successivement sur la méthode générale d'analyse concurrentielle des concentrations non horizontales qui est proposée dans le Projet (I), avant de traiter des critères spécifiques d'évaluation de ces concentrations qu'énonce le Projet (II).

I – LA METHODE D'ANALYSE CONCURRENTIELLE DES CONCENTRATIONS NON HORIZONTALES EXPOSEE DANS LE PROJET

Le Projet pose comme principe que « *les concentrations non horizontales sont généralement moins susceptibles de créer des problèmes de concurrence que les concentrations horizontales* » (§ 11) mais ne consacre que deux paragraphes *seulement* à exposer les effets bénéfiques des concentrations non horizontales (§§ 13-14). Immédiatement ensuite, une demi-douzaine de paragraphes d'introduction expliquent pourquoi ces concentrations peuvent en revanche entraver la concurrence, réduisant d'autant la portée du principe énoncé.

Or, il convient de souligner que, dans le domaine des concentrations non-horizontales, il est particulièrement difficile, sinon impossible, d'établir des règles prédéterminées et rigides permettant de différencier les (rares) fusions potentiellement anticoncurrentielles des (nombreuses) transactions qui n'ont pas d'effet dommageable sur la concurrence, voire ont des effets positifs. Toute analyse concurrentielle reposant sur de telles règles risquerait de conduire la Commission à interdire à tort de nombreuses fusions, ou à imposer sans nécessité des engagements.

Les graves inconvénients d'une approche formelle, basée sur la sanction de certains types de comportement indépendamment de leur contexte, ont été identifiées tant dans le cadre du contrôle des concentrations que pour l'application de l'article 82 CE. Il est donc encourageant que le Projet exprime l'intention de la Commission de délaisser une approche formelle pour procéder à l'évaluation des *effets* du comportement en cause. Cette évolution est certainement positive, à condition toutefois que l'analyse des effets soit organisée dans un cadre cohérent **(A)**, qui respecte les principes énoncés par la jurisprudence en matière de preuve **(B)** et qui tienne suffisamment compte de la question des gains d'efficience **(C)**.

A- LES PRINCIPES GENERAUX D'ANALYSE CONCURRENTIELLE

Selon le Projet, les concentrations non-horizontales sont susceptibles de réduire l'intensité de la concurrence par deux moyens : l'exclusion de concurrents et les effets coordonnés. Néanmoins, le Projet se consacre surtout à l'analyse des effets d'exclusion¹.

Le Projet envisage un cadre d'analyse en trois étapes, selon lequel la Commission doit prouver (i) que l'entité fusionnée aura la possibilité d'exclure des concurrents, (ii) qu'elle aura un intérêt à le faire, et (iii) que l'exclusion aura probablement comme effet de restreindre la concurrence.

Ce cadre, qui peut paraître convaincant dans son principe, appelle toutefois trois réserves fondamentales :

- le Projet omet ou survole les questions fondamentales de la charge et du standard de la preuve et des gains d'efficience, qui seront examinées plus loin (voir, *infra*, B et C),
- les interrogations soulevées par la notion d'exclusion à laquelle se réfère le Projet **(a)** et enfin
- la nécessité de bien distinguer dommage aux concurrents et dommage à la concurrence **(b)**.

(a) Les théories économiques d'éviction sous-jacentes au Projet

Il existe deux types de théories économiques d'exclusion². Il y a d'abord les théories basées sur l'éviction d'un ou plusieurs concurrents. Selon ces théories, l'entreprise fusionnée pourrait mettre en œuvre des actions visant à réduire la rentabilité d'un concurrent qui, sur le long terme, serait contraint de sortir du marché, ce qui permettrait à l'entité fusionnée d'augmenter ses prix (à condition qu'il ne reste pas d'autres contraintes concurrentielles significatives). Selon les autres théories, une fusion verticale ou conglomérale pourrait nuire aux consommateurs en poussant les autres fournisseurs à exercer une concurrence moins efficace, tout en restant présents sur le marché (théories dites de « *weakening of competition* » ou affaiblissement de la concurrence). Selon ces secondes théories, l'effet anticoncurrentiel naît donc d'un renforcement du comportement oligopolistique des fournisseurs³.

Dans la pratique, les théories fondées sur l'éviction de concurrents ont été utilisées fréquemment par les autorités de concurrence. En revanche, jusqu'à présent, les modèles fondés sur l'affaiblissement de la concurrence ne trouvaient généralement pas d'application au-delà de la théorie économique pure.

¹ L'analyse des effets coordonnés des fusions verticales ou conglomérales proposée dans le Projet n'est pas très différente de celle normalement effectuée dans le cadre des concentrations horizontales .

² Voir à cet égard le rapport préparé pour la DG Concurrence par le professeur J. Church, *The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition*.

³ Par exemple, on peut imaginer une situation où une entreprise qui vient de fusionner avec une entreprise active sur un marché aval décide d'interrompre la vente de ses produits aux entreprises concurrentes pour approvisionner exclusivement sa propre filiale. Le fait que l'entité fusionnée sorte du marché amont pourrait donc augmenter le pouvoir de marché des fournisseurs restants, entraînant une augmentation des prix sur ce marché amont.

Le Projet est novateur, dans la mesure où il envisage une évaluation des fusions non-horizontales basée non-seulement sur les théories d'éviction, mais aussi sur les théories économiques d'affaiblissement de la concurrence. Même si le Projet n'aborde pas ce sujet de manière explicite, l'intention de développer ce type d'analyse est évidente dans plusieurs parties du texte et certains passages du Projet laissent même à penser que ces préoccupations sont au centre de l'analyse de la Commission (voir, par exemple, § 28).

Cependant, l'approche envisagée par la Commission soulève deux problèmes.

En premier lieu, le projet ne distingue pas explicitement les deux types de théories d'exclusion (ni les différentes formes que ces théories peuvent prendre). Au contraire, elle présente une longue liste de critères, visant à guider l'évaluation des fusions, qui semblent faire référence à des théories économiques très différentes et pas forcément compatibles entre elles. En effet, les théories d'exclusion basées sur l'éviction d'un concurrent et celles basées sur un affaiblissement de la concurrence sont très différentes, tant du point de vue économique que du point de vue pratique. Par exemple, les éventuels effets anticoncurrentiels d'une stratégie d'éviction se manifestent seulement dans le long terme, lorsque les concurrents sortent du marché, alors que les effets d'un affaiblissement de la concurrence peuvent (théoriquement) être presque immédiats.

Si, donc, chacun des critères proposés par le projet, pris séparément des autres, pourrait être utile à l'évaluation d'une fusion, le mélange de critères faisant référence à des théories fort différentes risque sérieusement de compromettre la cohérence économique de l'analyse développée par la Commission.

En second lieu, même si les différentes théories de dommage à la concurrence étaient présentées de façon claire, on peut se demander si l'introduction des théories d'affaiblissement de la concurrence dans l'analyse des concentrations non-horizontales est une innovation souhaitable. En effet, si toute théorie d'exclusion est extrêmement difficile à prouver dans la pratique, ceci est particulièrement vrai pour les théories d'affaiblissement de la concurrence.

Les théories d'éviction présentent certes la difficulté (entre autres) de considérer l'évolution du marché à long terme, ce qui peut être difficile à prévoir. Mais elles reposent néanmoins sur un changement structurel du marché, à savoir l'éviction d'un ou plusieurs concurrents : ceci est un événement dont la probabilité et les conséquences peuvent, en principe, être appréhendées sur la base de preuves empiriques. Au contraire, les théories d'affaiblissement de la concurrence reposent seulement sur la prédiction que la fusion changera les incitations des fournisseurs de manière complexe, et que ceci mènera à une hausse des prix. Or, l'évaluation des incitations d'une seule entreprise est un exercice difficile dans le meilleur des cas. Il devient pratiquement impossible lorsqu'il faut considérer l'interaction entre les intérêts de plusieurs entreprises actives soit sur le marché amont, soit sur celui aval, soit sur les deux. Il est donc légitime de se demander s'il est approprié d'introduire dans les futures lignes directrices des théories de dommage à la concurrence que la Commission, en toute probabilité, ne pourra pas prouver au standard nécessaire.

(b) La distinction entre dommage à la concurrence et dommage aux concurrents

Le Projet définit le terme « exclusion » de manière très large puisqu'il vise en effet toute situation où la concentration rend plus difficile pour les concurrents l'accès au marché ou aux produits nécessaires à la production, au point de réduire leur capacité ou leur incitation à exercer une pression concurrentielle sur l'entreprise fusionnée.

Dans les cas d'exclusion visés par le Projet, l'éventuel dommage à la concurrence est donc le résultat d'un affaiblissement des concurrents. A cet égard, le paragraphe 28 précise que le terme « exclusion » ne s'applique pas seulement aux cas où des concurrents sont obligés à sortir du marché, mais également aux situations où les concurrents sont « désavantagés » et donc amenés à « exercer une concurrence moins efficace » et aux situations qui « découragent l'expansion » des concurrents.

Cette confusion est en contradiction avec l'objectif de la Commission présenté clairement comme celui de protéger la concurrence (plus précisément les consommateurs) et non pas celui de protéger les concurrents (§16) et nous semble tout à fait inappropriée.

Un concurrent peut en effet également être affaibli, ou « exclu », lorsqu'une entreprise lui fait concurrence par les mérites. Par exemple, l'introduction d'un nouveau produit ou une réduction de prix peut avoir comme effet de réduire les parts de marché des concurrents, voire de les conduire à sortir du marché. Néanmoins, ces actions sont généralement considérées pro-concurrentielles, car elles apportent des avantages directs aux consommateurs.

Il est donc indispensable, dans l'évaluation des risques d'exclusion, d'adopter une approche permettant de distinguer, d'une part, les comportements qui réduisent l'intensité de la concurrence et, d'autre part, ceux qui se bornent à être défavorables seulement pour les concurrents et, par conséquent, relèvent de la concurrence par les mérites. Cette question est fondamentale dans le contexte des fusions non-horizontales, car les transactions de ce type engendrent généralement des gains d'efficacité substantiels, comme le relève le Projet (§11-14).

Au minimum, la notion d'« affaiblissement des concurrents » doit être précisée. On ne doit en effet tenir compte de l'affaiblissement ou de « la marginalisation » d'un concurrent seulement s'il est affaibli de manière durable voire permanente au point que la contrainte concurrentielle qu'il exerce sur l'entité fusionnée est réduite. Par exemple, une concentration verticale peut donner à l'entité fusionnée l'incitation à réduire ses prix en aval tout en augmentant les prix des produits intermédiaires qu'elle vend à ses concurrents, ce qui peut réduire les parts de marché des concurrents sur le marché aval. Cependant, les consommateurs ne sont pas nécessairement lésés par ce comportement car, même si certains prix peuvent augmenter, d'autres baissent. En outre, les concurrents ne sont pas nécessairement affaiblis de manière permanente. Plus précisément, il est inexact d'évoquer une « exclusion » si les concurrents sont capables de recouvrer leurs parts de marché suite à une décision de l'entité fusionnée d'augmenter les prix aux consommateurs, rendant ainsi l'augmentation de prix non rentable pour l'entreprise verticalement intégrée.

La Commission précise, en outre, qu'on peut parler d'« exclusion anticoncurrentielle » lorsque l'exclusion de certaines entreprises permet aux autres concurrents, et en particulier à l'entité fusionnée, d'augmenter leur prix de manière rentable (§18)⁴.

On peut se demander si la distinction entre exclusion et exclusion anticoncurrentielle est pertinente. En effet, si la concentration ne réduit pas la concurrence, pourquoi devrait-on néanmoins la qualifier comme « donnant lieu à exclusion » ? En d'autres termes, en quoi le comportement qui donne lieu à exclusion *non*-anticoncurrentielle est-il différent de la simple concurrence par les mérites ?

⁴ Voir également le document de discussion de la Commission sur l'application de l'article 82 CE.

Cette distinction sémantique ne présente donc pas d'utilité a priori. En revanche, elle présente des risques concrets. En effet, elle pourrait être interprétée en pratique comme créant une présomption défavorable à l'entité fusionnée. Tout comportement qualifié d'« exclusion » risque par lui-même d'être suspect. Il serait dans ce cas plus facile pour la Commission de conclure qu'une fusion restreint la concurrence, et il incomberait aux parties de prouver que ce n'est pas le cas. Ce risque est significatif car, comme nous l'avons vu plus haut, la définition de l'« exclusion » donnée par le Projet est vague et s'applique aussi bien aux comportements anticoncurrentiels qu'aux comportements pro-concurrentiels.

Proposition n°1 :

Le Projet gagnerait à clarifier le cadre d'analyse concurrentielle des fusions non-horizontales en précisant d'une part quelles sont les théories économiques qui doivent être appliquées et d'autre part que seul le dommage à la concurrence présente un caractère anticoncurrentiel.

B – LA PREUVE DES EFFETS ANTICONCURRENTIELS

L'AFEC souhaiterait formuler ici des commentaires tant sur la charge de la preuve **(a)** que sur le standard de preuve **(b)**.

(a) La charge de la preuve

Comme indiqué plus haut, le Projet ne comporte pas de traduction juridique du caractère généralement pro-concurrentiel des concentrations verticales. Si l'on reconnaît, ce que fait le Projet, que ces opérations sont généralement pro-concurrentielles et favorables à l'efficacité économique, leur examen ne peut pas s'inscrire dans le même cadre que les opérations horizontales.

Il n'existe donc a priori pas de raison pour que ces opérations soient privées d'une présomption de légalité qui reflèterait au plan juridique la présomption économique positive que le Projet lui-même leur attribue.

La nécessité d'instaurer une présomption de légalité en faveur de ces opérations devrait en outre s'accompagner de clarifications indispensables quant à la démarche que devrait suivre ici la Commission.

Les opérations verticales créent des gains d'efficacité qui sont intrinsèques à l'opération elle-même. Le plus souvent, même, gains d'efficacité et risques de forclusion vont avoir la même origine. Ainsi, dans le cas de ventes liées, les risques de restriction de concurrence (exclusion des concurrents ne pouvant dupliquer la vente groupée) ont exactement la même origine que les gains qui bénéficient directement au consommateur (tarifs plus bas).

Il en résulte nécessairement que la Commission devrait procéder à une démarche « unitaire » qui prenne en compte dans le même temps ces gains (et notamment l'élimination du double mark-up) et les éventuels effets anticoncurrentiels.

La démarche en deux étapes, démonstration des effets anticoncurrentiels par la Commission puis défense basée sur l'efficacité par les parties, répond au cadre particulier des opérations

horizontales, où les éventuels effets unilatéraux peuvent être contrebalancés par une réduction du coût marginal. En revanche, cette approche est totalement inadéquate pour les opérations verticales en raison de la différente nature des gains d'efficacité produits, ainsi que du fait que les gains d'efficacité sont intrinsèques à ces opérations.

Il apparaît donc particulièrement souhaitable que les lignes directrices apportent ici des précisions dépourvues d'ambiguïté sur la démarche « unitaire » que conduira la Commission en la matière. On notera d'ailleurs que cette approche est préconisée tant par les économistes des autorités de concurrence américaines⁵ que par l'EAGCP⁶, qui affirme notamment que « *Le modèle utilisé pour analyser une fusion verticale doit dès le départ prendre en compte les gains d'efficacité et pas seulement le dommage anticoncurrentiel* »⁷.

C'est ce principe qui devrait être énoncé et mis en œuvre par les lignes directrices.

(b) Le standard de preuve

Le Projet ne semble pas pleinement prendre en compte la jurisprudence communautaire en matière de standard de preuve des effets d'une concentration. Ainsi, l'approche favorable du Projet à l'égard des opérations concernées apparaît, en l'état, comme une prise de position bienvenue mais encore théorique, apportant peu de sécurité juridique pour ces concentrations pourtant a priori positives.

Comme le rappellent les arrêts GE et Tetra Laval :

« Le contrôle des concentrations, par nature, nécessite une analyse prospective qui doit être réalisée avec une grande attention, dès lors qu'il ne s'agit pas d'examiner des événements du passé, ni même des événements présents, mais bien de prévoir les événements qui se produiront dans l'avenir, selon une probabilité plus ou moins forte, si aucune décision interdisant ou précisant les conditions de la concentration envisagée n'est adoptée ».

Cette analyse requiert donc d'identifier des enchaînements de cause à effet, afin de retenir ceux dont la probabilité est la plus forte. Par ailleurs, on l'a vu, les opérations de type vertical, loin d'être aussi problématiques que les concentrations horizontales, génèrent au contraire le plus souvent des gains d'efficacité économique.

Dans ce contexte, la qualité des éléments de preuve produits par la Commission pour fonder une décision déclarant une opération de concentration incompatible avec le marché commun est fondamentale.

À cet égard, lorsque la Commission se fonde sur un comportement futur qui, selon elle, sera adopté par une entité fusionnée à la suite d'une opération de concentration, il lui appartient d'établir, sur la base de preuves solides et avec un degré de probabilité suffisant, que ce comportement se produira réellement. Il ne suffit pas à cet égard de se borner à affirmer que l'entité fusionnée aurait la capacité (par ex. de proposer une offre de produits groupés ou de pratiquer des subventions croisées) ou pourrait faire un tel choix.

⁵ *Non-Horizontal Merger Guidelines : Ten Principles*, EAGCP, 17 August 2006.

⁶ *A critique of Professor Church's Report on the Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition*. J. Cooper, L. Froeb, D. O'Brien & M. Vita, *Journal of Competition Laws & Economics*, Vol. I, N°4, December 2005, p. 785.

⁷ EAGCP, précité, p.6

De même lorsque différentes stratégies sont ouvertes à l'entité fusionnée à la suite de l'opération de concentration, la Commission doit établir qu'il serait nécessairement dans l'intérêt de l'entité fusionnée de pratiquer telle ou telle stratégie. En effet, il ne s'agit plus d'imputer à l'entité fusionnée un comportement anticoncurrentiel immédiat. Il s'agit de « prédire » un comportement futur ou potentiel. Il convient alors de démontrer que l'opération va inévitablement restreindre la concurrence car l'entité fusionnée aura non seulement le pouvoir pour le faire mais surtout qu'elle sera « obligatoirement » conduite à avoir ce comportement.

Mais l'autorité de concurrence qui se livre à ce « pronostic » doit disposer de preuves extrêmement solides. Dans l'affaire GE, le TPI a clarifié la notion de « preuves solides » : elles doivent être exactes, cohérentes, exhaustives et pertinentes. Dans l'affaire Tetra Laval, le Tribunal précise également que « *la démonstration d'effets de conglomerat anticoncurrentiels... nécessite un examen précis, étayé par des preuves solides, des circonstances prétendument constitutives desdits effets* ».

Or le Projet ne permet pas clairement de déterminer si telle est bien l'approche qui sera suivie par la Commission en matière de concentrations verticales.

Le Projet explicite, et on peut s'en féliciter, la manière dont la Commission va procéder afin d'établir la probabilité d'un scénario anticoncurrentiel : examen d'abord de la possibilité pour l'entité fusionnée de produire un effet de forclusion, puis examen de l'incitation de l'entité fusionnée à recourir à ce scénario, puis enfin examen de l'effet néfaste de cette stratégie sur la concurrence (§ 31 pour les concentrations verticales, § 93 pour les concentrations conglomerales).

Toutefois, lorsque l'on regarde en détail les paragraphes correspondants, on ne retrouve aucune méthode d'appréciation des preuves sur lesquelles la Commission entend se fonder pour établir l'existence de ces effets anticoncurrentiels, mais seulement un catalogue de possibilités (« will normally be » « may depend » « can be expected » « may take into account » « may consider » « can lead to », etc...), basé sur de pures hypothèses économiques théoriques. Généralement, il n'est pas fourni d'exemple concret qui permettrait de corroborer le caractère réaliste des effets anticoncurrentiels redoutés.

Ceci semble aller à l'encontre de l'objectif des Lignes Directrices, qui devrait être essentiellement de fournir aux praticiens et aux entreprises des règles claires et pragmatiques pour appréhender les opérations de concentration. Il paraît en revanche peu indiqué de décrire toutes les figures théoriques concevables, au risque de compliquer inutilement l'examen de dossiers, voire de multiplier les instructions trop lourdes uniquement aux fins d'examiner le cas à la lumière d'un modèle purement hypothétique.

La lecture du Projet a par ailleurs recours à des notions qui semblent floues et porteuses d'insécurité juridique : « *Future changes to the market that can reasonably be predicted* » (§ 20). La Commission envisage donc de baser son appréciation sur une idée a priori du marché futur et à partir de cette « vision » déterminer si la fusion qui lui est présentée doit être interdite aujourd'hui. Cette approche ne semble guère en phase avec les développements que connaissent de nombreux marchés, caractérisés par l'imprévisibilité, les convergences, les développements brutaux d'usage de masse... Ainsi, compte tenu de la rapidité avec laquelle certains marchés se réorganisent (audiovisuel, télécoms, nouvelles technologies), il apparaît par exemple très difficile de déterminer par exemple qui est concurrent potentiel.

L'examen « prédictif » des opérations de concentrations comporte par nature des risques importants. Il doit donc nécessairement reposer sur des preuves d'une qualité certaine et élevée. Au demeurant, lorsque la Commission apprécie par exemple les engagements proposés pour autoriser une opération, elle fait preuve d'une exigence justifiée pour apprécier la qualité du remède. Il est évidemment logique que cette même exigence soit systématiquement appliquée pour s'opposer à une opération. En tout état de cause, sans observer un régime de preuves conforme aux exigences de la jurisprudence, il sera illusoire de vouloir procurer une sécurité juridique aux entreprises.

C'est la raison pour laquelle il est indispensable que les standards de preuve soient plus clairement et précisément définis par les lignes directrices.

Proposition n°2 :

Les concentrations non-horizontales devraient bénéficier d'une présomption de légalité.

Il conviendrait d'évaluer dans le même temps les gains d'efficience et les éventuels effets anticoncurrentiels des concentrations non-horizontales.

Par ailleurs, les Lignes Directrices devraient expressément se référer aux règles strictes posées par la jurisprudence en matière de standard de preuve du caractère anticoncurrentiel des concentrations non-horizontales, en écartant de pures hypothèses théoriques et en exigeant des preuves extrêmement solides.

C- LA QUESTION DES GAINS D'EFFICIENCE

Le Projet indique que les concentrations verticales et conglomérales sont « *moins susceptibles de causer des problèmes de concurrence que les concentrations horizontales* » (§ 11), notamment parce que de telles concentrations « *présentent un fort potentiel de gains d'efficacité* » (§ 13).

Or le Projet reste très discret sur cette question centrale des gains d'efficacité. La Commission se limite à énumérer quelques exemples de gains d'efficacité sans toutefois développer leurs contenus ni suggérer un ordre d'importance (§§ 53-55). La Commission renvoie sur cette question aux Lignes directrices sur les concentrations horizontales en s'abstenant cependant de donner des indications précises sur la grille d'analyse qu'elle entendra utiliser dans le cadre spécifique des concentrations verticales et conglomérales (§ 51). La Commission ne fait enfin que quelques brefs commentaires sur les situations dans lesquelles il existe une forte probabilité que des efficacités économiques ne seront pas présentes (§§ 52-56 pour les concentrations verticales, §§ 113-116 pour les concentrations conglomérales).

Il serait indispensable de compléter et d'étoffer cette présentation de l'analyse concurrentielle qui laisse largement de côté la question des gains d'efficacité et développe en revanche longuement et de manière très détaillée les risques de forclusion. Le Projet devrait dès lors s'attacher à rétablir un équilibre en détaillant de manière plus précise l'analyse des gains d'efficacité susceptibles d'être générés par des concentrations verticales et conglomérales.

En particulier il conviendrait de préciser les circonstances de fait qui donnent lieu à des gains d'efficacité, préciser et hiérarchiser ceux-ci. Par exemple, l'élimination du double mark-up

intrinsèque à un très grand nombre d'opérations revêt une importance critique supérieure à des gains classiques type réduction de coût. Il serait par ailleurs précieux que soient exposés les contextes concrets dans lesquels il serait envisageable le cas échéant que les gains d'efficacité ne soient pas significatifs.

II - LES CRITERES D'EVALUATION DES CONCENTRATIONS NON-HORIZONTALES ENONCES PAR LE PROJET

La méthodologie d'évaluation des concentrations non horizontales basée sur les effets proposée par le Projet comporte deux aspects. Premièrement, il établit des seuils (ou autres critères simples) qui permettent à la Commission d'autoriser rapidement les concentrations qui ne présentent aucun risque concurrentiel significatif **(A)**. Ces « filtres » sont très utiles, notamment pour renforcer la sécurité juridique et dégager les ressources nécessaires pour que la Commission puisse conduire une véritable analyse des effets dans les affaires potentiellement difficiles, à condition d'être mieux définis. Deuxièmement, il définit un cadre d'analyse pour guider l'évaluation des effets dans les cas où cette étape est inévitable, cadre d'analyse qui appelle également des commentaires **(B)**.

(A) Les « filtres » énoncés par le Projet

Le Projet rappelle que les concentrations non horizontales ne menacent pas la concurrence effective à moins que l'entité issue de l'opération ne détienne un pouvoir de marché sur au moins l'un des marchés concernés (§ 23) et indique que les parts de marché et le degré de concentration du marché fournissent des premières indications utiles quant à l'existence d'un tel pouvoir de marché (§ 24).

Sur ces bases, le Projet énonce (§ 25) que « *La Commission est peu susceptible de trouver des problèmes de concurrence à une concentration non-horizontale* », à condition que :

- (1) les parts de marché détenues par la nouvelle entité à l'issue de l'opération sur chacun des marchés concernés soient inférieures à 30% (« Filtre 1 »)

et

- (2) postérieurement à l'opération, l'IIH soit inférieur à 2 000 (« Filtre 2 »).

Toutefois, si ces deux critères sont nécessaires, ils ne sont cependant pas suffisants à « filtrer » une opération de concentration. En effet, la Commission précise qu'elle s'abstiendra d'une analyse approfondie d'une telle concentration, sauf si un ou plusieurs des facteurs suivants sont, par exemple, présents :

- (a) l'opération concerne une société dont la croissance significative est probable dans un avenir proche (« critère (a) »),
- (b) il existe des participations croisées ou de gouvernances croisées significatives entre les acteurs du marché (« critère (b) »),
- (c) l'une des entreprises parties à l'opération de concentration est un *maverick* (« critère (c) »),

- (d) il existe des indices de coordination passée ou présente ou des pratiques de nature à faciliter une telle coordination (« critère (d) »).

Il faudrait ainsi, pour qu'une concentration non-horizontale ne soit pas examinée par la Commission, alors même qu'elle répond déjà aux filtres initiaux et cumulatifs des parts de marché et de l'indice IHH, qu'au surplus l'opération ne concerne pas une société dont la croissance significative est probable dans un avenir proche et qu'il n'existe pas de participations croisées ou de gouvernances croisées significatives entre les acteurs du marché et qu'aucune des entreprises parties à l'opération de concentration soit un *maverick* et qu'il n'existe pas d'indices de coordination passée ou présente ou des pratiques de nature à faciliter une telle coordination.

Bien que ces propositions de « filtres » additionnels soient intéressantes dans leur principe, leur formulation très vague et générale, et surtout, l'ajout des termes « *for instance* » aboutissent à ce qu'il risque de devenir très rare qu'une opération de concentration non-horizontale, même si elle passe le premier filtre, ne soit pas examinée en détail par la Commission.

On peut se demander encore une fois si c'est bien remplir l'objectif des lignes directrices que d'aboutir finalement à un examen systématique de toutes les opérations de concentrations non-horizontales.

Ces propositions, si elles devaient être néanmoins conservées, doivent donc être impérativement clarifiées et appellent à la fois des remarques générales **(a)** et des observations spécifiques **(b)**.

(a) Remarques générales sur les critères avancés dans le Projet

En premier lieu, il convient de relever que la Commission n'a pas l'intention de définir de véritable « *zone de sécurité* » pour les concentrations non horizontales. La Commission, en effet, n'entend fournir qu'une simple orientation alors même que toutes les conditions pour la « *probabilité d'absence d'atteinte à la concurrence* » sont réunies. La Commission souligne expressément qu'elle ne veut pas établir de présomption (§ 26). Or, le constat de la réunion des critères permettant de considérer qu'une opération n'est pas susceptible de causer de préjudice à la concurrence devrait pourtant entraîner une présomption d'absence de problèmes de concurrence. Certes, l'affirmation par la Commission que les situations dans lesquelles les critères susvisés ne sont pas remplis n'emportent pas de présomption d'existence de problèmes de concurrence, ne peut qu'être favorablement accueillie.

En deuxième lieu, le fait que la Commission déclare que cette liste d'exceptions n'est pas limitative (le Projet utilisant la formule « par exemple » pour la présenter) et qu'elle ne donne aucune indication claire sur ce qui la conduirait à considérer une concentration comme susceptible de soulever des difficultés au regard du droit de la concurrence, n'est guère de nature à aider les entreprises. De plus, il est clair que la Commission procédera à une analyse détaillée de l'opération même dans l'hypothèse où uniquement un de ces critères (non limitatifs) fait défaut. En tout état de cause, il y a là un facteur d'insécurité juridique très important.

En troisième lieu, ces critères sont formulés de façon tellement large que l'absence de tout problème de concurrence ne semble pouvoir être constaté en pratique que dans un nombre très limité de cas de concentrations non horizontales. Ce résultat va directement à l'encontre des considérations générales exprimées par la Commission au début des lignes directrices aux termes desquelles les concentrations non horizontales en principe ne posent pas de problèmes au regard du droit de la concurrence.

En quatrième et dernier lieu, il faut relever que certaines des critères sont formulés d'une façon si générale ou imprécise qu'ils ne concernent nullement le pouvoir de marché des parties à l'opération mais l'environnement des parties concernées, notamment :

- Filtre 2 : Sur le plan technique, ce point est applicable même dans l'hypothèse où une opération de concentration verticale concerne deux entreprises détenant une part de marché de 5% sur leurs marchés respectifs dès lors que l'une de ces entreprises opère sur un marché sur lequel la présence d'autres concurrents fait passer l'IHH au-dessus de 2 000.
- Critère (b) : ce critère est rédigé d'une façon si générale qu'il suffirait qu'il existe déjà des participations croisées entre des entreprises qui ne sont pas parties à l'opération mais qui sont en revanche des concurrentes à l'une des parties concernées pour faire retirer à l'opération le bénéfice du « filtre ».
- Critère (d) : le critère est encore une fois trop général car il vise l'existence d'indices de tout type de coordination passée ou présente sur le marché, entre des entreprises qui ne sont pas nécessairement concernées par l'opération mais qui seraient en concurrence avec l'une des parties à l'opération.

Ces critères ne permettent donc pas de « filtrer » des opérations dans lesquelles aucune des parties ne jouirait d'un quelconque pouvoir de marché. Ils pourraient donc conduire à une analyse approfondie des opérations de concentration qui, selon la Commission, ne devraient soulever aucun problème de concurrence. A partir du moment où dans tous ces cas la concentration non horizontale en tant que telle peut ne pas produire d'impact négatif en l'absence du pouvoir de marché des parties, il ne paraît pas justifiable d'analyser de façon détaillée l'opération. Il est donc très souhaitable de préciser ces critères pour prévoir que les comportements en cause ou les participations croisées concernent l'une des parties à l'opération.

En conséquence, les « filtres » ainsi envisagés ne sont pas convaincants et appellent des précisions et des remaniements.

Proposition n°3 :

Les Lignes directrices devraient poser une présomption de compatibilité des opérations qui respectent l'ensemble des critères d'absence probable d'effet anticoncurrentiel.

Proposition n°4 :

Les exceptions aux seuils d'absence probable d'effet anticoncurrentiel énoncées dans le Projet devraient viser uniquement la situation des parties à la concentration, seules entreprises pour lesquelles il importe de tenir compte d'un éventuel pouvoir de marché.

(b) Observations spécifiques à chacun des critères avancés par le Projet

En ce qui concerne les critères pris individuellement, les observations suivantes peuvent être faites.

- **Filtre (1) : Le seuil de 30% est en soi bienvenu**

Toutefois, tel que proposé, ce critère ne permet pas de filtrer toutes les situations où les parties à la concentration ne disposent pas d'un pouvoir de marché suffisant. En effet, dès lors que les parties à la concentration détiennent plus de 30% de part de marché sur l'un seul des marchés en cause, le filtre ne joue plus. Or, il est évident qu'un effet anticoncurrentiel nécessite la détention d'une position de marché un tant soit peu significative sur les deux marchés concernés.

Dès lors, il est suggéré de retenir un premier filtre alternatif, rédigé comme suit :

la part de marché détenue par la nouvelle entité à l'issue de l'opération est soit inférieure à 30% sur chacun des marchés concernés soit supérieure à 30% sur l'un des marchés concernés et inférieure à [10%-15%] sur l'autre marché concerné.

Aux fins de déterminer le seuil de part de marché minimum que l'entité issue de la fusion devra détenir sur le second marché, il est fait référence aux deux seuils définis par la Commission dans sa Communication relative aux accords *de minimis*⁸. Une approche cohérente devrait conduire à retenir le seuil de 15% s'appliquant « *lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui ne sont des concurrents existants ou potentiels sur aucun de ces marchés (accords entre non concurrents)* » (point 7.b). Dans une approche prudente, la Commission pourrait cependant préférer de retenir le seuil de 10% applicable aux accords entre concurrents.

De plus, il convient de tirer toutes les conséquences pratiques de l'avis de la Commission selon lequel des parts de marchés inférieures à 30% rendent improbables la survenance de problèmes de concurrence. Ceci implique en effet notamment que le seuil de définition des marchés affectés en raison de relations verticales ou conglomérales passe de l'actuel seuil de 25% à 30%⁹.

Dans l'attente d'une modification du règlement n°802/2004, il conviendrait que la Commission dispense de manière automatique les parties notifiantes de compléter les sections 7, 8 et 9 du formulaire de notification lorsque le seuil de 30% ne sera pas atteint.

- **Filtre (2) : Le recours à l'indice IHH ne paraît pas justifié en dehors des concentrations horizontales**

L'indice IHH est à juste titre retenu par la Commission dans ses lignes directrices relative à l'appréciation des concentrations horizontales. En revanche, il est difficile de cerner la pertinence de l'utilisation de cet indice dans le cadre de concentrations non horizontales qui, par nature, n'ont aucun impact sur le degré de concentration des marchés concernés, donnée que l'indice IHH vise précisément à mesurer. Au demeurant, il a été indiqué ci-dessus que le critère tel que défini ne tient pas compte de l'impact spécifique des seules parties à la concentration.

⁸ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis), Journal officiel n° C 368 du 22/12/2001 p. 13.

⁹ Section 6 III et IV du Formulaire CO et 1.1.3. et 4 III du Formulaire simplifié.

- Critère (a)

Concernant les concentrations non horizontales, la probabilité que la part de marché augmente de façon significative dans l'avenir relève d'un exercice trop spéculatif et ne devrait pas être retenue.

- Critère (b)

S'agissant des concentrations non-horizontales, les participations croisées pourraient, le cas échéant, être considérées comme pertinentes au regard du droit de la concurrence seulement dans les cas où ce sont les parties à l'opération qui détiennent de telles participations.

- Critère (c)

En ce qui concerne les concentrations verticales, l'implication d'un *maverick* dans l'opération ne semble pas présenter d'intérêt. En effet, la théorie du *maverick* n'est à prendre en compte que dans le cadre des concentrations horizontales. Il est même possible de croire que l'intégration verticale d'un *maverick* au sein d'un groupe aurait pour conséquence de le renforcer et donc de stimuler la concurrence sur son marché.

- Critère (d)

A l'instar du critère (c), les coordinations présentes ou passées ne peuvent, le cas échéant, présenter un intérêt que si l'une des parties à l'opération de concentration a participé ou participe à un tel comportement. En outre, l'expérience montre que le changement de « propriété » d'une société est aussi souvent une occasion de mettre fin à un comportement coordonné. De même, la coordination n'est susceptible de soulever des difficultés que si elle est illicite. Ainsi, si une pratique entre dans le champ de l'article 81 § 3 du traité CE ou voire ne tombe pas sous le coup de l'interdiction de l'article 81 § 1^{er} du traité CE parce que, par exemple, la règle *de minimis* trouve à s'appliquer, elle ne devrait pas poser de problèmes de concurrence.

Proposition n°5 :

Le premier « filtre » posé au § 25 du Projet devrait être rédigé de manière alternative (*détention d'une part marché soit inférieure à 30% sur chacun des marchés concernés soit supérieure à 30% sur l'un des marchés concernés et inférieure à [10%-15%] sur l'autre marché concerné*) afin d'exclure toutes les hypothèses où l'entité fusionnée ne dispose pas d'une position de marché minimum sur l'un des marchés concernés.

Proposition n°6 :

Le seuil d'affectation des marchés concernés en raison de relations verticales ou conglomérales devrait logiquement être placé à 30%.

Proposition n°7 :

Les critères (a) et (c) ne semblent pas pertinents s'agissant de concentrations non horizontales et devraient donc être abandonnés.

Proposition n°8 :

Les critères (b) et (d) ne semblent justifiés que dans la mesure où il sera précisé qu'ils visent la seule situation des parties à la concentration.

Dans l'hypothèse où une opération de concentration ne pourrait être « filtrée » (hypothèse très fréquente étant donné le large champ d'application des quatre exceptions évoquées ci-dessus), le Projet détaille les critères spécifiques que la Commission entend appliquer pour examiner l'impact des concentrations verticales et congloérales, critères qui, dans une très grande partie se recourent.

(B) Les critères d'examen des concentrations non horizontales « non filtrées »

Le Projet précise, s'agissant des concentrations verticales, que l'affaiblissement des concurrents ne peut réduire l'intensité de la concurrence que si les conditions cumulatives suivantes sont réunies (§§ 73-75) : (i) les concurrents « exclus » doivent représenter une proportion suffisamment large du marché, (ii) les concurrents qui ne sont pas affectés doivent être incapables de répondre à l'augmentation des prix de l'entité fusionnée en augmentant leur volume de vente (par exemple à cause de contraintes de capacité ou de la différenciation des produits), (iii) il ne doit pas être possible pour de nouveaux entrants de rétablir une concurrence effective, et, enfin, (iv) l'augmentation de prix doit être soutenable face au pouvoir d'achat des clients. Ces conditions sont particulièrement importantes. Cependant, elles doivent être précisées ou modifiées pour les trois raisons suivantes.

En premier lieu, on peut se demander s'il est approprié d'aborder la question des barrières à l'entrée dans l'analyse des effets sur la concurrence de la pratique d'exclusion, c'est-à-dire dans la dernière étape de l'évaluation. En fait, les concentrations non-horizontales ne posent pas de problème concurrentiel tant qu'aucune des parties ne possède un pouvoir de marché important. Or, il est très improbable qu'une entreprise ait du pouvoir de marché si les barrières à l'entrée ne sont pas significatives. Par conséquent, il semblerait plus utile de considérer ce point comme un « filtre » initial, à examiner en début plutôt qu'en fin d'analyse.

En deuxième lieu, il serait aussi nécessaire de prendre en compte les réactions éventuelles des concurrents. Peuvent-ils s'engager dans des fusions similaires ? Peuvent-ils trouver des accords avec des entreprises opérantes sur les marchés liés (en amont, en aval, ou complémentaires) afin de faire une concurrence plus efficace à l'entité fusionnée ? Ces questions importantes sont prises en compte dans la partie du Projet dédiée aux concentrations congloérales, mais pas dans celle relative aux transactions de nature verticale.

En troisième et dernier lieu, il faut observer que les critères envisagés par le Projet pour l'évaluation des effets coordonnés des concentrations non-horizontales risquent d'élargir de

manière excessive le champ d'application du concept d'exclusion. En particulier, les paragraphes 82 et 118 estiment que l'exclusion d'un concurrent, en réduisant le nombre d'opérateurs sur le marché, peut augmenter le risque de collusion. Or, si ce cas de figure est théoriquement concevable, il est cependant très improbable que cette hypothèse abstraite puisse être démontrée dans un cas pratique. Prouver l'exclusion probable d'un concurrent suite à une fusion est une tâche suffisamment ardue par elle-même, et la difficulté n'est pas moins grande pour les effets coordonnés. Apporter la preuve constituée de ces deux effets dans une même opération est, en toute probabilité, impossible d'un point de vue pratique.

En revanche, si cette théorie des effets coordonnés est utilisée de manière extensive sans reposer sur des preuves strictes et rigoureuses, l'exclusion d'un seul concurrent pourrait être considérée comme anticoncurrentielle même si l'opérateur éliminé n'exerçait pas une contrainte concurrentielle significative sur le marché. Il y aurait ainsi un grave risque de voir protéger les concurrents dans des cas où il n'y a pas de risque réel pour le bien-être des consommateurs.

(C) Les critères d'examen spécifiques aux concentrations conglomerales

La partie du Projet relative aux concentrations conglomerales ne semble pas offrir d'indications suffisamment précises et complètes quant à leur traitement par la Commission.

Sur un plan méthodologique, les concentrations conglomerales sont brièvement abordées et souvent par le biais de renvois aux autres parties du texte, sans permettre de donner une vision claire et complète de l'analyse sur les opérations de concentrations conglomerales. Parallèlement, la nature des nombreux scénarii évoqués par le Projet conduisent à rappeler la mise en garde évoquée par la jurisprudence communautaire à l'encontre de spéculations subjectives concernant des effets d'exclusion non démontrés.

Au fond, la lecture du Projet ne laisse pas non plus apparaître une méthode qui serait claire. En effet, malgré la position de principe soulignant que les fusions conglomerales ont généralement des effets pro-concurrentiel, les nombreuses hypothèses d'opérations anticoncurrentielles évoquées par le Projet créent une impression de contradiction. La Commission souligne que les fusions conglomerales n'affectent pas la concurrence, lorsque l'entité nouvelle ne dispose de puissance de marché sur aucun des marchés concernés ou lorsque d'autres concurrents qui disposent de la capacité et de la volonté d'étendre leur pouvoir de marché sont présents sur l'un ou l'autre des marchés en cause. Ce postulat devrait là encore conduire la Commission à établir une présomption selon laquelle il n'y a pas d'effet anticoncurrentiel, à moins que l'une des entreprises participant à la concentration dispose d'un pouvoir de marché significatif.

Le Projet reprend les trois critères posés pour l'analyse des concentrations verticales appliqués aux opérations de concentrations conglomerales en l'absence de coordination des comportements (capacité de l'entité fusionnée à adopter un comportement tendant à la forclusion des concurrents, intérêt à la forclusion et effet nocif significatif sur la concurrence). Les principes énoncés appellent les interrogations suivantes.

- 1) Sur la capacité de l'entité fusionnée à adopter un comportement anticoncurrentiel, le Projet examine la capacité à imposer des ventes liées ou subordonnées.

Deux points retiennent l'attention.

En premier lieu, l'approche retenue pour caractériser le pouvoir de marché du produit « liant » semble très floue (§ 98). On ne sait si le Projet se réfère à une véritable situation de dominance ou à une situation de pouvoir de marché inférieure.

En second lieu, le Projet considère que les risques de forclusion sont les plus forts lorsque les produits sont complémentaires (§ 99). Cette approche peut être préoccupante puisque se trouve ainsi a priori visée la catégorie d'opérations la plus rationnelle économiquement.

- 2) Le Projet rappelle que l'incitation dépend du caractère profitable ou non de la pratique.

Il précise que ce profit peut résulter des gains de parts de marché et/ou de l'augmentation des prix grâce au pouvoir de marché obtenu grâce à ces pratiques (§ 104).

Toutefois, le Projet ne propose guère de méthodologie pour apprécier cette profitabilité, élément pourtant crucial. Rappelons que dans l'affaire GE, le Tribunal de Première Instance a ainsi relevé que la théorie retenue par la Commission à l'appui de la profitabilité de l'une des pratiques futures identifiées par la Commission n'était pas établie.

Si les lignes directrices ne peuvent fournir de méthode permettant pour chaque cas d'évaluer l'incitation des pratiques en cause, elles devraient, en revanche, souligner à tout le moins la nécessité d'en apporter la preuve avec un niveau de certitude et de concordance conforme au standard précédemment décrit.

- 3) Sur l'analyse des effets sur le marché.

Le Projet gagnerait à être précisé car il repose souvent sur des notions vagues (« *partie suffisamment importante de la production du marché* », « *niveau de viabilité minimum* »). Il se limite en réalité à décrire une série d'hypothèses qui potentiellement peuvent conduire à un comportement anticoncurrentiel. Toutefois, il ne fournit pas de critères concrets d'application contrairement aux enseignements des arrêts du Tribunal invitant à une rigueur accrue dans le standard de preuve pour les fusions conglomerales notamment.

Par ailleurs, le Projet ne précise pas suffisamment l'articulation du contrôle des concentrations conglomerales et de l'article 82 CE. Il prévoit simplement qu'il sera tenu compte, au titre de l'appréciation de l'incitation, de l'illégalité des pratiques en cause et de la probabilité que les interdictions du droit de la concurrence agissent comme un élément dissuasif.

Il est peu souhaitable que le droit des concentrations sur ce sujet soit fixé indépendamment des travaux et débats en cours concernant l'article 82 CE, s'agissant notamment des ventes liées. Il convient en effet d'éviter des décalages ou des discontinuités très nocifs pour la sécurité juridique. A cet égard, la notion de forclusion, centrale dans le Projet, est également un concept clé pour la mise en œuvre de l'article 82 CE.

Il est donc indispensable que les lignes directrices définitives tiennent compte de cette interaction inévitable, notamment en écartant de trop nombreuses hypothèses de forclusion théoriques ou

trop complexes et en clarifiant concrètement les cas de situations dommages anticoncurrentiels exposés dans le document.

Proposition n°9 :

Les scénarii d'effets coordonnés présentés dans le Projet semblent théoriques s'agissant d'opérations non horizontales ; il est donc nécessaire d'exiger des preuves d'autant plus solides.

Proposition n°10 :

Les Lignes directrices devraient nécessairement adopter une attitude prudente pour permettre de prendre en compte les résultats des débats en cours dans le cadre de la Révision de l'article 82 CE.