



**Avis du Conseil de la concurrence français du 10 mai 2007  
relatif au projet de lignes directrices sur les concentrations non-horizontales,  
présenté en réponse à la consultation publique de la Commission européenne  
du 13 février 2007**

## **I. Introduction**

La Commission européenne (ci-après la « Commission ») a lancé, le 13 février 2007, une consultation publique relative à son projet de lignes directrices sur les concentrations non-horizontales. Le Conseil de la concurrence français (ci-après le « Conseil ») salue cette initiative et remercie la Commission de lui permettre de présenter son avis sur ce projet.

Le projet de lignes directrices vise à présenter aux entreprises la manière dont la Commission apprécie les concentrations non horizontales. Le texte décrit les principaux mécanismes par lesquels une concentration verticale ou conglomérale peut entraver la concurrence. Le projet insiste particulièrement sur le risque que la nouvelle entité adopte, après la fusion, des comportements qui excluent ou pénalisent ses concurrents, en particulier en augmentant leurs coûts. En matière verticale, le texte distingue deux types de verrouillage : le refus d'approvisionner les concurrents ou le renchérissement du coût de leurs inputs (« *input foreclosure* ») d'une part ; le refus d'acheter aux entreprises indépendantes en amont ou l'achat à des conditions moins favorables (« *customer foreclosure* ») d'autre part. En matière conglomérale, les risques de verrouillage passent principalement par des pratiques de ventes liées ou de remises de gamme.

L'adoption de lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations non-horizontales est particulièrement bienvenue. Ce domaine soulève en effet des questions théoriques et pratiques complexes. Des lignes directrices pourront donc constituer un guide d'analyse utile pour le monde des affaires et, plus largement, pour l'ensemble des acteurs de la politique de concurrence. Elles pourront également contribuer à nourrir la réflexion des autorités nationales de concurrence qui, outre les pouvoirs qu'elles détiennent au titre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, participent, à l'instar du Conseil, à la mise en œuvre du contrôle national des concentrations.

De l'avis du Conseil, le texte fournit un cadre d'analyse général très utile, tout en favorisant une approche essentiellement théorique (partie II). Cette présentation gagnerait cependant à donner une vue plus hiérarchisée des caractéristiques de marché à prendre en compte (partie III). Par ailleurs, plusieurs questions pratiques importantes pour l'analyse de cas réels pourraient être abordées. En particulier, le lien et la cohérence entre les deux ensembles de lignes directrices, sur les restrictions verticales d'une part, sur les fusions verticales d'autre part, pourraient être renforcés (partie IV). Enfin, diverses notions pourraient être utilement définies ou précisées (partie V).

## II. La difficulté d'une approche théorique

L'analyse du risque de verrouillage dans le contexte vertical ou congloméral est plus complexe que celle des effets unilatéraux des fusions horizontales. Dans ce dernier cas, le mécanisme théorique et les facteurs empiriques qui en déterminent l'ampleur font l'objet d'un consensus dans la communauté des praticiens et dans le monde académique : dans le cas le plus courant, celui de la concurrence en prix avec des biens différenciés, les effets unilatéraux conduisent sans ambiguïté à une augmentation des prix d'équilibre ; il est possible, dans certains cas, de simuler et de quantifier ces effets unilatéraux. S'agissant des fusions verticales (ou conglomérales), un tel consensus n'existe pas (même au plan théorique) et toute quantification ou simulation paraît, en l'état actuel des connaissances, hors de portée.

Le texte retient pourtant une présentation théorique qui distingue trois éléments du mécanisme de verrouillage : la capacité à verrouiller, les incitations à verrouiller, l'impact sur la concurrence. Ce triptyque est lui-même répété trois fois (lors de l'analyse des deux types de verrouillage verticaux et des effets congloméraux), ce qui entraîne inévitablement des répétitions.

Or, en pratique comme en théorie, ces trois éléments sont indissociablement liés. Ainsi, les incitations à verrouiller résultent de la comparaison des gains que la nouvelle entité pourra retirer du verrouillage et des coûts que cela entraîne pour elle. Les gains, qui consistent en l'augmentation de ses ventes et de ses profits en aval, dépendent directement de l'effet sur la concurrence en aval et de la capacité de l'entité fusionnée à prendre des parts de marché à ses concurrents, soit en les excluant soit en les pénalisant par le biais d'une augmentation de leurs coûts. Les incitations à verrouiller n'existent donc pas sans capacité à verrouiller et sans impact du verrouillage sur la concurrence. Ces deux derniers éléments sont eux-mêmes intimement liés. Les déterminants de la capacité à verrouiller et de l'effet sur la concurrence sont très proches : par exemple, les barrières à l'entrée et les contrepouvoirs des acheteurs ou des concurrents peuvent figurer aussi bien sous une rubrique que sous l'autre.

Au demeurant, on constate que les trois sous-sections consacrées à chaque partie du triptyque font appel les unes aux autres. Ainsi les paragraphes 33 et 34, dans la section « *Ability to foreclose* », mentionnent l'existence de « *competition problem* » et de « *concern* », donc traitent d'impact sur la concurrence. Le paragraphe 39, dans la section « *Incentive to foreclose* » mentionne la capacité à augmenter les coûts des concurrents (« *being able to raise price in that market* »). Le paragraphe 46, dans la section « *Overall impact on competition* », explique qu'un verrouillage anticoncurrentiel permet à la nouvelle entité d'augmenter les coûts de ses concurrents, et est donc très proche de la capacité à verrouiller le marché.

La présentation théorique retenue, structurée autour du triptyque incitation/capacité/effet sur la concurrence, gagnerait donc à être complétée, dans toute la mesure du possible, par une présentation plus opératoire, qui pourrait être articulée autour d'une hiérarchisation claire des caractéristiques pertinentes du marché et des différents facteurs qui influent sur le pouvoir de marché de la nouvelle entité dans un contexte de marchés verticalement reliés.

### III. La nécessité de hiérarchiser les éléments d'appréciation du verrouillage

Le projet indique, au paragraphe 23, que le pouvoir de marché de l'entreprise intégrée est un facteur prépondérant à prendre en compte : « *Non-horizontal mergers pose no threat to effective competition unless the merged entity has market power in at least one of the markets concerned.* » Le paragraphe 25 introduit un « *safe harbour* » : la Commission ne trouvera vraisemblablement pas de problème de concurrence si les parts de marchés de l'entité fusionnée sont inférieures à 30 % sur chaque marché et si l'indice de concentration HHI post-fusion est inférieur à 2000. Le « *safe harbour* » ne mentionne pas de seuil pour l'accroissement du HHI, comme c'est le cas dans les lignes directrices sur les fusions horizontales.

Lorsque les conditions du paragraphe 25 ne sont pas réunies, le texte pourrait donner de plus amples indications sur l'appréciation du pouvoir de marché. Il est à noter, en particulier, que le texte ne discute pas l'impact sur l'analyse de la dominance éventuelle de l'entreprise fusionnée avant la fusion sur un ou plusieurs marchés<sup>1</sup>. L'absence de la dominance dans l'analyse contraste avec les lignes directrices de 2000 sur les restrictions verticales qui traitent systématiquement ce cas d'une manière séparée (voir par exemple le paragraphe 135 de ces lignes directrices).

Certains déterminants importants du pouvoir de marché pourraient être intégrés à l'analyse, comme **les barrières à l'entrée**. Le texte indique à plusieurs reprises que les pratiques de verrouillage reviennent à élever des barrières artificielles à l'entrée, mais n'évoque à aucun moment les barrières naturelles. Or le rôle de ces dernières dans le bilan concurrentiel est primordial. Dans plusieurs avis sur des concentrations verticales (dans le secteur de la distribution de la bière, 04-A-08, dans celui des arts de la table, 04-A-20), le Conseil a rappelé l'importance des barrières à l'entrée, en faisant référence au passage suivant des lignes directrices de 2000 sur les restrictions verticales :

« (144) *Les barrières à l'entrée* sont un élément important pour établir s'il y a véritablement verrouillage. Dans la mesure où il est relativement facile pour des fournisseurs concurrents de créer de nouveaux débouchés ou de trouver des acheteurs alternatifs pour le produit considéré, le verrouillage ne devrait pas poser de réel problème. Toutefois, les barrières à l'entrée sont fréquentes, tant au niveau de la production qu'à celui de la distribution. »

Parmi les barrières à l'entrée, un élément pourrait être davantage mis en valeur : la présence de « *switching costs* ». Ces coûts sont brièvement mentionnés aux paragraphes 33 et 48, mais le texte ne donne pas d'exemple et ne propose pas de guide sur l'appréciation de l'ampleur de ces coûts en pratique. Les contrats de bières décrits dans l'avis 04-A-08 du Conseil sont un

---

<sup>1</sup> à l'exception d'un exemple évoqué en note de bas de page, celui de la fusion COMP/M.2322 - CRH/Addtek

exemple de tels coûts : « *Comme décrit au paragraphe ci-dessus, 70 à 80 % des CHR sont liés à un entrepositaire-grossiste par un contrat de bière, d'une durée de cinq ans, qui désigne le distributeur auprès duquel le cafetier est tenu de s'approvisionner, ce qui confère une certaine viscosité au marché. Par ailleurs, les CHR peuvent être liés directement au distributeur par un contrat de gamme, de même durée.* » D'une manière générale, le degré de **fluidité** ou de **viscosité** du marché est un facteur important, qui n'apparaît pas peut-être suffisamment dans le texte. La durée des contrats dans le secteur concerné est un élément d'appréciation important de la fluidité du marché. D'autres facteurs jouent, comme le mode de renouvellement des contrats (reconduction tacite ou non), ainsi que l'existence et le montant des éventuelles pénalités en cas de rupture anticipée. Ces points pourraient être détaillés par le projet de lignes directrices.

Dans les avis précités, le Conseil a rappelé, en citant encore les lignes directrices de 2000, l'importance du **contre-pouvoir des acheteurs**. Le projet n'envisage pas la manière dont ce contre-pouvoir est apprécié dans le cas particulier des fusions verticales et conglomerales, et prend le parti de renvoyer, en note de bas de page, aux lignes directrices sur les concentrations horizontales. Ce sujet, central dans l'analyse des concentrations verticales (voir, par exemple, les avis 02-A-07 et 04-A-16 sur la concentration Seb/Moulinex du Conseil), pourrait être développé. En particulier, les stratégies mises en œuvre par les acheteurs, notamment les entreprises de la grande distribution, pour diversifier et sécuriser leurs approvisionnements, pourraient être abordées.

L'avis 04-A-08 précité du Conseil indique que **l'intégration verticale des concurrents** est un déterminant majeur de la capacité de verrouillage de la nouvelle entité : « *258. De même, la présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite de l'intégration.* » Cet élément n'apparaît peut-être pas assez clairement dans le projet. Il en va de même pour le cas des fusions entre structures verticalement intégrées, à propos desquelles le paragraphe 7 pourrait être plus explicite.

Le projet se concentre sur les structures verticales à deux niveaux. Cependant, l'exemple de la fusion TPS/Canal Plus montre que **la longueur des chaînes verticales** peut être largement supérieure à deux maillons. Cette dimension de l'intégration verticale, qui participe aussi du pouvoir de marché et de la capacité de verrouillage de la nouvelle entité, pourrait être approfondie par le projet.

Dans de nombreux cas de fusions verticales, **la présence de contrats de long terme et de contrats d'exclusivité** renforce ou, au contraire, limite le pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée (en « protégeant » les concurrents). Le Conseil a étudié ce point de manière précise dans son avis 06-A-13 sur la fusion TPS/Canal Plus. Dans le projet de lignes directrices, la présence de contrats d'exclusivité est évoquée ponctuellement au paragraphe 35 et à la note 53 du projet, sans qu'il apparaisse précisément si la situation visée concerne une exclusivité déjà présente avant la fusion ou le risque d'apparition de tels contrats après la fusion. Il serait précieux de fournir des éléments sur l'appréciation de l'exclusivité et sur la question de la durée des contrats. Un renvoi aux lignes directrices verticales pourrait à tout le moins être utile.

#### **IV. Le lien avec le Règlement et les lignes directrices sur les restrictions verticales**

Le projet actuel fait référence au règlement vertical n° 2790/1999 lorsqu'il propose un « *safe harbour* » au paragraphe 25 par analogie avec ce règlement, sans peut-être insister suffisamment sur le lien et la cohérence entre les deux ensembles. Cet approfondissement serait très utile, car, comme le rappelle l'avis 04-A-08 du Conseil précité : « *L'intégration verticale produit alors les mêmes effets que des clauses restrictives de concurrence passées entre un fournisseur et ses distributeurs.* »

Le projet n'approfondit pas l'examen de pratiques verticales spécifiques : il considère essentiellement l'impact de la fusion sur les prix, en se limitant pour essentiel au cas des prix linéaires. Or, on sait qu'en pratique les contrats verticaux sont fréquemment plus complexes qu'un simple tarif linéaire (les tarifs peuvent comporter une partie fixe, des remises de toute nature, des clauses d'exclusivité, etc.). La nature et la complexité des contrats verticaux, qui sont évoquées dans une note de bas de page (note 29), pourraient être examinées plus avant. La question de savoir si les contrats sont publics ou secrets, c'est-à-dire connus ou non de l'ensemble des participants au marché, pourrait utilement être abordée.

On peut par exemple citer, outre le verrouillage des marchés par des contrats d'exclusivité, un autre risque important de concurrence consécutif à une fusion verticale : celui du développement du monomarchisme. Ce risque a été identifié dans les avis du Conseil sur le secteur de la bière. Dans son avis 04-A-08, le Conseil avait rappelé que, « *du point de vue de la concurrence, les clauses de ce type risquent de fermer l'accès des fournisseurs concurrents ou potentiels au marché ou de faciliter la collusion entre fournisseurs en cas d'utilisation cumulative. Comme pour les autres types de restrictions verticales, si la part de marché du fournisseur n'excède pas 30 %, ces risques sont peu probables. Toutefois, la Commission insiste également sur le risque de verrouillage du marché découlant de l'effet cumulatif de la conclusion par plusieurs grands fournisseurs d'accords de monomarchisme avec un très grand nombre de leurs fournisseurs. Elle estime qu'un tel effet cumulatif est peu probable en dessous de 50 % de part de marché cumulée pour les cinq premiers fournisseurs.* »

Le projet n'évoque pas le calcul de **la part de marché liée** de l'entreprise fusionnée, définie dans les lignes directrices de 2000 sur les restrictions verticales : « *(141) Ce n'est pas seulement la position du fournisseur sur le marché qui compte, mais aussi l'étendue et la durée de l'obligation de non-concurrence. Plus la part de marché liée, autrement dit la fraction de la part de marché totale qui résulte des ventes effectuées par le biais d'obligations de monomarchisme, est élevée, plus il est probable que le marché soit verrouillé dans une très large mesure.* » La part de marché liée (avant la fusion) pourrait être utile pour apprécier comment la concentration peut affecter l'espace économique disponible pour les concurrents. Lorsque plusieurs entreprises intégrées coexistent sur le marché ou lorsque plusieurs entreprises mettent en œuvre des restrictions verticales (monomarchisme, exclusivité), **l'effet cumulatif** (avant la fusion) des diverses restrictions, tenant compte de l'intégration des concurrents, pourrait utilement être pris en compte.

Le traitement de **l'autoconsommation** dans l'appréciation du pouvoir de marché vertical est une question délicate. Le projet actuel lui consacre une note de bas de page (note 17), qui indique : « *Special care must be taken in contexts where vertically integrated companies supply products internally.* » Si l'autoconsommation est généralement exclue du marché quand on se place dans une perspective horizontale, elle est souvent pertinente dans une perspective verticale. Les lignes directrices de 2000 indiquent les deux logiques à l'œuvre :

« (98) *La production interne, c'est-à-dire la fabrication par une entreprise d'un bien intermédiaire aux fins de sa propre production, peut revêtir une très grande importance dans une analyse de la concurrence en tant que contrainte concurrentielle ou en tant que facteur qui renforce la position d'une entreprise sur le marché. Cependant, pour définir le marché et calculer la part de marché pour les biens et les services intermédiaires, la production interne ne sera pas prise en considération.* »

Ainsi, pour apprécier l'ampleur du monomarquisme, il est nécessaire de prendre en compte les quantités qui sont échangées au sein des réseaux intégrés. C'est ce qu'a fait le Conseil dans l'avis 04-A-08 pour apprécier la tendance au monomarquisme des réseaux intégrés dans le secteur de la bière et démontrer qu' « *entre 1996 et 2000, la part des bières du brasseur a augmenté au sein de chacun des deux principaux réseaux.* » A partir des données présentées dans le tableau 20 (au paragraphe 293), qui incluent l'autoconsommation, le Conseil a pu conclure que « *les réseaux de distribution intégrés privilégient les marques du brasseur propriétaire et que cette tendance s'accroît avec le degré d'intégration verticale du secteur.* »

Le problème de l'autoconsommation s'est également posé lors de l'examen de la fusion TPS/Canal Plus. Le Conseil a considéré que la relation entre Canal Plus et son partenaire de distribution ne relevait pas de l'autoconsommation. Il a cependant ajouté : « *135. En tout état de cause, si la distribution de la chaîne Canal + devait être considérée comme relevant de l'autoconsommation, l'analyse concurrentielle n'en serait pas changée, dès lors que l'autoconsommation doit être prise en compte pour évaluer le pouvoir de marché de la nouvelle entité (décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-18 du 28 juin 2006, Publicité cinématographique).* » Cette discussion démontre la grande utilité qu'il y aurait à approfondir la question de l'autoconsommation dans les lignes directrices.

S'agissant des gains d'efficacité, le texte est également plus sommaire que les lignes directrices de 2000 sur les restrictions verticales, Celles-ci mentionnent au paragraphe 116 les risques d'expropriation relatifs aux investissements spécifiques (« *hold-up* ») et les imperfections des marchés de capitaux financiers, éléments absents dans le présent projet. Par ailleurs, la discussion sur les gains d'efficacité qui peuvent, dans certains cas, résulter de la suppression de la double marge, n'intervient qu'à un stade avancé du texte et demeure limitée en l'état (note de bas de page 50).

## V. Points à préciser

En matière de concentration verticale, la notion d'entreprise « *indépendante* » joue un rôle majeur en pratique. Le projet utilise ce terme à plusieurs reprises, sans peut-être le définir suffisamment. La note 12, à propos de la concentration Siemens/VA Tech (2005), semble utiliser ce terme au sens d'entreprise « non intégrée ». Les autres occurrences du mot renvoient à l'idée d'entreprise non liée à l'entité fusionnée. Aucune indication n'est donnée sur le traitement des actionnaires minoritaires, ni sur la présence de contrats d'exclusivité ou de contrats de long terme, s'agissant de l'appréciation de l'indépendance des concurrents.

La partie sur les fusions conglomerales, elle aussi organisée autour du triptyque théorique incitation /capacité/effet sur la concurrence, est relativement brève. Dans plusieurs fusions conglomerales examinées par le Conseil, la question de savoir si un produit ou une marque est « *incontournable* » a fait l'objet d'une analyse approfondie. Cette notion, évoquée dans une

note de bas de page du projet (« *must stock item* », note 82), pourrait faire l'objet d'une définition précise et d'indications sur la manière dont elle sera utilisée et appréciée en pratique. En pratique, cette notion est souvent utilisée dans des situations où les acheteurs sont des distributeurs ayant un fort pouvoir de marché. C'était notamment le cas dans les affaires Coca-Cola/Orangina (avis 98-A-09 et 99-A-14 du Conseil), Benckiser/Sara Lee (avis 00-A-07 du Conseil) et Seb/Moulinex (avis 02-A-07 et 04-A-16 du Conseil). Le projet de lignes directrices pourrait être complété en établissant un lien entre les notions de marque ou de produit incontournables et le contre-pouvoir des acheteurs, et en intégrant une définition et un guide d'analyse pour apprécier cette notion en pratique.

La notion d'**effet de portefeuille** a été au centre de plusieurs des affaires précitées. Cette notion est mentionnée brièvement au paragraphe 103 : « *Customers may have a strong incentive to buy the range of products concerned from a single source (one-stop-shopping) rather than from many suppliers, e.g. because it saves on transaction costs ("portfolio effect")*. » La notion d'effet de portefeuille faisant l'objet de débats importants, que ce soit chez les praticiens ou dans le monde académique, elle mérite un développement indiquant notamment comment elle sera appréciée en pratique. Dans le paragraphe 103 précité, elle est reliée à une économie de transaction au bénéfice des consommateurs, ce qui peut paraître restrictif. Les effets de portefeuille et de gamme ont souvent été définis d'une manière plus large : ces effets passent par la possibilité d'un *comportement* qui ne serait pas possible sans la détention de l'ensemble des marques ou des produits, et qui permet de faire jouer un effet de levier. L'avis 06-A-13 du Conseil propose la définition suivante :

« 443. Une concentration peut produire des effets restrictifs de concurrence comme l'effet de gamme (addition de plusieurs de produits dans une même offre) ou l'effet de porte-feuille (addition de plusieurs marques). Le risque d'atteinte à la concurrence existe si :

- l'entreprise détient une forte position sur au moins un des marchés, à partir duquel elle pourra faire jouer un effet de levier ;
- les concurrents ne sont pas en mesure de proposer une gamme aussi complète de produits ou ne disposent pas du même éventail de marques ;
- la détention d'une gamme de produits ou de plusieurs marques est un argument de vente déterminant pour les clients. »

Enfin, s'agissant de la question plus large du **standard de preuve** à appliquer pour apprécier le risque de verrouillage après la fusion, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (ci-après le « Tribunal ») a donné des indications utiles dans son arrêt du 14 décembre 2005 relatif à la concentration GE/Honeywell. Après avoir expliqué que la fusion créait une nouvelle structure de marché et que la preuve ne pouvait donc pas simplement consister en la simple affirmation que certaines pratiques constatées avant la fusion allaient être transposées dans le nouvel environnement post-fusion, le Tribunal de première instance mentionne deux types de preuves « solides » de la vraisemblance du verrouillage post-fusion :

« 333. Cela étant, des preuves solides pouvaient, en principe, être constituées soit par des documents attestant l'intention ferme de la direction de la requérante et/ou de celle d'Honeywell de poursuivre l'exploitation commerciale, sur les marchés des produits avioniques et non avioniques, de la puissance de GECAS et de GE Capital de la façon décrite ci-dessus sur le marché des réacteurs pour avions commerciaux de grande taille à la suite de la concentration, soit par une analyse économique démontrant qu'un tel comportement aurait été objectivement dans l'intérêt commercial de l'entité fusionnée. »

Le premier type de preuve cité par le Tribunal de première instance, celui des documents internes du type **business plan**, n'est repris dans le projet de lignes directrices que dans un seul passage : « 43. *In its assessment of the likely incentives of the merged firm, the Commission may take into account various considerations such as the ownership structure of the merged entity, the type of strategies adopted on the market in the past<sup>35</sup> or the content of internal strategic documents such as business plans.* » Dans le projet, l'utilisation de documents internes aux entreprises apparaît donc comme très mineure par rapport au recours à l'analyse économique. Le texte pourrait à tout le moins donner des indications précises sur la manière dont seront appréciés les documents internes.

## **VI. Conclusion**

Le Conseil forme le vœu que le vaste exercice de consultation publique auquel a bien voulu procéder la Commission débouche sur l'adoption d'un texte aussi complet, structuré et précis que possible, à la fois sur les questions d'appréciation économique et sur les questions plus juridiques, telles que la hiérarchisation des éléments pertinents pour le raisonnement ou le standard de preuve respectif de la Commission et de l'entreprise ou des entreprises en cause.

Les lignes directrices contribueront alors à faciliter l'auto-évaluation des projets de concentration par les entreprises qui les conçoivent et leurs conseils, d'une part, et à permettre la discussion, voire la convergence de vue, entre les autorités nationales de concurrence amenées à apprécier les effets de ces opérations sur la concurrence, d'autre part.