



Document de travail

INCERTITUDES ÉCONOMIQUES ET INSÉCURITÉ JURIDIQUE :
LA NOTION DE POSITION DOMINANTE COLLECTIVE
DANS LES POLITIQUES DE CONCURRENCE EUROPÉENNES

N° 2007-20

Juillet 2007

Frédéric MARTY

Observatoire Français des Conjonctures Économiques

69, Quai d'Orsay 75340 Paris Cedex 07

Tel : 01 44 18 54 00 Fax : 01 45 56 06 15

E-mail: ofce@ofce.sciences-po.fr Web: <http://www.ofce.sciences-po.fr>

Incertitudes économiques et insécurité juridique : La notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence européennes

Frédéric MARTY

Chargé de Recherche CNRS
UMR CNRS 6227 GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis
Chercheur affilié OFCE – Département Innovation et Concurrence
250, rue Albert Einstein 06560 Valbonne
frederic.marty@ofce.sciences-po.fr

Juillet 2007

Résumé

Parmi les critères d'évaluation des projets de concentration, dans le cadre des politiques de concurrence européennes, figure la notion de position dominante collective. Une fusion-acquisition peut se traduire en termes de pouvoir de marché par deux effets distincts. Le premier correspond à la dominance individuelle (ou effet unilatéral). Il s'agit de la capacité à élever ses prix au-delà des prix de concurrence de façon significative et non transitoire sans escompter d'attitude coopérative de la part des concurrents. Le second, la position dominante collective (ou effets coordonnés) tient au fait que la réduction du nombre d'acteurs sur le marché rend plus facile l'établissement d'une collusion tacite. Or, le recours à la notion de position dominante collective a donné lieu à des annulations de décisions de la Commission européenne sur la base d'erreurs manifestes d'appréciation en matière économique. Nous nous proposons d'analyser cette notion, dans le cadre de ce travail, en mettant en évidence les liens entre les incertitudes théoriques qui la caractérisent, les difficultés d'établissement de la preuve et l'insécurité juridique qui en résulte.

Abstract

Among the criteria used for the mergers' control in the European Competition polices, the notion of collective dominant position takes a large place. A merger can induce two different effects in terms of market power. The first one, the individual dominant position, called unilateral effect in US Antitrust, corresponds to the entity's ability to realise a significant and not transitory increase of its prices above the perfect competition level without expecting a cooperative response from its competitors. The second competitive risk is linked to the coordinated effects. The fewer are the competitors, the easier a collusive equilibrium would be to reach. But, many of the Commission's decisions taken on the basis of such collective dominant position are cancelled by the European Court of First Instance on the ground of failures in their economic assessment. Our purpose is to analyse the notion of collective dominant position in-depth in order to bring to the fore the links between theoretical uncertainties, the definition of standard of proof and legal risks.

Les règles européennes de concurrence prévoient que les opérations de concentration de dimension communautaire fassent l'objet d'une notification préalable auprès de la Commission. Celle-ci peut accepter l'opération proposée, la refuser ou conditionner une éventuelle acceptation à la mise en œuvre de remèdes de la part des parties intéressées. Ceux-ci prennent la forme d'engagements comportementaux ou, plus fréquemment, de mesures structurelles, en d'autres termes des cessions d'éléments d'actif (Lévêque, 2006). La probabilité que les autorités de la concurrence prennent une mauvaise décision n'est pas identique en matière de sanctions de pratiques anticoncurrentielles ou de contrôle des concentrations. Si celle-ci devrait s'avérer relativement limitée en matière de répression des ententes ou des abus de position dominante, dans la mesure où l'on juge d'un dommage à la concurrence *ex post*, il n'en va pas de même dès lors où il s'agit d'estimer *ex ante* un risque pour la concurrence, en vue de le prévenir.

Ce faisant, la Commission fait face à deux types de risques. Un premier est de rejeter à tort un projet dont l'effet net ne serait pas anticoncurrentiel. Le second est d'accepter à tort une opération dont le bilan s'avèrera préjudiciable. Des décisions infondées (ou insuffisamment fondées) peuvent donner lieu à des annulations des décisions de la Commission devant le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPICE). Un tel cas de figure, caractéristique d'une réelle insécurité juridique pour les opérateurs (surtout si une décision initialement favorable est annulée après coup), s'est récemment produit à deux reprises. Dans les deux cas ce fut sur la base d'une erreur manifeste d'appréciation de la Commission en matière d'évaluation des effets anticoncurrentiels des opérations soumises à son contrôle. L'un des principaux points d'achoppement tient à l'appréciation d'une éventuelle situation de position dominante collective dans laquelle pourraient se retrouver les acteurs du marché après la réalisation de la concentration (Marty, 2007). Ces deux décisions, relatives pour l'une à l'annulation d'une décision défavorable à la fusion de deux voyagistes britanniques, Airtours et First Choice¹ et pour l'autre à l'annulation d'une décision favorable à la fusion entre deux acteurs de l'édition musicale, Sony et BMG², ont mis en évidence les difficultés rencontrées par la Commission pour apprécier l'effet anticoncurrentiel potentiel de ce que les règles antitrust américaines nomment les effets coordonnés (FTC and US DoJ, 2006).

¹ Aff T-342/99, TPICE, 6 juin 2002.

² TPICE, arrêt du 13 juillet 2006.

La situation de dominance collective, indirectement issue des travaux de Stigler sur les marchés oligopolistiques (1964), correspond à une configuration dans laquelle plusieurs entreprises simultanément présentes sur un marché détiennent conjointement une position dominante du fait de leurs prises en considération d'une situation d'interdépendance stratégique, laquelle peut les conduire à adopter des stratégies explicitement ou implicitement coordonnées (Maurice-Vignal, 2005). En effet, une opération de concentration peut avoir deux types de conséquences anticoncurrentielles. Les premières correspondent à la capacité de la nouvelle entité à tirer profit de son nouveau pouvoir de marché sans escompter de réaction de nature « coopérative » de la part des autres acteurs du marché. Il s'agit d'une situation de dominance individuelle, équivalente aux effets unilatéraux américains. Malgré, les limites de cette approche, fondée sur l'examen des parts de marché avant la concentration, et ne prenant pas en compte l'inévitable ajustement des fonctions de réaction des concurrents (Farrell et Shapiro, 1990), il apparaît qu'elle pose bien moins de difficultés que la prise en considération des risques liés à la dominance collective. En effet, celle-ci ne peut se fonder que sur des hypothèses quant au renforcement des incitations pesant sur les acteurs demeurant sur le marché à s'engager dans un schéma de collusion implicite.

Ainsi, les débats autour de la notion de position dominante collective posent, par-delà la question de la sécurité juridique, des interrogations quant à la robustesse des critères fournis par la théorie économique en matière d'identification de celle-ci et d'évaluation de ses effets. Nous nous proposons dans le cadre de ce chapitre d'analyser la façon dont les autorités de concurrence apprécient le risque qu'une opération de concentrations crée ou renforce une telle situation, avant de nous attacher aux interrogations économiques et aux conséquences juridiques de ses dernières.

Pour ce faire, nous construirons notre propos à partir d'une récente décision du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie relative à un projet d'acquisition par l'un des *Big Four* du marché de l'audit (Deloitte) d'un cabinet de second rang (BDO, Marque et Gendrot)³. S'attacher au secteur de l'audit est d'autant plus intéressant qu'il s'agit d'un domaine d'activité présentant, selon les critères dégagés par les autorités de concurrence européennes, toutes les caractéristiques susceptibles de favoriser l'émergence de collusions tacites. Il s'agit,

³ Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, n° 3 bis du 23 mars 2007, dossier C2006-91, Lettre du Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie du 15 décembre 2006 au conseil de la société Deloitte, relative à une concentration dans les secteurs de l'audit, de l'expertise comptable et du conseil.

en effet, d'un secteur hautement concentré et dont le nombre d'acteurs est en constante diminution. Par exemple les *Big Six* sont devenus, en 1998, les *Big Five* avec le rachat de Coopers & Lybrand par PriceWaterhouse, avant de devenir, en 2002, les *Big Four* avec le rachat d'Andersen France par Ernst & Young. Cette vague de concentrations a donné lieu à de nombreuses décisions concurrentielles s'attachant à évaluer tant les effets unilatéraux que les effets coordonnés de ces opérations, que cela soit au niveau communautaire pour les deux opérations précédemment citées ou par les autorités françaises, à l'instar du rachat de Salustro Reydel (SRA) par KPMG en 2004. En outre, comme nous le verrons, les caractéristiques du secteur épousent à la quasi-perfection, l'ensemble des faisceaux d'indices dégagé par la jurisprudence de la Commission européenne pour considérer qu'une situation de collusion implicite a de fortes chances de se produire. En effet, parmi ces derniers figurent notamment un faible nombre d'acteurs sur le marché, une relative transparence des prix et des parts de marché respectives, l'homogénéité de l'offre, l'existence de liens multi-marchés (ou hors marché) entre les firmes, une possibilité de détection d'éventuelles déviations et de sanctions de celles-ci, l'existence de barrières à l'entrée significatives et d'une symétrie entre les principaux opérateurs (Combe, 2005).

Nous proposerons donc de nous attacher aux enjeux induits par l'utilisation par les politiques de concurrence européennes de la notion de position dominante collective. Dans une première partie, nous caractériserons celle-ci non seulement du point de vue de la théorie économique mais aussi de la jurisprudence (1-1), avant d'illustrer l'activation de la notion au travers d'une décision relative à un projet de concentration entre deux cabinets d'audit comptable (1-2). Les limites et difficultés induites par les incertitudes attachées à la notion que cela soit sur le plan de la théorie économique (2-1) ou sur le plan juridique (2-2) feront l'objet de notre seconde partie. Il s'agira ici de mettre en exergue l'impact des incertitudes rattachées à la théorie économique des effets coordonnés sur le degré de sécurité juridique dont peuvent bénéficier les acteurs du marché. Enfin, dans le cadre de notre conclusion, nous développerons quelques pistes de réflexions quant à la définition de la règle de droit que peut appliquer le juge pour de telles matières au vu du cadre théorique offert par l'économie.

I – La notion de dominance collective : fondements théoriques et activation dans les décisions en matière de contrôle des concentrations

A – Fondements théoriques et traitement de la dominance collective dans le cadre du contrôle communautaire des concentrations

Une opération de concentration est susceptible d'avoir deux effets économiques antithétiques en termes de bien être collectif. Si elle peut, dans une certaine mesure, se traduire par des gains d'efficacité (Rainelli, 2006), elle n'en induit pas moins un accroissement du pouvoir de marché à disposition de la nouvelle entité. Ce dernier peut être à l'origine d'une perte de bien être global en permettant à la nouvelle entité d'élever son prix durablement et significativement au-delà de son coût marginal. Un tel pouvoir de marché se décompose en deux effets distincts. Le premier correspond à la notion de dominance individuelle. Celle-ci correspond, peu ou prou, aux effets unilatéraux de l'antitrust américain. Il s'agit de la capacité à élever ses prix (de façon faible mais significative et non transitoire) sans compter sur une réaction conciliante de ses concurrents. La position dominante collective, quant à elle, est le pendant européen de la notion d'effets coordonnés. Il s'agit d'une situation dans laquelle les firmes décident de ne pas se faire concurrence en prix. En adoptant des comportements parallèles, elles renoncent à maximiser leur profit individuel à court terme. Les opérateurs du marché réalisent de fait un arbitrage inter-temporel, entre les gains liés aux processus de concurrence et les profits futurs liés à l'équilibre collusif. En diminuant le nombre d'acteurs sur un marché donné, la concentration peut favoriser une collusion entre ces derniers. Une telle issue peut s'avérer d'autant plus probable qu'une approche en termes de jeux répétés met en évidence le fait qu'un tel équilibre collusif, de type « non agression » peut émerger dans le cadre de stratégies non coopératives (Combes, 2005). Or, celui-ci est éminemment instable dans la mesure où chaque membre de la collusion a individuellement intérêt à trahir. Ce faisant, la collusion ne peut durablement reposer que sur un mécanisme garantissant la crédibilité des promesses mutuelles et des éventuelles mesures de rétorsion en cas de déviation (Kühn, 2002).

L'examen des effets de la concentration par la Commission porte, comme nous le verrons, sur les conditions dans lesquelles, une telle collusion serait « soutenable ». Une grande partie des difficultés d'apprécier un renforcement du risque d'émergence d'une situation de dominance collective tient au fait que celle-ci peut apparaître sans que pour autant n'apparaisse, ou ne

s'accroisse de façon significative, une position de dominance individuelle. Par exemple, si un marché est partagé entre trois opérateurs avec une firme A détenant 25 %, une firme B contrôlant 25 % et une troisième firme C, 50 %, il apparaît bien qu'une fusion entre B et C va induire des effets anticoncurrentiels bien plus directs qu'un rapprochement entre A et B. En d'autres termes, une fusion entre B et C va induire une situation de dominance individuelle. A l'inverse, un marché structuré autour de deux entités de poids égal risque de favoriser l'émergence d'un équilibre collusif.

Un certain nombre de facteurs ont été dégagés par la théorie économique pour mettre en évidence des conditions favorables à l'émergence d'une telle collusion (Ivaldi et alii, 2003). Bien qu'il soit impossible, comme nous le verrons de pondérer les différents critères, trois catégories peuvent être distinguées. La première correspond à des facteurs qualifiés de déterminants quant aux capacités des firmes à s'engager dans une stratégie de collusion. Il s'agit de la présence de barrières à l'entrée, d'une forte fréquence des interactions entre les opérateurs et d'un faible degré de turbulence technologique. La deuxième catégorie de critères correspond aux conditions susceptibles de faciliter la collusion. Il s'agit du nombre de participants sur le marché (moins les opérateurs sont nombreux, plus il leur est facile de se coordonner), de leur relative symétrie en termes de parts de marché et de structures de coûts, d'éventuels liens entre ces derniers (qu'ils soient structurels ou qu'ils passent par des organisations professionnelles) et de l'éventuelle disparition, du fait de la concentration considérée, d'une firme qui jouait précédemment le rôle de franc-tireur, en d'autres termes d'une firme qui n'avait pas d'intérêts à aligner sa stratégie sur celles de ses concurrents (Backer, 2002). Enfin, il convient de considérer un troisième ensemble de facteurs lesquels rendent la collusion soutenable sur le long terme. Il est possible de compter, parmi ces derniers, le degré de transparence du marché, une faible différenciation des produits et certaines caractéristiques de la demande, telles une faible élasticité prix de la demande ou un faible pouvoir de marché des acheteurs.

La Commission européenne a fondé son approche sur ces faisceaux d'indices et sur la prise en considération de trois critères cumulatifs progressivement dégagés par la jurisprudence. Une situation de dominance collective est définie par la jurisprudence communautaire comme une configuration de marché dans laquelle certains opérateurs sont en mesure d'adopter une ligne d'action commune restrictive de concurrence indépendamment du comportement des consommateurs et des concurrents actuels (et / ou potentiels) et s'exposent à des représailles

en cas de déviation vis-à-vis de cette ligne commune. Les premières utilisations de la notion en matière de contrôle des concentrations remontent à la fusion entre Varta et Bosch en 1991 et au rachat de Perrier par Nestlé en 1992. Dans ce dernier cas, les investigations avaient porté sur le risque de développement d'une dominance conjointe entre Nestlé et BSN (l'actuel Danone). Chacune des deux firmes détenait 40 % du marché. En outre, la symétrie des structures de coûts pouvait laisser craindre que ces dernières aient tout à gagner à adopter des stratégies parallèles. La concentration ne fut acceptée que moyennant des cessions d'actifs, en l'occurrence Volvic⁴. La notion de position dominante collective fut ensuite affinée au travers de son activation dans trois projets de concentration. Tout d'abord, dans le cadre de l'affaire Kali und Salz, la Commission a autorisé la concentration, malgré les craintes d'émergence d'une situation de dominance collective dans le secteur de la potasse, à la condition que la nouvelle entité rompe les liens structurels qui la liait à son principal concurrent, le français SCPA, notamment au travers d'une joint-venture au Canada. Par contre, dans le cadre de deux affaires, Genco / Lonrho et Airtour / First Choice, la Commission refusa les projets de concentration sur la base des risques d'émergence ou de consolidation d'une situation de position dominante collective. Si dans la première affaire, le TPICE confirma le refus de la Commission d'un projet de fusion entre deux entreprises sud-africaines du secteur de la platine, dans le cas du projet de concentration entre les deux voyagistes britanniques, il annula la décision négative de celle-ci.

Airtour et First Choice étaient, à la veille de l'OPA du premier sur le second, deux acteurs majeurs du marché britannique des vacances à forfait sur des destinations proches. Le regroupement des deux firmes était susceptible de conduire à une structure de marché dans laquelle le nouvel ensemble aurait détenu 32 % des parts, contre 27 % à Thomson, 20 % à Thomas Cook et seulement 21 % pour l'ensemble des firmes de la marge concurrentielle. Le risque d'une collusion tacite entre ces trois acteurs conduisit donc la Commission à s'opposer à la fusion en septembre 1999. Or, en juin 2002, le Tribunal de Première Instance annula la décision en considérant que si le secteur présentait bien certaines caractéristiques favorables à l'émergence d'une telle collusion, il n'en demeurait pas moins que dans le cadre de son

⁴ Il convient de relever que la politique des engagements structurels (les cessions d'actifs) est assez problématique dans les affaires de dominance collective. En effet, la cession d'un actif à concurrent n'a pas, loin s'en faut, le même effet que dans le cadre d'une dominance individuelle. Elle peut même renforcer la probabilité d'apparition d'un équilibre collusif si elle réduit les asymétries existantes entre les opérateurs. La seule solution serait de faire céder les actifs à un nouveau venu dans la branche (un *up-front buyer*). Il conviendrait alors de s'interroger sur les incitations que pourrait avoir ce dernier à s'engager directement dans des stratégies de franc-tireur face aux opérateurs installés de longue date. De pareilles interrogations peuvent de la même façon prévaloir quant à sa capacité à exercer une pression concurrentielle significative sur ces derniers.

analyse économique la Commission avait commis des erreurs manifestes d'appréciation en ne tenant pas compte de facteurs susceptible de contrarier un tel équilibre (Combe, 2005).

Tout d'abord, le marché n'est que très imparfaitement transparent. En effet, les offres sont relativement différenciées et la demande des consommateurs est caractérisée par une forte volatilité. Ensuite, si une logique collusive venait à se mettre en place, sa stabilité ne saurait être assurée dans la mesure où les caractéristiques propres du marché rendent difficile l'exercice de représailles. L'offre apparaît comme relativement rigide à un horizon de 18 mois, du fait des délais de réalisation des catalogues. Comme une éventuelle riposte des concurrents sera très longue à venir, les gains nets actualisés liés à la déviation seront très importants pour la firme qui romprait l'accord. Enfin, une collusion entre les trois principaux opérateurs du marché pourrait être facilement contrecarrée par les consommateurs et les firmes de la frange concurrentielles. Ce faisant, le TPICE a dégagé trois critères (transparence, possibilité de représailles entre les firmes coalisées et capacités de riposte des tiers) permettant de donner une règle de décision au juge. Nous nous proposerons dans notre seconde sous-section de saisir l'application de ces critères en situation au travers du cas d'un projet de concentration dans le domaine de l'audit.

B – Le cas des cabinets d'audit comme exemple d'activation de la notion de dominance collective par les autorités de la concurrence

Appréhender une notion pareillement issue d'une longue construction jurisprudentielle et pour le moins difficile à caractériser du point de vue économique peut être facilité au travers de l'analyse d'une décision de justice. L'acceptation en décembre 2006 par le Ministre en charge de l'économie, des finances et de l'industrie d'un projet de concentration entre deux cabinets d'audit et d'expertise comptable fournit un cas particulièrement précieux d'analyse de la façon dont les autorités de la concurrence mobilisent en situation la notion de dominance collective. En effet, les caractéristiques propres au secteur ont conduit les autorités tant communautaires que nationales à se pencher à chaque vague de concentrations sur le risque d'émergence d'une position dominante collective. S'attacher à cette dernière opération en date permet d'analyser à la fois la jurisprudence antérieure et le raisonnement économique mis en œuvre par les autorités concurrentielles. L'intérêt d'une analyse appliquée au marché de l'audit comptable et financier est en fait lié à trois caractéristiques. Il s'agit tout d'abord d'un marché fortement concentré (que cela soit au niveau national ou au niveau

communautaire). Ensuite, nous disposons d'une jurisprudence concurrentielle remarquable du fait des opérations successives de concentration. Enfin, les caractéristiques du secteur épousent le portait robot dégagé par la Commission des marchés dans lesquels une collusion tacite est susceptible de se développer.

- Le cas du marché de l'audit : les *Big Four* sont-elles dans une situation de dominance collective sur le marché français ?

La Société Deloitte France souhaitait se porter acquéreuse de 100 % du capital de la société JMF (Janny Marque Future), holding détenant le cabinet d'audit BDO, Marque et Gendrot (ci-après BDO). Du fait des chiffres d'affaires respectifs des deux groupes et de la dimension nationale de l'opération⁵, le projet de concentration n'a pas été soumis au contrôle préalable de la Commission européenne mais à celui du ministre de l'Economie⁶. Deloitte est l'un des quatre acteurs majeurs sur les services d'audit et d'expertise comptable, aux côtés de PriceWaterhouseCoopers (PWC), Ernst and Young et KPMG. Potentiellement, l'acquisition d'une autre entreprise du secteur peut soit se solder par une création ou un renforcement d'un pouvoir de marché individuel, soit par une augmentation de la probabilité que les quatre firmes dominantes puissent mettre en œuvre des stratégies parallèles.

En effet, le (ou les) marché(s) de l'audit et de l'expertise comptable présente(nt) un certain nombre de particularités pouvant laisser craindre que toute nouvelle consolidation puisse porter préjudice à l'intensité de la lutte concurrentielle. Il convient tout d'abord de noter que les entreprises du secteur proposent plusieurs services très différenciés, que la Commission européenne, a clairement distingués comme autant de marchés pertinents dans de précédentes décisions⁷. Pas moins de six marchés sont en effet examinés séparément dans le cadre du contrôle des autorités de la concurrence. Par exemple, dans le seul domaine de l'audit, il convient de distinguer la situation de la concurrence en matière d'audit légal et d'audit contractuel. Dans le premier cas, il s'agit d'un audit et d'une certification *a posteriori* des comptes annuels des sociétés, imposés par la loi du 24 juillet 1867. A l'inverse, dans le cas de l'audit contractuel, les sociétés veulent se forger une opinion pour leur compte,

⁵ Bien que Deloitte France soit membre du réseau Verein, Deloitte, Touche et Tohmatsu, association de droit suisse, elle constitue une entreprise pleinement indépendante et autonome.

⁶ Article L 430-3 et suivants du Code de Commerce, relatifs à la concentration.

⁷ Décisions M 1016 du 20 mai 1998 (Price Waterhouse / Coopers & Lybrand) et COMP / M 2816 du 5 septembre 2002 (Ernst & Young / Andersen France).

indépendamment de toute contrainte légale. Cependant, la frontière entre audit, expertise comptable et missions de conseil devient très floue. Au sein même de l'audit légal, la situation des sociétés publiant des comptes consolidés est encore spécifique dans la mesure où la loi les oblige à faire certifier leurs comptes par au moins deux commissaires aux comptes appartenant à des cabinets différents. Face à une telle diversité, tant la Commission européenne que les autorités internes de la concurrence⁸ ont distingué un marché spécifique de l'audit légal à destination des grandes entreprises et des sociétés cotées. Notre analyse portera ici sur ce seul segment. La spécificité de ce marché, au moins dans le cas français, est de voir les quatre acteurs majeurs du secteur concurrencés, certes à la marge, sur le marché des sociétés cotées par des cabinets de second rang, parmi lesquels on comptait initialement, Mazars & Guérard, Salustro-Reydel, Constantin, Grant Thornton International et BDO. Le principe de double commissariat aux comptes constitue l'un des leviers à partir desquels les entreprises de second rang peuvent maintenir une pression concurrentielle sur les quatre grands.

Il n'en demeure pas moins que les quatre cabinets majeurs détiennent une position de force sur les sociétés du CAC 40 (81 % des mandats fin 2006) et du SBF 120 (73 %). Cependant, le projet de concentration ne se fait pas entre des membres de ce premier cercle mais avec un compétiteur secondaire. Dès lors, il convient de mettre en évidence le fait que la position des *Big Four* n'apparaît pas comme autant hégémonique sur le SBF 250 (hors SBF 120) avec seulement 50,2 % des mandats. Si l'on vient à considérer l'ensemble des 1044 sociétés cotées sur la place de Paris, leurs parts cumulées ne représentent plus que 38,1 %. Bien que le marché pertinent considéré par les autorités de la concurrence recouvre en fait les activités d'audit légal⁹ à destination des entreprises cotées¹⁰, le périmètre du SBF 120 a été dégagé par la jurisprudence comme une approximation satisfaisante de la concurrence sur le marché de

⁸ Décision ministérielle relative au rachat de Salustro Reydel et Associés (SRA) par KPMG, 19 novembre 2004.

⁹ Le marché de l'audit contractuel ne présente pas les mêmes risques d'émergence d'une position dominante individuelle dans la mesure où il s'avère bien plus fragmenté. De la même façon, une position de dominance collective prévaudra est d'autant plus difficilement que les services rendus sont moins homogènes, que les parts de marchés et les tarifs ne sont pas transparents, qu'il existe une concurrence réelle des cabinets de second rang et que les évolutions réglementaires récentes favorisent le développement de ces derniers. De telles évolutions, liées au renforcement des exigences posées par les lois de sécurité financière et par les codes de déontologie mis en place par la profession. Elles se traduisent notamment par l'imposition d'un délai de *viduité* de deux ans entre des missions de commissariat aux comptes et d'audit, susceptible de renforcer les parts de marché des cabinets de second rang.

¹⁰ En effet, pour l'ensemble des sociétés françaises, la part de marché du nouvel ensemble n'atteint pas les 5 %. Il convient de souligner que 70 % des prestations sont réalisées par des cabinets ne figurant pas parmi les dix premiers du secteur.

l'ensemble des sociétés cotées¹¹. Il s'agit donc d'apprécier si l'opération de concentration projetée était susceptible de porter atteinte à la concurrence que cela soit par le biais de la création – ou d'un renforcement – d'une position dominante individuelle ou par celle d'une position dominante collective.

Appréciation de la dominance individuelle

Évaluée en termes de mandats de commissaires aux comptes, il apparaît que la position individuelle de Deloitte par rapport à ses trois concurrents majeurs ne serait pas significativement renforcée par la réalisation du projet de concentration. Le tableau *infra* donne les parts de marché de Deloitte face à celles de ses rivaux majeurs avant et après une éventuelle réalisation de l'opération de concentration.

	Deloitte (+BDO)	PWC	KPMG	Ernst & Young	Mazars ¹²
En nombre de mandats SBF 120	16,03 % (17,3 %)	14,35 %	17,3 %	23,62 %	11,39 %
En montants d'honoraires	21,69 % (21,8 %)	20,59 %	16,07 %	32,56 %	7,67 %

Il apparaît que l'adjonction de BDO à Deloitte n'est pas de nature à lui permettre de renforcer significativement sa position vis-à-vis de ses trois concurrents majeurs. Ainsi, le projet de concentration ne va sans doute pas susciter des *effets unilatéraux* significatifs susceptibles de fausser la concurrence.

Appréciation de la dominance collective

S'il apparaît que l'opération envisagée n'est pas susceptible de susciter une position dominante individuelle, il convient de s'attacher à son impact en termes de dominance collective. Comme nous l'avons vu, les dernières opérations de concentration dans le secteur ont conduit les autorités de la concurrence tant communautaires (1998 et 2002) que nationales

¹¹ Une telle approximation a déjà été utilisé par la Commission dans le cadre de sa décision Ernst & Young / Andersen France.

¹² Il s'agit, comme nous le verrons, du cabinet de second rang le plus significatif.

(2004) à s'interroger si la réduction du nombre d'opérateurs sur le marché et les spécificités de celui-ci étaient susceptibles d'engendrer une telle situation. Dans sa décision de 1998, la Commission avait jugé qu'une coordination entre cinq firmes était encore bien trop complexe à mettre en œuvre. En 2002, le passage de cinq à quatre ne fut pas examiné sous l'angle du renforcement du risque de position dominante collective, dans la mesure où la *théorie de l'entreprise défaillante* fut appliquée. En effet, les difficultés d'Andersen rendaient inexorables la réduction du nombre d'opérateurs de quatre à trois. La situation qui a prévalu pour l'examen du rachat de SRA par KPMG en 2004¹³ est par contre d'autant plus intéressante qu'elle correspond au même cas de figure que le projet de rachat de BDO par Deloitte. L'opération envisagée n'allait en effet pas se traduire par la disparition de l'un des *Big Four* mais par la disparition de l'un des acteurs de la frange concurrentielle lesquels sont considérés comme empêchant les premières citées à adopter une ligne de conduite commune.

La check-list établie par la Commission européenne

Il est en effet possible de craindre que du fait des spécificités du secteur une collusion puisse prévaloir entre les acteurs du marché. Tout d'abord, le marché est très concentré. En termes de mandats, les *Big Four* détiennent les quatre-cinquièmes des mandats des entreprises du CAC 40 et presque les trois-quarts de ceux du SBF 120. En termes de montants, les parts atteignent dans les deux cas les 91 %. Au-delà de la seule prise en compte des parts de marché cumulées, l'indice d'Hirschmann-Herfindhal¹⁴ (HHI) dépasse les 2000 points sur le CAC 40 (2001 si l'on considère les parts de marché exprimées en nombre de mandats et 2342 si l'on s'attache aux montants). S'il ne s'élève qu'à 1503 points en termes de nombres de mandats sur le SBF 120, il retrouve une valeur de 2296 dès lors que l'on considère le montant des honoraires. Ainsi, nous situons incontestablement dans le cas d'un marché concentré. De la même façon, le fait que les parts de marché respectives des quatre grands s'échelonnent entre

¹³ La décision, qui avait fait l'objet d'un recours du cabinet Fiducial, fut confirmée par le Conseil d'Etat, le 30 juin 2006.

¹⁴ L'indice d'Hirschmann – Herfindhal se différencie des indices de concentrations classiques, lesquels reposent sur la somme des parts de marchés des n entreprises les plus importantes, dans la mesure où il permet, en se fondant sur les carrés de ces dernières, de prendre en compte non seulement le nombre de firmes mais aussi la distribution de leurs parts de marché. Ainsi, si le marché est monopolistique, la valeur du HHI est de 100^2 , soit 10 000 points. Le HHI définit en Europe, les seuils déclenchant les investigations des autorités de la concurrence. Un contrôle par la Commission est nécessaire dès lors que l'indice post-fusion dépasse 1000 points. Si le HHI s'établit entre 1000 et 2000 points, un contrôle renforcé est lancé dès lors que la fusion entraîne une variation de 250 points de l'indice. Si le HHI dépasse 2000 points, toute fusion suscitant une variation de 150 points de l'indice implique un contrôle renforcé (Combes, 2002).

14 et 23 % peut laisser craindre qu'une collusion puisse s'établir d'autant plus facilement que les acteurs sont relativement symétriques¹⁵.

D'autres indices peuvent aussi conduire à caractériser la structure de marché comme favorable à l'émergence d'un équilibre collusif. Tout d'abord, la répartition du marché entre ces quatre acteurs est significativement stable, alors qu'entre 2004 et 2006 plus de la moitié des mandats des sociétés membres du SBF 120 ont été renouvelés. En effet moins du quart des mandats a changé de mains. Ensuite, malgré l'introduction des nouvelles normes IFRS, il apparaît, au moins pour les *Big Four*, qu'aucune rupture « technologique » majeure ne pourrait bouleverser les positions acquises. En outre, il apparaît que la tendance à la hausse des prix, à une relative polarisation de la demande des grands groupes (auprès des *Big Four* du fait de la complexification des prestations) conjuguée à une très faible élasticité de la demande aux prix ne favorisent la collusion. Face à de telles caractéristiques, les autorités de la concurrence considèrent que « ce marché est structurellement propice à l'apparition d'un oligopole collusif ».

La mise en œuvre des trois critères dégagés de la jurisprudence

Comme nous l'avons vu, la jurisprudence communautaire, après l'affaire Airtours a permis de dégager trois critères cumulatifs permettant d'établir qu'une opération de concentration est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante collective. D'abord, le marché doit être suffisamment transparent pour que chaque firme puisse observer le comportement de ses concurrents. Ensuite, les firmes des dispositifs doivent pouvoir être mis en œuvre pour dissuader les firmes de leur ligne d'action commune. Enfin, il est nécessaire que les consommateurs ou les concurrents (actuels ou potentiels) ne puissent être en mesure de contrecarrer les effets de la coordination.

La transparence est le premier critère retenu par la Commission. Celle-ci favorise la persistance de l'équilibre collusif dans la mesure où elle permet d'observer la stratégie suivie par les concurrents, d'aligner aisément les lignes de conduite sur le marché, de détecter rapidement d'éventuelles déviations et donc de pouvoir précocement les sanctionner. Sur le marché de l'audit, la transparence est encore renforcée par la stabilité des parts de marché et

¹⁵ Décision de la Commission européenne M 1383 Exxon/Mobil du 29 septembre 1999.

la relative homogénéité des prestations proposées par les grands cabinets. Les modalités de fonctionnement du marché, notamment les modalités de mise en concurrence par les clients, peuvent cependant réduire la lisibilité du marché pour les firmes. Cependant, les autorités de la concurrence considèrent que ces spécificités ne sont pas de nature à suffire à mettre en cause l'observabilité du marché et des politiques tarifaires entre concurrents, du moins sur le segment de marché du CAC 40. En outre, la procédure du double commissariat aux comptes accroît les possibilités de surveillance réciproque entre les cabinets d'audit.

La possibilité de mettre en œuvre des représailles constitue le deuxième critère. En effet, les accords collusifs étant instables par nature, il est nécessaire que des mécanismes de sanction crédibles puissent être activés par les entreprises. Dans le cadre de l'affaire Airtours, le TPICE avait d'ailleurs annulé le refus de la Commission en arguant qu'il n'était possible de retenir une position dominante collective lorsqu'il apparaît que l'exercice de rétorsions en cas de déviation s'avère très difficile. Dans le cas qui nous intéresse, l'accord peut porter soit sur les prix (les honoraires) soit sur les quantités (le nombre de mandats). Or, plusieurs facteurs peuvent aller à l'encontre de la mise en œuvre de rétorsions en cas de déviation. D'abord, les dates de renouvellement sont exogènes et décalées dans le temps. Les procédures de mise en concurrence peuvent varier d'un appel d'offres concurrentiel à des consultations restreintes selon les entreprises. La possibilité de recourir à des procédures négociées réduit les possibilités de contrôle réciproque. De la même façon, la durée même des mandats (six ans) rend plus difficile l'exercice de représailles en cas de déviation. Enfin, les cabinets de second rang, qui exercent une concurrence à la marge, n'ont aucune raison objective de suivre une telle ligne de conduite.

La prise en compte de la stratégie des acteurs de la frange concurrentielle conduit à examiner le troisième critère dégagé par la jurisprudence communautaire, à savoir la capacité des tiers à remettre en cause l'équilibre collusif. Si dans un marché oligopolistique, les acteurs les plus faibles peuvent craindre de déclencher une guerre des prix dont ils risqueraient d'être les premières victimes, il n'en demeure pas moins que certains membres de la frange concurrentielle (des *mavericks*) peuvent être incités à bousculer les positions acquises. De tels éléments perturbateurs sont définis comme « une firme qui, parce que ses objectifs, son histoire, sa fonction de coût ou sa gamme de produits sont différents, ne joue pas le jeu de la coordination » (Neven, 2001).

Le caractère critique du projet de concentration soumis à autorisation tient particulièrement au fait que celle-ci se traduirait par la disparition d'un des cabinets de second rang qui, selon les précédentes décisions des autorités de concurrence, sont les acteurs qui rendent particulièrement difficile l'établissement d'un équilibre collusif dans la branche. En d'autres termes, il s'agit de savoir si la disparition d'un franc tireur (via son absorption) ne va pas renforcer la probabilité d'émergence d'un tel équilibre quand bien même les positions relatives des quatre grands sur le marché ne sont que très marginalement modifiées. En effet, pour ce qui est des grands cabinets d'audit, le nombre d'acteur demeure stable à quatre. Par contre, les cabinets de second rang passent de quatre à trois. Il s'agit donc de savoir si la réduction du nombre de compétiteurs de second rang va avoir des répercussions sur les incitations qui vont s'exercer sur les acteurs majeurs du marché. La démonstration des autorités de la concurrence s'est appuyée sur l'existence d'autres cabinets toujours en mesure de jouer un tel rôle de franc-tireur, en l'occurrence Mazars (13 mandats sur le CAC 40 et 14 autres sur le SBF 120) et sur la possibilité d'une pression concurrentielle en provenance de cabinets de rang plus modeste, lesquels détiennent une trentaine de mandats sur le SBF 120. Ainsi, la décision rendue a été favorable sur la base des trois critères dégagés par les instances communautaires. La transparence du marché n'est pas considérée comme établie, la possibilité de mettre en œuvre des représailles n'est pas considérée comme démontrée et des concurrents peuvent toujours être en mesure de mettre en cause le *modus vivendi*.

Le cas du marché de l'audit montre que les critères dégagés par la jurisprudence communautaire semblent donc fournir une boîte à outils efficace en matière de contrôle des projets de concentrations dans des secteurs oligopolistiques. Cependant, l'annulation de la décision favorable à la fusion entre Sony et BMG par le TPICE en juillet 2006 témoigne de la persistance d'une insécurité juridique en la matière. Si le TPICE a annulé la décision de la Commission sur la base d'une erreur manifeste d'appréciation, nous verrons dans une première section de notre seconde partie que de telles erreurs peuvent être liées aux incertitudes mêmes qui prévalent quant à la théorie économique des effets coordonnés. Enfin, nous envisagerons, dans une seconde section, les formes que peuvent revêtir une telle insécurité juridique pour les opérateurs.

II – La position dominante collective : une notion contestée au point de vue théorique et potentiellement porteuse d’insécurité juridique

A – Les critiques quant aux fondements théoriques de la notion de position dominante collective

- Les incertitudes liées aux modèles économiques sous-jacents

La jurisprudence des autorités de la concurrence européennes s’appuie sur un certain nombre de principes issus de la théorie économique de la collusion (Stigler, 1964). Il est tout d’abord nécessaire, pour qu’une solution « coopérative » prévale entre concurrents (i.e. dans le cadre d’un jeu non coopératif), que la transparence du marché soit suffisante pour que toute déviation vis-à-vis de l’équilibre collusif puisse être rapidement détecté et sanctionné. Ensuite, tous les marchés ne présentent pas le même profil de risque en matière d’émergence d’entente tacite. Une collusion est d’autant plus probable que le marché est fortement oligopolistique, protégé par des barrières à l’entrée et que ses acteurs ont de nombreuses occasions de communiquer entre eux, que cela soit au travers de pratiques collusives, de liens structurels ou plus simplement de relations hors marché (associations professionnelles, instances de normalisation,...).

La prise en compte de la possibilité de création ou de renforcement d’une position de dominance collective dans le cadre du contrôle des concentrations se heurte à une double difficulté. D’une part, à l’inverse de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, il ne s’agit pas pour l’autorité de la concurrence de sanctionner *ex post* des stratégies effectivement mises en œuvre mais au contraire de prévenir *ex ante* le développement de tels comportements. D’autre part, la position dominante collective est très difficile à saisir au point de vue économique. Non seulement elle ne saurait être mesurée à l’instar de la position dominante individuelle mais outre elle procède pas d’un accord explicite entre les firmes mais de la prise de conscience par celles-ci de leur interdépendance. A ce titre, de tels phénomènes découleraient mécaniquement « de comportements individuels dictés par le marché et ses caractéristiques » (Vautherin, 2001). En effet, tout repose sur la prise en considération de l’équilibre de Nash dans des jeux de concurrence oligopolistique, dans le cadre desquels les firmes prennent en compte le comportement de leurs concurrents et s’y adaptent rationnellement. Dans le cadre d’une logique proche du modèle de la courbe de

demande coudée (Sweezy, 1939), il n'existe pas d'incitation à la déviation vis-à-vis d'une collusion implicite dans la mesure où le gain de court terme lié à la captation d'une partie de la demande est inférieur à la perte actualisée liée à la réaction des concurrents (Neven, 2001). En effet, on suppose que les opérateurs renoncent à se faire concurrence par les prix, c'est-à-dire de ne pas maximiser leurs profits à court terme au profit de la préservation d'un équilibre collusif, permettant de générer à long terme un profit extra-concurrentiel. Un tel arbitrage inter-temporel suppose que les engagements mutuels soient consolidés par l'existence de possibilités de détection et de sanction d'éventuels comportements déviants. Il est nécessaire que les gains liés à la collusion et les risques liés à une éventuelle rétorsion soient suffisamment élevés et certains pour conduire les firmes à renoncer à maximiser leurs profits à court terme. Le contrôle des concentrations doit en pareille situation porter sur l'impact du projet sur les incitations des firmes à privilégier une logique collusive.

Les fondements théoriques de la notion de position dominante collective reposent donc sur des modèles de marchés oligopolistiques, dus, selon l'expression consacrée dans la littérature, à deux « *dead Frenchmen* », en l'occurrence Cournot et Bertrand (Khün, 2002 et Kolasky, 2005). Qu'il s'agisse d'une concurrence en quantités ou d'une concurrence en prix, les deux modèles s'accordent à conclure que toute nouvelle concentration dans un marché oligopolistique a pour conséquence de renforcer la probabilité d'entente. Il s'agit au final d'une logique de type structuraliste conduisant à relier d'une part des indicateurs de concentration de type HHI aux ratios prix / coûts prévalant dans l'industrie. Une telle approche présente cependant au moins trois biais. D'abord, elle repose sur une approche en termes de structures de marchés et occulte l'ensemble des avancées liées à la contestation portée par l'Ecole de Chicago, tenant en premier lieu à la prise en compte des comportements des firmes (Encaoua et Guesnerie, 2006). Ensuite, il apparaît que la concurrence ne se joue pas seulement sur les seules variables du prix ou des quantités. La qualité des produits, leur différenciation et l'innovation produite par les firmes concurrentes ne sauraient que troubler un tel jeu. Enfin, il s'agit d'approches statiques. Les firmes réagissent à toute variation de leur environnement en révisant leurs stratégies. Il est en fait impossible de raisonner comme si les acteurs économiques ne modifiaient pas leurs fonctions de réponses après chaque événement et ne révisaient pas constamment leurs anticipations¹⁶. De ce fait, comme le note, Ridyard

¹⁶ Par exemple, les modèles de simulations utilisés par les autorités de la concurrence pour prévoir les conséquences des concentrations dans des marchés où les produits sont différenciés sont, malgré leur sophistication économétrique,

(2005), « For these reasons translating the predictions of either of these theoretical models directly into predictions of post-merger behaviour is likely lead to erroneous results ».

Il n'en demeure pas moins que la notion de position dominante collective est fondée sur cette base théorique. Celle-ci est activée dans le cadre de la pratique concurrentielle communautaire au travers de deux outils, successivement élaborés pour rendre les procédures de décision lisibles et prévisibles par les acteurs économiques, à savoir, d'une part, la *check-list* et, d'autre part, les trois critères issus de la jurisprudence *Airtours*. Il s'agit donc ici de jauger ces derniers à l'aune de leur robustesse théorique.

- Les limites de la *check-list* de la Commission européenne

La *check-list* utilisée par la Commission Européenne, bien qu'inspirée par le manuel de Sherer et Ross (1990), fait cependant l'objet de nombreuses difficultés contestations théoriques. Il apparaît, en effet, que la plupart de ses critères peuvent être interprétés alternativement dans un sens ou dans un autre. Par exemple, l'existence de surcapacités productives peut tout aussi bien être interprétée comme une incitation individuelle à une déviation vis-à-vis d'une solution collusive ou comme un élément dissuasif dans la mesure où il conditionne la capacité des concurrents d'exercer des représailles, comme cela fut par exemple le cas aux Etats-Unis pour le cartel de la Lysine (Kolasky, 2002).

Il en est aussi ainsi pour la réduction du nombre d'acteurs sur le marché. Par exemple, une réduction du nombre d'opérateurs sur un marché peut tout aussi bien être vue comme un facteur rendant plus difficile la collusion du moment où elle crée des asymétries entre les différentes entreprises (Compte et al., 2002). Un marché composé de trois acteurs dont les parts de marché sont équivalentes sera sans doute moins collusif si une concentration réduit le nombre d'acteurs à deux avec des parts de marchés respectives de 33 % et de 67 %. Cependant, si l'on admet que la sortie d'une firme d'une branche pourrait faciliter la collusion, il convient de distinguer entre la disparition de capacités de production et leur absorption par un autre acteur. Si une firme disparaît, il est possible que ses consommateurs se répartissent librement entre les différentes firmes restantes, ce qui va contribuer à déstabiliser une éventuelle collusion.

fondés sur un modèle de Cournot de nature statique dans lequel les concurrents ne modifient pas leurs fonctions de réaction après la concentration.

De façon plus générale, la check-list présente la faiblesse de reposer principalement sur des critères de structures non seulement mis à mal par la contestation de l'Ecole de Chicago, selon laquelle le comportement effectif des firmes devrait être au centre de l'analyse des autorités de la concurrence (Marty, 2007) mais sont aussi contestés tant aux points de vue pratiques que théoriques. La prise en considération du HHI fait, par exemple, l'objet de nombreuses contestations, à l'instar de tous les critères de structure¹⁷. En outre, les différents critères de la Commission ne sont ni pondérés ni hiérarchisés.

Au travers de la jurisprudence européenne se pose avec acuité la question du seuil à partir duquel la réduction du nombre de concurrents est réputée influencer sur la capacité des firmes restantes à s'engager dans des pratiques collusives. La position des autorités de la concurrence a souvent varié au fil des différents cas, comme nous l'avons pour le cas du marché de l'audit. Celles-ci ont progressivement admis la réduction de nombre d'opérateurs majeurs de six à quatre au niveau européen. Au niveau national, avec les acquisitions de SRA et de BDO, le nombre de cabinets de la frange concurrentielle est passé de cinq à trois sans que ceci ne soit considéré comme facilitant une collusion. Inversement, la jurisprudence de la Commission avant l'annulation de la décision *Airtours* allait dans le sens d'une sévérité croissante. Dans le projet de concentration *Gencor / Lonrho*, la Commission devait se prononcer sur un projet réduisant le nombre d'acteurs de trois à deux, avec une structure de marché dans laquelle les deux entités dominantes allaient détenir plus de 80 % de parts de marché. Dans l'affaire *Airtours*, le nombre d'acteurs allait passer de quatre à trois. Enfin, dans le projet de fusion entre *EMI* et *Time Warner*, abandonné après le déclenchement de l'enquête de la Commission, le nombre d'acteurs allait passer de cinq à quatre avec une frange concurrentielle d'indépendants, dépassant 20 % de parts de marché cumulées. Quoiqu'il en soit le lien entre réduction du nombre d'opérateurs et facilité à s'entendre est pour le moins difficile à établir. En effet, la complexité de la structure informationnelle nécessaire à la constitution (ou au maintien) d'une collusion n'est pas obligatoirement significativement réduite par la disparition de l'un des acteurs (Kühn, 2002).

De la même façon, le traitement spécifique appliqué aux projets dans lesquels un opérateur dominant prend le contrôle d'une firme se comportant comme un franc tireur (un *maverick*) fait l'objet de contestations. Cette approche pourtant au centre de l'affaire *Deloitte* et du

¹⁷ Le HHI fait l'objet de diverses contestations, ne serait-ce que par le lien supposé (issu de l'approche structuraliste) entre la concentration d'un secteur et l'existence de pouvoirs de marché (Plagnet, 2005).

recours de la FTC contre le rachat de Dreyers par Nestlé aux Etats-Unis en 2002¹⁸, est notamment mise en question sur la base de l'impossibilité de fonder empiriquement de telles caractéristiques (Sayyed et Tucker, 2006).

- Analyse critique des trois critères dégagés par le TPICE dans le cadre de l'affaire Airtours

Si une lecture mécanique de la check-list, fondée sur le contrôle successif de chaque condition est potentiellement porteur d'une insécurité juridique du fait de l'absence de fondations théoriques suffisamment satisfaisantes, la nouvelle donne créée par les critères dégagés par le TPICE n'apporte pas pour autant une réelle sécurité juridique, comme en atteste par exemple l'annulation en juillet 2006 de la décision de la Commission relative à la fusion entre Sony et BMG (Marty, 2007). Il convient, en effet, de ne pas considérer les trois critères « Airtours » (la transparence du marché, la possibilité de représailles et l'existence d'acteurs susceptibles d'entraver l'exercice collectif du pouvoir de marché) de façon isolée et séquentielle mais, au contraire, de s'attacher à leurs interrelations (Spector, 2007).

Tant la transparence du marché que l'existence de possibilités de représailles, significatives et crédibles, sont des conditions indispensables au maintien d'un équilibre collusif. En effet, comme nous l'avons vu, si l'équilibre collusif est collectivement profitable pour l'ensemble des firmes (lesquelles forment un monopole à établissements multiples), il n'en demeure pas moins que l'intérêt individuel d'une firme impliquée dans la collusion est de dévier pour s'approprier l'intégralité du profit extra-concurrentiel. La collusion ne peut donc être maintenue que si et seulement si toute déviation est rapidement détectée et si les mesures de rétorsions que peuvent mettre en œuvre les autres membres conduisent la firme tentée de dévier à renoncer aux gains de court terme liés à la trahison face aux coûts actualisés d'une rupture de l'accord collusif (disparition du surprofit) et des pertes induites par les représailles.

Une telle logique ne peut prévaloir que si et seulement si les critères de transparences et de crédibilité des représailles sont satisfaits. Si nous reprenons l'exemple des cabinets d'audit, plusieurs facteurs peuvent affaiblir la stabilité de l'équilibre collusif. En matière de

¹⁸ La FTC contesta devant les tribunaux américains le projet de rachat de Dreyers, nouvel entrant sur le marché des crèmes glacées en 1999 par Nestlé dans la mesure où la disparition de la firme allait faire disparaître un acteur qui avait tout à gagner à bousculer les situations acquises.
Nestlé Holdings Inc., FTC File n°021-0174, June 25, 2003.

transparence tout d'abord, la sélection des cabinets par consultations restreintes ou par appels d'offres ne permet pas une parfaite lisibilité des stratégies de chacun. Même la procédure la plus transparente, celle des appels d'offres peut affaiblir le contrôle mutuel des entreprises impliquées dans la collusion. Etant donné que seule l'identité du vainqueur est connue, il est nécessaire que l'offre de services soit suffisamment homogène et que les attentes des différents clients soient assez proches et prévisibles pour qu'il soit possible de considérer que l'attribution se soit faite sur le seul critère du prix. Dans le cas inverse, il est impossible de savoir si le vainqueur de la consultation a effectivement respecté l'accord collusif.

Le même problème se pose pour l'exercice des représailles (Spector, 2007). Comme les incitations à dévier dépendent d'une comparaison entre deux flux actualisés, plus la riposte tarde à venir, moins le coût net des représailles sera élevé. Les contrats de commissaires aux comptes étant des contrats de long terme (six ans), l'intérêt d'une trahison n'en est que plus élevé, à ceci près que les sanctions pourront s'exercer non pas lors du renouvellement du contrat mais à l'occasion des prochaines mises en concurrence par des firmes tierces. Tout ceci met en relief la question de la crédibilité des représailles (Abreu, 1988). Si dans certains cas, le retour à un équilibre concurrentiel peut apparaître comme suffisant (en ce sens qu'il prive les entreprises du sur-profit collusif), il n'en demeure pas moins que des représailles efficaces supposent souvent que les firmes qui les mettent en œuvre acceptent de subir de nouveaux coûts (guerre des prix) pour sanctionner l'entreprise félonne. Ceci ne peut se faire que si celles-ci anticipent un retour à terme à l'équilibre collusif ou réalisent un « investissement en crédibilité » pour dissuader toute velléité de déviation sur d'autres marchés dans le cadre desquels elles développent aussi des stratégies collusives.

Parmi les critères dégagés par le TPICE en matière de viabilité de l'équilibre collusif, il convient aussi de revenir sur l'influence des consommateurs sur la durabilité de ce dernier. Selon les autorités de la concurrence, des acheteurs dotés de pouvoirs de marché peuvent contrecarrer les tendances à la collusion au sein de marchés oligopolistiques. L'hypothèse est cependant à discuter au vu des retours d'expériences en matière d'ententes anticoncurrentielles (Kolasky, 2002). En effet, les ententes anticoncurrentielles se développent principalement dans les marchés de biens intermédiaires (Combes, 2005). Les « victimes » directes de ces dernières sont donc souvent de grandes firmes, à l'instar des cas des cartels de la lysine et de l'acide citrique aux Etats-Unis (Coca-Cola et Procter & Gamble

pour ce dernier cas). Or, de telles firmes peuvent répercuter sans difficulté les surcoûts aux consommateurs finaux, ce qui réduit d'autant leurs incitations à mettre en cause la collusion.

B – Incertitudes économiques et insécurité juridique

Tant aux Etats-Unis, pour ce qui est de la distinction entre effets coordonnés et effets unilatéraux, qu'au sein de l'Union, pour la distinction entre position dominante individuelle et position dominante collective, le degré de sécurité juridique offert aux firmes est significativement différent. Il convient, en effet, de relever que malgré les critiques qu'il est possible de formuler à l'encontre des modèles de simulation utilisés dans le cadre de l'évaluation d'éventuels effets unilatéraux des concentrations, l'évaluation des effets coordonnés ne peut prétendre à une telle assise théorique (James, 2002). En l'absence de modèles économiques suffisamment généraux, l'activation de la notion de position dominante collective place les firmes dans une situation d'insécurité juridique (Dari-Mattiacci et Deffains, 2006). La notion est « inobjectivable » *ex ante* dans la mesure où elle est exclusivement fondée sur les conclusions de modèles de jeux répétés quant au comportement rationnel des entreprises dans certaines conditions de marché. De ce fait, la théorie économique ne saurait fournir aux autorités de la concurrence une règle de droit à portée générale permettant de consolider les anticipations des différentes parties prenantes. Les autorités de la concurrence ne peuvent, dans un tel cadre, que trancher au cas par cas. Ce faisant, les acteurs du marché ne disposent pas de signaux clairs et stables quant aux principes qui sous-tendent l'action des autorités de la concurrence.

L'insécurité juridique suscitée par la notion de position dominante collective ne se limite cependant pas aux seules incertitudes quant à ses fondements économiques. Deux questions de nature plus directement juridique restent de la même façon en suspens. La première tient au caractère *ex ante* des principes guidant le contrôle des concentrations. La seconde tient à la fois à la charge et au standard de la preuve appliqués par ces dernières.

Tout d'abord, contrairement à la sanction des abus de position dominante, les autorités de la concurrence essaient, dans le cadre du recours à la notion de dominance collective dans le contrôle des concentrations, « d'anticiper l'évolution à venir pour éviter que la concentration ne produise des effets néfastes sur la concurrence ou sur l'économie » (Lucas de Leyssac, 2001). Ce faisant, il ne saurait être exclu *a priori* qu'une logique somme toute tautologique ne puisse s'immiscer dans le raisonnement économique des autorités de la concurrence. Si les

modèles économiques théoriques viennent à indiquer qu'une stratégie collusive permettrait de maximiser leur profit sur un marché donné, les autorités de la concurrence pourraient conclure que des firmes postulées rationnelles mettront en œuvre cette dernière. Il s'agit donc de prévenir, via une sanction préventive, des comportements qui apparaîtraient comme rationnels eu égard aux incitations produites par la structure de marché.

Ensuite, deux difficultés additionnelles peuvent se faire jour en matière de standard de la preuve et d'éventuelle inversion de celle-ci (Lucas de Leyssac, 2006). La notion de standard de la preuve, issue du droit anglo-saxon, désigne la consistance des preuves à apporter pour permettre l'établissement d'une pratique anticoncurrentielle. A ce titre, elle désigne le degré de précision des éléments de preuve à fournir pour justifier une sanction. La difficulté en matière d'évaluation des risques d'émergence ou de renforcement d'une position dominante collective en matière de contrôle des concentrations peut apparaître comme une variante « extrême », car *ex ante* et non plus *ex post*, des doutes qui peuvent prévaloir en matière de sanction d'une collusion tacite. Par exemple, si le recours à des modèles de simulation permet de conclure que les prix qui prévalent sur un marché donné s'établissent au-dessus des prix de concurrence pure et parfaite, cela ne saurait apporter une preuve objective que les acteurs du marché ont mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Comme le note Lucas de Leyssac (2006), l'absence de compétition sur un marché ne saurait être tenue comme équivalente, au point de vue juridique, à une violation du droit de la concurrence. Au point de vue strictement juridique, il n'existe pas de prohibition du parallélisme de comportement en tant que tel, encore moins d'obligation de s'engager dans des stratégies de guerre des prix. En effet, le droit n'impose pas aux firmes de se faire concurrence. Le droit de la concurrence vise seulement à sanctionner les atteintes à la libre concurrence. Or, dans une optique économique, la promotion active de la concurrence se légitime par les transferts indus de bien-être et la perte sèche qui sont induits par l'absence d'une compétition effective.

A ce titre, les autorités de la concurrence font face à un dilemme. Faut-il limiter l'action publique en matière concurrentielle à la vérification du respect des règles de droit par les entreprises (liberté de la concurrence) ou doit-on lui attribuer une mission de promotion de la concurrence en vue de contribuer à un fonctionnement économiquement efficace des marchés ? Il apparaît qu'un tel projet constructiviste est présent dans le cadre des politiques de concurrence, tant européennes qu'états-uniennes. Ainsi, au travers de l'application d'une telle notion pourrait réapparaître une politique de concurrence jouant sur les structures de

marché pour les rapprocher de l'idéal de la concurrence pure et parfaite. Comme le relève Ridyard (2005), « There are numerous cases in which the Commission's merger analysis has betrayed an apparent desire to use merger control to regulate pre-existing positions of market strengths, and the analysis in such cases has seldom, if ever been, satisfactory »

Ainsi, la notion de dominance collective peut être inductrice d'un glissement entre l'élément de preuve, l'indice et la présomption. Par exemple, faire reposer une décision sur les conclusions d'un modèle théorique décrivant ce qui pourrait être le marché après une concentration contribue à substituer au raisonnement déductif du juge, une logique de type inductive (Lucas de Leyssac, 2006). De plus, sanctionner *ex ante* un éventuel parallélisme de comportement dans la mesure où ce dernier est considéré comme rationnel au vu des futures conditions de marché, contribue non seulement à affaiblir le standard de la preuve mais aussi à inverser la charge de cette dernière entre les autorités de la concurrence et les firmes porteuses du projet de concentration. Les différents tests produits par les autorités communautaires permettent seulement de juger si l'opération facilite l'émergence ou le renforcement d'une collusion tacite viable. Ils ne donnent aucune évaluation du moment où des conditions concrètes dans lesquelles la concentration va effectivement susciter des comportements consciemment parallèles. Ceci peut induire une inversion de la charge de la preuve au détriment des entreprises. Dans le cadre, de marchés structurellement oligopolistiques, les promoteurs d'un projet de fusion risqueraient en effet d'être amenés à devoir démontrer qu'une nouvelle concentration réduirait les incitations à la collusion..

L'absence d'une théorie économique de portée générale quant aux stratégies optimales des firmes sur des marchés oligopolistiques prive donc les autorités de la concurrence d'un cadre théorique robuste leur permettant d'étayer suffisamment leurs décisions pour éviter de prendre des décisions erronées ou éventuellement de voir des décisions pourtant fondées annulées en appel. La prise en compte de la dominance collective dans le cadre du contrôle des concentrations se fait sur la base de la synthèse post-Chicago (Encaoua et Guesnerie, 2006). Or celle-ci repose sur la constitution d'un ensemble d'exemples fondés sur l'application de modèles de théorie de jeux et non sur la construction d'un cadre général (Fischer, 1989). L'absence d'une théorie « générale » va à l'encontre de l'exigence de sécurité juridique. Le recours à de telles théories ne saurait garantir aux parties un degré satisfaisant de prévisibilité quant aux décisions des juges. Les autorités de la concurrence ne peuvent, de ce fait, mener leurs analyses qu'au cas par cas et éprouvent quelques difficultés à

fournir aux agents économiques des principes prévisibles et incontestables¹⁹. L'absence de consensus entre économistes²⁰, ou la difficulté d'interpréter les enseignements de chacun des « exemples » fournis par la théorie post-Chicago, peut de la même façon renforcer le risque d'annulation des décisions en appel.

Les efforts des autorités de la concurrence pour fournir un cadre clair et prévisible n'ont pu de ce fait être couronnés de succès. Il apparaît, par exemple, qu'une décision simplement dictée par la vérification « mécanique » de la check-list de la Commission ou des trois critères du TPICE conduirait à des décisions bien souvent erronées (Spector, 2007). Comme le relevait en 2001, un membre de la Merger Task Force de la DG Concurrence dans le cadre des *Ateliers de la Concurrence* (Vautherin, 2001), « Face à cette complexité, le choix adopté est celui du pragmatisme. Plutôt que de s'embarquer dans de grandes théories économiques, nous nous en tenons essentiellement aux faits (...) L'argumentation est taillée sur mesure, en fonction des faits de chaque espèce. On ne peut plus se baser sur une check-list. C'est plus difficile, mais en échange les décisions sont plus précises ». Si des décisions au cas par cas apparaissent comme nécessaires dès lors que des règles générales ne peuvent être dégagées *ex ante*, il n'en demeure pas moins qu'elles ne permettent pas de fournir un cadre suffisamment prévisible aux acteurs de marchés pour que ceux-ci puissent former des anticipations adéquates.

Si des pistes de recherche existent quant à la possibilité d'adapter à la dominance collective les outils de simulation mis en œuvre dans le cadre de la mesure des effets unilatéraux des concentrations (Papandropoulos, 2007), notamment au travers de la quantification des incitations s'exerçant sur chaque membre du marché oligopolistique à dévier ou à exercer des représailles (Spector, 2007), il n'en demeure pas moins que tant les modèles théoriques sous-jacents que les critères successivement dégagés par la jurisprudence européenne ne sauraient à eux seuls garantir une réelle sécurité juridique. A ce titre, l'application automatique d'une règle de droit fondée sur des prescriptions de la théorie économique doit céder le pas à une approche plus pragmatique, fondé sur un examen au cas par cas des conditions concrètes de fonctionnement du marché considéré. Une fois encore, le débat se pose dans les mêmes

¹⁹ Comme le note Fisher (1991), « The method has produced a taxonomy – a laundry list of a vast number of possibilities that rules out little ».

²⁰ Les mêmes débats ont cours aux Etats-Unis autour de la notion d'effets coordonnés. Comme le notent Sayyed et Tucker (2006) dans une analyse des commentaires aux *Horizontal Merger Guidelines* apportés par la division antitrust de l'US Department of Justice et par la Federal Trade Commission, il existe « a need to rethink coordinated interaction theory (...) to strengthen the analytical foundations of coordinated interaction analysis »

termes de part et d'autre de l'Atlantique. Sayyed et Tucker (2006) plaident pour un renforcement des analyses sectorielles permettant d'identifier les facteurs rendant la collusion plus ou moins plausible : « a more fact based inquiry of how a particular merger makes coordination more likely ». Ridyard (2005), de son côté, relève, « However, the suspicion remains that the Commission will remain susceptible to its historical weakness of relying primarily on theories of competitive harm rather than evidence ».

La méthode que pourrait suivre une autorité de la concurrence peut, dans une optique pragmatiste s'appuyer sur une logique de nature abductive (Peirce, 1878). Il s'agit d'une démarche de découverte d'hypothèses plausibles au travers de l'analyse des faits qui feront ensuite l'objet de reformulations en variables explicatives, lesquelles seront confrontées aux faits. Une décision publique en matière de droit de la concurrence doit-elle être fondée sur des catégories générales ou doit-elle s'appuyer sur la compréhension intime des mécanismes qui gouvernent le marché considéré ? Détaillant devant l'association des avocats américains en 2001 les inflexions apportées à la politique antitrust américaine à partir des directives de 1982 sur les concentrations horizontales, T.J. Murriss, le Président de la FTC, avait indiqué que la nouvelle approche de l'antitrust américain se distinguait du régime précédent en ce sens qu'elle était devenue résolument *fact-intensive*. Reprenant les termes employés par John Adams lors du procès qui avait suivi la *Tea Party* de Boston du 16 décembre 1773 (laquelle fut à l'origine de la Guerre d'Indépendance), Murriss (2001) souligne que « *the facts are stubborn things* ». En d'autres termes, la décision ne doit pas se fonder sur les seules conclusions de modèles théoriques. Comme l'indiquait Murriss aux membres du barreau américain « *You will need to demonstrate with sound, stubborn fact-based analyses the claims that you make* ».

Cependant, si le primat à accorder aux faits semble aller dans le sens d'une remise en cause des règles issues de modèles économiques dans le raisonnement des juges, il ne s'agit pas pour autant de plaider en faveur d'une certaine discrétion, laquelle n'irait pas loin s'en faut dans le sens d'un renforcement de la sécurité juridique des opérateurs. Le recours aux modèles économiques permet de structurer le raisonnement des juges sans pour autant définir *in abstracto* une solution optimale. La décision ne pourra que résulter de la confrontation de ces résultats aux faits. Comme l'a relevé A. Rubinstein dans le cadre de son adresse présidentielle à l'Econometric Society, les modèles économiques sont à l'origine de plusieurs dilemmes pour les théoriciens (Rubinstein, 2006). L'un d'entre eux, le dilemme de la

pertinence, conduit à considérer les modèles non pas comme un moyen de dériver des règles de droit applicables par le juge comme des algorithmes mais plus modestement comme des fables permettant de structurer ses réflexions. Les modèles peuvent en effet jouer un tel rôle en fournissant une représentation simplifiée de la réalité permettant de mettre en exergue à la fois des régularités et de dégager *in fine* des conclusions qui jouent le rôle de morales.

Références

Abreu D., (1988), “On the Theory of Infinitely Repeated Games with Discounting”, *Econometrica*, volume 56, n°2, pp. 383-396.

Backer J. B., (2002), “Mavericks, Mergers and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Law”, *New York University Law Review*, volume 135.

Burnside A., (2002), « Les incertitudes liées à la position dominante collective en matière de contrôle des concentrations », *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 127, pp. 5-22.

Combes E., (2002), *La politique de la concurrence*, Repères-La Découverte, Paris, 121p.

Combes E., (2005), *Economie et politique de la concurrence*, Précis Dalloz-Sirey, 1^{ère} édition, Paris, 460p.

Compte O., Jenny F. et Rey P., (2002), “Capacity Constraints, Mergers and Collusion”, *European Economic Review*, volume 46, pp. 1-29.

Dari-Mattiacci G. et Deffains B., (2006), “Uncertainty of Law and Legal Process”, Tinbergen Institute Discussion Paper – TI 2006-071/1.

Encaoua D. et Guesnerie R., (2006), *Politiques de concurrence*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, juillet.

Farrell J. et Shapiro C., (1990), “Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis”, *American Economic Review*, volume 80, n° 1, pp.107-126.

Federal Trade Commission et US Department of Justice, (2006), *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, Washington D.C., March, 71p.

Fischer F.M., (1989), “Games Economists Play: A Non-Cooperative View”, *Rand Journal of Economics*, volume 20, autumn, pp. 113-124.

Fisher F.M., (1991), “Organizing Industrial Organization: Reflections on the *Handbook of Industrial Organization*”, *Brookings Papers on Economic Activity – Microeconomics*, pp 201-240.

Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P. et Tirole J., (2003), *The Economics of Tacit Collusion*, IDEI Toulouse, Final Report for DG Competition, European Commission, March, 75p.

James C.A., (2002), “Rediscovering Coordinated Effects”, *Annual Meeting – American Bar Association*, Section of Antitrust Law, Washington D.C., 13 août, 12p.

Kolasky W. J., (2002), “Coordinated Effects in Merger Review: From Dead Frenchmen to Beautiful Minds and Mavericks”, *American Bar Association Section of Antitrust Law Spring Meeting*, Washington D.C., 24 avril, 26p.

Kühn K. U., (2002), “Closing Pandora’s Box? Joint Dominance after the Airtours Judgment”, Working Paper n°02-13, *John Ohlin Center for Law and Economics*, University of Michigan, June, 20p.

Lévêque F., (2006), « Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations », *Concurrences*, n° 1-2006.

Lucas de Leyssac C., (2001), « La position dominante collective », *Les ateliers de la concurrence*, DGCCRF, Paris, 5 décembre.

Lucas de Leyssac C., (2006), « A propos des situations non fautives de non compétition », *Concurrences*, n° 4-2006, pp.1-3.

Malaurie-Vignal M., (2005), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 3^{ème} édition, Armand Colin, Paris, 274p.

Marty F., (2007), « Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis : critères économiques et sécurité juridique », *La Revue de l'OFCE*, n° 100, janvier, pp. 85-120.

Muris T. J., (2001), “Antitrust Enforcement at the FTC: In a Word Continuity”, *American Bar Association Antitrust Section Annual Meeting*, Chicago, décembre.

Neven D., (2001), « La caractérisation de la position dominante collective », *Les ateliers de la concurrence*, DGCCRF, Paris, 5 décembre.

Papandropoulos P., (2007), « L’analyse économique des effets unilatéraux dans quelques cas récents de fusion », *Concurrences*, n° 2-2007, pp. 16-22.

Peirce C.S., (1878), “Deduction, Induction and Hypothesis”, *Popular Science Monthly*, volume 13, août, pp. 470-482.

Plagnet M. A., (2005), *L’ouverture à la concurrence du secteur électrique. Le rôle de la politique de la concurrence et des mesures correctives*, Thèse de doctorat de Sciences Economiques, Ecole des Mines de Paris, septembre.

Rainelli M., (2006), « A propos du règlement européen n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d’efficacité », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2006-1, pp.45-54.

Ridyard D., (2005), “The Commission’s New Horizontal Merger Guidelines: An Economic Commentary”, *The Global Competition Law Centre*, Working Paper Series 02/05, Collège d’Europe, Bruges, 13p.

Rubinstein A., (2006), “Dilemmas of an Economic Theorist”, *Econometrica*, volume 74, n° 4, pp. 865-883.

Sayyed B. et Tucker D. S., (2006), “The Merger Guidelines Commentary: Practical Guidance and Missed Opportunities”, *The Antitrust Source*, American Bar Association, mai.

Sherer F.M., et Ross D., (1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd edition, Houghton Mifflin, Boston.

Sweezy P. M., (1939), “Demand under Conditions of Oligopoly”, *Journal of Political Economy*, volume XLVII, pp. 568-573.

Spector D., (2007), « Position Dominante collective : Du bon usage des ‘critères Airtours’ », *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n°1-2007, pp. 26-30.

Stigler G.J., (1964), “A Theory of Oligopoly”, *Journal of Political Economy*, volume 72, pp. 44-61.

Vautherin L., (2001), « Etude de deux cas : position dominante collective et abus de position dominante collective », *Les ateliers de la concurrence*, DGCCRF, Paris, 5 décembre.