

LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS EN EUROPE ET AUX ÉTATS-UNIS

Critères économiques et sécurité juridique

Frédéric Marty

GREDEG-CNRS et OFCE-DRIC, Sophia Antipolis

Des annulations de décisions de la Commission européenne relatives au contrôle des concentrations par le TPICE (Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes), sur la base d'erreurs de raisonnement économique, mettent en évidence le risque d'insécurité juridique auquel sont confrontées les parties prenantes à un projet de concentration. La Commission, suivant en ceci l'expérience américaine, privilégie, en réponse, des analyses économiques menées au cas par cas pour fonder ses décisions, au détriment des critères juridiques formels.

Il apparaît cependant que les incertitudes pesant sur les modèles économiques eux-mêmes, notamment en matière de collusion tacite sur des marchés oligopolistiques ou de valorisation des gains d'efficiences potentiels d'une concentration, sont susceptibles de renforcer paradoxalement l'insécurité juridique des acteurs, lesquels éprouveront d'autant plus de difficultés à anticiper la décision.

Les décisions de la Commission européenne en matière de contrôle des concentrations peuvent faire l'objet de recours devant le TPICE (Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes). Le 13 juillet 2006, ce dernier a annulé, sur la base de défauts de raisonnement économique, une décision de la Commission autorisant la fusion entre BMG et Sony, deux des cinq entreprises majeures de l'industrie du disque. En effet, l'un des arguments du Tribunal est que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que le projet de concentration n'allait pas se traduire par une situation de position dominante collective dans l'industrie considérée. Or, la décision favorable de la Commission remontait au 19 juillet 2004, deux ans avant l'arrêt du TPICE. La fusion étant déjà effective, l'annulation de la décision pourrait potentiellement donner lieu à un *détricotage* des liens entre les deux entreprises¹. Il s'agit du premier arrêt du TPICE qui se traduit par la censure *ex post* d'une acception d'un projet de concentration. Jusqu'alors, les recours engagés par des tiers pour obtenir l'annulation d'un feu vert donné par la Commission à une fusion avaient été rejetés sur le fond, à l'instar de l'action intentée par la compagnie aérienne à bas coûts Easy Jet suite la fusion entre Air France et KLM². Pour autant, le TPICE avait déjà annulé des décisions de la Commission, mais il s'agissait seulement, si l'on peut dire, de décisions de refus, à l'instar des affaires relatives aux projets de fusions entre General Electric et Honeywell, Air Tours et First Choice ou Tetra Laval et Sidel.

Même si les annulations de décisions par le TPICE ne sont pas statistiquement significatives, elles n'en sont pas moins perçues comme autant de manifestations d'insécurité juridique pour les firmes engagées dans des opérations de concentration. En effet, le domaine du contrôle des concentrations est celui pour lequel les conséquences de décisions infondées, et des annulations qui peuvent en résulter, peuvent s'avérer les plus dommageables, tant pour les parties que pour l'économie en général. S'opposer à tort à un projet de concentration revient non seulement à priver les deux groupes concernés des gains potentiels de la fusion (il s'agit d'une perte de bien-être pour ces derniers, sous la forme d'un coût d'opportunité) mais aussi à priver l'ensemble de l'économie de gains d'efficience (sous la forme d'une perte sèche de

1. Si l'arrêt du TPICE est confirmé par la CJCE, la Commission devra réexaminer le dossier. Elle pourra confirmer sa décision (en améliorant ses motivations ou en l'assortissant de conditions additionnelles) ou donner un avis défavorable, lequel induirait une séparation des deux entreprises fusionnées depuis 2004.

2. Arrêt du TPICE du 4 juillet 2006 — Air France / KLM — aff. T-177/04.

bien-être social). Accepter à tort dans un premier temps un projet potentiellement porteur d'effets anticoncurrentiels pour voir cet accord annulé *ex post* par les tribunaux constitue un coût encore supérieur tant pour les parties concernées que pour l'ensemble de l'économie. Non seulement la mise en œuvre initiale de l'opération va se traduire par des effets anticoncurrentiels, mais l'annulation finale de l'opération va potentiellement engendrer des coûts additionnels liés à la séparation des deux entités fusionnées.

De telles situations sont constitutives de risques dits de première (rejeter à tort une opération non anticoncurrentielle) et de seconde espèces (accepter à tort une opération dont l'effet global est anticoncurrentiel). De tels risques, caractéristiques d'une insécurité juridique pour les opérateurs économiques, peuvent être analysés au moyen de la théorie de l'incomplétude du droit (Xu et Pistor, 2002). Suivant cette approche, il existe une incertitude *ex ante* quant à l'application de la loi. Celle-ci peut venir de termes par trop vagues ou de l'impossibilité dans laquelle sont les agents économiques à anticiper sans erreur les décisions que pourront prendre les tribunaux. Dari-Mattiaci et Deffains (2006) préfèrent à la notion d'incomplétude du droit, difficilement admissible pour les juristes, celle d'incertitude juridique, plus proche de la catégorie de l'insécurité juridique. Même si la loi sera, quoiqu'il advienne, complétée *ex post* par le juge, une situation d'incertitude prévaudra pour les agents économiques³, ne serait-ce que le temps que la jurisprudence soit stabilisée. L'ambiguïté qui prévaut *ex ante* quant à l'interprétation des termes de la législation et quant à ses modalités effectives d'application est susceptible de susciter non seulement des décisions de justice pouvant être renversées en appel, mais aussi de la part des agents économiques, des anticipations inadéquates quant à celles-ci. Les arrêts du TPICE annulant des décisions de la Commission en matière de contrôle des concentrations témoignent d'une situation d'incertitude face à la loi. Celle-ci peut à la fois être conçue comme la difficulté d'anticiper les décisions des autorités de la concurrence pour les opérateurs économiques et comme la prise en compte des incertitudes pesant sur la validation même de ces décisions *in fine*.

Un moyen de réduire l'insécurité juridique, en d'autres termes de permettre aux agents économiques de former des anticipations fiables quant aux décisions des juges et de renforcer dans le même temps la robustesse de ses dernières (conçue comme la minimisation du risque de d'annulation de la décision en appel) peut résider dans le recours à des tests économiques. Il est attendu de ces derniers qu'ils permettent à la fois d'étayer de façon la moins contestable possible les décisions

3. Les erreurs de première et de seconde espèce se retrouvent alors : « celui qui croit avoir agi dans son bon droit peut être condamné, alors que celui qui a volontairement enfreint la loi peut ne pas être inquiété » (Dari-Mattiaci et Deffains, 2006).

des tribunaux et qu'ils dotent les agents économiques d'un cadre clair et stable permettant de structurer leurs anticipations. Assigner un rôle de renforcement de la robustesse des décisions de justice à l'analyse économique n'est pas une nouveauté. Dans leur article de synthèse sur les évolutions de l'antitrust américain, Kovacic et Shapiro (2000) concluaient que l'un des apports de l'analyse économique aux politiques de concurrence était de fournir aux juges des outils leur permettant de rendre des décisions robustes, en appuyant leurs décisions sur des tests économiques objectifs et fiables⁴. Faire reposer les décisions sur des raisonnements économiquement fondés doit permettre d'accroître la prévisibilité des décisions des autorités de concurrence pour les agents économiques. Or, comme l'avait déjà relevé Max Weber (1921), l'activité économique nécessite, pour se développer, un cadre légal clair et prévisible.

Les prescriptions du TPICE lui-même, dans chacune des annulations de décisions de la Commission, sont allées dans le sens d'un renforcement du recours à l'analyse économique. Celui-ci passe notamment par une relative substitution de tests économiques aux critères juridiques formels et aux indices de concentration des marchés. La montée en puissance des évaluations fondées sur l'analyse économique vise en premier lieu à renforcer la robustesse des décisions des autorités de la concurrence et donc de prévenir à la fois les risques d'accepter à tort une concentration dont l'effet global serait anticoncurrentiel, de refuser à tort une opération dont le bilan pour le consommateur et l'économie serait positif et de limiter le risque de voir les décisions annulées *ex post* par le Tribunal.

Ainsi, si nous devons suivre les conclusions de Kovacic et Shapiro (2000), le recours à l'analyse économique peut garantir la sécurité juridique en réduisant le risque d'erreur du juge et de ce fait le risque d'annulation de ses décisions en appel. Le contrôle des concentrations étant le domaine de l'antitrust qui a le plus bénéficié des apports de la science économique⁵, peut-on pour autant considérer, à ce titre, que les firmes agissent dans un contexte de réelle sécurité juridique quant aux décisions des autorités de la concurrence?

Deux questions doivent être prises en considération. Il s'agit tout d'abord de savoir si les tests économiques utilisés reposent sur des fondements analytiques suffisamment établis pour ne pas être remis en doute. À ce titre, les incertitudes pesant sur les effets concurrentiels

4. « Les économistes ont fait deux contributions majeures pour l'Antitrust américain. La première a été de démontrer que la concurrence est la modalité de gouvernance la plus efficace dans l'économie (...). La seconde tient à l'influence sur la construction de la politique antitrust (...). Le recours à l'économie contribue à fournir des fondements robustes sur la base desquels les politiques de concurrence vont se développer durant le XX^e siècle », (Kovacic et Shapiro, 2000).

5. « Les concepts économiques se sont diffusés dans l'ensemble des règles directrices fédérales relatives aux fusions-acquisition » (Kovacic et Shapiro, 2000).

des échanges d'informations entre membres d'un oligopole, sur la qualification des effets coordonnés ou sur la mesure des gains d'efficacité résultant d'une fusion-acquisition peuvent induire chaque partie à former des anticipations divergentes quant à la réception d'une opération donnée par les autorités de la concurrence. Le contrôle des concentrations par la Commission européenne présente une situation pour le moins paradoxale. Alors que depuis l'adoption du règlement n° 1/2003, il demeure l'un des derniers secteurs des politiques de concurrence à se caractériser par le maintien d'une procédure de notification préalable des opérations, il apparaît, dans le même temps, comme l'un des domaines pour lequel la sécurité juridique « perçue » des opérateurs est la plus faible. En effet, même si la décision du juge repose sur la mobilisation de l'analyse économique, elle est susceptible d'être annulée en appel, du moment où il n'existe pas un consensus suffisant sur les modèles utilisés. Comme le note Fisher (1991), « avec un nombre déconcertant de différents modèles entre lesquels il faut faire un choix, on peut légitimement se poser la question de ce qui peut constituer une vérification ou une falsification de l'un d'entre eux ».

Ensuite, la prise en considération de tels raisonnements économiques ne va-t-elle pas renforcer le caractère discrétionnaire de la décision du juge, ne serait-ce qu'en matière d'évaluation des gains d'efficacité potentiels pouvant découler de l'opération? De ce fait, s'il est espéré que des décisions reposant principalement sur des évaluations économiques et moins sur des catégories juridiques formelles ou des indicateurs de structure de marché s'avèrent plus robustes et plus efficaces, il n'en demeure pas moins qu'elles risquent de renforcer l'insécurité juridique des opérateurs en les rendant moins prévisibles. Il peut s'ensuivre que l'application des politiques de la concurrence en matière de contrôle des concentrations s'éloigne du primat des règles en renforçant ses aspects discrétionnaires. Une telle évolution serait pour le moins paradoxale. Le principe même des politiques de concurrence européennes repose sur la volonté que les décisions soient fondées sur des règles prévisibles et ne soient pas dépendantes de choix discrétionnaires de l'administration, bien que la Commission soit dotée d'une liberté d'appréciation quant aux dimensions prospectives des dossiers qui lui sont soumis (les gains d'efficacité anticipés par exemple).

Le débat autour des critères économiques pourrait se ramener au final à un arbitrage entre des règles formelles prévisibles mais peu efficaces au point de vue économique et des critères économiques, orientés vers l'efficacité, mais encore trop imparfaitement fondés analytiquement, pour garantir le degré de certitude que l'on pourrait attendre d'une règle de droit pour garantir une relative sécurité juridique.

Afin d'examiner les liens entre recours à des raisonnements économiques et sécurité juridique des entreprises, nous présenterons dans une première partie ses manifestations, au travers des cas d'annulation de décisions de la Commission par le TPICE et les réponses qui lui ont été apportées par les autorités de la concurrence. Nous verrons, en effet, que de part et d'autre de l'Atlantique, la solution adoptée a résidé, dans le sens des conclusions de Kovacic et Shapiro, en un appui croissant sur l'analyse économique. Il est espéré qu'un tel recours permette de fonder des décisions efficaces, robustes et surtout prévisibles pour les opérateurs économiques. Dans notre seconde partie, nous développerons une analyse critique des effets d'un tel recours sur la sécurité juridique des firmes. À cette fin, nous nous attacherons successivement à l'évaluation des tests économiques utilisés par les autorités concurrentielles européennes et américaines et à la mise en évidence des facteurs d'incertitudes que ceux-ci induisent en eux-mêmes. En d'autres termes, notre question sera la suivante : les critères économiques utilisés dans la mise en œuvre des politiques de concurrence permettent-ils effectivement de prévenir les situations d'insécurité juridique ou peuvent-ils au contraire, aggraver celles-ci en certaines situations ?

I. Contrôle des concentrations et insécurité juridique : la nécessité de fonder les décisions sur des critères économiques

Dans chacun de ses quatre arrêts emblématiques venant annuler les décisions de la Commission, le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes a souligné que les erreurs manifestes d'appréciation commises par cette dernière étaient au moins pour partie fondées sur un recours à l'analyse économique soit insuffisant, soit entaché de graves erreurs. À ce titre, ses recommandations sont allées dans le sens d'un approfondissement du recours aux résultats de la théorie économique pour fonder les décisions en matière de contrôle des concentrations, à l'instar des pratiques initiées aux États-Unis depuis le milieu des années 1970.

I.1. *Les quatre piteuses*: les rejets de décisions de la Commission par le TPICE

Le principe même de construction des politiques communautaires de concurrence va dans le sens d'une recherche de sécurité juridique. En effet, celles-ci reposent sur des règles bien plus que sur des choix

discrétionnaires de l'administration⁶. Cependant, les politiques de concurrence européenne ne furent pas le produit d'une construction cohérente d'un ensemble de règles d'organisation définies *ex ante*⁷. En effet, tant pour le contrôle des concentrations que pour l'ensemble des politiques de concurrence, la construction du cadre juridique fut de nature principalement jurisprudentielle. Face aux différences marquées des positions des législations nationales quant aux moyens et aux finalités de droit de la concurrence, les articles afférents du traité de Rome n'ont été rédigés que dans des termes vagues (Gerber, 1998). Il apparaissait, en effet, comme plus judicieux de laisser à la jurisprudence le soin d'en préciser les contenus. Le processus de régulation judiciaire automatique (Cohen, 1995), par lequel la portée concurrentielle latente des articles du traité est précisée et amplifiée par les actions en justice des opérateurs, s'est ici pleinement développé⁸. Les attributions de la Commission en matière concurrentielle se virent conforter et progressivement accroître par le jeu de la jurisprudence de la CJCE (Cour de Justice des Communautés Européennes)⁹. En matière de contrôle des concentrations, la montée en puissance des politiques communautaires fut cependant longue à se dessiner et extrêmement progressive. En effet, le premier règlement européen ne fut promulgué que dix-sept ans après le traité de Rome. Plus significatif encore, la première décision défavorable à une opération de concentration ne remonte qu'à 1991. Cependant, le règlement CE 4064/89 relatif au contrôle des concentrations visait à renforcer la sécurité juridique des firmes, en instaurant notamment le principe d'une compétence exclusive de la Commission (du moment où l'opération dépasse des seuils déterminés¹⁰) et le principe d'une notification préalable.

Le contrôle des décisions de la Commission en matière d'examen des opérations de concentration fut renforcé par la création en 1989 du TPICE aux côtés de la CJCE. Cette création avait pour objectif de doubler les capacités de l'Union en matière judiciaire et d'ouvrir aux justiciables un moyen d'interjeter appel des décisions de la Commission. Si la CJCE traite dès lors des questions conduisant à l'harmonisation du droit européen, le TPICE s'attache aux affaires qui n'ont pas de dimension constitutionnelle mais dont le traitement économique s'avère complexe. Une décision de la Commission peut faire l'objet d'une annulation par le Tribunal sur la base d'erreurs de procédure, d'insuf-

6. Quand bien même la CJCE reconnaît à la Commission une marge discrétionnaire, notamment quant au volet prospectif du contrôle des concentrations, en l'occurrence en matière de prise en compte des gains d'efficacité associés à l'opération.

7. Pour reprendre les catégories forgées par Hayek (1973).

8. Pour une application sur le cas du Conseil de la Concurrence, voir Marty (2004).

9. « L'appui de la CJCE dans le sens d'une interprétation large et d'une application étendue des dispositions du traité en matière de concurrence, a revêtu une importance fondamentale » (Wise, 2005).

10. Dont l'application ne va pas sans poser de difficultés comme en atteste la bataille juridique autour de l'électricien espagnol Endesa (Lévêque et alii, 2006).

finance de preuves voire de défauts de raisonnement (notion d'erreur manifeste d'appréciation).

À ce titre, le TPICE est appelé à éventuellement sanctionner les deux types d'erreurs que peut commettre la Commission, en l'occurrence rejeter un projet de façon infondée ou accepter à tort une opération. Notons à ce propos que d'une part, les erreurs de première et de seconde espèce ne sauraient apparaître comme équiprobables au vu de la « jurisprudence » européenne et que d'autre part, leurs coûts économiques ne sauraient être considérés comme équivalents.

Tout d'abord, malgré une image de sévérité excessive attachée aux traitements des opérations de concentration par la Commission, il apparaît, bien au contraire, que rares sont les cas de refus qu'elle oppose aux opérateurs¹¹. Sur les 296 décisions en matière de concentrations prises en 2005, 291 furent positives (dont 15 assorties de conditions) et seulement 5 se soldèrent par des refus (Commission européenne, 2006). Il apparaît pour la période 1995-2005 que le *risque réglementaire* (i.e. le risque de voir un projet rejeté ou que ce dernier soit retiré par ses porteurs en cours d'examen) se limite à la probabilité de 1,4 %. Le pic de rejets fut atteint en 2000 avec seulement 2,6 %.

En matière de coût économique, ensuite, il apparaît que le rejet d'une concentration socialement efficace représente un préjudice peut-être moindre que le coût suscité par l'acceptation initiale d'une opération anticoncurrentielle, suivie à terme par son interdiction. Dans le premier cas, la décision se traduit par la perte de gains d'efficience. Celle-ci se traduit à la fois par une perte pour la collectivité et par un coût d'opportunité pour les parties candidates à la fusion représentatif des gains potentiels de la concentration auxquels elles doivent renoncer. D'autres coûts peuvent être par ailleurs pris en compte à l'instar des frais de procédure liés aux appels des parties qui s'estiment lésées, voire des effets indirects d'autocensure, d'entreprises renonçant à un projet de fusion-acquisition du fait du risque perçu, quand il ne s'agit pas de mise en œuvre de stratégies de contournement de la réglementation (notamment en substituant, quand cela est réalisable, un accord d'alliance à un projet de fusion-acquisition).

Dès lors que nous sommes en présence d'une décision caractéristique d'un risque de seconde espèce, les coûts économiques d'une mauvaise décision deviennent égaux aux effets anticoncurrentiels de l'opération. Ils seront d'autant plus élevés que la demande qui s'adresse

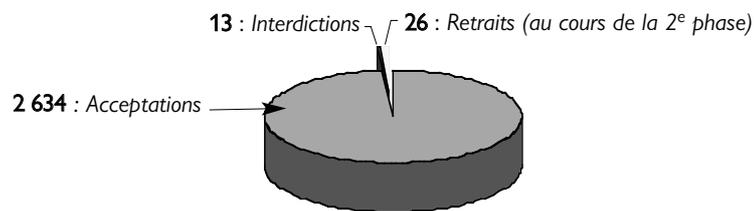
11. Si le pourcentage d'opérations acceptées sous condition, refusées ou abandonnées par les parties en cours de procédure s'élève à 11 % en Europe contre 2,2 % aux États-Unis, il serait excessif de conclure hâtivement à une plus grande sévérité des autorités communautaires. Non seulement les seuils de notifications ne sont pas comparables, mais en outre lorsqu'une enquête approfondie est déclenchée, l'écart entre les États-Unis et l'Europe se resserre en matière d'acceptations sans condition (34 % contre 24 %). Pour une analyse complète de la question, voir Lévêque (2005).

LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS EN EUROPE ET AUX ÉTATS-UNIS ■

au nouvel ensemble est inélastique, que le secteur est caractérisé par de fortes barrières à l'entrée et qu'il est fortement concentré (ce qui renforce le risque d'effets coordonnés). Si une décision de justice vient à annuler *ex post* l'acceptation, la disparition de ces effets anticoncurrentiels ne sera possible qu'au prix d'une opération de séparation des deux entités qui serait excessivement coûteuse, si ce n'est impossible.

Cependant, si l'examen de la jurisprudence de la Commission tend à faire craindre que l'erreur la plus fréquente soit d'accepter une concentration qui détruit du bien-être (figure 1), il apparaît que la majeure partie des arrêts du TPICE conduisant à l'annulation d'une décision de la Commission concerne des erreurs de première espèce, en d'autres termes, des rejets de projet infondés. En effet, sur les quatre principaux arrêts du TPICE censurant des décisions de la Commission en matière de contrôle des concentrations, un seul, le plus récent, concerne l'annulation d'une acceptation.

1. Les décisions de la Commission européenne en matière de contrôle des concentrations (cumul 1995-2005)



Source : Rapport 2005 sur la politique de la concurrence — Commission européenne 2006.

L'introduction en décembre 2000 d'une procédure accélérée de contrôle des décisions de la Commission par le TPICE fut l'une des causes qui facilitèrent l'annulation de trois décisions en 2002 (véritable *annus horribilis* en matière de contrôle des concentrations) et de l'annulation de la décision relative à Sony / BMG en juillet 2006. Tant les trois annulations de décisions de refus (Air Tour / First Choice, General Electric / Honeywell, Tetra Laval / Sidel) que la récente annulation d'une décision favorable furent fondées sur la mise en évidence d'erreurs manifestes d'appréciation, en l'occurrence des erreurs dans le raisonnement économique mené par la Commission ou un manque de fiabilité de celui-ci ou de ses données de base.

Dans ces quatre cas, l'insécurité juridique est liée à la mise en cause de la qualité du raisonnement économique mené par la Commission. Dans les quatre cas, les prescriptions du Tribunal sont allées dans le

même sens, à savoir renforcer les capacités internes d'expertise économique et fonder les décisions sur des tests économiques robustes, à même de garantir aux opérateurs des décisions objectives et faciles à anticiper. Dans le cadre de l'affaire Tetra Laval/Sidel, la Commission avait conclu à l'incompatibilité du projet de concentration avec le traité¹². Cette décision fut annulée par le TPICE, annulation confirmée par la CJCE, le 15 février 2005¹³. La CJCE a considéré que l'annulation était justifiée au vu des défaillances de la Commission en matière de démonstration des effets anticoncurrentiels anticipés. La Cour, tout en lui reconnaissant un pouvoir discrétionnaire, lui reproche de ne pas avoir veillé à l'exactitude, à la fiabilité et la cohérence des éléments de preuve retenus¹⁴. La défaillance de la Commission en matière de raisonnement économique est un motif invoqué dans les quatre affaires d'annulation¹⁵. En creux, le message des tribunaux est le suivant : un meilleur appui sur des outils économiques peut réduire le risque d'annulation et donc augmenter le degré de sécurité juridique des décisions en matière de contrôle des concentrations.

L'un des principaux points d'achoppement entre la Commission et le TPICE se situe dans les conditions de prise en considération de la notion de position dominante collective (encadré 1), baptisée *effets coordonnés* aux États-Unis. À l'origine, la Commission ne prenait en considération que le critère de dominance individuelle. Celle-ci, équivalente aux *effets unilatéraux* dans la jurisprudence américaine, était appréciée au travers des parts de marchés individuelles des parties avant l'opération de concentration. Or, celle-ci ne correspond qu'à une donnée de concentration, elle ne dit rien des possibilités de réactions des concurrents à l'issue de l'opération (Farrell et Shapiro, 1990). La dominance collective traduit le risque de développement d'une collusion entre opérateurs sous l'effet mécanique de la réduction du nombre

12. Il s'agissait, en l'occurrence, d'un projet de fusion conglomerale. La Commission considérait qu'il existait un risque de dominance potentielle post-fusion sur des marchés connexes via un effet de levier (ventes liées, rabais de fidélité voire stratégies de prédation) entre le secteur de l'emballage en carton pour lequel Tetra Laval détient une position dominante et celui de l'emballage en plastique, dominé par Sidel (Encaoua et Guesnerie, 2006).

13. Aff. C-12/03 P, Commission / Tetra Laval BV.

14. La CJCE souligne « la nécessité [pour la Commission] de fournir des preuves permettant de convaincre du bien-fondé d'une thèse ou d'une décision ». De la même façon, « [bien que] la Commission dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire pour ce qui est des appréciations économiques, (...), le juge doit vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées » (Commission européenne, 2006).

15. Dans l'affaire GE/Honeywell, le TPICE a annulé une décision de la Commission défavorable à la fusion, sur la base d'une sous-estimation des gains d'efficacité pouvant résulter de l'opération. Dans le même temps, les autorités de la concurrence américaines avaient accepté cette même opération sur la base de ces derniers. Ainsi, que l'insécurité juridique soit saisie comme le risque d'annulation de décisions en matière de contrôle des concentrations ou comme le risque de décisions incohérentes de part et d'autre de l'Atlantique, il apparaît que le recours à des estimations économiques robustes peut être considéré comme un moyen de limiter cette dernière (Veljanovski, 2004).

d'intervenants. Comme nous le verrons dans une seconde partie, il peut conduire à accroître le nombre de refus et donc augmenter le risque de première espèce (*i.e.* de faux positifs). Or, comme les critères économiques sur lesquels la notion repose ne font pas l'unanimité et ne peuvent conduire qu'à des présomptions (faisceaux d'indices), le risque est paradoxalement d'accroître du fait même de ces incertitudes, l'insécurité juridique des opérateurs (Kuhn, 2003).

1. La notion de position dominante collective en droit communautaire

La situation de dominance collective 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, qui peut les conduire à adopter des stratégies explicitement ou implicitement coordonnées. Le concept de dominance collective fut introduit pour la première fois par la Commission, dans le cadre de l'affaire du « verre plat italien ¹ », la notion de dominance collective fut utilisée par le Conseil de la Concurrence en décembre 1998 dans le cadre de la décision n° 98-D-76 relative au secteur du disque ². La qualification de position dominante conjointe ne va cependant pas de soi. Elle nécessite de s'attacher à la stratégie des entreprises (analyses comportementales) en plus des seules analyses structurales (la dominance individuelle, appréciée au travers des parts de marché, est, elle, un fait objectif) et ne peut être systématiquement retenue pour toute structure de marché oligopolistique (Maurie-Vignal, 2005).

1. Arrêt du TPICE Vetro/Commission du 10 mars 1992.

2. Décision n° 98-D-76 du 9 décembre 1998, relative à la concurrence dans le secteur du disque. Une seconde affaire se rattachant à la dominance conjointe a été traitée par le Conseil en 2001. Il s'agit de la décision n° 2000-D-83 du 13 février 2001, relative aux droits de télévision pour la coupe du monde de football 1998, portant sur une position dominante collective entre la FIFA et le CFCO.

Le défaut de démonstration de l'existence d'une telle position dominante collective avait conduit à l'annulation de la décision de la Commission Air Tour / First Choice ¹⁶. Pour le TPICE, une telle situation est caractérisée si trois conditions cumulatives sont réunies, à savoir une transparence des prix suffisante pour que les entreprises puissent se coordonner et se surveiller mutuellement, l'existence de possibilités de rétorsion en cas de déviation et, enfin, l'absence d'incitation à dévier d'une telle ligne.

L'affaire Sony/BMG (encadré 2) fournit une nouvelle illustration du rejet des décisions de la Commission par le TPICE sur la base d'erreurs manifestes dans les démonstrations économiques, que cela soit en

16. Aff T-342/99, TPICE, 6 juin 2002.

matière d'éléments de démonstration ou de mauvaise utilisation de critères telle la position dominante collective.

2. L'affaire Sony / BMG

Il peut être instructif de revenir sur la chronologie de l'affaire pour mettre en évidence les hésitations de la Commission quant à l'évaluation de l'impact concurrentiel de la concentration. Après la notification du projet le 9 janvier 2004, la Commission avait entamé une enquête approfondie le 12 février sur la base de doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération envisagée avec le Traité. Le 24 mai suivant la Commission communiqua ses griefs aux parties en concluant provisoirement à une incompatibilité sur la base notamment du risque de développement d'une position dominante collective sur le marché de la musique enregistrée et sur le marché de gros des licences pour la musique en ligne. Or, le 19 juillet 2004, après avoir reçu les arguments de chaque partie, la Commission donne un avis favorable à l'opération. Le 3 décembre 2004, une association de producteurs indépendants¹ saisit le TPICE sur la base d'une erreur de la Commission en matière de non prise en compte d'une position dominante collective.

Le requérant a particulièrement contesté deux évaluations de la Commission qui ont conduit cette dernière à rejeter l'hypothèse de l'existence d'une position dominante collective. La première traite de la transparence des prix et la seconde de l'existence de moyens de rétorsion en cas de déviation. En matière de transparence des prix, tout d'abord, le requérant considère que l'information diffusée par chaque maison de disque sur les prix publics de vente (PPV) est de nature à constituer un point focal de coordination. Le contrôle mutuel des listes est possible et les firmes peuvent se limiter à vérifier les plus grosses ventes. Ce n'est pas parce qu'une concurrence marginale existe sur une frange du marché, qu'il est possible de conclure à l'absence de position dominante collective. En matière de possibilités de rétorsion, le requérant reproche à la Commission d'avoir reconnu qu'une firme déviante pouvait être exclue des compilations et des critères d'éligibilité pour les classements de meilleures ventes, sans pour autant retenir l'élément à la charge dans la mesure où elle ne disposait d'aucune preuve de mise en œuvre d'une telle procédure. Or, la non application des sanctions peut tout simplement être analysée comme la démonstration de l'efficacité de la dissuasion.

1. Impala — Independent Music Publishers and Labels Association.

Dans l'industrie du disque, l'existence d'une position dominante collective pouvait apparaître comme d'autant plus probable que les firmes concernées disposent de parts de marché significatives, de larges assises financières, que la structure de marché est oligopolistique et que l'industrie se caractérise par la stabilité des prix à un niveau élevé. De la même façon, dans sa communication initiale des griefs, la Commission

avait identifié dix facteurs favorisant l'émergence d'une collusion tacite. Parmi ces derniers figurent l'homogénéité des produits, l'existence d'un espace de substituabilité pour les consommateurs au sein d'un genre musical donné, le parallélisme des prix nets, la transparence des prix pour l'ensemble des opérateurs du marché et la possibilité de mise en œuvre de mesures de rétorsions en cas de déviation (sous la forme d'exclusion de la maison de disque des compilations, lesquelles représentent 20 % du chiffre d'affaires de l'industrie).

Cependant, dans sa décision finale, la Commission avait abandonné l'hypothèse d'une position dominante collective en arguant qu'il ne pouvait exister de point focal à la coordination dans la mesure où l'existence de remises était de nature à créer une opacité quant aux prix effectivement pratiqués. Le requérant a contesté cette décision devant le TPICE sur la base du fait que s'il pouvait exister des variations individuelles, il n'en demeurerait pas moins que les prix moyens au sein de l'industrie demeureraient pleinement prévisibles pour les opérateurs dans la mesure où ils reposaient sur des règles stables. Elle reprochait par ailleurs à la Commission de ne pas avoir évalué la significativité de ces variations individuelles, de ne pas avoir vérifié les données transmises par les parties et de ne pas avoir procédé de façon satisfaisante aux tests économiques nécessaires.

Dans son arrêt, le TPICE précise que la Commission doit évaluer, au moyen d'une analyse prospective, si le projet de concentration est de nature à faciliter la prise de conscience par les membres du secteur de leur indépendance stratégique et de favoriser par ce biais le développement d'une collusion au moins tacite¹⁷. Autant la Commission dispose d'une marge de discrétion quant aux analyses prospectives, autant elle est tenue de se livrer à une analyse détaillée quant à la démonstration de l'existence ou de l'absence d'une position dominante collective avant même l'opération de concentration. Cette analyse doit, pour le TPICE, « s'appuyer sur une série d'éléments de faits établis, passés ou actuels », attestant de l'entrave significative à la concurrence sur le marché en raison du pouvoir acquis par certaines entreprises leur permettant d'adopter ensemble une même ligne d'action sur ce marché indépendamment de leurs concurrents et des consommateurs¹⁸.

Pour le TPICE, la Commission a commis, dans sa décision, plusieurs erreurs d'appréciation dans l'évaluation de la situation économique du secteur. Par exemple, l'alignement des prix sur la longue durée n'a pas été admis comme preuve d'une position dominante collective alors que ces derniers sont stables depuis six ans, alors que les produits sont hautement différenciés et que la demande accuse un net repli sur la période. De la même façon, la structure du marché est de nature

17. Arrêt de la CJCE du 31 mars 1998, aff. C-68/94 et C-30/95 dites « Kali & Salz » et arrêt du TPICE du 25 mars 1999, aff-T-102/96, Gencor v. Commission.

18. TPICE, arrêt du 13 juillet 2006.

incontestablement oligopolistique dans la mesure où la part de marché cumulée des cinq majors oscille entre 72 et 93 % selon les États membres. De plus, le Tribunal conclut à une erreur manifeste d'appréciation de la Commission en matière d'évaluation du degré de transparence du marché¹⁹. En matière de démonstration de l'absence de position collective, l'avis du TPICE sur les appréciations de la Commission est encore plus tranché : « force est de constater que ces observations à ce point superficielles, voire purement formelles, ne sauraient satisfaire à l'obligation de la Commission d'effectuer une analyse prospective ». En d'autres termes, la décision de la Commission est rejetée du fait d'une évaluation économique de l'opération insuffisante et inappropriée. L'insécurité juridique naît alors, à l'instar des trois décisions précédentes, des défaillances de la Commission en matière d'analyse économique. À ce titre, le renforcement du recours aux instruments économiques peut apparaître comme un moyen de renforcer la sécurité juridique.

De telles prescriptions sont convergentes avec la modernisation des règles de concurrence applicables au contrôle des concentrations en 2004, lesquelles s'inscrivent pleinement dans la logique de renforcer la sécurité juridique des firmes au travers d'un appui croissant sur des tests économiques. Comme le relève le rapport de l'OCDE sur la politique de concurrence européenne (Wise, 2005), « La législation de la concurrence dans l'Union européenne est dans une situation transitoire avec des politiques antitrust, concernant les fusions et les aides d'État, fondées de manière croissante sur des considérations économiques et de marché. La modernisation des concepts inscrit l'analyse de fond dans un format gérable tout en rendant ses fondements économiques plus explicites ».

1.2. Renforcer la sécurité juridique par le recours à l'analyse économique: expérience américaine et nouvelles orientations européennes

L'une des tendances de fond de l'évolution des règlements et des pratiques européennes en matière de contrôle des concentrations réside dans la réduction du rôle dévolu aux catégories juridiques formelles au profit de l'intégration de critères et de tests économiques. L'appui sur des modèles économiques apparaît pour la Commission comme un outil de renforcement de la sécurité juridique des opérateurs dans la mesure où elle renforce la prévisibilité de ses décisions. Dans son rapport 2005 sur les politiques de concurrence, la

19. À l'argument selon lequel l'opacité des prix serait lié aux remises, le Tribunal répond « les nouvelles preuves présentées par la Commission n'apparaissent pas suffisamment fiables ».

Commission note que « les enquêtes menées par la DG Concurrence tendent également à s'appuyer sur des recherches de plus en plus approfondies. L'accent est mis sur la détermination de préoccupations en matière de concurrence reposant sur une analyse économique fiable et solidement fondée en faits » (Commission européenne, 2006). Un tel appui est conforme aux injonctions du TPICE exprimées dans chacune de ses annulations de décision de la Commission en matière de contrôle des concentrations. Il s'inscrit en outre dans un mouvement d'ensemble des politiques européennes visant à renforcer la prévisibilité des décisions et à garantir la fiabilité de celles-ci en les faisant reposer sur des raisonnements économiques que l'on espère objectifs. Par exemple, en matière de contrôle des aides publiques, le Plan d'action de la Commission (Commission européenne, 2005) vise à substituer aux catégories juridiques formelles des critères économiques dont on espère qu'ils seront garants à la fois de l'efficacité économique de la décision et de sa sécurité juridique ²⁰.

Il s'agit d'accroître le recours à des outils économiques et de renforcer les capacités d'expertise économique internes aux services de la Commission. Quelques chiffres peuvent illustrer une telle tendance. Si au milieu des années 1990, la DG Concurrence comptait en son sein sept juristes pour un économiste (Wilks et Mc Gowan, 1996), 173 de ses membres sont aujourd'hui diplômés en économie contre 202 en droit. En 2003 fut créé, au sein de la DG Concurrence, un service économique autonome, composé d'une dizaine d'économistes et s'appuyant sur un « groupe consultatif économique pour la politique de concurrence », principalement composé d'universitaires (Wise, 2005).

La réduction des incertitudes quant aux décisions des institutions de la concurrence passe donc par le renforcement des capacités d'expertise internes, le recours à des critères économiques robustes, mais aussi par l'appui sur des règles économiques lisibles par les opérateurs économiques et dont les conclusions seront prévisibles pour ces derniers. Comme le note l'OCDE, « Les règles favorisent la clarté et la cohérence dans un cadre global accessible et convaincant pour les entreprises qui y sont soumises, utilisables sans recourir nécessairement aux théorisations économiques de diplômés d'université » (Wise, 2005).

Le recours aux modèles économiques est d'autant plus important que les politiques de concurrence vont s'attacher à la mise en évidence de phénomènes tels que la position dominante collective pour lesquels le raisonnement sur des catégories juridiques n'apparaît pas suffisant à garantir un niveau suffisant de sécurité juridique.

20. Un tel espoir n'est pas pour autant acquis dans la mesure où le nouveau critère de correction des défaillances de marché manque singulièrement de précision et de test économique incontestable pour justifier de son activation (Hökmark, 2006).

Il en va de même outre-Atlantique, où pour tenir compte de la difficulté de constituer des preuves déterminantes de l'existence d'un accord de cartel, le Département de la Justice (pour une présentation des spécificités institutionnelles, voir encadré 3) a mis en place une batterie de critères économiques pour faire la part des choses entre le simple parallélisme de comportement et la collusion²¹. Cependant, apporter la preuve que les firmes ont effectivement mis en œuvre des accords de cartels est une tâche particulièrement ardue pour les autorités de la concurrence. Il s'agit de déterminer si un parallélisme des comportements de firmes concurrentes est simplement lié à une situation d'interdépendance stratégique ou procède en fait d'une action concertée. En l'absence d'éléments de preuve objectifs²², il est nécessaire de consolider d'éventuels faisceaux de présomptions par le recours à l'analyse économique (Johnson, 2006).

3. Les spécificités du cadre institutionnel américain en matière de politique de la concurrence

Le cadre institutionnel du contrôle des concentrations américain se distingue de la situation européenne principalement à deux égards. Il s'agit respectivement du partage des compétences entre deux agences publiques, à savoir la division antitrust du département de la justice et la FTC, et de la distinction existante entre les fonctions d'instruction et de jugement.

Au point de vue institutionnel, la politique de la concurrence américaine est régie par trois textes. Le premier est le Sherman Act de 1890. Il prohibe les restrictions au commerce entre États et condamne les stratégies de « monopolarisation » du marché. Il donne lieu à des poursuites criminelles entamées par les autorités publiques. Le deuxième texte est le Clayton Act de 1914. Il prohibe les concentrations susceptibles de restreindre la concurrence au détriment des consommateurs. Il est complété par un troisième texte, le FTC Act, lui aussi de 1914, lui offrant un support institutionnel. La FTC, en charge du volet civil de la mise en œuvre des politiques de concurrence, s'est par ailleurs vue dotée en 1975 d'un rôle de régulateur des échanges commerciaux (Magnusson-Moss Act). La création de cette autorité administrative indépendante a permis de mettre fin au monopole de l'enforcement de l'antitrust par les seuls pouvoirs publics (en l'occurrence l'US DoJ Antitrust Division), en complétant les actions concurrentielles et pénales menées par des particuliers, par des actions civiles, menées à l'initiative des agents économiques s'estimant individuellement lésés

21. US Department of Justice, *Price Fixing, Bid Rigging and Market Allocation Schemes: What are and what to look for*, An Antitrust Primer, Washington D.C.
<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/211578.htm>

22. La question du standard de la preuve est centrale en matière d'antitrust. Il est possible de relever que le standard retenu aux États-Unis (en termes de probabilités) est plus favorable aux autorités de la concurrence que le standard communautaire de la preuve déterminante. Cependant, si des critères élevés présentent l'inconvénient de laisser échapper plus d'accords anticoncurrentiels, ils permettent néanmoins de limiter le risque d'erreurs judiciaires (Chappe, 2005) ou d'annulations de décisions en appel.

par des comportements anticoncurrentiels. Les projets de concentrations doivent faire l'objet d'une notification préalable auprès des deux organismes (Antitrust Improvement Act de 1976). Au sein de la FTC, le bureau de la concurrence évalue l'impact concurrentiel global du projet de concentration. Il s'appuie, à cet effet, sur l'expertise du bureau d'analyse économique ¹.

La seconde spécificité du système institutionnel américain tient à la stricte séparation entre les fonctions d'instruction et de décision, laquelle ne se retrouve pas pour le cas européen (bien que l'évolution du contrôle mené par le TPICE et la CJCE vers un contrôle sur le fond doive tempérer une telle distinction). Les agences américaines instruisent les dossiers et plaident ensuite devant les tribunaux dans le cadre d'une procédure accusatoire.

¹. Notons qu'outre les estimations des effets économiques des projets de concentrations, les attributions de ce dernier s'étendent à l'évaluation préalable des projets de réglementations publiques relatives à la concurrence et à la protection des consommateurs.

Le recours à des critères d'évaluations lisibles et prévisibles répond au souci de réduction de l'incertitude quant à l'application de la loi, i.e. de renforcement de la sécurité juridique. L'incertitude peut provenir de l'ambiguïté des termes de la loi ou de l'insuffisance de la jurisprudence pour apprécier *ex ante* les effets des critères appliqués. La réduction de l'incertitude passe donc par la succession des arrêts des tribunaux et par les efforts consentis par le législateur pour préciser les termes de la loi.

La première voie correspond à l'accumulation de jurisprudence et particulièrement à l'énoncé des motivations des arrêts du TPICE quant à la manière de saisir les critères qui doivent être appliqués dans les décisions. La seconde repose sur la rédaction de communications interprétatives ou de *guidelines*, précisant les conditions concrètes d'utilisation des critères. Comme le notent G. Dari-Mattiaci et B. Deffains (2006), « en tranchant dans des contentieux et en rédigeant des commentaires sur leurs décisions, les juges aident à lever les ambiguïtés du droit et à ajuster finement des règles juridiques abstraites à l'univers constamment changeant des cas d'espèce qui leur sont soumis ».

1.2.1. Les réponses américaines

Aux États-Unis, tout d'abord, alors que durant de longues années la division antitrust du ministère de la Justice (DoJ) et la Federal Trade Commission (FTC) ne donnaient que peu d'informations quant aux critères de décisions utilisés, un large effort de transparence est actuellement entrepris, donnant lieu par exemple à la publication en mars 2006 de nouveaux commentaires sur les *Horizontal Merger Guidelines* de 1992 (Tucker et Sayyed, 2006). Au-delà des commentaires publiés conjointement par les deux agences sur les règles applicables au contrôle des concentrations, des *guidelines* spécifiques sont publiés sur des points précis (par exemple, les remèdes exigibles par les autorités

de concurrence pour accepter une fusion sous condition). De la même façon, les agences publient des rapports d'activité beaucoup plus circonstanciés, des rapports sur les bonnes pratiques, des communiqués de presse même si les investigations sont abandonnées sans décision. La FTC élabore des *Statements*²³. Son bureau d'analyse économique publie occasionnellement des comptes-rendus quant aux tests économétriques qu'il est appelé à utiliser.

En effet, les politiques de concurrence américaines utilisent largement, depuis le Hart-Scott-Rodino Act de 1976 des raisonnements économiques, lesquels viennent en grande partie se substituer aux catégories juridiques formelles et à la prise en compte exclusive de seuils de structure. « La science économique a discrédité la thèse selon laquelle le pouvoir de marché apparaîtrait à partir de degrés de concentration très faibles. Le primat des indices de concentration ou des présomptions fondées sur la structure des marchés n'a plus cours; il s'agit désormais de s'attacher à la dynamique de la concurrence sur les marchés » (Murriss, 2001).

L'évolution des critères utilisés par les autorités de la concurrence américaine ne peut pas, en effet, être analysée sans prendre en compte les débats théoriques autour des politiques de la concurrence. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les agences américaines privilégiaient l'approche structuraliste (approche SCP-Structure-Comportement-Performance — de l'Ecole de Harvard). Celle-ci concluait, sans doute un peu hâtivement, à un lien clair entre le degré de concentration du marché et le bien-être économique²⁴. En d'autres termes, si la structure de marché s'éloignait par trop du modèle de la concurrence parfaite, une intervention publique visant à réduire le degré de concentration était considérée comme efficiente. Cette approche fut progressivement contestée au travers des critiques de l'Ecole de Chicago et de la théorie des marchés disputables (Baumol, 1982). Pour les économistes se rattachant à la tradition de Chicago, l'analyse ne pouvait se limiter au seul examen des indices de concentration mais devait s'attacher aux incitations qui s'exerçaient sur les firmes elles-mêmes (Posner, 1992). L'appui sur des règles exprimées en fonction d'indices de structure risquait de conduire à des résultats collectivement inefficients²⁵. Il en effet nécessaire de réaliser un bilan au cas par cas des effets pro-concurrentiels et des effets anticoncurrentiels de tout projet pour pouvoir se prononcer. À cette critique s'ajoute celle de la

23. Un *Statement* regroupe un résumé de cas de jurisprudence et de commentaires, lequel est utilisé par les juges pour servir de base à leur décision.

24. « Le paradigme Structure-Conduite-Performance n'a jamais eu de fondements analytiques solides. La théorie n'a jamais donné d'éléments très utiles quant à la façon dont la structure affecterait la performance ... » (Fischer, 1991).

25. « Une application arbitraire des politiques de concurrence pourrait, par exemple, remettre en cause la stabilité des incitations qui s'exercent sur les firmes et ainsi conduire à de nouvelles inefficiences » (Lopez, 2002).

théorie des marchés disputables, laquelle montre qu'une firme même dotée d'une très forte position dominante ne pourra abuser de celle-ci du moment où le marché présente une fluidité suffisante (estimée à partir du niveau des barrières à l'entrée et des barrières à la sortie — exprimées notamment en termes de coûts échoués).

Ainsi, un effort est-il consenti depuis ces trente dernières années pour que les règles d'examen des projets de concentration se caractérisent par un recours croissant aux critères économiques. L'objectif est alors de fournir des règles objectives et de garantir pour les opérateurs économiques une application transparente et prévisible de la législation antitrust (Coate et Ulrick, 2006), à même de réduire l'incertitude quant à la mise en œuvre effective de cette dernière, en d'autres termes de renforcer leur sécurité juridique.

1.2.2. Les réponses européennes

La législation européenne a suivi, certes encore partiellement et avec un certain décalage, les évolutions initiées aux États-Unis pour satisfaire à l'objectif de renforcement de la sécurité juridique des opérateurs engagés dans des projets de fusion-acquisition. Le nouveau règlement européen de 2004, relatif au contrôle des concentrations, vise notamment à garantir « une analyse, *a priori*, plus compatible avec les enseignements de l'analyse économique ». Son considérant 29 insiste d'ailleurs sur le fait que l'évolution de la réglementation vers la prise en compte de données économiques allant au-delà des seules statistiques de structure (en l'occurrence les gains d'efficacité) s'accompagnera de communications spécifiques de la Commission pour renforcer la prévisibilité de ses décisions²⁶. De façon générale, les critères économiques semblent devoir acquérir une primauté face aux considérations portant sur les seules structures de marché (Rainelli, 2006), encore dominantes dans le cadre du règlement de 1989 (Glais, 1992).

Les caractéristiques fondamentales du contrôle européen des concentrations n'ont cependant pas été bouleversées par le règlement de 2004. Le contrôle repose toujours sur quatre principes (Maurie-Vignal, 2005), à savoir un contrôle *ex ante*, une obligation de notification préalable, un guichet unique pour les concentrations de dimension communautaire²⁷ et l'existence d'une procédure à deux phases. La

26. « La Commission devrait publier des orientations sur les conditions dans lesquelles elle peut prendre en considération des gains d'efficacité dans l'appréciation d'une concentration » (Commission européenne, 2004).

27. L'appréciation se fait en fonction du chiffre d'affaires de l'année antérieure. Un projet de concentration est qualifié comme étant de dimension communautaire si le chiffre d'affaires mondial agrégé des sociétés impliquées s'élève à plus de 5 milliards d'euros et si les chiffres d'affaires individuellement réalisés dans l'Union dépassent 250 millions d'euros. Si de tels seuils ne sont pas atteints, la compétence communautaire peut quand même être reconnue si des conditions spécifiques sont réunies, comme par exemple un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros dans au moins trois pays européens pour l'une des parties à la concentration.

première phase, après la notification, appelle une décision de la Commission (sous 25 à 35 jours). Celle-ci peut décider que l'opération ne relève pas du niveau communautaire, l'accepter (éventuellement avec des conditions) ou, en cas de doutes sérieux sur les effets potentiels de l'opération sur la concurrence, déclencher un examen approfondi. Il s'agit alors de la seconde phase du contrôle, celle qui a fait l'objet d'évolutions significatives avec le règlement de 2004.

Dans le cadre du règlement de 1989, la notion structurelle de position dominante prévalait. Étaient déclarées compatibles, les opérations de dimension communautaire qui « ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée significativement dans le marché commun ou dans une part substantielle de celui-ci ». La situation évolue dans le nouveau règlement, lequel déclare incompatibles les concentrations « qui entraveraient de façon significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante ».

Le glissement entre les critères de structure et la notion d'entrave à la concurrence peut apparaître déterminant en ce sens qu'il induit un relatif effacement des critères formels au profit d'une analyse substantielle, celle de l'entrave significative. À cette fin, le texte oblige la Commission à établir un bilan concurrentiel de l'opération prenant en considération les gains d'efficience pouvant être attendus de l'opération.

Il apparaît donc que la recherche d'une meilleure robustesse et d'une plus grande prévisibilité des décisions en matière de contrôle des concentrations passent par les deux canaux principaux que sont le recours à des critères économiques et la publication de nombreux documents relatifs à la politique de concurrence pour renforcer l'intelligibilité et donc la prévisibilité. Il en est ainsi pour les documents d'accompagnement des réglementations, de la diffusion de lignes directrices ou des procédures de consultations des acteurs économiques dans le cadre des projets de textes ²⁸.

28. La question qui peut se poser en filigrane est celle du degré optimal de précision des termes même de la loi. Le débat est alors en tout point comparable à celui qui prévaut dans le domaine des normes comptables. Des règles détaillées sont-elles préférables en termes de prévisibilité à de simples standards? Il est logique que les standards (par exemple, le critère de la bonne foi en droit) soient vague *ex ante*, dans la mesure où il appartient au juge de déterminer leurs modalités d'activation au cas par cas (Ehrlich et Posner, 1974). Cependant, comme le note Kaplow (2000), le législateur doit faire un arbitrage entre des standards ambigus et des règles ultra-détaillées. Si les premiers sont porteurs d'incertitude juridique et se traduisent donc par des contentieux, les secondes sont plus rapidement frappées d'obsolescence et peuvent de ce fait rendre les décisions des juges plus difficilement prévisibles. À l'inverse, un standard apprécié de façon stable par les tribunaux renforce la sécurité juridique. En effet, ce n'est pas parce qu'une législation est assortie de nombreux détails quant à ses modalités d'applications ou est

2. L'appui sur l'économie constitue-t-il une panacée?

Les politiques de concurrence tant américaines qu'européennes se caractérisent donc par un recours croissant aux critères économiques, dont on espère qu'ils garantissent un degré satisfaisant de sécurité juridique, pour les opérateurs et pour les autorités de la concurrence elles-mêmes. La robustesse, l'objectivité des tests, leur transparence et la prévisibilité de leurs conclusions devraient donc réduire l'incertitude quant à l'application des politiques de concurrence à un niveau socialement acceptable. Il s'agira, dans le cadre de notre seconde partie, d'analyser les critères en question avant de nous interroger sur leur aptitude à renforcer la sécurité juridique.

2.1. Les critères économiques introduits par les *horizontal merger guidelines* américaines et le règlement européen de 2004

2.1.1. Les critères utilisés aux États-Unis

La division antitrust du Département de la Justice joué un rôle moteur dans l'introduction de critères économiques dans les politiques de concurrence américaines. Un exemple peut être trouvé avec le test du « monopoleur hypothétique » (*hypothetical monopolist*), apparu avec les directives sur le contrôle des concentrations en 1982 (Werden, 2002). Ce test dont les fondements théoriques se retrouvent à la fois dans l'arrêt *Cellophane* de la Cour Suprême en 1959²⁹ et dans l'ouvrage d'Areeda et Turner (1978), permet, au travers de la définition du marché pertinent, d'estimer la probabilité qu'après la concentration, la nouvelle entité puisse décider d'une hausse modérée mais significative et durable de ses prix (de 5 % par exemple) sans voir la demande qui lui adressée se réduire notablement³⁰. À cette fin, les autorités de la

accompagnée de nombreuses règles interprétatives que sa clarté (dans le sens de prévisibilité de son application) est en pour autant renforcée. Comme le notait Blaise Pascal (1658), cité par Dari-Mattiaci et Deffains, « les obscurités se multiplient avec les commentaires ».

29. Du Pont de Nemours détenait alors une très forte position dominante sur le marché du cellophane. Le juge a considéré que la seule limite à ce pouvoir de marché résidait dans la concurrence des technologies alternatives d'emballage. « En conséquence, le tribunal a eu à déterminer dans quelle mesure la concurrence des autres matériaux d'emballages souples dissuadait du Pont d'abuser de son pouvoir de marché ». *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351US377/391-392, 1956.

30. Il s'agit du test SSNIP (*Small but Significant and non Transitory Increase in Price*).

La logique du test peut être mise en évidence au travers des directives canadiennes relatives au contrôle des concentrations: « Un marché pertinent correspond au groupe le plus restreint de produits incluant au moins un produit des parties à la fusion, et à la plus petite région géographique pour laquelle un vendeur unique cherchant à maximiser ses profits (un monopoleur hypothétique) peut imposer et maintenir une hausse de prix relativement importante et non transitoire par rapport aux prix qui seraient vraisemblablement pratiqués en l'absence de fusion. Dans la plupart des cas, le Bureau [canadien de la concurrence] considère qu'une hausse de prix est relativement importante si elle atteint 5 % et qu'elle n'est pas transitoire si elle dure un an » (Bureau de la concurrence, Canada, 2004).

concurrence appréciant le pouvoir de marché au travers des élasticités prix croisées de la demande³¹.

Ainsi, lorsque les autorités de la concurrence américaines examinent un projet de concentration, elles considèrent un ensemble de critères, lesquels ne sont pas examinés de façon successive et isolée les uns des autres, mais forment au contraire une analyse intégrée du risque induit par l'opération sur la concurrence. À ce titre, les indices de concentration et de structure de marché ne sont que des critères parmi d'autres. En effet, il apparaît que les parts de marché et les indices de concentration peuvent être de mauvais indicateurs des décisions de l'antitrust, sauf s'ils atteignent des niveaux très élevés (Tucker et Sayyed, 2006). Les indicateurs de structure ne sont principalement utilisés qu'en tant que seuils de déclenchement d'enquêtes plus approfondies. L'examen des conséquences d'une opération de concentration se structure autour des analyses successives de deux types d'effets, à savoir les effets unilatéraux et les effets coordonnés.

Les effets unilatéraux d'une concentration sont analysés au travers de modèles économétriques. Si les produits sont homogènes, l'analyse porte sur les incitations que peuvent avoir les parties à la concentration, une fois celle-ci réalisée, à réduire leur production ou à augmenter leurs prix, sans avoir à espérer une réaction conciliante de la part de leurs concurrents. À ce titre, l'utilisation de données de caisses des entreprises considérées permet de renforcer la significativité des résultats³². Dès lors que les produits sont différenciés, des modèles de concurrence oligopolistique sont utilisés (modèles de concurrence à la Bertrand ou à la Cournot). Dans ce cas, les élasticités prix croisées de la demande sont prises en considération, notamment au travers du calcul de ratios de diversion. Il s'agit dans un pareil cas, d'estimer pour deux produits substitués quel est le pourcentage de demande se réorientant vers le second, suite à une variation du prix du premier. Si les directives américaines indiquent qu'une opération de concentration est susceptible de se traduire par des effets unilatéraux significatifs du moment où la part de marché cumulée des deux entités candidate à la concentration dépasse 35 %, il apparaît que la FTC s'avère bien plus réticente que l'Antitrust Division du DoJ pour faire reposer ses décisions sur de tels critères quantitatifs (Werden et alii, 2004).

La notion d'effets coordonnés recouvre les incitations (et les capacités) que peuvent avoir les parties à faire concurrence aux autres opérateurs du marché une fois la concentration effective (Hosken et

31. D'autres analyses sont menées par les autorités américaines de la concurrence dans cette même logique. Il s'agit par exemple de la *critical loss analysis*, laquelle vise à estimer le volume maximal de ventes qu'une firme en position dominante accepterait de perdre pour pouvoir maintenir ses prix à un niveau donné (Langenfeld et Li, 2001).

32. De telles données ont été notamment utilisées dans le cadre du contrôle mené par la FTC sur le projet de concentration très controversé entre deux entreprises de fournitures de bureau américaines en 1996, Staples et Office Depot.

alii, 2002). Il s'agit donc de la probabilité d'apparition d'un phénomène de collusion à l'issue de la fusion suite au renforcement du caractère oligopolistique du marché. Pour reprendre la définition donnée par les lignes directrices canadiennes en matière de contrôle des fusions, une concentration peut donner lieu à un exercice coordonné d'un pouvoir de marché dès lors qu'elle « affaiblit la concurrence sur un marché, par exemple, en éliminant un concurrent particulièrement vigoureux ou en permettant à l'entité fusionnée de coordonner sa conduite avec celle de ses concurrents. Dans ces conditions, des prix plus élevés après la fusion sont rentables et durables uniquement parce que d'autres concurrents ont des réactions conciliantes (Bureau de la Concurrence, Canada 2004) ».

2.1.2. Les critères utilisés en Europe

Une même distinction entre effets unilatéraux et effets coordonnés prévaut en Europe, alors qu'initialement la Commission concentrait ses analyses sur les structures de marché. Celle-ci peut empêcher ou modifier tout projet de concentration qui serait susceptible d'entraver de manière significative la concurrence, notamment en créant ou en renforçant une position dominante. Il s'agit en d'autres termes d'éviter que les structures de marché ne s'éloignent pas par trop significativement de l'idéal concurrentiel.

Les lignes directrices européennes demeurent cependant plus attentives que leurs homologues américains aux structures de marché, en s'attachant principalement à la répartition des parts de marché et aux indices de concentration, notamment l'indice d'Hirschman-Herfindal (encadré 4). La Commission présume qu'une fusion n'a pas d'impact anticoncurrentiel du moment que la part de marché de l'ensemble fusionné ne dépasse pas 25 %. *A contrario*, dès lors que l'une des firmes impliquées dans le projet détient une part de marché supérieure à 50 % sur le marché pertinent considéré, un contrôle renforcé est entamé. Si l'indice d'Hirschman-Herfindal (HHI) ne définit pas des seuils d'acceptation, il donne des repères quant aux niveaux d'investigations nécessaires. Un contrôle par la Commission est nécessaire dès lors que l'indice post-fusion dépasse 1 000 points. Si le HHI s'établit entre 1 000 et 2 000 points, un contrôle renforcé est lancé dès lors que la fusion entraîne une variation de 250 points de l'indice. Si le HHI dépasse 2 000 points, toute fusion suscitant une variation de 150 points de l'indice implique un contrôle renforcé³³.

33. Dans le cadre des *Guidelines* américaines de 1992, une structure de marché pour laquelle le HHI est inférieur à 1 000 points ne pose pas de problème *a priori*. Si l'indice est compris entre 1 000 et 1 800 points, un projet de concentration n'est pas supposé poser problème, s'il se traduit par une hausse de l'indice inférieure à 100 points. Par contre, au-delà des 1 800 points, une enquête approfondie sera déclenchée du moment où l'accroissement de l'indice dépassera 50 points.

4. L'indice d'Hirschmann-Herfindhal

Parmi les indices structurels utilisés par les autorités concurrentielles, l'indice d'Hirschmann — Herfindhal occupe une place privilégiée. Il 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 de prendre en compte non seulement le nombre de firmes mais aussi la distribution de leurs parts de marché (Combe, 2002).

$$\text{On a en effet } H = \sum_{i=1}^n S_i^2$$

Ce qui donne, si on pose σ^2 , la variance des parts de marché:

$$H = n \sigma^2 + \frac{1}{n}$$

Si le marché est monopolistique, la valeur du HHI est de 100^2 , soit 10 000 points.

La Commission considère cependant certains facteurs susceptibles de faire contrepoids à ces mesures de structure de marché, tels d'éventuels pouvoirs de marché des acheteurs, la fluidité du marché (*i.e.* la possibilité de nouvelles entrées à moyen terme), voire les gains d'efficacité qu'il est possible d'attendre de la fusion-acquisition. La Commission peut aussi faire preuve d'une plus grande tolérance dès lors que l'une des parties à l'opération est en grande difficulté financière. En effet, en cas de disparition de l'entreprise concernée, le niveau concurrentiel se dégraderait de la même façon.

Le nouveau règlement de 2004 marque cependant une inflexion vers une prise en compte des effets unilatéraux et coordonnés à l'instar des pratiques américaines, au détriment des considérations de structure de marché. Le test de dominance économique s'efface en effet devant la notion d'entrave significative à la concurrence, le SIEC — *Significant Impeding Anticompetitive Effect*, équivalent du concept américain de SLC — *Substantial Lessening of Competition* — utilisé pour apprécier l'effet unilatéral d'une fusion acquisition (Encaoua et Guesnerie, 2006). Celui-ci s'avère plus restrictif encore dans la mesure où une opération de concentration peut avoir des effets anticoncurrentiels significatifs, même si les parts de marché cumulées sont peu élevées. De la même façon, les directives introduisent la notion d'effets coordonnés.

2.2. Les modèles économiques, s'ils sont un élément central du débat, ne sauraient pour autant garantir la bonne solution pour le juge

Cependant, tant aux États-Unis qu'en Europe, la prise en compte de critères économiques, sur l'exemple des effets unilatéraux et des effets coordonnés, ne saurait garantir une absolue sécurité juridique

dans la mesure où ces critères eux-mêmes font l'objet de contestations, portant, notamment sur le second, sur l'insuffisance de ses fondements analytiques. D'autres facteurs d'incertitude, et donc d'insécurité, prévalent de la même façon, quant au traitement économique des gains d'efficience.

En effet, les raisonnements économiques utilisés par les autorités de la concurrence font l'objet de critiques quant à leur aptitude à fournir des règles de décisions suffisamment robustes pour ne pas être rejetées en appel. Les théories économiques qui servent actuellement de fondement aux politiques de concurrence, communément regroupées sous la dénomination générale de synthèse post-Chicago (Encaoua et Guesnerie, 2006), reposent 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 (Fisher, 1989). Les autorités de la concurrence ne peuvent, de ce fait, mener leurs analyses au cas par cas (dans le cadre d'une règle de raison) sur la base de fondements théoriques clairs, mais surtout prévisibles et incontestables³⁴. L'absence d'une théorie « générale » présente en effet deux effets pervers en termes de sécurité juridique. D'une part, le recours à de telles théories ne saurait garantir aux parties un degré satisfaisant de prévisibilité quant aux décisions des juges. D'autre part, l'absence même de consensus entre économistes, la difficulté d'interpréter les enseignements de chacun des « exemples » fournis par la théorie post-Chicago ou les incertitudes quant à la possibilité d'appliquer ces derniers à chaque cas d'espèce pourraient être paradoxalement susceptibles de renforcer le risque d'annulation des décisions en appel.

2.2.1. Les incertitudes concernant les estimations économiques des effets anticoncurrentiels

L'estimation de l'effet unilatéral d'un projet de concentration repose sur la base de données historiques. Il est possible de le scinder entre effets directs (résultant de la réduction du nombre de concurrents sur le marché) et effets indirects (issus des réactions des entreprises tierces aux politiques de l'entité fusionnée). Différentes méthodes économétriques permettent de recourir à des simulations pour évaluer de tels effets (Ivaldi *et alii*, 2003). Il apparaît cependant que de telles modélisations présentent le handicap de demeurer statiques et de ne pas inscrire les relations entre concurrents dans un cadre intertemporel. De la même façon, les conséquences d'une concentration peuvent être significatives si l'une des entités fusionnées jouait précédemment un rôle de franc-tireur (*maverick*), c'est-à-dire d'animateur de la concurrence.

34. Comme le note Fisher (1999) relevait que la démarche n'avait abouti qu'à la constitution d'une typologie – une liste interminable (*laundry list*) de très nombreux cas de figure, qui ne permet guère de trancher.

Le concept d'effets unilatéraux permet en effet de mesurer, dans le cadre d'un marché de produits différenciés, la possibilité pour deux firmes fusionnées dont les produits sont substituables d'augmenter durablement leurs prix après l'opération, sans pour autant compter sur une attitude coopérative de leurs concurrents encore présents sur le marché. Cette approche est notamment contestée sur la base de sa parenté avec les approches purement structuralistes. Elle omet de prendre en compte, par exemple, la possibilité de nouvelles entrées dans la branche. De la même façon, l'utilisation de simulations économétriques, réalisées à partir des données de caisse des entreprises candidates à la concentration, repose sur l'hypothèse implicite que les conditions de marché initiales demeurent pérennes, en d'autres termes, que les consommateurs et les concurrents ne révisent pas leurs comportements une fois celle-ci réalisée (Lopez, 2002). Enfin, il convient de souligner que la stratégie des entreprises fusionnées ne saurait se limiter à la seule variable du prix. Comme l'ont noté Farrell et Shapiro (1990), la stratégie des firmes ne peut simplement être saisie au travers d'un modèle à la Cournot.

5. Exemple de prise en compte des effets unilatéraux d'un projet de concentration — Le cas Staples et Office Depot (1987)

Le projet de concentration entre deux chaînes de supermarchés américains spécialisés dans les fournitures de bureau, Staples et Office Depot en 1987 fournit un exemple emblématique des débats autour de l'utilisation du concept d'effets unilatéraux par les autorités de la concurrence américaines. La définition par la FTC du marché pertinent comme celui des « supermarchés spécialisés de vente de fournitures de bureau », a conduit à considérer qu'il ne demeurerait plus, après le regroupement des deux entreprises concernées, qu'un seul concurrent, Office Max. Du fait de la nature dupolistique qui aurait résulté de l'opération, la FTC, suivie en ceci par le tribunal, a considéré que la cession de magasins à Office Max ne suffirait à pallier les risques d'effets anticoncurrentiels de l'opération¹. La FTC a notamment utilisé dans le cadre de son contrôle les données de caisse pour chaque point de vente des deux groupes pour simuler quelle pourrait être l'évolution des prix si la fusion était acceptée. L'une des conclusions de cette simulation était que la réduction du nombre de compétiteurs de trois à deux, allait se traduire pour une inexorable augmentation.

1. La FTC avait accepté, en décembre 1997, la solution de cessions d'actifs comme mesure corrective pour une fusion entre Guinness et Grand Metropolitan, deux groupes de l'industrie agro-alimentaire, contrôlant notamment l'entreprise de restauration rapide Burger King et de nombreuses marques de boissons alcoolisées.

De mêmes incertitudes peuvent se faire jour en matière d'estimation des effets coordonnés. La persistance dans le temps d'un phénomène de collusion tacite dépend de nombreux facteurs tels la distribution des

capacités de production, la transparence des prix, la possibilité de mettre en œuvre des représailles en cas de déviance ou l'existence de barrières à l'entrée ou à la sortie. Face à de tels paramètres, les indices de concentration ne sont que de peu d'utilité. De plus, une coordination implicite est d'autant plus plausible que la distribution des capacités de production (après l'opération de concentration) est symétrique. Or, une telle symétrie a pour effet de réduire les indices de concentration (Compte et alii, 2002).

Dans le même temps, la prise en compte d'effets coordonnés peut être conçue comme susceptible de renforcer l'insécurité juridique des opérateurs selon deux canaux distincts. Tout d'abord, elle peut être retenue quand bien même les seuils quantitatifs de dominance individuelle ne sont pas atteints. La sécurité juridique offerte aux opérateurs par l'existence de seuils quantitatifs transparents et de règles prévisibles d'action des autorités de la concurrence en fonction de l'atteinte d'un seuil donné disparaît alors. Ensuite, le risque que les opérateurs considèrent les décisions des autorités de la concurrence comme résultant d'une pratique discrétionnaire peut augmenter dans la mesure même où les critères de la position dominante collectives font à la fois l'objet de contestations sur le fond (Kuhn, 2003) et font pour le moins l'objet de conflits entre la Commission, le TPICE et la CJCE quant aux conditions de son activation, comme en attestent trois de nos quatre piteuses.

2.2.2. *Les incertitudes liées à la prise en compte des gains d'efficience*

Tant aux États-Unis qu'en Europe, les autorités de la concurrence doivent dans leur estimation de l'effet global d'un projet de concentration établir une balance entre effets anticoncurrentiels et éventuels gains d'efficience résultant de ce dernier. En effet, il existe non seulement des configurations de marché pour lesquelles la réduction du nombre de concurrents se traduit par une augmentation de l'intensité de la lutte concurrentielle, mais en outre la concentration peut se traduire par un accroissement de l'efficacité économique du nouvel ensemble (Rainelli, 2006). Les gains d'efficience peuvent provenir d'une rationalisation de la production, d'une réorganisation du management, d'une réduction du coût du capital, d'effets de complémentarités ou d'envergure entre les actifs ou les activités de recherche-développement.

Or, une telle évaluation ne peut se faire qu'au travers d'un bilan concurrentiel prospectif, établi sur la base des informations transmises par les parties. Les autorités font donc face à la fois à une incertitude portant sur la fiabilité des modèles économiques utilisés pour estimer les gains d'efficience et à une incertitude sur la fiabilité des données (Encaoua et Guesnerie, 2006), comme l'illustre l'arrêt du TPICE dans l'affaire Sony/BMG.

Les gains d'efficience peuvent se subdiviser en deux ensembles. Le premier correspond à l'efficacité productive, laquelle peut résider par exemple en la réduction des coûts fixes. Le second correspond aux effets de synergie, liés aux effets de complémentarité ou d'envergure qui peuvent être produits par la réunion des actifs des deux entreprises au sein de la même entité. Cependant, dans un contexte d'asymétrie informationnelle et d'incertitude quant au futur, à la tendance naturelle des parties à surestimer les gains potentiels de leur fusion, répond une approche des plus restrictives des autorités de concurrence pour tenir compte de ces derniers (Williamson, 1976).

Les modalités de prise en considération des gains d'efficience liés au projet de concentration font débat aux États-Unis, principalement du fait du caractère hypothétique des gains en question et de la situation d'asymétrie d'information qui prévaut au profit des parties à la concentration. Aussi, les autorités de la concurrence exigent-elles de ces dernières qu'elles fournissent des argumentaires économiques détaillés au sujet de ces gains potentiels et ne prennent-elles en compte que les gains qualifiés de vérifiables (*cognizable*). Comme le soulignent les *guidelines* américaines, « les arguments fondés sur les gains d'efficience ne seront pas pris en compte s'ils s'avèrent vagues, hypothétiques ou s'il est impossible d'en faire une évaluation par des moyens raisonnables ».

La fusion entre Oracle et People Soft³⁵, autorisée par l'US District Court en septembre 2004, fournit un exemple de divergence entre des porteurs d'un projet de concentration et les autorités de concurrence. Oracle prétendait que la fusion conduirait à une économie annuelle d'un milliard de dollars. Les autorités américaines de la concurrence s'opposèrent en vain à l'opération en arguant à la fois de ses effets anticoncurrentiels et en mettant en doute l'ampleur des gains d'efficience espérés par les parties. Tout d'abord, la FTC considérait que les gains en question ne reposaient pas sur des estimations fiables³⁶. Comme l'a écrit le directeur du bureau d'analyse économique de la FTC, « les gains d'efficience mis en avant s'apparentaient à des vœux pieux, et franchement, ceux-ci n'étaient guère crédibles » (Salinger, 2005). Ensuite, la FTC contestait la notion même de coût utilisée par Oracle, mettant notamment en relief l'assimilation entre coûts fixes comptables et coûts fixes économiques.

Dans le cas européen, les gains d'efficience, dont la charge de la démonstration incombe aux parties et non à l'autorité de la concurrence³⁷, ne sont pris en compte que si et seulement si trois conditions cumulatives sont réunies. D'abord, les gains doivent être à l'avantage

35. Résultant d'une OPA hostile du premier sur le second, lancée en juin 2003.

36. Oracle tablait sur une réduction des frais généraux de PeopleSoft de 214 à 34 millions de dollars par an.

37. Étant donné qu'il s'agit d'une circonstance atténuante (Rainelli, 2006).

des consommateurs. Ils doivent être significatifs, être à même de contrebalancer les conséquences d'éventuels effets coordonnés. La Commission sur pondère en outre les horizons temporels les plus proches de façon à tenir compte du caractère de plus incertain des gains au fur et à mesure qu'ils sont éloignés dans le futur. Ensuite, ils ne doivent pouvoir être obtenus que par la concentration. Enfin, ils doivent être vérifiables par les tiers.

La difficulté de l'exercice réside encore une fois dans l'exigence de vérifiabilité *ex ante* de gains hypothétiques qui ne pourront quoiqu'il advienne n'être évalués qu'*ex post*. Le risque est alors de minorer par une excessive prudence ces derniers et de privilégier des données de structures, objectivables, elles, *ex ante*³⁸. La prise en compte des gains d'efficacité pose en effet de sérieuses difficultés quant à la fiabilité des estimations économiques qui peuvent en être faites. Comme le souligne M. Rainelli (2006), deux éléments peuvent être mis en relief. Tout d'abord, les retours d'expérience montrent que les gains s'avèrent toujours bien inférieurs aux prévisions et ne sont obtenus qu'après de longues années. Ensuite, les tendances présentes tant en Europe qu'aux États-Unis d'assimilation entre gain d'efficacité et réduction du coût marginal de production conduisent à privilégier les rationalisations de la production, au détriment notamment de l'emploi. De la même façon, de tels gains d'efficacité ne peuvent se traduire par des baisses de prix favorables aux consommateurs que dans des configurations de marché bien précises. Il en est de même nécessaire que l'entité fusionnée ne dispose pas de pouvoir de marché (Brian et Mc Fetridge, 2000). Comme le note M. Rainelli, cela revient à considérer que les gains d'efficacité ne peuvent être invoqués que dans le cadre des opérations de concentration qui ne seraient pas examinées par les autorités de concurrence du fait même de la faiblesse de leur impact concurrentiel.

Il apparaît donc que la prise en considération des gains d'efficacité dans le traitement des projets de concentration par les autorités de concurrence souffre elle aussi de fortes incertitudes, potentiellement préjudiciables à la sécurité juridique des parties. Le flou analytique prévalant sur l'évaluation même de ces gains³⁹, ainsi que la prudence des autorités de la concurrence pour les prendre en considération,

38. Une même logique pourrait être mise en évidence en matière de remèdes en cas d'une acceptation sous conditions. Les autorités européennes pourraient privilégier de façon excessive les mesures de structures, plus faciles à mettre en œuvre que le contrôle *ex post* d'éventuels engagements de comportement. Dans une telle situation, l'insécurité juridique pourrait provenir des différences d'appréciations entre l'Europe et les États-Unis et aussi d'un certain flou dans la doctrine de la Commission en la matière (remèdes négociés ou imposés).

39. Notons, en outre, qu'il s'agit de se prononcer sur la définition même de l'efficacité. S'agit-il d'une efficacité statique ou dynamique? En effet, les recommandations de l'analyse économique ne sauraient être les mêmes selon que l'on considère la concurrence comme un équilibre ou un processus dynamique. De la même façon, les autorités de la concurrence visent-elles à maximiser au premier chef, le surplus collectif ou le surplus du consommateur? En outre, quel peut être le taux d'actualisation implicite utilisé pour pondérer les effets futurs vis-à-vis des conséquences immédiates sur le bien-être?

contribuent à rendre les décisions moins prévisibles et dans le même temps à donner un caractère qui peut apparaître comme discrétionnaire à celles-ci. Notons, enfin, que ces incertitudes sont encore renforcées dès lors que les parties prenantes à un projet de concentration opèrent dans des secteurs de haute technologie, pour lesquels les risques concurrentiels peuvent à la fois porter sur des marchés de biens et de services actuels mais aussi futurs (encadré 6).

6. Le contrôle des concentrations dans les marchés d'innovation

Le traitement par les autorités de la concurrence américaine des « marchés d'innovation » fournit un autre exemple de controverse liée à la mobilisation de l'analyse économique dans les politiques de concurrence. Il s'agit de l'adaptation des modalités de contrôle des concentrations aux firmes se situant sur la frontière technologique pour prendre en compte les effets des projets sur les activités de recherche-développement. Selon les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* de 1995, les produits des marchés d'innovation correspondent aux activités de R-D liées aux biens et services futurs. Il s'agit, en d'autres termes, de veiller aux atteintes potentielles à la concurrence dans le futur du fait de la position dominante que pourrait acquérir la nouvelle entité sur un domaine de R-D donné et l'ensemble des biens et services qui pourront en dériver.

Un exemple d'application de cette notion, très controversée dans la mesure où elle favoriserait des erreurs de second type, particulièrement préjudiciables pour la croissance économique de long terme (Lopez, 2002), peut être trouvé avec l'interdiction en 1995 d'un projet d'absorption de la firme Intuit par Microsoft¹. Le juge a considéré que la prise de contrôle de cette société spécialisée dans les logiciels de finances personnelles donnerait une position dominante à Microsoft non seulement à court terme mais aussi pour les développements futurs de ce type de logiciel applicatif. Notons que la proposition de Microsoft de céder une partie de ses activités dans le domaine avait par ailleurs été rejetée dans la mesure où ce dernier n'était pas considéré comme un compétiteur crédible sur le long terme pour ce type d'application.

1. US v. Microsoft Corp. And Intuit Corp., US District Court N. California, 27 April 1995.

Paradoxalement les incertitudes liées à l'analyse économique elle-même peuvent faire que le recours aux outils économiques, lequel devait initialement garantir la robustesse des décisions et donc réduire l'incertitude quant à ces dernières, peuvent en elles-mêmes renforcer l'insécurité juridique des opérateurs⁴⁰. En matière de contrôle des

40. Dans une optique d'analyse économique du droit, le renforcement des incertitudes liées aux décisions des autorités concurrentielle va notamment se traduire par des « erreurs » d'anticipations des entreprises concernées par l'opération ou des divergences d'appréciation avec la Commission, lesquelles vont se traduire par des recours plus nombreux, lesquels, s'ils auront pour

concentrations, une telle aggravation peut s'avérer d'autant plus probable que les firmes ont perdu la relative certitude liée aux seuils quantitatifs de concentration de marché connus *ex ante*. Ce faisant, si l'on tient compte de l'existence d'un biais optimiste des porteurs de projets quant à l'estimation des gains d'efficience liés à l'opération, le risque que ces derniers considèrent à tort leur projet comme compatible avec le traité (risque de seconde espèce) s'élève d'autant. Or, nous avons vu au travers du cas Sony/BMG quels peuvent être les problèmes posés par l'annulation d'une fusion-acquisition une fois l'opération réalisée.

À ce titre, la question de la sécurité juridique se rapproche de celle de l'existence de règles transparentes, stables et prévisibles guidant les décisions des juges et permettant de conforter les anticipations des agents économiques. Le recours croissant à des règles fondées sur l'analyse économique au détriment des règles basées sur des catégories juridiques peut apparaître comme un effort visant à minimiser le risque de voir des décisions renversées par les juridictions d'appel. Il est espéré que la robustesse des modèles économiques permette de conjurer le risque de voir des décisions annulées pour défaut de raisonnement économique ou erreur manifeste d'appréciation.

Cependant, certaines questions demeurent posées tant en matière de sécurité juridique des opérateurs que d'efficacité même des instruments des politiques de la concurrence. Les débats économiques eux-mêmes autour des catégories analytiques dont s'est saisi le droit de la concurrence ne créent-ils pas en eux-mêmes une forte insécurité juridique, non seulement au niveau de leur activation par les tribunaux (risques d'annulation en appel, voire de revirements de jurisprudence ⁴¹) mais aussi au niveau des anticipations mêmes de agents économiques? Le flou même attaché aux tests économiques (quant à leurs fondements théoriques ou quant aux conditions de leur activation) ne risque-t-il pas paradoxalement de diminuer la capacité des opérateurs du marché à anticiper les décisions des autorités de la concurrence? Si le flou sur les règles accroît la marge de discrétion (qu'elle soit réelle ou perçue) des autorités de concurrence cela peut augmenter l'exposition des firmes au risque juridique ⁴².

effet indirect de réduire le degré d'incertitude lié à la loi *ex post*, n'en présenteront pas moins un coût économique additionnel. Comme le note Dari-Mattiaci et Deffains (2006), plus les données des litiges se complexifient, plus l'issue du procès est difficile à prévoir et plus il est probable que les anticipations des parties quant à la décision du juge ne divergent.

41. Les revirements de jurisprudence représentent pour les agents économiques des risques bien supérieurs à ceux de l'instabilité même des textes de lois dans la mesure où ils ont des effets rétroactifs. La nouvelle jurisprudence est en effet appelée à s'appliquer aux situations nouées en tenant compte de la précédente jurisprudence, mais aussi aux affaires en cours de jugement.

42. Cependant, l'idée même de réduire la marge de choix discrétionnaire du juge ne va pas d'elle-même. Tout d'abord, le juge n'est nullement tenu de se plier à une règle donnée ou à une jurisprudence « immuable ». Comme l'a rappelé la Chambre Sociale de la Cour de Cassation dans un arrêt du 7 janvier 2003, « la sécurité juridique (...) ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit », Cour de Cassation, Chambre sociale, 7 janvier 2003, pourvoi n° 00-46.476,

Ce faisant, la question de la sécurité juridique en matière de contrôle des concentrations rejoint la double critique de Fisher (1991). D'un côté, les critères économiques utilisés par l'antitrust peuvent n'avoir aucun fondement théorique robuste (cas du paradigme SCP) ou être utilisés à mauvais escient (et ce d'autant plus que la synthèse post-Chicago n'a pas débouché sur un cadre théorique englobant⁴³). D'un autre côté, la théorie économique peut apparaître comme insuffisamment fondée sur les faits ou impuissante à dégager des décisions incontestables dans le cadre de chaque cas d'espèce⁴⁴.

Nous retrouvons ainsi la tension mise en relief dans le récent rapport du Conseil d'analyse économique sur les politiques de la concurrence (Encaoua et Guesnerie, 2006) entre, d'une part, la recherche de décisions robustes et efficaces fondées sur des analyses économiques menées au cas par cas et, d'autre part, la prévisibilité de décisions fondées sur des règles juridiques (ou basées sur de seuls indices structurels). La sécurité juridique passe-t-elle au final par des règles purement formelles fondées sur des catégories juridiques ou des seuils de structure de marché, ou par des règles substantielles reposant sur des critères économiques? Si les premières ont le mérite de stabiliser les anticipations, elles n'en présentent pas moins le risque de conduire à des décisions susceptibles d'être annulées *ex post* et peuvent être, quoiqu'il en soit, économiquement sous-optimales. Si les secondes présentent, malgré leurs limites intrinsèques, le mérite de conduire à des décisions robustes, il n'en demeure pas moins qu'elles ne répondent pas à tous les critères de la sécurité juridique et que leur mise en œuvre induit un coût certain pour les autorités de la concurrence⁴⁵.

arrêt n° 11. Une même logique prévaut dans une certaine mesure aux États-Unis, où les tribunaux, même s'ils utilisent les directives des autorités de la concurrence pour leurs décisions, ne sont en aucun cas tenus par celles-ci. « Les directives du Département de la Justice donnent de précieuses illustrations sur l'utilisation du HHI mais ne pourraient en aucun cas être considérées comme engageant le tribunal ». *FTC v. PPG Indus. Inc.*, 798F2d1500-1503, District of Columbia Circuit, 1986. En outre, le propre du système de *Common Law* réside dans le fait que le juge doit trancher entre les intérêts qui lui sont présentés non en fonction d'une conception extérieure aux parties d'intérêt général mais en fonction des seuls intérêts privés en présence qui lui sont présentés dans le cadre d'une procédure accusatoire. Ce faisant, s'il est tenu par la règle du précédent ce n'est que dans le sens d'une application du même principe sous-jacent. Une plus forte marge de discrétion peut donc apparaître comme inévitable.

43. Fisher (1991) déplore que bien souvent les faits étaient analysés au travers de théories mal comprises.

44. Une telle vision peut être illustrée par les « deux principes organisateurs de l'économie industrielle » selon Fischer (1991). Le premier principe indique qu'il est impossible de dégager des principes d'organisation pour l'organisation industrielle et le second montre que le principal enseignement de la théorie est que tout peut arriver.

45. D'où des propositions de recours à des règles de raison structurées (Spector, 2006), inversant la charge de la preuve selon les présomptions de licéité des pratiques en question, sur le modèle (contesté) de la règle suivie aux États-Unis pour les pratiques de prédation depuis l'arrêt Brooke de la Cour Suprême (*Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 1996).

Spector D., (2006), « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », in Encaoua D. et Guesnerie R., *op. cit.*, pp. 271-285.

Références bibliographiques

- AREEDA P. et D.F. TURNER, 1978 : *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Little Brown, Boston.
- BAUMOL J., 1982 : « Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure », *American Economic Review*, Vol. 72, pp. 1-15.
- BRIAN L. et D.G. MC FETRIDGE, 2000 : « The Efficiencies Defence in Merger Cases: Implications of Alternative Standards », *Canadian Journal of Economics*, Vol. 33, n° 2, pp. 297-318.
- BUREAU DE LA CONCURRENCE — Canada, 2004 : *Fusions — lignes directrices pour l'application de la loi*, Ottawa, septembre, 56.
- CHAPPE N., 2005 : *Economie et résolution des litiges*, Economica, Paris.
- COATE M.B. et ULRICK S.W., 2006 : « Transparency at the Federal Trade Commission: The Horizontal Merger Review Process (1996-2003) », *Antitrust Law Journal*, n° 531.
- COMBE E., 2002 : *La politique de la concurrence*, La Découverte, « Repères », Paris.
- COHEN E., 1995 : « L'Europe entre marché et puissance. Le cas des politiques de l'industrie. Spécialisation, technologie, concurrence, commerce extérieur », in MÉNY Y., MULLER P. et QUERMONE J.-L., *Politiques publiques en Europe*, L'Harmattan, Paris, pp.183-202.
- COMMISSION EUROPÉENNE, 2004 : Règlement n° 139/2004, 20 janvier.
- COMMISSION EUROPÉENNE, 2005 : *Plan d'action dans le domaine des aides d'État. Des aides moins nombreuses et mieux ciblées: feuille de route pour la réforme des aides d'État 2005-2009*, COM (2005) 107 final, Bruxelles, juin.
- COMMISSION EUROPÉENNE, 2006 : *Rapport sur la politique de concurrence 2005*, SEC(2006)761 Final.
- COMPTE O., F. JENNY et P. REY, 2002 : « Capacity Constraints, Merger and Collusion », *European Economic Review*, n° 46, pp. 1-29.
- DARI-MATTIACI G. et B. DEFFAINS, 2006 : « Uncertainty of Law and Legal Process », Tinbergen Institute *Discussion Paper*, TI 2006-071/1.
- EHRlich I. et R.A. POSNER, 1974 : « An Economic Analysis of Legal Rule Making », *Journal of Legal Studies*, Vol. 3, pp. 257-286.
- ENCAOUA D. et R. GUESNERIE, 2006 : *Politiques de concurrence*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, juillet.
- FARRELL J. et C. SHAPIRO, 1990 : « Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis », *American Economic Review*, Vol. 80, n° 1, pp. 107-126.

■ Frédéric Marty

- FISHER F.M., 1989 : « Games Economists Play: A Non-Cooperative View », *Rand Journal of Economics*, Vol. 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.
- GERBER D., 1998 : *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press.
- GLAIS M., 1992 : « L'application du règlement communautaire relatif au contrôle de la concentration », *Revue d'Economie Industrielle*, n° 60, 2^e trimestre, pp. 95-98.
- HAYEK F., 1973 : *Droit, législation et liberté*, édition française, Quadrige — PUF, Paris.
- HÖKMARK G., 2006 : Rapport sur la réforme des aides d'État 2005-2009, Parlement européen, Commission des affaires économiques et monétaires, A6-0009/2006FINAL, janvier.
- HOSKEN D., D. O'BRIEN et D.T. SCHEFFMAN, 2002 : « Demand System Estimation and its Application to Horizontal Merger Analysis », Working Paper n° 246, *Federal Trade Commission — Bureau of Economics*.
- IVALDI M. et alii, 2003 : *The Economics of Unilateral Effects*, IDEI — Toulouse, Rapport pour la DG Concurrence.
- JOHNSON J.H., 2006 : « Economic Evidence in Criminal Cartel Cases », *NERA Antitrust Insights*, San Francisco, janvier.
- KAPLOW L., 2000 : « General Characteristics of Rules », in Bouckaert B. and De Geest G., (ed.), *Encyclopaedia of Law and Economics*, Edward Elgar, pp. 502-528.
- KOVACIC W.E. et C. SHAPIRO, 2000 : « Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking », *Journal of Economic Perspectives*, volume 14, n° 1, pp. 43-60.
- KUHN K.U., 2003 : « Closing Pandora's Box? Joint Dominance after the Air Tours Judgements », Working Paper n° 02-013, University of Michigan.
- LANGENFELD J. et W. LI, 2001 : « Critical Loss Analysis in Evaluating Mergers », *The Antitrust Bulletin*, summer, pp. 299-337.
- LÉVÊQUE F. et ALII, 2006 : « The Acquisition of Endesa by Gas Natural: Why the Antitrust Authorities Are Right to be Cautious », *The Electricity Journal*, Vol. 19, Issue 2, mars.
- LÉVÊQUE F., 2005 : « Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis: lequel est le plus sévère? », *Concurrences*, n° 2, pp. 20-23.

- LOPEZ E.J., 2002 : « New Anti-Merger Theories », *Cato Journal*, Vol. 20, n° 3, hiver, pp. 359-378.
- MALAURIE-VIGNAL M., 2005 : *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 3^e édition, Armand Colin, Paris.
- MARTY F., 2004 : « Analyse de la libéralisation des industries de réseaux au travers de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence français », *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XVIII, n° 4, pp. 435-459.
- MURIS T.J., 2001 : « Antitrust Enforcement at the FTC: In a Word Continuity », *American Bar Association Antitrust Section Annual Meeting*, Chicago, décembre.
- PASCAL B., 1658 : *Entretien avec M. de Saci sur Epictète et Montaigne*, in *Œuvres Complètes*, Hachette, Paris.
- POSNER R.A., 1992 : *Economic Analysis of Law*, 4th edition, Little Brown, Boston.
- RAINELLI M., 2006 : « À 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.
- SALINGER M.A., 2005 : « Four Questions about Horizontal Merger Enforcement », *American Bar Association Economics Committee of the Antitrust Section*, Washington D.C., 14 septembre.
- TUCKER D.S. et B. SAYYED, 2006 : « The Merger Guidelines Commentary: Practical Guidance and Missed Opportunities », *The Antitrust Source*, mai.
- VELJANOVSKI C., 2004, « EC Merger Policy after GE/Honeywell and Air Tours », *The Antitrust Bulletin*, Vol. 49, n° 1-2, printemps.
- WERDEN G.J., 2002 : « The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm », *Antitrust Division*, US Department of Justice.
- WERDEN G.J., L.M. FROEB et D.T. SCHEFFMAN, 2004 : « A Dauber Discipline for Merger Simulations », *Federal Trade Commission*.
- WILKS S. et L. Mc GOWAN, 1996 : « Competition Policy in the European Union: Creating a Federal Agency? », in DOERN B.G. and WILKS S., (ed.), *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, Oxford University Press.
- WILLIAMSON O.E., 1976 : « Economics as an Antitrust Defence: The Welfare Trade-Offs », *American Antitrust Review*, n° 59, pp. 954-959.
- WISE M., 2005 : *Droit et Politique de la Concurrence dans l'Union Européenne*, OCDE, Paris.

■ Frédéric Marty

XU C. et K. Pistor, 2002, « Law Enforcement under Incomplete Law: Theory and Evidence from Financial Market Regulation », *Discussion Paper* n° TE/02/442, London School of Economics and Social Science, décembre.