

L'entreprise face aux dispositions du droit de la concurrence : Les dix commandements du manager

Michel GLAIS

Professeur émérite, Université de Rennes I
Rennes, France

Né aux Etats-Unis à la fin du 19^{ième} siècle, le droit de la concurrence et son application jurisprudentielle sont restés pendant longtemps confinés aux limites géographiques de ce pays. Dans plusieurs Etats européens, l'incrimination des stratégies relevant de la concurrence dite déloyale permettait certes de faire condamner les agissements d'un commerçant indélicat à l'égard d'un partenaire commercial. Par contre, aucun texte ne permettait la mise en cause d'une entreprise dont les stratégies commerciales et financières étaient de nature à perturber le jeu naturel de l'offre et la demande sur les marchés.

C'est à la construction de l'Europe économique que l'on doit l'élaboration d'un cadre juridique visant, comme aux Etats-Unis, au contrôle des agissements jugés incompatibles avec le développement d'une concurrence apte à promouvoir ce que les théoriciens de l'analyse économique appellent « l'efficacité économique ». Ainsi l'article 3 du Traité de Rome précisait que l'objectif à atteindre de la construction économique communautaire était l'établissement d'un « régime assurant que la concurrence ne serait pas faussée dans le Marché commun », par l'existence d'ententes illicites et des stratégies abusives adoptées par des entreprises disposant de positions dominantes sur les marchés concernés par leurs activités. Etendu, en 1989, au contrôle des opérations de concentration, l'arsenal juridique dont dispose aujourd'hui la Commission européenne s'est ainsi rapproché de celui en vigueur aux Etats Unis, même si la convergence entre les deux législations ne s'avère pas totale. Le droit communautaire de la concurrence s'est ultérieurement imposé aux textes en vigueur dans chacun des pays relevant aujourd'hui de l'espace communautaire européen.

Les dispositions du droit de la concurrence et leurs applications jurisprudentielles trouvent leurs fondements et leurs justifications dans les enseignements de la théorie économique des prix et des marchés, enrichis

au fil des années des recherches utilisant des modèles mathématiques de plus en plus sophistiqués. Au sens de la théorie microéconomique, un régime de libre concurrence est censé permettre la promotion de l'efficacité économique dont bénéficieront les consommateurs (maximisation de « leur surplus »: économie monétaire mesurée par l'écart entre les prix que ceux-ci seraient disposés à payer et ceux qu'ils paieront effectivement). Dans une situation de concurrence non faussée, l'efficacité économique est alors supposée se décliner en « trois » dimensions : « **productive** » tout d'abord, l'entreprise étant incitée à choisir les combinaisons techniques susceptibles de conduire aux coûts les plus bas ; « **allocative** » ensuite, le prix de marché du produit en cause se rapprochant du coût marginal de production; « **dynamique** » enfin, grâce à la création de nouveaux produits ou à l'émergence de nouvelles technologies plus performantes.

Sous l'influence de tels fondements analytiques, les autorités chargées de la surveillance du comportement des entreprises ont, au fil des années, accru leurs interventions. Non contentes de répondre aux sollicitations des entreprises et des Etats, elles disposent, dans la plupart des pays, de leur propre pouvoir de saisine. Leurs décisions sont assorties de sanctions dissuasives (lourdes amendes) à l'encontre des entreprises auteurs de pratiques jugées illicites, les victimes étant également invitées à demander réparation des préjudices subis.

Aujourd'hui, les dirigeants d'entreprise ne peuvent donc ignorer ni les règles du droit de la concurrence ni la façon dont sont analysées leurs pratiques commerciales et tarifaires. Ils sont d'ailleurs d'autant plus incités à les connaître que les entreprises condamnées pour leurs pratiques illicites doivent, pour bénéficier de réductions de pénalités, prendre des dispositions contraignantes afin d'éviter des actes de récidive : programmes de conformité au droit de la concurrence, organisation pour les cadres des séminaires de sensibilisation aux risques qu'encourt leur entreprise en cas de comportements litigieux...

En respectant les dix commandements qui vont suivre, les dirigeants seront donc en mesure d'anticiper les critiques que leurs décisions

stratégiques seraient susceptibles d'encourir mais également d'utiliser le droit de la concurrence comme une véritable arme stratégique vis-à-vis de concurrents indéliçats.

Deux grands types de comportements conduisent à placer l'entreprise sous les feux des autorités de la concurrence. Tout opérateur économique devant déterminer de façon autonome sa politique tarifaire et commerciale, toute concertation avec des concurrents opérant sur les mêmes marchés est susceptible de tomber, par principe, sous le coup des dispositions applicables aux ententes prohibées. Certaines de ces concertations (contrats de coopération, ou de distribution) peuvent néanmoins avoir pour objet et effet la promotion de l'efficacité économique. En droit communautaire est ainsi expressément prévu que des ententes peuvent échapper, sous certaines conditions, à l'incompatibilité avec le Marché commun dès lors qu'elles « contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie du profit qui en résulte.. ». Sans même qu'un bilan économique soit établi par les autorités de la concurrence, ce type de coopération peut également être légitimé « de jure » lorsqu'il s'avère conforme aux exigences édictées par certaines dispositions réglementaires (en Europe, règlements d'exemption catégoriels). Aux Etats-Unis, des dispositions de même nature ont été adoptées (National Cooperative Research Act de 1993).

Les trois premiers des dix commandements qui vont suivre se rapportent aux dispositions du droit des ententes (**section 1**). Le contrôle des pouvoirs de marché a également constitué un des objectifs centraux d'une politique de la concurrence visant à promouvoir l'intérêt immédiat des consommateurs et la protection des entreprises de petites tailles. Tel a été le soubassement philosophique, longtemps conforté par la pensée économique, (en particulier celle du courant structuraliste de HARVARD), sur lequel a été adoptée, aux Etats-Unis, la section 2 du SHERMAN ACT visant à condamner l'acquisition ou le maintien d'une position de monopole par des moyens illégaux. En Europe, l'incrimination des abus de « position dominante » procède également de ce souci de placer « sous surveillance » les comportements des entreprises

détentrices d'un important pouvoir de marché. C'est dans le même esprit que la plupart des législations des pays industrialisés ont adopté des dispositions visant au contrôle des opérations de concentration. Les sept autres commandements suivants seront consacrés aux questions que posent aux managers la gestion de leurs stratégies quotidiennes lorsque leur entreprise détient un important pouvoir de marché (**section 2**), ou lorsqu'ils envisagent l'acquisition d'un concurrent, d'un fournisseur ou d'un distributeur (**section 3**).

Section 1) Les pratiques relevant du droit des ententes.

Leur caractère illicite est établi lorsque preuve est apportée de leur objet et (ou) effet restrictif de concurrence sur les marchés où se rencontrent les entreprises concernées par la concertation. Portant le plus souvent sur une répartition commune des marchés en cause et (ou) la fixation d'un prix identique, ce type de concertation s'épanouit, le plus souvent dans des secteurs présentant des caractéristiques structurelles très spécifiques. Eu égard à la présence de fortes indivisibilités techniques dans les fonctions de production et à la nécessité de construire des équipements de grande capacité de production, ces secteurs constituent tout d'abord des oligopoles « naturels » [marchés généralement situés en amont de la filière de production : sidérurgie, chimie de base, ciment, papier-carton etc..]. De ce fait, les entreprises concernées éprouvent de réelles difficultés à répondre avec rapidité et souplesse aux variations de la conjoncture. De tels marchés concernent, de surcroît, souvent des produits homogènes et à faible élasticité-prix de la demande. Il est alors facile de comprendre pourquoi les oligopoleurs, conscients de leur forte interdépendance stratégique, sont parfois soumis à la tentation de coordonner leurs pratiques tarifaires et de procéder à une répartition concertée de leur offre. Compte tenu de leurs effets négatifs sur le bien être du consommateur final, de telles ententes font l'objet de lourdes amendes [Voir par exemple, l'entente de la « lysine » dénoncée par les autorités américaines et communautaires]. Si les dirigeants des entreprises sont parfaitement conscients du caractère illicite de tels comportements, ils le sont moins des risques encourus en cas de « simples » échanges d'informations sur des données jugées sensibles.

1er commandement : Eviter les échanges « douteux » d'informations avec ses concurrents

La plupart des entreprises appartiennent à des organisations ayant comme objectif légitime la défense de leurs intérêts professionnels et la négociation avec les pouvoirs publics. Lors des réunions organisées dans le cadre de ces organisations, il n'est pas interdit de procéder à des échanges d'information de caractère très général [statistiques globalisées sur les quantités vendues pendant l'année, évolution des exportations et importations, normes de qualité etc..]. Sont par contre prohibés tous les échanges d'informations ayant pour objet ou effet de permettre, en particulier sur les marchés d'oligopole, aux entreprises en cause de réduire leur incertitude quant à leurs stratégies futures. La pratique montre que ce type d'échanges a souvent lieu, à l'issue d'une réunion professionnelle, les déjeuners en commun étant propices à ce type de concertations illicites ! Sur les marchés caractérisés par l'existence d'un très petit nombre d'offreurs d'un produit homogène, et l'absence de concurrence potentielle, certains échanges d'informations peuvent en effet, sans même que les entreprises aillent jusqu'à envisager la conclusion d'un accord explicite, contribuer à élever le degré de transparence quant aux conditions d'établissement des prix ou des quantités produites. De tels échanges, relevant du domaine des pratiques concertées, permettent alors aux offreurs de parvenir à un équilibre, qualifié de « collusif », pour lequel les prix se situent au-dessus de ce que serait le prix de concurrence. Sont ainsi visés des échanges portant sur les prix que les producteurs envisagent de pratiquer dans un futur proche mais également sur les volumes de vente réalisés avec des acheteurs nommément désignés. La communication de séries de prix, ou de quantités réalisées dans le passé n'est pas prohibée par principe. Elle devient toutefois suspecte si les données échangées peuvent permettre aux entreprises concernées de déterminer si chacune a bien « joué le jeu » ou si, au contraire, l'une d'entre elles n'a pas triché en se démarquant du niveau de prix tacitement établi. De telles informations permettent, le cas échéant, l'engagement de mesures de représailles contre l'entreprise « déviante ». De façon générale, les gestionnaires d'entreprises doivent prendre conscience

qu'il leur faut s'abstenir d'échanger tout type d'informations détaillées ayant pour objet ou pour effet de réduire leur incertitude concernant le comportement futur de leurs compétiteurs. Or, bien souvent, ils n'en sont pas suffisamment conscients ou avertis, comme en témoigne, par exemple, le cas, particulièrement éclairant, de l'entente des «Palaces parisiens ». Lors d'une émission télévisée, les responsables de ces grands hôtels avaient déclaré se réunir régulièrement pour se partager des informations sur leurs activités, leurs plans marketing etc. Les investigations réalisées par l'autorité française de la concurrence (s'étant autosaisie de cette affaire) ont conduit à condamner cette pratique. Sur le marché en cause, qualifié d'oligopole étroit, les informations régulièrement échangées (portant sur les taux d'occupation ; le nombre de chambres louées ; les prix moyens) furent qualifiées de détaillées et de stratégiques. Leur mise en commun contribuait en effet à établir une transparence artificielle du marché ayant conduit à une convergence des évolutions des prix moyens sur la période incriminée. Pour limiter le risque de voir leurs collaborateurs commerciaux échanger, avec la concurrence, ce type de données, certaines entreprises n'hésitent plus aujourd'hui à leur diffuser des instructions précises et même à introduire dans leurs contrats de travail des clauses précisant que ce type de pratiques relève de la notion de faute grave au regard de la législation du travail.

2ème commandement : Vérifier la licéité des accords de coopération signés avec des concurrents

La création de nouvelles technologies ou de nouveaux produits impliquent dans la plupart des cas la mobilisation de ressources spécifiques modifiant les choix organisationnels des firmes et incitant celles-ci à s'engager dans des stratégies de coopération. Les avancées de la théorie économique dans ce domaine de recherche ont été parfaitement intégrées dans les raisonnements des autorités chargées de la protection de la libre concurrence. Ainsi, le caractère éminemment séquentiel du processus de création technologique, l'irrégularité de son profil temporel ainsi que l'importance des coûts irrécouvrables accompagnant tout investissement en R&D constituent les justifications essentielles mises en avant lors des demandes d'exemptions aux dispositions relatives au droit des

ententes. En droit européen, la croissance du nombre de projets soumis à l'appréciation de la Commission européenne a d'ailleurs conduit celle-ci à normaliser ses méthodes d'analyse et à élaborer des « règlements catégoriels » permettant une validation immédiate des accords peu susceptibles d'effets négatifs sur le jeu de la concurrence. Sont couverts par deux nouveaux règlements, les accords de coopération relatifs aux domaines de la R&D ainsi que ceux portant sur la spécialisation de la production. Quatre conditions doivent toutefois être réunies pour bénéficier des dispositions favorables de ces textes :

-Existence indiscutable du lien de causalité entre l'objet de l'accord envisagé et la promotion du progrès économique. Tel est plus particulièrement le cas lorsque les parties à l'accord apportent à la coopération des compétences, des actifs ou des activités complémentaires.

-Impossibilité de réalisation de celui-ci sans adoption de certaines clauses limitatives de concurrence entre les partenaires à l'accord. De façon logique, une exemption ne s'applique en effet que pour autant que les accords ne contiennent que des restrictions de concurrence indispensables à la réalisation des objectifs d'efficience visés par la coopération. En matière de coopération R&D, peuvent ainsi être validées des clauses interdisant aux partenaires à l'accord de poursuivre des recherches du même type avec d'autres firmes. L'importance des moyens techniques et financiers à réunir légitime en effet l'adoption de ce type de clauses contractuelles. Sont également couverts les accords de spécialisation comportant des clauses d'obligation d'achat exclusif ou de fourniture exclusive, ainsi des dispositions prévoyant une distribution conjointe des produits issus de la spécialisation souvent nécessaires à la réalisation des économies d'échelle et (ou) de gamme.

-Rétrocession suffisante aux consommateurs des résultats de la coopération. Le nouveau règlement adopté par la Commission européenne considère que tel est le cas en matière de R&D. Une coopération dans ce domaine permet en effet l'introduction plus rapide de produits ou de services nouveaux ou améliorés ainsi que des baisses de leurs prix. De la même façon, un accord de spécialisation est, par nature, susceptible de

permettre aux consommateurs de bénéficier des effets positifs découlant des économies d'échelle ou de gamme obtenus de la coopération.

-Maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés couverts par le contrat de coopération. L'exemption accordée en vertu d'un règlement catégoriel R&D ne doit en effet pas permettre aux partenaires à l'accord d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits ou technologies en cause. Est alors prise en considération la part de marché cumulée des parties à l'accord. Le maintien d'une concurrence suffisante est considéré acquis lorsque ce cumul ne dépasse pas 25% du marché du produit ou de la technologie en cause. Dans le cas d'un accord de spécialisation, la part cumulée des parties concernées est limitée à 20% du marché en cause, « quel qu'il soit ». Ainsi, lorsque l'accord porte sur la production d'un produit intermédiaire utilisé, par une ou plusieurs des parties à l'accord, comme intrants dans la fabrication de leurs produits vendus sur un marché aval, l'exemption n'est accordée que si la part des parties concernées sur le marché aval ne dépasse pas le seuil de 20%. Analyser la position des parties sur le seul marché du produit intermédiaire conduirait en effet à ignorer le risque de restriction de l'offre ou d'augmentation du prix du produit intermédiaire en cause pour les concurrents situés en aval. En cas de parts de marché supérieures à ces seuils, une exemption dite « individuelle » aux dispositions du droit des ententes s'avère possible lorsque preuve est apportée du « bilan économique » positif de l'accord en cause (gains d'efficacité l'emportant sur les effets des clauses restrictives de concurrence).

3ème commandement : S'assurer de l'absence de « clauses noires » dans les contrats de distribution signés avec ses revendeurs.

Pendant de longues années les accords de distribution comportant certaines restrictions de concurrence ont fait l'objet d'une grande méfiance de la part des autorités de la concurrence. On les suspectait de constituer des procédés artificiels permettant de conforter jusqu'au stade de la vente au détail des collusions horizontales entre producteurs. Aux Etats-Unis, jusqu'à la fin des années 1970 les contrats imposant des restrictions territoriales à l'activité territoriale des revendeurs ont ainsi

été souvent interdits « per se », c'est-à-dire sans que puissent être jugés recevables des arguments visant à prouver leur innocuité concurrentielle ou leurs effets favorables à la promotion de l'efficacité économique. Longtemps absente des préoccupations des économistes théoriciens, l'analyse du rôle économique des contrats de distribution, développée à partir des années 1980, a toutefois permis d'en comprendre toute la subtilité ainsi que leur possible contribution à l'efficacité économique. Ces contrats contribuent en effet à organiser une meilleure diffusion de l'information en direction des consommateurs mais également à en assurer la remontée vers les producteurs. Ils permettent en second lieu d'assurer la protection des investissements en actifs corporels mais surtout intangibles engagés tant par les fournisseurs que les revendeurs. Ils protègent enfin les partenaires commerciaux des risques d'adoption de comportements de type « passager clandestin » et de hold-up » toujours à craindre lorsque ces investissements s'avèrent spécifiques à un produit donné et impliquent des engagements de dépense de nature irrécouvrable.

Les autorités de la concurrence en ont alors retiré assez vite les enseignements en sollicitant, auprès du législateur, la rédaction de cadres juridiques appropriés et en proposant aux entreprises une méthode d'analyse de ce type de contrats [lignes directrices aux Etats-Unis ; règlements d'exemption en Europe]. Ainsi, après avoir élaboré des règlements spécifiques aux principaux types de contrats en vigueur (franchise, distribution sélective ou exclusive), la Commission européenne en a établi une version unique en 1999 (revisitée en 2010) tout en favorisant sa compréhension par la communication de lignes directrices. A l'instar de ce qui a été réalisé pour les accords de coopération, les entreprises disposent de deux possibilités de validation de leurs contrats de distribution. Cette validation est automatique lorsque l'ensemble des clauses contractuelles entre totalement dans le cadre juridique établi par le règlement catégoriel. Dans le cas contraire, elle pourra éventuellement être obtenue sous la forme d'une exemption individuelle pour autant que les effets positifs du contrat sur l'efficacité économique l'emportent sur les atteintes à la concurrence qu'il génère.

Pour bénéficier de l'application du règlement catégoriel communautaire, les rédacteurs d'un contrat de distribution restrictif de concurrence doivent alors vérifier que celui-ci ne comporte aucune clause jugée incompatible avec le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés en cause. D'une durée limitée à cinq ans, le contrat ne peut, tout d'abord, relever de l'exemption catégorielle que dans la mesure où la part de marché du fournisseur ne dépasse pas 30% du marché sur lequel il écoule ses produits et à condition également que celle détenue par l'acheteur ne dépasse pas non plus 30% du marché sur lequel il achète les biens ou services contractuels. En troisième lieu, doivent être exclues du contrat certaines clauses qualifiées de « noires » car trop restrictives vis-à-vis de la liberté d'initiative du distributeur ou trop limitatives de concurrence [NB : on se contentera dans le cadre de cet article de n'évoquer que les clauses les plus fréquemment incriminables]. Tel est tout d'abord le cas de clauses restreignant la capacité de l'acheteur de déterminer librement son prix de vente. Seule peut être acceptée l'imposition d'un prix de vente maximal ou la recommandation d'un prix de vente, à condition que, dans un cas ou dans l'autre, cela ne débouche pas sur un prix de vente fixe ou minimal, établi sous l'effet de la pression exercée par l'une des parties à l'accord.

-Dans le cas des contrats de distribution sélective [sélection des revendeurs sur la base de critères objectifs et non discriminatoires], constituent des restrictions de nature à exclure le bénéfice de l'exemption catégorielle des clauses telles que celles restreignant les fournitures croisées entre les distributeurs appartenant au réseau. Ceux-ci doivent en effet pouvoir tirer parti d'éventuelles différences entre les prix pratiqués par le fournisseur selon les pays dans lesquels il vend son produit. [Une interdiction de vendre à des distributeurs non agréés est par contre licite]. Doit être également exclue toute obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un réseau sélectif de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents nommément désignés.

-Le distributeur détenteur d'un contrat de distribution exclusive ou d'un accord de franchise, peut se voir prohiber par son fournisseur de pratiquer la concurrence « active » à l'encontre d'un autre distributeur

sélectionné sur une autre zone géographique [par exemple prospection, par différents moyens, de clients individuels situés sur ce territoire]. Mais, il ne peut se voir interdire la pratique de la concurrence dite « passive », situation dans laquelle il se contente simplement de répondre à la sollicitation d'un acheteur situé dans une zone géographique réservée à un autre distributeur sélectionné.

-La distribution sur Internet constitue, selon les autorités de la concurrence, une concurrence « passive ». De ce fait, elle ne peut être interdite contractuellement au revendeur. L'élaboration et la gestion du site en cause peuvent toutefois être soumises à des normes de qualité, à l'instar de celles qui sont exigées pour le point de vente physique ouvert par le distributeur. Par ailleurs, lorsque le site de celui-ci est hébergé par une plateforme tierce, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site portant le logo ou le nom de cette plateforme.

Section 2) Les pratiques adoptées par une entreprise détenant un important pouvoir de marché.

Certaines pratiques tarifaires ou commerciales ne soulèvent pas de critiques de la part des autorités de la concurrence lorsqu'elles sont utilisées par des entreprises évoluant sur des marchés suffisamment concurrentiels. Elles sont, par contre, prohibées lorsqu'elles sont adoptées par des entreprises disposant d'un fort pouvoir de marché. Aux Etats-Unis, la section 2 du SHERMANN ACT interdit les pratiques, individuelles ou collectives visant à limiter de façon illicite ou déraisonnable les conditions de la concurrence sur un marché déterminé. L'application de ce texte exige tout d'abord que soit établie la preuve de l'existence d'un pouvoir de marché (aptitude à contrôler les prix ou à évincer les concurrents du marché en cause). En droit communautaire et dans la plupart des législations européennes, sont qualifiées de « dominantes » les entreprises détentrices d'une position de marché leur permettant de se comporter de façon indépendante vis-à-vis de leurs concurrents, fournisseurs et clients. Revêt également le qualificatif de dominante l'entreprise constituant, pour un acheteur ou un offreur, un

partenaire commercial incontournable (situation qualifiée, dans certaines législations, de « dépendance économique » du partenaire en cause). Il est donc fortement conseillé à une entreprise se considérant comme un leader dans sa profession de vérifier qu'elle ne risque pas d'être qualifiée de dominante au regard de la méthodologie utilisée par les autorités de la concurrence et de voir ainsi sa latitude stratégique fortement limitée par les dispositions du droit de la concurrence.

4ème commandement : Déterminer avec précision les marchés sur lesquels son entreprise pourrait exercer une éventuelle position dominante.

Fidèle aux enseignements de la théorie microéconomique fondée sur la méthodologie de « l'équilibre partiel », le droit de la concurrence se réfère à la notion de marché pour analyser le comportement concurrentiel des firmes. Se pose alors la question de déterminer quels sont les biens ou produits qui sont en concurrence directe avec celui ou ceux offert(s) par l'entreprise concernée pour satisfaire un même besoin exprimé par les consommateurs. En second lieu, doit également être pris en considération le marché géographique sur lequel s'exerce cette concurrence. Au sens du droit de la concurrence, un marché géographique constitue le territoire sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes pour être distingué des zones géographiques voisines, soumises à des conditions de concurrence différentes. La délimitation d'un marché constitue un exercice souvent complexe et parfois lourd de conséquences lorsqu'il s'agit, dans une seconde étape, de déterminer le caractère suffisant ou non de la rivalité concurrentielle régnant entre les firmes lui appartenant. La mise en évidence d'un marché de produits, au sens de l'antitrust, implique une démarche en trois étapes. Sont tout d'abord pris en considération les produits présentant des caractéristiques (essentiellement techniques) suffisamment semblables pour répondre à une même demande [étape de l'analyse de l'interchangeabilité fonctionnelle]. Encore faut-il que les consommateurs les considèrent réellement en concurrence, preuve généralement apportée par l'analyse de leurs réactions face aux variations de leurs prix [étape de l'interchangeabilité réactive]. Une telle analyse nécessite souvent

aujourd'hui de faire appel à des outils statistiques et économétriques sophistiqués. Enfin, à supposer que ces tests aient permis de confirmer la réelle substituabilité des produits en cause, encore faut-il vérifier que l'arbitrage que les consommateurs sont censés exercer en cas de variations des prix de l'un d'eux ne soit pas réduit voire éliminé par l'existence de « barrières à la substitution » (existence de coûts de transaction, de transport, voire investissements nécessaires pour exercer la substitution entre les produits en cause). L'analyse de la jurisprudence des autorités de la concurrence montre que les marchés sont souvent définis de façon beaucoup plus étroite que l'imaginent les entreprises. Il a été ainsi jugé que les boissons à base de cola constituaient un marché spécifique et ne relevaient pas d'un marché plus général tel que celui des boissons gazeuses sans alcool. Le secteur de la vente des glaces a été découpé en plusieurs marchés selon leur lieu de consommation [à domicile, au restaurant, sur les lieux de vente (consommation ambulatoire)], mais également en fonction de leur présentation (emballées, à l'italienne, en cornet). Par ailleurs, le fait qu'un produit apparaisse non substituable avec d'autres produits ne signifie pas pour autant qu'il ne fasse l'objet que d'un seul marché. Utilisé à différents usages, ou distribué par des circuits différents, ce seront autant de marchés spécifiques du produit en cause qu'il conviendra d'analyser. Sur le plan géographique le marché peut prendre une dimension mondiale lorsque le produit concerné est largement diffusé à des prix semblables dans la plupart des pays. Il peut s'avérer national, en particulier en cas de différences de réglementations entre les Etats concernant la composition des produits [marchés des médicaments], la législation du travail [par exemple, marché de la restauration collective] ou fiscale [marché de la conception, de l'édition et de la commercialisation de progiciel de gestion]. Des différences dans les goûts et habitudes de consommation, dans les prix de vente peuvent également conduire à la mise en évidence de marchés nationaux. Les territoires peuvent être de dimension régionale, voire locale lorsque les coûts de transport s'avèrent élevés par rapport au prix du produit [ciment et autres produits pondéreux]. Dans le domaine de la distribution des produits alimentaires en grandes surfaces, c'est même sur la base de « zones de chalandise », mesurées par les temps de déplacement de la clientèle que s'établit la taille des marchés.

5^{ème} commandement : Estimer le risque de voir son entreprise être qualifiée de dominante sur la base des outils proposés par l'analyse microéconomique.

Rares sont les situations où la mise en évidence d'une situation hégémonique peut être réalisée sur la base d'un critère unique tel que celui de la part de marché. L'analyse réclame, le plus souvent la collecte d'un faisceau d'indices concordants. Sauf à friser une situation de monopole, une part de marché importante ne suffit pas, à elle seule, à donner à l'entreprise le pouvoir de se comporter de façon indépendante de ses concurrents ou partenaires commerciaux. Par rapport à une situation de pleine concurrence où le prix de marché est égal au coût marginal, une entreprise dominante est en mesure de fixer son prix à un niveau plus élevé que ce dernier. L'indice de LERNER reformulé par LANDES & POSNER, constitue à cet égard une mesure indirecte de l'existence d'un pouvoir de marché, en particulier dans des situations où le produit vendu est homogène et où l'entreprise présumée dominante adopte la stratégie dite du « leadorat » [prise en compte dans ses décisions de production de l'offre des entreprises de la frange concurrentielle]. Dans une telle situation, la capacité de l'entreprise dominante de vendre le produit en cause au dessus du coût marginal dépend, dans une situation donnée du marché, de trois variables : La part de marché de l'entreprise concernée, l'élasticité-prix de la demande, l'élasticité d'offre des concurrents. Une entreprise détenant, par exemple, une part de marché de 40% peut s'avérer dominante si l'élasticité-prix de la demande est faible et que les concurrents ne sont pas en mesure d'augmenter leur niveau de production [insuffisance de réserve de capacité ou impossibilité d'augmenter celle-ci de façon marginale en raison des indivisibilités techniques dans le processus de production]. Des calculs de « perte critique » sont également réalisés par les autorités de la concurrence. Ils consistent à estimer la perte (en pourcentage) de volume de ventes rendant non rentable une hausse de prix. L'analyse de l'importance de la concurrence potentielle est également particulièrement prise en considération. L'existence d'une position dominante détenue par l'entreprise en cause sera d'autant plus facile à démontrer que les barrières à l'entrée sont élevées et que le

marché est arrivé à maturité (faible croissance de la demande de marché). Ainsi, la nécessité pour un offreur potentiel de devoir investir lourdement dans des actifs spécifiques à coûts irrécouvrables suffit généralement à écarter l'hypothèse de nouvelles entrées sur le marché à la suite d'une hausse du prix de marché. Sont également pris en compte l'absence de puissance d'achat des clients de l'entreprise, ainsi que la puissance financière de celle-ci découlant en particulier d'une forte diversification de ses activités.

6ème commandement : Renoncer à toute stratégie susceptible d'être qualifiée d'abus de position dominante.

Détenir une position dominante ne constitue pas en soi une situation critiquable. Dans bien des cas l'entreprise concernée se trouve dans cette situation grâce à ses innovations ou à son aptitude à découvrir avant les autres des opportunités inexploitées sur les marchés en cause. S'il n'est pas non plus interdit à la firme hégémonique de défendre ses positions de marché, elle se voit, par contre interdire d'utiliser des stratégies ayant pour effet de réduire le surplus des consommateurs ou d'évincer du marché ses concurrents à l'aide de pratiques prédatrices. Toutefois, alors que dans un passé récent, certaines pratiques étaient jugées anticoncurrentielles «per se» elles peuvent maintenant trouver un accueil moins défavorable lorsqu'elles contribuent à la promotion de l'efficacité économique. La démonstration doit cependant en être apportée sur la base d'un protocole particulièrement rigoureux. L'entreprise devra prouver que : 1) c'est bien grâce au comportement contesté que les gains d'efficacité ont été obtenus ou sont susceptibles de l'être, 2) n'existe aucun autre moyen moins anticoncurrentiel pour y parvenir, 3) la concurrence effective sur le marché en cause ne sera pas éliminée par la suppression de la totalité ou de la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle.

Les stratégies susceptibles d'être prohibées car mises en œuvre par des entreprises dominantes, peuvent être regroupées en deux sous-ensembles selon que l'entreprise hégémonique cherche à maintenir son pouvoir de marché à l'aide de sa politique tarifaire ou de l'adoption de formules contractuelles litigieuses.

a) la domination abusive par l'adoption de pratiques tarifaires illicites.

S'il n'est pas interdit à une firme dominante d'attaquer ses rivales en baissant son prix, cette politique ne doit pas la conduire à l'établir à un niveau que la jurisprudence qualifie de prédateur. La prédation tarifaire se définit comme la pratique selon laquelle la firme dominante accepte délibérément de subir des pertes ou de renoncer, à court terme, à des bénéfices dans le but de discipliner le comportement d'un ou de plusieurs concurrents ou de rendre plus difficile l'entrée de futurs offreurs sur le marché. L'adoption d'un comportement prédateur se concrétise, le plus souvent, par l'établissement de prix inférieurs aux coûts de production et repose sur la quasi-certitude du caractère temporaire des pertes essuyées et de leur compensation par des profits ultérieurs durables et plus élevés. Le protocole de démonstration du caractère prédateur de la politique de prix adoptée par la firme dominante implique que soit tout d'abord fixé le seuil de coût unitaire en dessous duquel le prix ne devrait pas tomber ainsi que la période de temps de référence, cette variable n'étant pas sans effet sur la méthode de calcul du coût. Le caractère potentiellement prédateur du prix pratiqué une fois prouvé, doit ensuite être démontré le risque qui en découle pour la concurrence : éviction des firmes rivales ou fermeture du marché à la concurrence potentielle. Dans certaines jurisprudences (en particulier aux Etats-Unis) doit également être vérifié la vraisemblance de la récupération des pertes encourues par la firme dominante.

Fidèle aux enseignements de la théorie microéconomique, selon laquelle la fixation d'un prix en dessous du coût marginal ne constitue pas une pratique rationnelle, le droit de la concurrence s'en est tout d'abord tenu à l'application de la règle « d'AREEDA-TURNER » prohibant la fixation d'un prix inférieur au coût variable unitaire, notion comptable la plus proche du coût marginal. S'en tenir toutefois aux seuls coûts variables rend, dans bien des cas, le test de prédation trop favorable aux entreprises dominantes cherchant à évincer leurs concurrentes. Suite aux recherches menées sur la fixation des prix dans les secteurs ouverts à la concurrence et autrefois gérés par des monopoleurs historiques, de nouveaux concepts sont également utilisés par les autorités de la

concurrence. Le test du coût « évitable » moyen fait ainsi aujourd'hui l'objet d'un large consensus entre les différentes autorités de la concurrence [Voir, par exemple : la communication de la Commission européenne 2009/C 45/02 ; celle de l'OCDE : « predatory foreclosures » du 15/03/05 ; les lignes directrices publiées par le bureau canadien de la concurrence]. Le coût évitable moyen se définit comme la moyenne des coûts qui auraient pu être évités si l'entreprise n'avait pas produit l'unité supplémentaire supposée avoir servi de base à l'établissement du comportement abusif. En d'autres termes, cela signifie que si, pour mener à bien sa guerre de prix, la firme dominante est obligée d'augmenter sa capacité de production, les coûts d'investissements, voire les autres coûts irrécouvrables alors supportés, doivent être pris en compte dans le calcul du coût évitable moyen. Un autre critère (le coût incrémental moyen de long terme) est également utilisé pour apprécier le caractère prédateur d'un prix établi sur un marché ouvert à la concurrence par une entreprise continuant à exercer une activité sur un marché amont ou connexe protégé par un monopole légal. Ce coût comprend, outre les coûts variables, l'ensemble des coûts fixes spécifiques relatifs au produit ou service concerné et même ceux engagés avant la période de la prédation présumée. L'entreprise en cause ne doit en effet pas être autorisée à se servir des profits obtenus sur le marché protégé pour subventionner les pertes essuyées par son comportement prédateur sur les marchés où elle se trouve concurrencée. Enfin, le fait que le prix établi par la firme dominante se positionne entre le coût variable et une estimation du coût global moyen ne la met pas à l'abri de poursuites lorsque preuve est apportée de son intention prédatrice sur la base d'un faisceau d'indices convergents.

Sont également prohibées les pratiques relevant de la discrimination tarifaire. Tel est le cas, tout d'abord, de l'offre de rabais et remises qualifiés de « fidélité ». Ainsi, consentir des remises, non pas en fonction des quantités achetées, mais sur la base des besoins du client revient à inciter celui-ci à s'approvisionner de façon exclusive auprès de la firme dominante. Peuvent également être qualifiées de remises de fidélité celles calculées sur la totalité du chiffre d'affaires du client en particulier

lorsque la période sur laquelle le barème de remises est appliqué s'avère longue. Sont également prohibées les remises attribuées au client en contrepartie de l'engagement de celui-ci de ne pas distribuer ou utiliser les produits des concurrents [pratique pour laquelle la société INTEL a été condamnée à une amende de un milliard d'euros en 2009] ou de respecter les directives du fournisseur dominant en matière de prix de revente. De la même façon, l'adoption d'une stratégie d'offre de prix bas à l'intention exclusive des clients de ses concurrents se heurte au principe selon lequel une entreprise dominante ne doit pas artificiellement réduire le degré de concurrence sur le marché en cause. Enfin, s'il n'est pas interdit de fixer des prix différenciés selon les pays où le produit est vendu, il n'est pas permis à l'entreprise dominante de s'opposer par des moyens illicites (telles que des clauses contractuelles d'engagement de non revente) au jeu des « importations parallèles », transfert des produits en provenance du pays où les prix sont les plus faibles vers ceux où ils sont les plus élevés.

b) la domination abusive par l'adoption de dispositions contractuelles litigieuses

Le refus de livraison d'un produit (ou de prestations de services) constitue une des pratiques restrictives les plus dangereuses pour puisque c'est la survie de l'acheteur qui se trouve souvent mise en cause. Dans le meilleur des cas, celui-ci subit un handicap le plaçant dans une situation d'infériorité vis-à-vis de ses concurrents. Ainsi, le refus de l'entreprise dominante d'accorder à un tiers une licence pour l'utilisation d'un service ou d'un produit couvert par un droit de propriété intellectuelle peut être qualifié d'abusif lorsque quatre conditions sont réunies. Le refus : 1) concerne un produit ou service indispensable à l'exercice d'une activité sur un marché voisin ou situé en aval, 2) est de nature à exclure toute concurrence effective sur ce marché, 3) fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle, 4) est dépourvu de toute justification objective.

Imposer une clause d'exclusivité à ses clients peut être justifiée dans certains cas (démonstration, par exemple, de la nécessité d'amortir

sur une période suffisante les investissements réalisés). Encore faut-il que la durée de cette exclusivité ne soit pas excessive et n'ait pas pour effet d'empêcher toute possibilité d'accès des concurrents au marché en cause. Est ainsi particulièrement visée la clause d'approvisionnement exclusif selon laquelle le client s'engage à acheter auprès du fournisseur dominant le produit en cause, en totalité, ou dans une proportion importante pendant une longue durée, fixée à l'avance.

Fait l'objet de débats intenses entre les économistes le sort à réserver à des pratiques telles celles des ventes groupées. Dans le cas d'un couplage ou de la vente d'un assortiment, sont offerts ensemble deux produits distincts n'ayant parfois entre eux qu'un lien technique ou commercial ténu. Lorsque la pratique porte sur l'offre de deux produits utilisés de façon complémentaire, il s'agit d'une vente liée, selon des proportions fixes ou variables. Ce type de comportement commercial ne pose en général pas de problème de concurrence lorsque l'offre se présente sous une forme « mixte ». Le client se voit en effet proposer le choix entre prendre l'assortiment ou et acheter un seul des biens concernés. Plus dangereux s'avère, par contre, la stratégie « pure » de vente en couplage par laquelle le fournisseur ne laisse au client que la possibilité de prendre l'assortiment. Cette pratique a longtemps été prohibée aux Etats-Unis sur les fondements analytiques dits de « l'effet de levier » selon lequel l'entreprise, dominante sur le marché de l'un des produits en cause, cherche à étendre son pouvoir sur un autre marché. Si cette thèse n'est parfois pas dénuée de pertinence, elle ne couvre pas l'ensemble des cas de figures couverts par la pratique des ventes liées. Ainsi, l'offre de produits complémentaires, en particulier combinés dans des proportions variables, peut constituer un moyen idéal pour le fournisseur de pratiquer un politique de discrimination ayant pour objectif la récupération d'une partie du surplus des consommateurs. Se pose également la réponse à donner lorsque l'entreprise incriminée fait valoir que les deux produits en cause ne sont, en réalité, qu'un seul produit en raison de leur « couplage technologique », combinaison physique au sein d'un produit intégré. Cette thèse défendue, par exemple par Microsoft à propos du couplage entre le système Windows pour PC client et Windows Media Player, a été rejetée

par les autorités européennes de la concurrence. L'entreprise incriminée n'est en effet pas parvenue à convaincre celles-ci que le couplage entre ces deux produits (jugés distincts) était suffisamment favorable à la promotion de l'efficacité économique. Bien au contraire, pratiqué par une entreprise fortement dominante, la pratique en cause constituait un frein à l'innovation, modifiait les conditions d'équilibre des marchés concernés et au final portait gravement atteinte au développement de la concurrence.

Les auteurs de ces différentes pratiques évoquent pour leur défense leur caractère favorable à la promotion de l'efficacité économique : diminution des coûts de fabrication grâce aux économies d'échelle ou de gamme réalisées par la production en commun des biens considérés ; améliorations techniques qui seraient absentes en cas d'utilisation de produits venant de producteurs différents ; réduction des coûts de commercialisation pour l'entreprise ; baisse des coûts de transaction pour les consommateurs, en particulier lorsque la recherche de la meilleure combinaison entre deux produits complémentaires s'avère difficile en raison de leur sophistication technique etc..

L'appréciation des effets de ces pratiques tant sur le plan de l'efficacité économique que sur le maintien d'une concurrence sur les marchés en cause constitue donc un exercice complexe qui ne permet donc ni une condamnation « Per Se » ni une validation trop généreuse. C'est donc à une analyse au cas par cas à laquelle se livrent les autorités de la concurrence en tenant compte des spécificités des marchés concernés et des objectifs visés par l'entreprise dominante. Sont en général condamnées les entreprises pratiquant le couplage « pur » entre des produits distincts lorsque cette technique de vente a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence sur les marchés en cause. Jusqu'à présent, rares sont également les cas où ont été retenus les arguments visant à faire reconnaître le caractère efficient de ce type de pratique.

Section 3) La préparation d'une opération de concentration

La croissance externe des entreprises constitue une des composantes incontournables de la logique d'une économie de marché. La rivalité

entre producteurs ne s'exerce en effet pas seulement sur le marché des produits mais également sur celui des droits de propriété. La compétition pour obtenir le contrôle d'une entreprise concurrente, d'un fournisseur ou d'un client repose sur le pari engagé par ceux qui les convoitent qu'ils sauront exploiter les moyens de production acquis de façon plus efficace que leurs anciens propriétaires. Le souci des autorités de la concurrence de veiller au maintien d'une concurrence suffisante sur l'ensemble des marchés et de tenir en « liberté surveillée » les entreprises de grande taille les conduit toutefois à imposer aux candidats à une opération de concentration de leur soumettre leur projet de rapprochement dès lors que leurs chiffres d'affaires dépassent certains seuils jugés sensibles. Il est donc indispensable pour les entreprises concernées de préparer avec soin leur dossier en s'attachant tout d'abord à anticiper les objections que pourrait soulever leur projet de rapprochement, puis à faire valoir l'apport de celui-ci à la promotion de l'efficacité économique, et enfin, le cas échéant, à anticiper les engagements qui devront être proposés pour obtenir le feu vert des autorités de la concurrence.

7ème commandement : Anticiper les objections susceptibles d'être formulées en cas d'acquisition d'une entreprise concurrente

L'opération de concentration dite horizontale car regroupant deux firmes en concurrence directe peut faire craindre trois types d'altération future de la concurrence sur les marchés concernés : a) la création ou le renforcement d'une position dominante, b) une augmentation des prix sans même que l'entité issue de la concentration détienne une position dominante, c) une modification des conditions de fonctionnement du marché en cause, conduisant à l'apparition d'un équilibre non coopératif entre les offreurs ou facilitant la mise en place et le fonctionnement d'une entente illicite.

a) L'analyse du risque de création ou de renforcement d'une position dominante se réalise à l'aide des outils déjà présentés au cours de la section 2, à la seule différence que, dans le cas d'un projet de concentration, la démarche est prospective (tant pour la délimitation des marchés à retenir que pour l'analyse des comportements futurs). Le risque de voir

l'entreprise détenir une position dominante se mesure donc sur la base du recueil du même faisceau d'indices concordants. S'y ajoute le calcul de l'indice HERFINDAHL- HIRSCHMANN, utilisé tant par les autorités américaines qu'européennes. Cet indice représente la somme des carrés des parts de marché détenues par les entreprises en place sur un marché donné. En cas de monopole, la valeur de l'indice est égale à 10 000 si le calcul est réalisé en pourcentage. Il tend vers zéro dans la situation de grand nombre évoqué par le modèle de concurrence néo-classique. La valeur de l'indice prend donc en compte le nombre des entreprises en place sur le marché mais également la dispersion de leurs parts de marché. Sa valeur s'élève lorsque le nombre d'entreprises diminue. Elle augmente également avec la dispersion des parts de marché. L'indice HHI est, par ailleurs, relié à l'indice de LERNER puisqu'il correspond à la somme des valeurs de l'indice de LERNER, pondérées par la part de marché des entreprises en concurrence sur le marché concerné. Le calcul de l'indice HHI permet aux différentes autorités de la concurrence de fixer des seuils de valeur leur permettant très rapidement de déterminer si un projet de concentration nécessite un examen approfondi. Tel est le cas en Europe lorsqu'après la concentration, la valeur de l'indice s'avère supérieur à 2000, que son augmentation est supérieure à 150 et que la part de marché de l'entité issue de la fusion sera supérieure à 50%. Deux investigations s'avèrent particulièrement importantes. Celle tout d'abord (déjà abordée précédemment) relative à la délimitation du marché, ensuite celle de l'analyse de la concurrence potentielle. Les règlements de contrôle des opérations de concentration précisent en effet que les autorités de la concurrence doivent prendre en considération la concurrence actuelle et potentielle d'entreprises situées sur le marché géographique en cause mais également de celles situées hors de celui-ci. Il convient alors pour les responsables de l'entreprise de s'attacher à démontrer que l'entrée de nouveaux offreurs sera rapide (en général dans un délai inférieur à deux ans), probable (aptitude à soutenir la concurrence tarifaire des firmes en place) et suffisante, ce qui implique qu'elle soit d'une importance et d'une ampleur suffisante pour contrecarrer les éventuels comportements hégémoniques de l'entité issue de la fusion.

b) Sans être dominante à l'issue de l'opération de concentration, la nouvelle entité créée peut néanmoins être en mesure d'affecter le jeu d'une concurrence effective. Tel peut être le cas lorsque les candidats à la concentration offrent des produits différenciés mais considérés par les consommateurs comme étant les plus proches l'un de l'autre (et donc leurs deux principales sources d'achat), les autres produits vendus sur le marché étant jugés moins substituables avec ceux de la nouvelle entité. Dans de telles situations, celle-ci peut juger profitable d'augmenter le prix (ou de diminuer l'offre) de l'un des produits si cette stratégie ne se traduit pas par une perte de chiffre d'affaires et de marge au profit des concurrents. Cette probabilité peut être démontrée sur la base de calculs de ratios de « diversion » prenant en compte l'élasticité-prix de la demande et les élasticités-croisées de demande entre les produits concernés.

c) le projet de concentration horizontale et la diminution du nombre d'offres qui en résulte peuvent enfin conduire à favoriser l'émergence de situations de marché où les offreurs peuvent être incités à adopter des comportements coopératifs non prohibés mais aboutissant toutefois à des hausses de prix, par simple observation et anticipation du comportement des concurrents. Le projet peut également permettre de s'engager dans une stratégie de collusion tacite (ou pratique concertée) définie comme une forme de coordination qui, sans atteindre le stade de conclusion d'un accord formel, substitue sciemment une coopération pratique aux risques de la concurrence. Ces risques sont élevés lorsque plusieurs conditions sont réunies : Produits homogènes, faible nombre de compétiteurs détenant des parts de marché assez semblables et des capacités de production excédentaires, forte transparence des conditions du marché, impossibilité pour les clients et les concurrents actuels et potentiels de s'opposer à la stratégie des coalisés, marché arrivé à son stade de maturité.

8ème commandement : En cas d'acquisition d'un fournisseur ou d'un revendeur, vérifier que l'opération ne conduira à aucun effet restrictif de concurrence sur les marchés amont et aval.

Un premier risque est de voir l'entreprise alors intégrée verticalement ne plus vendre le produit intermédiaire à ses concurrents sur le marché

du produit aval ou tout au moins à réduire significativement son offre. La démarche analytique consiste alors à s'interroger d'abord sur la capacité de la nouvelle entité à adopter cette stratégie restrictive. Tel peut être le cas lorsque : a) le bien intermédiaire en cause est indispensable à la production du produit final (spécificité du produit en cause), b) les capacités de production des concurrents situés en amont seraient insuffisantes pour compenser la chute des ventes de l'entreprise intégrée, c) l'entrée de concurrents sur ce marché s'avère peu probable. A supposer que la nouvelle entité ait la capacité de restreindre son offre du produit intermédiaire, encore faut-il vérifier qu'elle serait incitée à le faire. Il faut donc que la perte de rentabilité subie sur les ventes du produit intermédiaire puisse être plus que compensée par les gains obtenus sur le marché aval. Tel sera le cas si le taux de marge bénéficiaire est plus élevé en aval qu'en amont et que l'entreprise intégrée est en mesure d'accroître sa part de marché au détriment de ses concurrents et d'augmenter le prix du produit final.

Un second risque est de voir la nouvelle entité issue de l'intégration verticale fermer l'accès au marché aval à ses concurrents actuels et potentiels. Ce risque est d'autant plus à craindre que l'entité aval de la firme intégrée détient une forte part de marché, qu'elle s'approvisionnait jusque là auprès de fournisseurs autres que l'entité amont nouvellement intégrée et que cette dernière est en mesure de lui fournir l'essentiel de ses besoins. L'incitation à s'approvisionner uniquement auprès de son entité amont sera d'autant plus forte que la réduction de ses achats auprès des autres fournisseurs en amont se traduira par une augmentation sensible de leurs coûts variables. Elle peut également réduire les ventes de ses concurrents auprès des autres acheteurs du produit intermédiaire si elle dispose de capacités de production suffisantes en amont et offre à ces acheteurs des conditions tarifaires favorables.

9ème commandement : Evaluer avec soins les effets de l'opération sur la promotion de l'efficacité économique.

La première étape de l'analyse d'un projet de concentration consiste pour une autorité de la concurrence à en dresser le « bilan concurrentiel »,

c'est-à-dire à répondre à la question de savoir si l'opération envisagée risque d'affaiblir de façon sensible le jeu de la concurrence sur les marchés concernés. Depuis toujours, la théorie économique s'interroge toutefois sur l'importance à accorder aux éventuels gains d'efficience supposés découler d'une concentration. La volonté d'acquérir les droits de propriété de l'entreprise convoitée repose, en effet, sur le pari de l'acquéreur de pouvoir gérer et développer les actifs de celle-ci de façon plus performante. Un projet de concentration est évidemment d'autant mieux accueilli que démonstration peut être apportée de ses effets bénéfiques sur la promotion de l'efficience économique. Tel est le cas si les promoteurs de l'opération sont en mesure de prouver que celle-ci sera de nature à accroître le surplus des consommateurs. Qu'en est-il, au contraire, lorsque l'opération en cause tout en augmentant le surplus « global » réduit, au moins dans une première période, celui des consommateurs ? Dans une telle situation, l'entreprise issue de la concentration accapare non seulement l'ensemble des gains de productivité obtenus du rapprochement, mais augmente également ses prix grâce à la position de force qu'elle obtient sur les marchés en cause. Faut-il alors s'en tenir au bilan purement concurrentiel et refuser le projet envisagé (ou lui imposer de substantielles modifications pour le rendre acceptable) ou l'accepter (application d'un « bilan économique ») au motif que ce qui importe c'est l'augmentation du surplus global. Longtemps hostile à l'application du « bilan économique », la Commission européenne apparaît aujourd'hui plus ouverte à l'utilisation de cette méthode d'analyse. [Voir les attendus du nouveau règlement n° 139/2004]. Il n'en demeure pas moins qu'aucun projet n'a été validé sans que ses promoteurs n'aient dû en modifier l'architecture lorsque son « bilan concurrentiel » a été jugé particulièrement défavorable. Depuis une dizaine d'années, au contraire, la prise en compte de l'efficience économique revêt, aux Etats-Unis, la forme d'une arme de guerre dans la compétition internationale. En témoigne le feu vert accordé sans conditions, dans ce pays, aux projets de concentration « BOEING/McDONNELL » et « GE/HONEYWELL » contestés au contraire par les autorités européennes. Selon la vision américaine actuelle : 1) doit être accepté un projet de concentration conduisant à terme à faire baisser

les prix, même s'il permet à une firme déjà leader sur son marché d'augmenter sa part de marché, 2) Ne devrait être utilisée qu'avec une grande prudence la référence au risque d'éviction des concurrents. Elle devrait être évoquée seulement dans les cas où l'entreprise issue du rapprochement utilise son pouvoir de marché pour se livrer à des comportements prédateurs à l'encontre de ses concurrentes.

Il est toujours recommandé aux promoteurs d'une opération de concentration de se livrer à une étude des effets d'efficience à en attendre et ce bien avant de le notifier aux autorités de la concurrence. Sont en effet jugées beaucoup moins crédibles des études menées, sur le tard, en particulier lorsque l'autorité de la concurrence a fait valoir ses doutes quant à l'innocuité du projet sur le jeu de la concurrence. Doit tout d'abord être démontré que les effets positifs attendus du projet ne pourraient être obtenus par des moyens moins dangereux pour la concurrence [tels qu'un accord de licence]. En second lieu, lorsque sont évoqués des gains de productivité relevant donc de l'amélioration de « l'efficience productive », les baisses de coûts doivent être quantifiées de façon suffisamment précise. Sont particulièrement retenues par les autorités de la concurrence les baisses de coûts variables ou marginaux, davantage susceptibles que les baisses de coûts fixes, d'être transmis aux consommateurs sous forme de baisses de prix. Les gains évoqués seront également d'autant mieux accueillis que preuve est apportée de leur réalisation dans un futur relativement proche. Plus difficile est toutefois d'apporter des preuves de l'amélioration de « l'efficience dynamique » à attendre de l'opération notifiée. Les candidats à la concentration peuvent, toutefois, donner corps à la crédibilité de leur démarche en évoquant, par exemple, la réussite de leurs précédentes opérations de concentration (concrétisation de leur activité de R & D sous forme d'innovations de produits ou de procédés). Très crédible apparaît également une opération de concentration visant à la création d'une innovation ne pouvant être rapidement réalisable que par la combinaison de ressources complémentaires détenues par des firmes relevant de bases technologiques différentes. Dans ce cas, les arguments des partenaires à la concentration seront d'autant mieux acceptés que, pour parvenir au résultat espéré, ils se contentent

de créer une entreprise commune « concentrative » (exerçant de façon durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome) solution beaucoup moins dangereuse qu'une fusion classique pour le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés. Le choix de créer une entreprise commune concentrative est également un argument de poids pour permettre la validation d'un rapprochement entre deux firmes concurrentes lorsque le marché visé par l'innovation à réaliser ne peut permettre la viabilité (tout au moins au départ) que d'un seul projet, les investissements spécifiques à mettre en œuvre individuellement par chacune des parties s'avérant particulièrement coûteux.

10ème commandement: Anticiper les mesures correctives qui devront être proposées aux autorités de la concurrence.

Dans de nombreux cas, les problèmes de concurrence soulevés par l'opération soumise à l'appréciation des autorités de la concurrence ne touchent qu'une partie des marchés concernés par le rapprochement entre les parties en cause. Les textes relatifs au contrôle des opérations de concentration offrent aux entreprises concernées la possibilité de proposer des engagements susceptibles d'évacuer tout risque futur d'atteinte à la concurrence sur les marchés en cause. Les mesures correctives envisageables prennent généralement une forme « structurelle ». Elles peuvent également s'avérer « comportementales », le plus souvent en tant qu'annexe à un engagement structurel, mais parfois même à titre principal. Il est donc important pour les promoteurs d'une opération de concentration d'anticiper très tôt les risques de voir l'autorité de la concurrence leur imposer des modifications importantes à apporter à leur projet et de choisir la solution la moins défavorable possible.

La cession d'une activité à un tiers capable de l'exploiter de façon efficace constitue la solution structurelle privilégiée par les autorités de la concurrence en cas de concentration horizontale lorsque la réunion des entreprises en cause fait craindre une affectation sensible de la concurrence sur les marchés concernés. Il appartient alors aux promoteurs de l'opération de définir le périmètre de l'activité à céder de façon à ce que son repreneur soit en mesure de l'exploiter dans des

conditions lui permettant de devenir un offreur crédible sur le marché concerné. Le profil du repreneur envisagé doit répondre, en second lieu, à des impératifs précis. Outre son indépendance totale à l'égard des partenaires à la concentration, il doit disposer des compétences techniques, économiques et financières nécessaires à la poursuite de l'activité cédée. Les promoteurs de l'opération de concentration peuvent toutefois arriver à convaincre l'autorité de la concurrence concernée qu'une solution moins drastique peut suffire à éliminer tout risque d'atteinte à la concurrence. Sont en effet fréquemment acceptées des offres telles que la concession de licences temporaires de marques ou de brevets, l'engagement d'accès à certaines technologies, voire la rupture de contrats de long terme avec des concurrents ou des partenaires commerciaux. Accompagnant généralement des engagements de type structurel, les engagements de comportement peuvent aussi constituer le cœur même des mesures correctives proposées par les parties à la concentration. Tel peut être le cas lorsqu'une cession d'actifs s'avère impossible (par exemple en l'absence d'acquéreur) ou lorsque les problèmes de concurrence sont imputables à des facteurs non structurels. Peuvent être retenus des engagements de non discrimination, de non couplage, d'approvisionnement ou de fourniture du produit en cause. La garantie d'accès à des réseaux ou à des infrastructures essentielles peut également constituer un engagement pertinent pour permettre l'entrée sur le marché aval en cas de concentration verticale.

Bibliographie

American Bar Association: «Antitrust Law developments»; 2002,
Library of Congress

BRUNET F et CANIVET G, éditeurs : «Le nouveau droit communautaire
de la concurrence » ; 2008, Editions LGDJ.

COMBE E : « Economie et politique de la concurrence » ; 2005 ;
Editions DALLOZ

FISHWICK F: « Making sense of competition policy»; 1993; KOGAN
PAGE Ltd

GLAIS M: « Economie Industrielle »; 1992; Editions LGDJ

GLAIS M : « Concentration des entreprises et droit de la concurrence »;
2010 ; Editions ECONOMICA

HYLTON K N: « Antitrust Law », 2003; Cambridge University Press

MOTTA M: « Competition Policy »; 2004; Cambridge University Press

SOUTY F: « La politique de la concurrence aux Etats-Unis »; 1995;
Presses Universitaires de France

WILLIAMSON O E: « Antitrust Economics »; 1987 ; B. BLACKWELL

