

**Non classifié**

**DAF/COMP(2015)2**

Organisation de Coopération et de Développement Économiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

**10-Oct-2017**

**Français - Or. Anglais**

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

DAF/COMP(2015)2  
Non classifié

**MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE SUR LES MARCHÉS OLIGOPOLISTIQUES**

**-- Note de réflexion du Secrétariat --**

**16-18 juin 2015**

*Ce document a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de note de réflexion à l'occasion de la sixième séance de la 123e réunion du Comité de la concurrence, organisée du 16 au 18 juin 2015.*

*Les opinions exprimées et les arguments utilisés dans le présent document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.*

*D'autres documents sur cette discussion sont disponibles à l'adresse [www.oecd.org/daf/competition/oligopoly-markets.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/oligopoly-markets.htm).*

**JT03420469**

*Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.*

Français - Or. Anglais

## TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction.....	3
2.	Y a-t-il des lacunes dans la mise en œuvre ?.....	4
3.	La notion d’entente .....	6
4.	Évaluation des effets coordonnés des fusions.....	8
4.1	Cadre d’analyse .....	9
4.2	Outils quantitatifs .....	14
5.	Dispositions sur l’abus de position dominante ou la monopolisation.....	16
5.1	États-Unis .....	17
5.2	Inde.....	18
5.3	Union européenne.....	18
6.	Outils complémentaires.....	22
6.1	Méthodes de concurrence déloyales .....	22
6.2	Loi ciblant une pratique de facilitation particulière.....	24
6.3	Enquêtes sur les marchés.....	24
6.4	Loi ciblant une structure de marché en particulier .....	26
6.5	Dispositions relatives au contrôle (provisoire) des prix .....	27
7.	Conclusions.....	29
	Annexe A – Outils quantitatifs pour l’analyse des effets coordonnés des fusions .....	30
	Bibliographie .....	39

### Encadrés

Encadré 1.	Parallélisme de comportement accommodant .....	12
Encadré 2.	Incidence des théories du préjudice résultant des effets coordonnés dans les affaires de fusions traitées aux États-Unis et dans l’Union européenne.....	14

## MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE SUR LES MARCHÉS OLIGOPOLISTIQUES

*Par le Secrétariat\**

### 1. Introduction

1. Les oligopoles sont des marchés caractérisés par un petit nombre de concurrents et des obstacles à l'entrée. Les entreprises en situation d'oligopole sont donc interdépendantes, c'est-à-dire que les décisions stratégiques de chacune d'entre elles ont une incidence importante sur les autres. Conscientes de ces interdépendances perçues, les entreprises qui souhaitent optimiser leurs bénéfices sur les marchés oligopolistiques prennent rationnellement en compte le comportement et les réactions anticipées de leurs rivales lorsqu'elles fixent les prix et d'autres variables de la concurrence<sup>1</sup>. Lorsqu'il y a coordination réitérée dans le temps, les oligopoleurs peuvent, dans certains cas, coordonner leur comportement et maintenir des prix supraconcurrentiels au détriment du bien-être des consommateurs et de l'efficacité économique. La législation relative aux pratiques anticoncurrentielles interdit aux entreprises de conclure des accords explicites dans le but de restreindre la concurrence. Il se peut toutefois que ce type d'accords ne soit pas nécessaire, en principe, pour que les entreprises faisant partie d'oligopoles restreints réussissent à coordonner leur comportement. Selon Kovacic et al. (2011) :

*« Sur les marchés très concentrés, des entreprises conscientes de leur interdépendance peuvent être incitées à coordonner leur comportement en observant simplement les initiatives de leurs concurrentes et en y réagissant. Dans certains cas, cette coordination oligopolistique débouche sur un parallélisme de comportement (par exemple, un parallélisme dans l'évolution des prix) produisant des résultats comparables à ceux des ententes classiques sur la fixation des prix, les niveaux de production ou les autres conditions des échanges. La différence entre l'entente tacite (examinée dans la section 1) et la simple coordination tacite induite par l'interdépendance oligopolistique (qui n'entre pas dans le propos de la section 1) n'est pas bien définie. »*

2. Depuis des décennies, responsables des autorités de la concurrence, économistes, avocats et universitaires discutent la portée des mesures qui pourraient être adoptées dans le cadre de la politique de la concurrence pour traiter cette question. En 1969, Posner, qui y voyait un « problème de concurrence persistant et épineux », se demandait : « quelles règles et solutions faut-il appliquer pour empêcher la fixation de prix supraconcurrentiels dans les oligopoles, marchés sur lesquels quelques vendeurs représentent la majeure partie de la production ? » Trente ans plus tard, l'OCDE (1999) soulevait une question similaire : « [L]orsque les entreprises savent qu'elles se trouvent dans une situation de forte interdépendance, comment les responsables de la concurrence peuvent-ils faire en sorte qu'elles se livrent concurrence au lieu de trouver des moyens de coopérer ? »

3. Ces questions ont pour point de départ la crainte que de possibles « lacunes » dans la mise en œuvre du droit de la concurrence permettent aux entreprises présentes sur les marchés oligopolistiques de maintenir les résultats d'une collusion (ce qui n'est pas souhaitable) sans pour autant violer la législation de la concurrence. Cette crainte se double de la nécessité de calibrer les règles juridiques pour éviter qu'elles soient trop sévères ou imprévisibles, ce qui serait contreproductif en raison du risque d'entrave au comportement concurrentiel (qui est souhaitable).

---

<sup>1</sup> Par exemple, un oligopoleur peut décider rationnellement de ne pas procéder à d'importantes réductions de prix s'il prévoit que ses concurrents s'en apercevront et l'imiteront rapidement, ce qui le privera de possibles gains.

4. Le Comité de la concurrence a examiné ce problème sous des angles divers lors de ses réunions antérieures. Les discussions ont porté sur : 1) l'utilisation de preuves indirectes ou circonstancielles pour établir l'existence d'une entente anticoncurrentielle<sup>2</sup> ; 2) les mesures que les autorités peuvent prendre pour évaluer les différentes « pratiques de facilitation<sup>3</sup> » (en particulier, l'échange d'informations<sup>4</sup>) utilisées par les entreprises présentes sur des marchés oligopolistiques pour diminuer l'incertitude stratégique et mieux aligner leur comportement ; ces pratiques, par ailleurs, peuvent également induire des effets favorables à la concurrence ; et 3) les approches adoptées à l'égard d'un secteur spécifique (le carburant routier) où la tarification fait souvent naître, à tort ou à raison, des soupçons de collusion<sup>5</sup>. Dans la présente note, pour éviter de faire double emploi avec ces discussions antérieures, on s'intéressera donc plus particulièrement aux nouvelles évolutions et aux instruments de mise en œuvre qui n'ont pas autant retenu l'attention.

5. La présente note porte sur la collusion et les comportements qui facilitent la collusion dans les situations d'oligopole. Comme dans le document OCDE 2012a, nous utilisons les termes « collusion » ou « coordination » dans leur acception économique pour désigner l'accord conclu entre des entreprises dans le but de restreindre la concurrence<sup>6</sup>. Tout en reconnaissant qu'ils renvoient à des notions quelque peu difficiles à cerner, nous utilisons les termes « collusion (ou « entente ») explicite » pour désigner les situations dans lesquelles l'accord est négocié explicitement par des communications entre les entreprises et « collusion tacite » pour désigner la collusion qui n'est pas négociée de manière explicite.

6. Bien évidemment, les marges élevées et la réduction de concurrence observées sur les marchés oligopolistiques peuvent tenir à d'autres causes que la collusion, notamment à la différenciation des produits, aux contraintes de capacité, aux asymétries d'information ou aux coûts de changement de fournisseur<sup>7</sup>, qui n'entrent pas dans notre propos. Notons simplement que les deux dernières causes citées donnent parfois lieu à des initiatives de sensibilisation à la concurrence, à des enquêtes de marché et/ou à l'élaboration de mesures de protection des consommateurs (voir OCDE, 2008).

7. La suite de la note est organisée comme suit : la section 2 décrit le contexte général qui motive la présente discussion du Comité ; la section 3 contient une brève introduction à la notion d'entente, qui a fait l'objet de nombreuses discussions du Comité lors des séances passées ; la section 4 porte sur le contrôle des fusions et l'analyse de leurs effets coordonnés ; la section 5 s'intéresse à l'utilisation des dispositions classiques relatives à l'abus de position dominante ou à la monopolisation ; enfin, la section 6 recense les autres mesures adoptées par un certain nombre de pays et une communauté d'États pour remédier à d'éventuelles lacunes dans la mise en œuvre. On trouvera également des questions destinées à alimenter la discussion.

## **2. Y a-t-il des lacunes dans la mise en œuvre ?**

8. Avant d'examiner les avantages et les inconvénients de divers instruments de mise en œuvre, il convient de passer brièvement en revue certains aspects liés à la question de l'existence, sur les marchés

---

<sup>2</sup> OCDE (2006).

<sup>3</sup> OCDE (2007a).

<sup>4</sup> OCDE (2007b) ; OCDE (2010) ; OCDE (2012a).

<sup>5</sup> OCDE (2013a).

<sup>6</sup> À l'extrême, le résultat d'une collusion serait à peu près le même que celui d'un monopole, mais en principe, pourrait se traduire par une situation moins concurrentielle que l'équilibre ponctuel de Nash du modèle d'oligopole correspondant (par exemple l'oligopole de Bertrand si les entreprises se font concurrence par les prix ; et l'oligopole de Cournot si la concurrence porte sur la quantité).

<sup>7</sup> Voir Freeman (2008).

oligopolistiques, de « lacunes » qui permettent aux entreprises d'obtenir des résultats collusoires sans pour autant enfreindre la législation relative à la concurrence. Voici les points de vue les plus courants recensés dans les travaux (ces points de vue ne s'excluent pas mutuellement et ne font pas l'unanimité) :

- **Point de vue n° 1 : Il n'y a pas de preuves significatives de l'existence de lacunes et si lacunes il y a, elles sont sans doute peu importantes.** Cela s'explique principalement par le fait que les entreprises peinent à surmonter les difficultés inhérentes à l'atteinte et au maintien d'un résultat collusoire sans communiquer ni laisser des preuves d'une « entente » explicite passible de poursuites en vertu du droit de la concurrence<sup>8</sup>. En outre, le contrôle des fusions peut contribuer à empêcher l'apparition de structures de marché propices à la coordination. Selon ce point de vue, il y a sans doute des affaires de collusion explicite *non détectées*, mais le meilleur moyen de contrer cette pratique consiste à renforcer les programmes existants de lutte contre les ententes de manière que les taux de détection et les sanctions soient suffisamment efficaces ou dissuasifs. Autrement dit, il n'est pas nécessaire d'élaborer de nouvelles doctrines ou règles juridiques.
- **Point de vue n° 2 : Qu'il y ait ou non des lacunes, le droit de la concurrence ne prévoit pas de mesures correctives adaptées à la collusion découlant de l'interdépendance oligopolistique.** En effet, les sanctions/injonctions habituellement prononcées en cas de collusion explicite seraient inapplicables parce qu'elles forceraient les entreprises à adopter un comportement irrationnel compte tenu de leur situation. Un oligopoleur indépendant qui souhaite optimiser ses bénéfices peut s'abstenir de conclure une entente explicite sur les prix avec ses concurrents mais ne peut simplement pas faire abstraction des comportements et des réactions probables de ces derniers lorsqu'il fixe ses prix<sup>9</sup>. Selon ce point de vue, les seules mesures correctives possibles consisteraient à exiger la réglementation des prix ou l'application de mesures structurelles comme la déconcentration des marchés, approche qui serait considéré comme intrusive et de nature à entraîner des effets paralysants inutiles. En d'autres termes, le remède serait pire que le mal.
- **Point de vue n° 3 : Il y a des lacunes dans la mise en œuvre, mais elles peuvent être traitées en réinterprétant ou en utilisant davantage les instruments courants de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.** Ainsi, Kaplow (2011a) propose de revoir l'exigence d'une « entente » prévue par la législation relative à la concurrence. Petit (2012) et Hemphill, de même que Wu

<sup>8</sup> Les tenants de ce point de vue attirent parfois l'attention sur les données empiriques, qui témoignent de la difficulté de recourir à la collusion en l'absence de communication lorsqu'il y a trois acteurs ou davantage (voir par exemple Huck et al. (2004) ; Fonseca et Normann (2011) ; et Hortsmann et al. (2015)). À l'inverse, l'expérience tirée des poursuites relatives à des ententes réelles permet de penser que lorsqu'il y a communication, il est possible de maintenir la collusion dans une grande diversité de situations existant sur le marché. En somme, il semble approprié que la réglementation de la concurrence porte son attention sur la collusion explicite. Kühn et al. (2001) estiment en outre que le fait de mettre l'accent sur la communication se justifie du point de vue pratique par le fait que la preuve d'une communication entre les entreprises est en principe détectable et vérifiable devant un tribunal ; au contraire, déduire à partir de considérations économiques qu'il y a collusion au seul vu des résultats sur le marché (par exemple des niveaux ou des évolutions des prix ou des marges) est souvent impossible ou source d'erreur.

<sup>9</sup> C'est ce que le juge Breyer a brièvement indiqué dans l'affaire *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Inst.*, 851 F.2d 478 (1988) : « Presque tous les tribunaux [...] ont considéré [...] que [...] les décisions individuelles en matière de fixation des prix (même lorsque la décision de chaque entreprise repose sur la conviction que ses concurrentes agiront de la même manière) ne constituent pas des ententes illicites [...]. Non que cette façon d'agir soit souhaitable (elle ne l'est pas), mais il est à toutes fins pratiques impossible de concevoir une mesure corrective pouvant être mise en œuvre par le pouvoir judiciaire pour fixation « interdépendante » des prix. Comment peut-on ordonner à une entreprise de fixer ses prix sans tenir compte des réactions possibles de ses concurrents ? » (citation tronquée)

(2013), suggèrent de s'en remettre davantage aux dispositions classiques concernant l'abus de position dominante ou la monopolisation dans les cas où un groupe d'entreprises disposant d'un pouvoir de marché collectif adoptent un comportement d'exclusion. D'autres évolutions dans le domaine de la prédiction et de la quantification des effets coordonnés des fusions pourraient également contribuer à remédier aux éventuelles lacunes. Dans un domaine de recherche relativement nouveau, Mehra (2014) et Ezrachi, ainsi que Stucke (2015), soutiennent que la numérisation croissante des données sur les marchés et l'utilisation de plus en plus répandue d'algorithmes à des fins de commercialisation peuvent accroître les risques de collusion tacite et distordre les notions classiques de la réglementation de la concurrence élaborées à l'intention d'acteurs humains (en d'autres termes, les lacunes pourraient se multiplier<sup>10</sup>.)

- **Point de vue n° 4 : Il existe des lacunes mais elles peuvent être comblées plus efficacement par d'autres moyens.** De nombreuses autorités de la concurrence ont recours, même si elles le font rarement, à des moyens autres que les dispositions classiques de la législation sur la concurrence pour traiter les ententes, les fusions ainsi que les abus de position dominante et la monopolisation et remédier aux éventuelles lacunes observées (voir section 6 ci-dessous.)

9. La présente étude ne privilégie pas une façon de voir plutôt qu'une autre. De fait, il est possible que chacun des points de vue énumérés ci-dessus soit juste dans une certaine mesure : il peut y avoir des lacunes mineures (mais non complètement négligeables) ; il peut être difficile de trouver une mesure corrective appropriée dans la législation sur la concurrence en cas de comportement coordonné qui ne relève pas à proprement parler de l'entente (mais dans certaines affaires, l'intervention de l'autorité de la concurrence est sans doute justifiée) ; et il y aurait lieu d'améliorer l'application des mesures classiques de lutte contre la corruption (à la marge) et de concevoir de nouvelles mesures pour traiter les éventuelles lacunes. Il demeure néanmoins utile de garder à l'esprit ces différents points de vue à la lecture des sections suivantes.

### 3. La notion d'entente

10. Les ententes explicites relevant de la collusion conclues par des entreprises pour fixer les prix, se répartir les marchés ou restreindre la concurrence par d'autres moyens sont partout considérées comme illicites<sup>11</sup>. Il est toutefois possible de maintenir la collusion par différents accords allant de la structure bien organisée à la communication minimale ou inexistante entre les parties<sup>12</sup>. Le droit de la concurrence est confronté à la tâche délicate de distinguer entre ces différentes situations afin que les entreprises sachent ce

<sup>10</sup> Cette préoccupation n'est pas sans rapport avec la réalité. Récemment, le ministère américain de la Justice a porté des accusations contre un ancien dirigeant d'entreprise de commerce électronique pour fixation des prix. Le communiqué de presse annonçant la mise en accusation indique que « pour mettre en œuvre leurs ententes, l'accusé et ses complices ont utilisé des algorithmes précis pour la vente de certaines affiches dans le but de modifier leurs prix respectifs, et développé un code informatique permettant de donner à un logiciel d'algorithmes des instructions pour fixer les prix conformément à l'entente ». Voir [http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/2015/313011.htm](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2015/313011.htm).

<sup>11</sup> Les tables rondes organisées précédemment par l'OCDE concernaient les ententes injustifiables et les mesures utilisées par les autorités de la concurrence, comme la reconnaissance préalable de culpabilité (OCDE 2006), les solutions négociées dans les affaires d'ententes (OCDE (2009)), les programmes de clémence appliqués aux demandeurs ultérieurs de clémence (OCDE (2012b)), et les enquêtes d'office relatives aux ententes (OCDE (2013b)).

<sup>12</sup> La terminologie utilisée dans les textes économiques et la doctrine juridique diffère également. Comme l'observe Motta (2004), « selon la théorie économique, la collusion est un résultat sur le marché, tandis que les autorités de la concurrence et les juges doivent considérer comme illicites les seules pratiques consistant, pour les entreprises, à coordonner *explicitement* leurs actions dans le but d'atteindre un résultat collusoire ».

qui est licite et ce qui ne l'est pas. L'un des problèmes centraux réside dans « l'extrême difficulté de rendre opérationnelle la notion sous-jacente d'entente, au sens où beaucoup l'appréhendent » (Kaplow, 2011a).

11. Par exemple, dans l'Union européenne et aux États-Unis, la notion d'entente est plutôt large, du moins en principe. L'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) s'applique à tous les « accords » et à toutes les « pratiques concertées »<sup>13</sup>. Le TFUE ne donne toutefois pas de définition précise de ces deux notions. D'après la jurisprudence, la notion d'« accord » a fait l'objet d'une interprétation large et deux éléments essentiels sont exigés : (i) l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins ; et (ii) la manifestation implicite ou explicite de cette concordance<sup>14</sup>. En l'absence d'accord formel, la catégorie des pratiques concertées est applicable. Cette catégorie comprend, entre autres facteurs, des contacts directs ou indirects visant à influencer délibérément le comportement d'autres entreprises<sup>15</sup>.

12. Aux États-Unis, l'article premier du *Sherman Act* déclare illicite « tout contrat, groupement sous la forme de « trust » ou autre, ou entente délictueuse [en vue de restreindre les échanges]. » Selon la jurisprudence, il n'est pas nécessaire qu'une entente soit explicite pour autant que deux conditions soient remplies : (i) les entreprises ont « un but commun, un dessein et une convention communs ou une convergence de vues dans le cadre d'un accord illicite » ; et (ii) « un engagement délibéré dans un système commun<sup>16</sup> ». Cette définition est en principe très large et pourrait s'appliquer également aux parallélismes de comportement. En pratique, les tribunaux demandent des preuves que le parallélisme de comportement observé est effectivement le résultat d'une coordination des parties et ne s'explique pas simplement par l'interdépendance oligopolistique (« facteurs supplétifs »). Par exemple, les tribunaux peuvent exiger à ce titre la preuve que les parties ont communiqué leur intention d'agir d'une certaine manière<sup>17</sup>.

13. En l'absence de communication et de coordination explicite entre les parties, l'applicabilité des dispositions sur les ententes n'est pas évidente. Le simple parallélisme de comportement, comme l'augmentation simultanée des prix par des concurrents, ne suffit pas à prouver la coordination car il peut être le résultat d'une décision indépendante et rationnelle<sup>18</sup>.

14. Une question plus générale a été abordée dans le cadre du « débat récemment relancé pour savoir si un comportement oligopolistique classique peut donner lieu à des poursuites pour entente illicite » (Hay, 2013). Kaplow (2011a) fait valoir que l'approche actuelle des ententes horizontales est sans doute trop formelle pour permettre de traiter les interdépendances dommageables entre entreprises<sup>19</sup>. Il souligne les

<sup>13</sup> L'article 101 interdit « tous accords [...] et toutes pratiques concertées [...] qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur (...) »

<sup>14</sup> Affaire T-41/96, *Bayer AG contre Commission*, [2000] Recueil de jurisprudence p. II-3383, point 173.

<sup>15</sup> Le document OCDE (2012a) contient une plus ample description de la situation ainsi que des exemples tirés de la jurisprudence sur les ententes et les pratiques concertées.

<sup>16</sup> On trouvera dans le document de référence OCDE (2012a), paragraphe 46, une description de la notion d'accord et de règles de preuve.

<sup>17</sup> Le document OCDE (2012a) contient une plus ample description des « facteurs supplétifs » ainsi que des exemples tirés de la jurisprudence.

<sup>18</sup> En 2006, la table ronde de l'OCDE sur les poursuites contre les ententes en l'absence de preuves directes a porté sur le rôle des preuves indirectes comme le parallélisme de comportement, la communication entre les parties et les pratiques de facilitation. Il a également été souligné lors de cette table ronde que les preuves indirectes peuvent être ambiguës et que « les tribunaux considèrent parfois avec scepticisme les dossiers basés sur des preuves indirectes » (OCDE, 2006).

<sup>19</sup> Cet auteur estime également qu'une définition étroite de l'entente s'écarte de l'approche plus économique du droit de la concurrence, et affirme que « la réussite d'une coordination d'entreprises interdépendantes qui

limites de cette approche, et notamment le fait que la doctrine américaine considère la communication entre les entreprises comme une condition importante de la définition d'une entente. Kaplow (2011a) milite donc en faveur d'une interprétation plus large de ce qui constitue une entente. Cependant, la suggestion selon laquelle le droit de la concurrence devrait prendre en compte le comportement oligopolistique classique n'est pas sans soulever de critiques, par exemple celles du juge Posner, lequel a récemment mis en garde contre « le risque que la législation traite la collusion tacite de la même manière que la collusion explicite<sup>20</sup> ».

#### 4. Évaluation des effets coordonnés des fusions

15. Le contrôle des fusions offre une possible solution *ex ante* (c'est-à-dire préventive) à la collusion dans le cadre des oligopoles parce qu'il permet aux autorités de la concurrence de traiter ou interdire les fusions qui rendraient les marchés plus propices à la coordination, et entraîneraient des « effets coordonnés<sup>21</sup> ».

16. Plusieurs raisons expliquent que les autorités de la concurrence préfèrent s'en remettre au contrôle des fusions en tant que principal (voire seul) moyen de lutter contre la collusion tacite sur les marchés oligopolistiques. Premièrement, il est sans doute plus facile, moins perturbant et plus efficace de recourir à une mesure corrective concrète consistant à interdire ou modifier un projet de fusion dans le but de contrer le risque de collusion tacite<sup>22</sup> que, par exemple, de séparer des entreprises soupçonnées de collusion tacite. Deuxièmement, du point de vue de l'action publique, le fait de traiter la collusion tacite dans le cadre du contrôle des fusions paralyse probablement moins la conduite des affaires qu'une approche *ex post*. Une fusion est un phénomène structurel aisément repérable (et les fusions soumises à un contrôle ou à une obligation de déclaration sont assez rares). Il existe une procédure de contrôle définie qui permet aux entreprises de planifier leur fusion et de mener des évaluations de risques bien documentées. D'autre part, la perspective d'une intervention *ex post* risque d'exposer à un contrôle bon nombre de comportements des entreprises présentes sur des marchés concentrés (les entreprises se trouvent alors dans l'incertitude, ne sachant pas si et quand il est licite de s'aligner sur une augmentation de prix.)

17. Toutefois, le contrôle des fusions n'est pas la solution miracle pour empêcher la collusion tacite. Premièrement, la législation n'exige pas partout que toutes les fusions soient soumises à un contrôle ou à une obligation de déclaration<sup>23</sup>. Deuxièmement, la collusion tacite ne découle pas forcément d'une fusion.

---

aboutit à la fixation d'un prix supérieur à celui qui résulterait du jeu de la concurrence entraîne essentiellement les mêmes conséquences économiques, quel que soit le mode spécifique d'interactions qui produit ce résultat ».

<sup>20</sup> Affaire *Aircraft Cheque Services et al. v. Verizon Wireless et al.*, No 14-2301 (7<sup>th</sup> Cir. 2015). Voir [http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1428678192/7thCircuitOpinion\\_ljndj4.pdf](http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1428678192/7thCircuitOpinion_ljndj4.pdf)

Dans des travaux antérieurs, cités entre autres par Kaplow (2011a), le juge Posner était de l'avis contraire (2011a).

<sup>21</sup> Les pratiques recommandées par le Réseau international de la concurrence définissent comme suit les effets coordonnés : « il existe des effets coordonnés si, à la suite d'une fusion, il est probable que les entreprises encore présentes sur le marché pourront coordonner leur comportement (tacitement ou explicitement) ou renforcer la coordination déjà existante afin d'exercer un pouvoir de marché. »

<sup>22</sup> Par exemple, les lignes directrices américaines relatives aux fusions horizontales mentionnent la norme relative à l'intervention précoce (*incipiency standard*) énoncée dans la législation sur les fusions et selon laquelle « les autorités peuvent contester les fusions qui leur semblent représenter un risque réel de préjudice en raison de leurs effets coordonnés et ce, même en l'absence de preuve spécifique indiquant précisément de quelle manière la coordination pourrait se manifester. »

<sup>23</sup> Par exemple, il est possible que certaines autorités ne soient pas en mesure d'examiner des prises de participation minoritaire ou des fusions qui n'atteignent pas les seuils applicables de chiffre d'affaires ou de

Troisièmement, le contrôle des fusions ne peut pas servir à régler des problèmes préexistants ; il peut être utilisé pour corriger les effets anticoncurrentiels accrus engendrés par une fusion mais non pour améliorer les conditions de concurrence au-delà du *statu quo* préalable à la fusion<sup>24</sup>. Quatrièmement, les effets coordonnés sont parfois difficiles à prévoir ou à prouver au regard de la norme à respecter. En effet, les facteurs qualitatifs sont dans certains cas contrastés et difficiles à peser et les outils quantitatifs sont insuffisamment développés. Cela peut expliquer en partie pourquoi les fusions sont moins souvent remises en cause pour des raisons tenant à leurs effets coordonnés<sup>25</sup>.

18. Certains observateurs, notamment Petit et Henry (2010), estiment que le contrôle des fusions ne doit pas avoir le « monopole » des affaires de collusion tacite ; d'autres (Hawk et Motta (2008)) pensent au contraire que c'est le meilleur dispositif juridique qui soit. Cette section examine brièvement le cadre d'analyse utilisé pour étudier les effets coordonnés des fusions en se fondant sur les lignes directrices relatives aux fusions mises en place par un certain nombre d'autorités de la concurrence. Suit un bref examen de certains outils quantitatifs (abordés plus en détail à l'annexe A).

#### 4.1 Cadre d'analyse

19. L'analyse des effets coordonnés dans le cadre du contrôle des fusions s'effectue habituellement en deux étapes dans le but de vérifier : 1) si les marchés affectés par la fusion sont propices à la coordination ; et 2) si la fusion rendrait cette coordination plus probable ou plus efficace.

##### 4.1.1. Propension des marchés à encourager la coordination

20. Bien qu'il existe de légères différences de formulation selon les pays ou les communautés d'États<sup>26</sup>, les autorités de la concurrence déterminent généralement en fonction des critères suivants si les conditions du marché sont propices à la coordination entre un groupe d'entreprises :

---

revenu ; cependant, les règles relatives à la notification préalable de fusion et aux seuils de compétence sont habituellement conçues pour prendre en compte les fusions risquant le plus de soulever des préoccupations.

<sup>24</sup> Certaines autorités reconnaissent qu'une fusion peut dans certains cas faire diminuer la possibilité d'effets coordonnés et, partant, accroître la concurrence. Par exemple, les lignes directrices canadiennes sur les fusions semblent reconnaître au moins deux scénarios : « une fusion peut [...] accroître les asymétries entre l'entreprise fusionnée et ses rivaux, rendant ainsi le comportement coordonné moins rentable, donc moins probable » et « l'impact des gains en efficacité sur la structure des coûts d'une entreprise peut avoir pour effet de rendre la coordination plus difficile en l'incitant à livrer une concurrence plus dynamique aux autres entreprises. »

<sup>25</sup> Il ne faut pas en déduire pour autant que les règles de concurrence ne sont pas suffisamment mises en œuvre. Pour savoir si tel est le cas, il faudrait mener des analyses *ex post* afin de déterminer si les fusions autorisées ont entraîné des effets coordonnés. Les évaluations *ex post* des décisions rendues dans le cadre du contrôle des fusions se multiplient, mais ne semblent guère s'intéresser aux effets coordonnés, en raison peut-être de la rareté des données ou de difficultés pratiques. Fait exception à cette règle l'étude menée par Brito et al. (2013), qui porte sur une série de fusions intervenues sur trois marchés d'assurance non-vie à l'aide de techniques de simulation de fusion s'appuyant sur les données coûts et demande de 13 entreprises ayant ou non procédé à une fusion pendant une période de neuf ans. Cette étude n'a pas découvert de preuve de l'existence d'effets coordonnés.

<sup>26</sup> Par exemple, la même terminologie n'a pas cours partout. Cela s'explique peut-être par la difficulté qu'il y a à trouver un moyen neutre mais évocateur de prendre en compte les dispositifs sous-jacents de collusion tacite et explicite. De plus, les termes utilisés pour illustrer des notions liées à l'économie ou à la théorie des jeux peuvent avoir des connotations plus fortes ou illicites dans la langue courante. Les lignes directrices australiennes relatives aux fusions précisent que « s'entendre sur les conditions » et « consensus » n'impliquent pas forcément qu'il y a eu communication ou coordination active mais visent à rendre compte

(C1) conclusion d'un accord sur des conditions de coordination mutuellement acceptables ;

(C2) surveillance du respect de ces conditions ;

(C3) réaction aux déviations par le biais de dispositifs de dissuasion crédibles (viabilité interne) ;  
et

(C4) résistance aux réactions des acheteurs (pouvoir compensateur) ou des concurrents existants ou possibles ne faisant pas partie du groupe d'entreprises coordonnées (expansion/entrée) qui seraient de nature à menacer la coordination (viabilité externe).

21. Les lignes directrices américaines relatives aux fusions horizontales constituent une exception notable puisqu'elles prévoient une autre forme de coordination, le « parallélisme de comportement accommodant », qui ne repose pas nécessairement sur les critères ci-dessus (voir encadré 1 ci-après.) On trouvera plus loin un résumé de ces critères.

22. Pour faciliter l'analyse, certaines autorités de la concurrence ont recours à des « garanties » indicatives<sup>27</sup> ou à des hypothèses réfutables<sup>28</sup> fondées sur la mesure de la concentration du marché après la fusion et la modification de la concentration induite par la fusion. La plupart d'entre elles semblent toutefois se fonder sur une évaluation factuelle des différents facteurs ou indices qui peuvent être utilisés pour évaluer les critères ci-dessus. Les documents OCDE (1999) et OCDE (2012a) contiennent un examen détaillé des facteurs pouvant encourager la coordination. Le tableau 1 présente une synthèse des facteurs les plus souvent cités dans les lignes directrices relatives aux fusions.

---

des notions d'étouffement de la concurrence, de collusion tacite et de collusion explicite. » De même, les Lignes directrices de l'Union européenne sur l'appréciation des concentrations horizontales indiquent : « Même si les mécanismes de dissuasion sont parfois qualifiés de mécanismes de « sanction », il ne faut pas entendre l'expression *stricto sensu* et en déduire qu'une entreprise qui s'écarter du comportement convenu sera nécessairement sanctionnée à titre individuel. La crainte que la coordination ne soit suspendue pendant un certain temps si un écart est constaté peut constituer, en soi, une dissuasion suffisante. »

<sup>27</sup> Par exemple, les lignes directrices canadiennes sur les fusions indiquent qu'une fusion n'est généralement pas contestée sur la base de préoccupations liées aux effets coordonnés lorsque la part de marché détenue par les quatre plus grandes entreprises sur le marché serait inférieure à 65 % après la fusion ou si la part de marché de l'entreprise fusionnée serait inférieure à 10 % après la fusion. Selon les lignes directrices sur les fusions publiées par le Japon, une analyse plus poussée n'est habituellement pas exigée si, après la fusion, l'indice de Herfindahl-Hirschman est 1) inférieur à 1 500 ; 2) se situe entre 1 500 et 2 500 mais que la variation est inférieure à 250 ; ou 3) est supérieur à 2 500 mais avec une variation inférieure à 150.

<sup>28</sup> Selon les lignes directrices allemandes sur les fusions, il y a présomption réfutable de position dominante collective lorsque trois entreprises ou moins détiennent une part de marché combinée de 50 %, ou que cinq entreprises ou moins détiennent une part de marché combinée se situant aux deux tiers. Ces lignes directrices disposent toutefois que la principale fonction de la présomption est de donner aux parties à la fusion de fortes incitations à communiquer des informations à un stade précoce et elles sont rarement invoquées au moment où l'autorité prend ses décisions. Selon les lignes directrices américaines sur les fusions horizontales, une fusion est présumée avoir pour effet probable de renforcer le pouvoir de marché si l'indice de Herfindahl-Hirschman après fusion est supérieur à 2 500 et que la variation est supérieure à 200.

**Tableau 1. Facteurs habituellement pris en compte pour évaluer si un marché incite à la coordination, d'après les lignes directrices sur les fusions en vigueur dans six pays et une communauté d'États\***

Facteurs	Présence dans les textes**	Justification
Nombre d'entreprises/ concentration du marché	Générale	Le fait qu'un petit nombre d'entreprises détienne une importante part de marché facilite parfois la coordination.
Homogénéité des produits	Générale	Il est sans doute plus facile pour des entreprises dont les produits sont assez similaires de s'entendre sur des conditions mutuellement acceptables.
Transparence du marché	Générale	La transparence des conditions de vente facilite la surveillance et la détection des déviations.
Antécédents en matière de coordination (sur le même marché ou un marché similaire)	Générale	Les antécédents en matière de coordination peuvent apporter la preuve que les entreprises ont déjà réussi, par le passé, à surmonter les obstacles mis à cette pratique. La coordination passée définit aussi sans doute les règles du jeu de la coordination future.
Fréquence /importance des transactions	Forte	Si les transactions sont importantes et peu fréquentes, il peut être difficile de dissuader les déviations de manière crédible.
Présence d'un franc-tireur / d'un concurrent puissant	Forte	Une entreprise franc-tireur peut très bien résister à la coordination ou la perturber parce qu'elle n'a pas les mêmes incitations économiques que les autres.
Maturité du marché / Degré d'innovation sur le marché	Forte	Il peut être plus difficile de maintenir la coordination sur un marché qui évolue rapidement ou innove par sauts technologiques.
Symétrie des coûts	Forte	Les asymétries entre les entreprises peuvent rendre plus difficile la conclusion d'ententes sur des conditions de coordination mutuellement acceptables.
Capacités excédentaires	Moyenne	La capacité excédentaire peut renforcer la crédibilité des dispositifs de dissuasion mais accroître également les incitations à tricher.
Volatilité de l'offre / de la demande	Moyenne	Les fluctuations du marché peuvent compliquer le maintien de conditions acceptables et la détection des déviations, sauf si la coordination repose sur un dispositif simple comme la répartition des produits ou du marché.
Clauses d'alignement sur la concurrence	Moyenne	Ces clauses peuvent améliorer la capacité de détecter les déviations et d'y réagir.
Contacts sur plusieurs marchés	Moyenne	Ces contacts peuvent améliorer la capacité de dissuader les déviations parce qu'ils permettent de les sanctionner sur un plus grand nombre de marchés.

\*Source : Lignes directrices sur les fusions établies par l'Australie, le Canada, la Corée, les États-Unis, le Japon, le Royaume-Uni et l'Union européenne (voir la bibliographie.)

\*\*Générale = 7, Forte = 5-6, Moyenne = 3-4

23. Ces facteurs sont analysés ensemble, ce qui peut toutefois se révéler ardu, car la plupart d'entre eux ont un caractère continu et subjectif (par exemple, à partir de quand peut-on établir que des transactions sont de faible importance ou suffisamment fréquentes ?). En outre, sur un marché donné, certains facteurs favorisent la coordination et d'autres non. Il est parfois difficile de trouver un moyen objectif de pondérer un ensemble disparate de facteurs parce qu'il n'existe pas de « règle de notation » ou de point de vue généralement admis sur l'ensemble ou les ensembles de facteurs nécessaires et suffisants pour maintenir la coordination. Cela peut expliquer en partie l'intérêt particulier porté par les autorités de la concurrence aux antécédents de collusion ou de tentative de collusion pour démontrer la plausibilité d'une théorie des effets coordonnés<sup>29</sup>. Les documents « sensibles » peuvent également jouer un rôle dans la

<sup>29</sup> Par exemple, les lignes directrices américaines relatives aux fusions horizontales disposent : « [L]es autorités de la concurrence présumant que les conditions du marché encouragent la coordination si les entreprises qui représentent une part importante du marché considéré semblent avoir déjà eu recours à des pratiques de collusion explicite ayant eu pour effet d'affecter ce dernier, exception faite des cas où les conditions de concurrence y ayant cours ont connu depuis lors une évolution considérable. La collusion explicite antérieure

mesure où ils mettent en évidence les visées anticoncurrentielles pouvant être mises en rapport avec les effets coordonnés observés après la fusion.

#### **Encadré 1. Parallélisme de comportement accommodant**

Les lignes directrices américaines de 2010 relatives aux fusions horizontales introduisent une nouvelle catégorie de coordination, le parallélisme de comportement accommodant, qu'elles distinguent des catégories classiques de collusion explicite et tacite :

« La coordination peut donner lieu à la négociation explicite d'un accord commun sur la manière dont les entreprises se feront concurrence ou non. Ce comportement en lui-même violerait en général la législation sur la concurrence. La coordination peut aussi porter sur un accord commun similaire qui n'est pas négocié explicitement mais qui serait mis en œuvre par le biais de la détection et de la sanction des déviations risquant de mettre à mal la coordination. *La coordination peut aussi se traduire par un parallélisme de comportement accommodant ne faisant pas suite à un accord préalable.* Le parallélisme de comportement accommodant englobe les situations dans lesquelles la réaction de chaque entreprise rivale aux actions des autres entreprises est *individuellement rationnelle, n'est pas motivée par des représailles ou la dissuasion et ne vise pas non plus à maintenir sur le marché le résultat d'un accord*, mais encourage néanmoins les augmentations de prix et affaiblit les incitations concurrentielles à réduire les prix ou à offrir de meilleures conditions aux clients. » (Les italiques sont de nous.)

Peu après la publication des lignes directrices, Carl Shapiro, chef économiste de la Division de la concurrence au ministère américain de la Justice, a prononcé une allocution au cours de laquelle il a donné un exemple de parallélisme de comportement accommodant<sup>30</sup>. Il s'agit d'une fusion faisant passer de quatre à trois le nombre d'entreprises et qui « permettra à l'entreprise née de la transaction de devenir le chef de file du secteur en matière de prix. Ses deux rivales s'aligneront sans doute sur celle-ci lorsqu'elle augmentera ses prix ». Selon Shapiro, « [c]e mode de comportement ne découle d'aucun accord en vertu duquel ces deux entreprises s'aligneront sur la première. Il est dans leur intérêt de l'imiter. Aucun accord ne prévoit que l'entreprise née de la fusion punira les deux autres si elles ne l'imitent pas ; mais les trois entreprises savent que dans ce cas, l'entreprise fusionnée annulera l'augmentation des prix. Par conséquent, le comportement anticipé en matière de prix ne suppose pas la conclusion et la mise en œuvre d'un accord, conditions centrales dans la collusion explicite et la collusion tacite, les deux autres formes de coordination. »

Harrington (2013) observe que la collusion tacite peut englober le parallélisme de comportement accommodant si l'on adopte une définition plus large de l'atteinte et de la mise en œuvre d'un accord commun. Il estime que dans l'exemple ci-dessus, le fait d'annuler l'augmentation des prix s'il n'y a pas alignement des deux autres entreprises serait considéré comme la « sanction<sup>31</sup> ». Harrington note toutefois que « [l]es lignes directrices de 2010 sont valables et constructives dans la mesure où elles soulignent que les effets coordonnés peuvent se manifester même lorsque l'accord commun est loin d'atteindre le niveau associé à la notion d'entente entre entreprises. »

#### 4.1.2 *Effet de la fusion sur la coordination*

24. La deuxième étape consiste à déterminer si la fusion est de nature à accroître la probabilité ou l'efficacité de la coordination. En principe, cette évaluation porte sur le fait de savoir si et comment la

---

sur un autre marché géographique revêtira la même importance si les caractéristiques particulières de cet autre marché, au moment de la collusion, sont comparables à celles du marché considéré. Les tentatives antérieures avortées de collusion sur le marché considéré laissent entrevoir que la collusion avait peu de chances de réussir avant la fusion, mais pas au point de dissuader les tentatives, et qu'une fusion pourrait bien favoriser la réussite de la collusion. La collusion antérieure ou les tentatives antérieures de collusion sur un autre marché de produits peuvent également peser dans la balance si les caractéristiques particulières de cet autre marché, au moment de la collusion, sont très comparables à celles du marché considéré. »

<sup>30</sup> Voir <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/264295.pdf>.

<sup>31</sup> Voir ci-dessus, note 26.

fusion se répercute sur les facteurs énumérés plus haut. On trouvera ci-après des exemples courants (ils ne s'excluent pas mutuellement et ne sont pas exhaustifs.)

- **Réduction du nombre d'entreprises** : La coordination peut être facilitée ou plus efficace sur un marché où le nombre d'entreprises est restreint<sup>32</sup>. Une fusion horizontale réduit directement le nombre d'entreprises présentes sur un marché ; au contraire, une fusion non horizontale<sup>33</sup> peut entraîner ce résultat indirectement à la faveur d'une stratégie réussie de verrouillage.
- **Élimination du franc-tireur** : La coordination préalable à la fusion peut être sensiblement limitée par une entreprise franc-tireur qui joue un rôle perturbateur, par exemple parce que ses incitations économiques sont différentes. Une acquisition qui entraîne l'élimination d'un franc-tireur ou modifie ses incitations peut par conséquent accroître la probabilité ou l'efficacité de la coordination<sup>34</sup>.
- **Renforcement du degré de symétrie** : Il se peut que les asymétries entre les entreprises (par exemple les asymétries de parts de marché, de structures tarifaires ou de degré d'intégration verticale) aient freiné la coordination avant la fusion en empêchant les entreprises de s'entendre sur des conditions mutuellement acceptables. Une fusion pourrait renforcer le degré de symétrie entre les entreprises<sup>35</sup>.
- **Augmentation de la transparence** : Une fusion verticale<sup>36</sup> pourrait augmenter le degré de transparence du marché en permettant à l'entreprise issue de la fusion de disposer d'un accès accru à des informations confidentielles sensibles sur ses concurrentes situées en amont ou en aval (du fait de sa relation client-fournisseur avec ces entreprises). De même, l'acquisition par une entreprise d'une participation minoritaire<sup>37</sup> dans une entreprise concurrente pourrait accroître la capacité des deux entreprises concernées de coordonner leur comportement en échangeant des informations sensibles sur leur concurrentes.
- **Accroissement des contacts sur plusieurs marchés** : Une fusion peut accroître le degré de contacts sur plusieurs marchés entre les membres d'un groupe d'entreprises. Cela peut renforcer la coordination en augmentant la capacité de punir les déviations<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> *Australia Merger Guidelines* (par. 6.1), *UK Merger Guidelines* (par. 5.5.19).

<sup>33</sup> UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales (par. 83, 87 et 120).

<sup>34</sup> Canada, Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi (par. 6.38-6.39) ; UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales (par. 42) ; Allemagne, Lignes directrices sur les fusions (par. 121), *US Horizontal Merger Guidelines* (p. 25).

<sup>35</sup> *Australia Merger Guidelines* (par. 6.13), Canada, Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi (par. 6.37) ; *UK Merger Guidelines* (par. 5.5.19).

<sup>36</sup> Canada, Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi (par. 11.9) ; UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales (par. 84-86).

<sup>37</sup> Canada, Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi (par. 10.5) ; *US Horizontal Merger Guidelines* (par. 34).

<sup>38</sup> Canada, Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi (par. 6.33 et 11.9) ; UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales (par. 121).

## **Encadré 2. Incidence des théories du préjudice résultant des effets coordonnés dans les affaires de fusions traitées aux États-Unis et dans l'Union européenne**

Selon de nombreuses études, les théories du préjudice résultant des effets coordonnés donnent plus souvent lieu à l'ouverture d'enquêtes (et sont davantage de nature à fonder l'action répressive) aux États-Unis que dans l'Union européenne. Il semble en outre que dans l'UE, l'intervention reposant sur ces théories concerne davantage les fusions qui aboutiraient à la création d'un duopole, c'est-à-dire celles qui feraient passer de trois à deux le nombre d'entreprises.

Coate (2012) s'est penché sur les dossiers d'affaires internes concernant 333 fusions examinées entre 1993 et 2010 aux États-Unis par la FTC et qui concernaient au plus trois marchés se recoupant<sup>39</sup>. Après avoir écarté les affaires de fusions où le nombre d'entreprises passait de deux à une (création d'un monopole) et celles où il n'était pas possible de confirmer la présence d'obstacles à l'entrée, l'auteur disposait d'un ensemble composé de 169 affaires, dont 90 (53 %) relevaient principalement d'une théorie du préjudice résultant des effets coordonnés et 79 (47 %), d'une théorie du préjudice résultant des effets unilatéraux. Les affaires d'effets coordonnés ont donné lieu à l'action répressive dans 69 % des cas (62 affaires) et les affaires d'effets unilatéraux, dans 76 % des cas (60 affaires), ce qui signifie que les affaires sont assez également réparties entre chacune des deux théories précitées. Sur les 62 affaires d'effets coordonnés ayant suscité l'action répressive, 26 (42 %) concernaient des fusions ayant occasionné le passage de trois à deux entreprises.

Dans une étude plus récente, Tucker (2013) examine les données de la FTC concernant la première phase d'examen des fusions et ce, pour chaque affaire ayant abouti à une deuxième demande (ce qui a déclenché la deuxième phase) pendant la période comprise entre août 2008 et août 2012. L'auteur constate que des préoccupations liées aux effets coordonnés ont été soulevées par le personnel dans 56 % des affaires, ce qui permet de supposer que les théories relatives au préjudice résultant des effets coordonnés des fusions continuent de donner lieu à l'ouverture d'enquêtes actives.

Petit (2012), dans son examen des informations publiques sur les enquêtes menées depuis 1989 par la Commission européenne en matière de concentrations, constate en revanche que celle-ci a exercé une action répressive en raison de préoccupations tenant aux effets coordonnés des fusions dans seulement 38 (14 %) des 270 affaires examinées au regard de la théorie relative aux effets coordonnés. La grande majorité de ces affaires (32, ou 84 %) concernaient des fusions dans lesquelles le nombre d'entreprises tombait de trois à deux<sup>40</sup>. Cela concorde avec l'étude de Davies et al. (2011), selon lesquels entre 1990 et 2004, la CE a ouvert des enquêtes en raison de préoccupations liées à des effets coordonnés dans seulement 2.5 % des affaires de fusion et n'a exercé une action répressive que dans 44 (11 %) des 386 marchés concernés par ces affaires. De même, selon un document de travail récent des services de la Commission européenne<sup>41</sup>, les affaires d'effets coordonnés sont « très rares », puisque la dernière qui a suscité l'intervention de la Commission est l'affaire ABF/GBI, survenue en 2008.

### **4.2 Outils quantitatifs**

25. Les techniques quantitatives de modélisation des effets coordonnés des fusions ne sont pas aussi élaborées et leur usage n'est pas aussi répandu que les méthodes empiriques d'analyse des effets unilatéraux. Comme l'indique le document OCDE (2011), « [i]l est difficile de prévoir les conditions exactes dans lesquelles la disparition d'un concurrent fera basculer le marché d'une situation d'équilibre concurrentiel vers une situation d'équilibre collusoire, ou d'une telle situation vers une autre situation

<sup>39</sup> La limitation de l'échantillon à des affaires concernant un maximum de trois marchés se recoupant a permis de s'assurer de disposer d'informations suffisamment détaillées sur chaque marché.

<sup>40</sup> Notons que cela semble en cohérence avec les résultats des travaux empiriques sur la collusion tacite (voir *supra*, note 8.)

<sup>41</sup> Document de travail des services de la Commission européenne accompagnant le livre blanc « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE », 9 juillet 2014, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/publications\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/mergers/publications_en.html).

d'équilibre collusoire dans laquelle les prix seraient plus élevés. » Comme l'éclairage de la théorie économique n'est pas incontestable, il ne faut pas s'étonner de l'insuffisance des techniques empiriques<sup>42</sup>.

26. Peu de travaux empiriques évaluent directement l'incidence des fusions sur la coordination des entreprises<sup>43</sup>. Comme le soulignent Jayaratne et Ordoover (2013), « en l'absence d'éléments apparemment bien précis apportés par l'analyse des effets unilatéraux, l'analyse des effets coordonnés reposera vraisemblablement sur différents indicateurs comme l'augmentation de la concentration et la présence de facteurs figurant sur une liste de vérification<sup>44</sup>. »

27. De fait, ce point de vue est conforté par les lignes directrices sur les fusions que publient les différentes autorités de la concurrence. Les lignes directrices américaines sur les fusions horizontales précisent qu'« il n'est peut-être pas possible de quantifier le risque *d'effets coordonnés défavorables induits par une fusion ni d'apporter une preuve détaillée de ce risque*. Par conséquent, les autorités évaluent le risque d'effets coordonnés en utilisant des mesures de la concentration du marché. » (Les italiques sont de nous<sup>45</sup>.) Les lignes directrices australiennes contiennent une indication similaire : « évaluer si une fusion risque d'entraîner des effets coordonnés exige un examen attentif des conditions qui existent sur le marché en cause et des effets probables de la fusion sur ces conditions. Cela nécessite habituellement l'évaluation qualitative détaillée d'un ensemble de facteurs [...], dont certains peuvent mener à des constatations contradictoires. » (Les italiques sont de nous.)

28. Néanmoins, certaines avancées sont réalisées dans les travaux économiques consacrés en particulier aux techniques quantitatives fondées sur la simulation de fusions. Toutefois, les autorités de la concurrence ne semblent guère s'être appuyées sur ces outils pour prendre leurs décisions en matière de fusions, peut-être en raison de la difficulté à les mettre en œuvre dans le cadre des contraintes de temps et de données propres aux examens de fusions *ex ante*. L'annexe A présente un aperçu des travaux et un résumé de certaines affaires récentes.

<sup>42</sup> Fait exception l'étude de Compte, Jenny et Rey (2002), qui élaborent un modèle formel d'évaluation de l'impact d'une fusion sur les incitations à la collusion tacite. Ces auteurs examinent comment les asymétries de capacités présentes sur un marché peuvent affecter le comportement de coordination et appliquent leur cadre d'analyse à la fusion *Nestlé/Perrier*. Ils montrent que lorsque la capacité d'un secteur est limitée et qu'une fusion accroît les asymétries de capacités, il devient plus difficile de maintenir la coordination.

<sup>43</sup> Dans leur étude consacrée aux fusions sur les marchés de vente au détail de l'essence, Ganslandt et Norback (2004) ne trouvent pas d'éléments montrant que l'augmentation de la concentration a accru l'efficacité de la coordination.

<sup>44</sup> Comme le souligne la note de référence contenue dans l'étude de l'OCDE (2011), « [c]ela passe par une analyse plus qualitative d'éléments tels que la transparence, les capacités excédentaires au sein du groupe d'entreprises qui coordonnent leurs activités, et l'identification d'un « mécanisme de sanction » crédible. »

<sup>45</sup> Voici, à l'inverse, ce qu'énoncent ces mêmes lignes directrices en ce qui concerne les effets unilatéraux : « [L]orsqu'elles disposent d'une quantité suffisante de données, les autorités concernées peuvent construire des modèles économiques conçus pour quantifier les effets unilatéraux d'une fusion sur les prix. »

**Questions (Contrôle des fusions / effets coordonnés) :**

- Avez-vous rencontré des difficultés, dans votre pays, pour appliquer aux fusions une théorie du préjudice résultant des effets coordonnés ? Pourquoi ? Quelle est la proportion d'affaires d'effets coordonnés par rapport aux affaires d'effets unilatéraux ?
- Dans le cadre de l'analyse visant à déterminer si un marché présente des incitations à la coordination, certains facteurs (transparence du marché, antécédents de collusion) sont-ils considérés comme étant plus importants que d'autres ? Un ou plusieurs facteurs peuvent-ils être jugés nécessaires ou suffisants pour établir qu'un marché est vulnérable à la coordination (ou, tout au moins, pour créer des présomptions réfutables ?) Comment pondérez-vous les ensembles contrastés de facteurs (c'est-à-dire les situations dans lesquelles certains facteurs semblent faciliter la coordination tandis que d'autres semblent la rendre plus difficile ?) Les résultats des travaux empiriques sur la collusion tacite sont-ils utiles<sup>46</sup> ?
- Pour faire progresser une théorie des effets coordonnés, est-il nécessaire de définir les variables de concurrence sur lesquelles la coordination reposerait probablement après la fusion (par exemple, le prix, la production, la capacité, la part de marché, la répartition du marché, etc.) ? Certains marchés sont-ils plus propices que d'autres à une forme particulière de coordination ?
- Certaines théories servent-elles plus souvent que d'autres pour démontrer l'effet causal de la fusion sur la coordination, par exemple, la réduction du nombre d'entreprises, l'élimination d'un franc-tireur, le renforcement de la symétrie, l'augmentation de la transparence ? Les affaires d'effets coordonnés reposent-telles le plus souvent sur une théorie selon laquelle la fusion renforcera la coordination préexistante ou sur une théorie selon laquelle la fusion fera basculer le marché d'une situation d'équilibre concurrentiel vers une situation d'équilibre collusif (et comment cette distinction affecte-t-elle l'analyse et les outils disponibles) ?
- Avez-vous appliqué des techniques quantitatives dans le cadre de l'appréciation des effets coordonnés ? Dans l'affirmative, cela a-t-il été utile ? Pouvez-vous préciser les avantages et les inconvénients de ces techniques ?
- Comment ont réagi les tribunaux aux affaires fondées sur les théories du préjudice résultant des effets coordonnés ? Quelles preuves leur ont paru convaincantes ? Comment ont été évaluées les preuves quantitatives ?

**5. Dispositions sur l'abus de position dominante ou la monopolisation**

29. Une autre solution possible consiste à utiliser les dispositions concernant l'abus de position dominante (ou les dispositions classiques équivalentes sur la monopolisation - ou l'abus de pouvoir de marché) pour examiner le comportement coordonné ne relevant pas d'une entente sur les marchés oligopolistiques. Bien que ces dispositions visent normalement le comportement anticoncurrentiel d'une seule entreprise dominante et non d'un groupe d'entreprises, la législation admet dans certains cas l'existence de la notion de position dominante collective ou conjointe. En principe, on pourrait imaginer que ces notions servent à interdire le comportement abusif (par exemple, d'exclusion) d'un groupe d'entreprises détenant collectivement un pouvoir de marché qui les aide à maintenir un résultat de collusion tacite. Toutefois, comme on le verra ci-après, il n'y a pas de consensus international sur la question de savoir si et dans quelles circonstances l'abus de position dominante collective doit être poursuivi, et l'action répressive semble plutôt rare. Il se peut que dans la pratique, le niveau de concertation exigé pour déterminer qu'un groupe d'entreprises commet un abus de position dominante collective soit suffisamment élevé pour traiter efficacement ce comportement aux termes de la législation

<sup>46</sup> Voir, par exemple, Engel (2015).

sur les ententes<sup>47</sup>. En tout état de cause, un partage d'expériences dans ce domaine serait peut-être utile. On trouvera ci-dessous une synthèse de certaines des approches retenues.

### 5.1 États-Unis

30. Aux États-Unis, l'article 2 du *Sherman Act* s'applique à « toute personne qui monopolise, tente de monopoliser ou s'associe ou complotte avec une ou plusieurs personnes pour monopoliser (...). » Toutefois, si l'on excepte les termes « s'associe » et « complotte », l'article s'applique principalement au comportement d'une seule entreprise. Hawk et Motta (2008) observent que les affaires relevant de l'article 2 fondées sur les théories du « monopole partagé » ou de la « monopolisation conjointe » ont été jugées irrecevables par les tribunaux américains de niveau inférieur<sup>48</sup>. Par exemple, dans l'affaire *Rebel Oil* le tribunal a estimé :

*« Pour constituer une menace de monopolisation, une entreprise doit à elle seule être en mesure de contrôler la production sur le marché et d'exclure ses rivales (...). Les entreprises en situation d'oligopole n'ont pas ce pouvoir unilatéral. Par définition, elles sont interdépendantes. L'une d'entre elles peut augmenter le prix du marché, mais seulement si les autres font de même.*

[...]

*Nous reconnaissons qu'une lacune du Sherman Act permet aux oligopoles de passer outre les interdictions contenues dans ce texte, mais c'est au Congrès et non au pouvoir judiciaire qu'il revient de combler cette lacune<sup>49</sup>. »*

31. Selon Hawk et Motta (2008), les tribunaux ont rejeté ces affaires parce qu'il est difficile de concevoir un moyen adapté et efficace de lutter contre l'interdépendance oligopolistique<sup>50</sup> et qu'il ne serait pas cohérent de traiter le prix d'oligopole comme s'il s'agissait d'une infraction alors que le prix de monopole n'est pas illicite en soi. Hemphill et Wu (2013) estiment toutefois que le raisonnement des tribunaux n'est pas si évident qu'il n'y paraît. Ces auteurs estiment que si la jurisprudence interdit de traiter la collusion tacite ou le « parallélisme de prix » de la même manière que la monopolisation, elle pourrait

<sup>47</sup> Il se peut aussi que le risque que de telles affaires ne soient pas couvertes par la législation sur les ententes soit faible au point de rendre infondée l'extension des mesures applicables à l'abus de position dominante pour examiner les affaires en question à la lumière de leurs possibles effets paralysants. Par exemple, en renforçant la possibilité que les deuxième et troisième entreprises du marché puissent être considérées comme détenant une position dominante (parce qu'elles font partie d'un groupe d'entreprises bénéficiant d'une position dominante collective), la sévérité à l'égard de l'abus de position dominante pourrait atténuer les incitations qu'ont ces entreprises à concurrencer agressivement l'entreprise chef de file sur ce marché. Cette préoccupation a été exprimée lors d'un discours prononcé en 2007 par Gerald Masoudi, alors procureur général adjoint, division de la concurrence, au ministère américain de la Justice, et concernait l'approche de la position dominante collective aux termes du projet de loi sur la concurrence de la République populaire de Chine. Voir <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/225357.htm>. Selon l'article 19 de la Loi chinoise sur la concurrence, une présomption réfutable de position dominante est déclenchée lorsqu'une entreprise représente la moitié (50 %) ou plus de la totalité du marché, que deux entreprises en représentent les deux tiers (66 %) ou plus, ou que trois entreprises en représentent les trois quarts (75 %) ou plus. Dans les deux derniers cas, toutefois, la présomption ne s'applique pas aux entreprises détenant une part de marché inférieure à 10 %.

<sup>48</sup> Pour un examen plus détaillé et d'autres exemples, voir *ABA Comments Canada* (15 avril 2009), p. 5-6.

<sup>49</sup> *Rebel Oil Company Inc v. Atlantic Richfield Company*, 51 F3d 1421 (citation tronquée).

<sup>50</sup> Gudofsky et al. (2010) font valoir le même argument s'agissant de l'exercice d'une position dominante conjointe dans le cadre de la législation canadienne relative à la concurrence et estiment que « dans de nombreux cas, la solution proposée (qui pourrait prendre la forme d'une réglementation tarifaire ou de changements structurels) risque d'être pire que le mal. »

très bien (et devrait) autoriser les affaires fondées sur une théorie du « parallélisme de comportement d'exclusion » – à savoir le fait, pour plusieurs entreprises, d'adopter un comportement ayant pour effet de bloquer ou de ralentir l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché<sup>51</sup> ».

## 5.2 Inde

32. En Inde, l'article 4 du *India Competition Act 2002*<sup>52</sup> dispose : « aucune entreprise *ou groupe* ne doit abuser de sa position dominante » (les italiques sont de nous.) Cependant, la loi définit « groupe » comme suit : deux ou plusieurs entreprises placées sous la même direction ou le même contrôle ou liées par des participations minoritaires. En conséquence, la loi ne couvre pas les situations dans lesquelles un groupe d'entreprises indépendantes (en situation d'oligopole) détient un pouvoir de marché collectif. C'est pourquoi la Commission indienne de la concurrence a rejeté de nombreuses plaintes déposées pour abus de position dominante collective au motif que cette pratique n'est pas prévue par la législation<sup>53</sup>. Un projet de loi introduit en 2012 propose certaines réformes, et notamment de modifier la disposition relative à la position dominante afin de pouvoir couvrir les possibles abus de position dominante collective, en insérant « conjointement ou individuellement » après le terme « groupe »<sup>54</sup>. Cette modification a suscité appuis<sup>55</sup> et critiques<sup>56</sup> mais le projet de loi a ensuite été abandonné lors de la dissolution du parlement en 2014.

## 5.3 Union européenne

33. Pour ce qui est de l'Union européenne, l'article 102 du TFUE envisage explicitement « le fait pour une *ou plusieurs* entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante » (les italiques sont de nous<sup>57</sup>.) Toutefois, la jurisprudence relative à l'article 102 ne fournit guère de précisions sur les

<sup>51</sup> Selon ces auteurs, ce comportement serait préjudiciable et il ne serait pas nécessaire d'exiger un accord explicite parce qu'il peut s'agir d'une stratégie de position dominante mise en œuvre par toutes les entreprises en cause, et que l'interdire s'inscrirait dans la logique du traitement réservé au comportement d'exclusion similaire des monopoles. Iacobucci et Winter (2011) affirment sensiblement la même chose en ce qui concerne les dispositions de la législation canadienne sur l'abus de position dominante. À leur avis, le parallélisme des pratiques d'exclusion qui a pour effet de réduire sensiblement la concurrence « appelle une solution pratique », contrairement au parallélisme de prix.

<sup>52</sup> *Competition Act, 2002 No. 12 of 2003*, texte modifié par le *Competition (Amendment) Act, 2007*. Voir [www.ieee.org/documents/competition\\_act\\_2002\\_india.pdf](http://www.ieee.org/documents/competition_act_2002_india.pdf).

<sup>53</sup> Par exemple, l'affaire n° 78/2013 <http://www.cci.gov.in/May2011/OrderOfCommission/262/782013.pdf> ; et l'affaire n° 49/2012 <http://www.cci.gov.in/May2011/OrderOfCommission/492012.pdf>.

<sup>54</sup> La proposition de modification et les documents connexes sont consultables sur <http://www.prsindia.org/billtrack/the-competition-amendment-bill-2012-2571/>.

<sup>55</sup> Ces appuis étaient motivés par le fait qu'en principe, certaines affaires ne pouvant être traitées en raison de lacunes dans la législation en vigueur pourraient l'être aux termes de la nouvelle législation. Voir par exemple <http://www.cci.gov.in/images/media/ResearchReports/Collective%20Dominance.pdf>.

<sup>56</sup> Les critiques concernaient principalement l'incertitude à laquelle seraient confrontées les entreprises si le projet de loi était adopté. Voir [http://www.prsindia.org/uploads/media/Competition%20\(A\)%20Bill.%202012/SCR-Competition%20\(A\)%20Bill.pdf](http://www.prsindia.org/uploads/media/Competition%20(A)%20Bill.%202012/SCR-Competition%20(A)%20Bill.pdf).

<sup>57</sup> Ce type de formulation a cours ailleurs. Au Canada, par exemple, les dispositions concernant l'abus de position dominante s'appliquent aux situations dans lesquelles « une *ou plusieurs personnes* contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » (les italiques sont de nous.) Pour un bref exposé de l'approche du Bureau de la concurrence en matière de position dominante collective, voir Les dispositions sur l'abus de position dominante – Lignes directrices : <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03497.html>.

circonstances exigées pour qu'un groupe d'entreprises soit réputé détenir une position dominante (c'est-à-dire une position dominante collective).

34. Dans l'affaire *Italian Flat Glass*<sup>58</sup> le Tribunal de première instance (désigné aujourd'hui le Tribunal) de l'Union européenne estime :

*« On ne saurait exclure, par principe, que deux ou plusieurs entités économiques indépendantes soient, sur un marché spécifique, unies par de tels liens économiques que, de ce fait, elles détiennent ensemble une position dominante par rapport aux autres opérateurs sur le même marché. »* (Les italiques sont de nous.)

35. Comme l'observe Petit (2012), cette décision a suscité de vifs débats parmi les juristes et les chercheurs sur ce qui pourrait constituer des « liens économiques » lors de l'établissement de la preuve de l'existence d'une position dominante collective. Par la suite, dans l'affaire *Compagnie Maritime Belge*<sup>59</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a conclu :

*« (...) une position dominante peut être détenue par deux ou plusieurs entités économiques, juridiquement indépendantes l'une de l'autre, à condition que, du point de vue économique, elles se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique comme une entité collective. »*

[...]

*« L'existence d'une position dominante collective peut donc résulter de la nature et des termes d'un accord, de la manière de sa mise en œuvre et, partant, des liens ou facteurs de corrélation entre entreprises qui en résultent. Toutefois, l'existence d'un accord ou d'autres liens juridiques n'est pas indispensable à la constatation qu'il existe une position dominante collective, constatation qui pourrait résulter d'autres facteurs de corrélation et dépendrait d'une appréciation économique et, notamment, d'une appréciation de la structure du marché en cause. »* (Les italiques sont de nous.)

36. Le passage précité semble dans un premier temps restreindre les cas où une position dominante collective peut être détenue, mais l'évocation par la suite « d'autres facteurs de corrélation » et d'« une appréciation économique (...) de la structure du marché » laisse penser qu'il est possible de conclure à l'existence d'une position dominante collective en se fondant seulement sur les conditions du marché qui induisent une collusion tacite dans un oligopole restreint. De fait, cette interprétation semble avoir été entérinée dans la jurisprudence européenne sur les fusions élaborée autour du critère de « position dominante » contenu dans le règlement CE relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, jurisprudence en vertu de laquelle la position dominante collective a été assimilée à la collusion tacite dans les affaires *Gencor*<sup>60</sup>, puis *Airtours*<sup>61</sup>. Cependant, comme l'observe Petit (2012), il y a un débat sur la

<sup>58</sup> Affaires jointes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, *Società Italiana Vetro contre Commission* [1992] Recueil de jurisprudence, p. II-1403. Voir <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61989TJ0068&from=EN>. L'arrêt est consultable sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61989TJ0068>.

<sup>59</sup> Affaires jointes C-395/96P et C-296/96P, *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96P), Compagnie maritime belge transports SA (C-396P) et Dafra-Lines A/S (C-396/96P) contre Commission* [2000] Recueil de jurisprudence, p. I-1365. L'arrêt est consultable sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0395>.

<sup>60</sup> T-102/96 *Gencor Ltd. contre Commission*, [1999] Recueil de jurisprudence, p. II-753.

<sup>61</sup> T-342/99, *Airtours plc. contre Commission*, [2002] Recueil de jurisprudence, p. II-2585.

question de savoir si la notion de position dominante exige une interprétation plus restrictive aux termes de l'article 102 du TFUE (outil *ex post*) qu'aux termes des dispositions relatives au contrôle des concentrations (outil *ex ante*), eu égard aux objectifs recherchés par ces textes, aux difficultés de trouver des solutions liées à la mise en œuvre *ex post* et aux possibles effets paralysants<sup>62</sup>.

37. Indépendamment de la définition juridique qu'en donne l'UE, Hawk et Motta (2008) estiment qu'en pratique, la position dominante collective a occasionné des poursuites aux termes de l'article 102 dans de rares cas où il y avait des liens manifestes entre les entreprises en cause, par exemple par le biais de contrats, d'échanges de produits, de participations croisées, d'adhésion commune à des associations professionnelles ou à des conférences maritimes, etc. En outre, la position dominante collective n'est pas abordée dans les Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes<sup>63</sup>. Hawk et Motta (2008) observent toutefois que les autorités nationales de la concurrence ont été moins réticentes à poursuivre les affaires de position dominante collective, et sont confortés en cela par Petit et Neyrinck (2011).

38. Ce débat fait abstraction d'autres questions importantes comme les types de comportement de nature à constituer des *abus* de position dominante collective, en supposant qu'il soit possible de prouver l'existence d'une position dominante collective. S'agit-il des mêmes catégories d'abus qui sont prises en compte dans les affaires de position dominante individuelle ou, en principe, ces catégories seraient-elles plus étroites (ou plus larges<sup>64</sup>) ? Tous les membres du groupe bénéficiant d'une position dominante collective devraient-ils participer au comportement abusif (simultanément) ? Ou encore, pourrait-on envisager l'existence d'un abus individuel de position dominante collective ? Quelles solutions pourrait-on apporter à ces problèmes ?

39. Le bref exposé qui précède illustre le caractère flou de la notion d'abus de position dominante collective. En particulier, les observateurs semblent être en désaccord sur l'utilité d'une disposition sur ce point ; la législation reconnaît cette notion dans certains cas (au Canada et dans l'Union européenne) mais pas dans d'autres (en Inde et aux États-Unis). L'un de ces derniers a cherché à l'inclure dans la réglementation en modifiant cette dernière ; l'un des pays qui la reconnaissent a estimé qu'elle n'était pas prioritaire. Bien sûr, les comparaisons internationales concernant une disposition en particulier ne sont peut-être pas utiles étant donné que l'approche de l'abus de position dominante collective retenue par un pays ou une communauté d'États peut dépendre d'une compréhension globale de la ou des règles

<sup>62</sup> Voir aussi Mezzanotte (2010), selon lequel « un problème de détection et une erreur coûteuse limitent considérablement la capacité qu'a la Commission de lutter contre la collusion tacite en utilisant l'article 102. »

<sup>63</sup> Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, consultable sur <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/> (« Le présent document définit les priorités qui guideront l'action de la Commission lorsqu'elle appliquera l'article 82 (maintenant l'article 102) aux pratiques d'éviction auxquelles se livrent les entreprises dominantes (...) Cette position peut être détenue par une seule entreprise (position dominante individuelle) ou par deux ou plusieurs entreprises (position dominante collective). Le présent document ne vise que les abus commis par les entreprises occupant une position dominante individuelle. »

<sup>64</sup> Par exemple, Petit et Neyrinck (2011) observent : « la notion d'abus de position dominante collective demeure peu explorée. Il semble que beaucoup d'autorités de la concurrence et de tribunaux pèchent par excès de prudence et voient le problème à travers le prisme de la jurisprudence applicable à la position dominante individuelle (dans laquelle on retrouve la dichotomie classique exploitation/éviction). Souvent, des affaires sont rejetées (voire abandonnées), et des incertitudes pèsent sur l'existence d'un comportement abusif. Après tout, de nombreux abus classiques concernent des pratiques commerciales agressives (prix d'éviction, rabais, ventes liées, etc.), qui ne concordent pas avec la stabilité comportementale typique des situations de position dominante collective. »

applicables à la concurrence, et en particulier de la portée des dispositions applicables aux ententes ou au contrôle des fusions ou d'autres outils éventuels « ayant pour fonction de combler les lacunes ».

40. Dans ses observations sur les lignes directrices relatives à l'abus de position dominante ailleurs dans le monde, l'*American Bar Association* (ABA<sup>65</sup>) a évoqué « le degré élevé d'incertitude et de variabilité » des approches retenues en matière de position dominante ou de monopolisation collective. En particulier, le RIC n'aborde la position dominante collective ni dans son document sur les pratiques recommandées à l'égard des affaires de position dominante<sup>66</sup>, ni dans son manuel sur l'évaluation de la position dominante<sup>67</sup>. En conséquence, un partage d'expériences sur les questions énumérées ci-dessous serait peut-être utile.

#### **Questions (Abus de position dominante / monopolisation)**

- Votre droit de la concurrence reconnaît-il la possibilité que survienne un abus de position dominante collective ou une monopolisation conjointe ? Dans l'affirmative, sur quoi se fonde cette reconnaissance ? Vise-t-elle à combler une lacune réelle ou perçue dans la législation applicable aux ententes anticoncurrentielles ?
- De quelle manière est établie la preuve de l'existence d'une position dominante ou d'une monopolisation conjointe ? Suffit-il de prouver que le marché est propice à la collusion tacite (et de prouver également l'existence d'un parallélisme de comportement ou d'un manque de concurrence vigoureuse) ? Y a-t-il des présomptions ou des seuils de sécurité fondés sur la part de marché combinée ?
- Quels type de comportements peuvent être considérés comme des abus de position dominante collective ? Sont-ils les mêmes que dans les cas de position dominante individuelle ? Le comportement abusif doit-il être le fait de tous les membres du groupe d'entreprises qui exerce une position dominante collective (simultanément) ?
- Quelles solutions sont envisagées pour ce qui est des situations d'abus de position dominante collective ? Sont-elles les mêmes qu'en cas de position dominante individuelle ? Peuvent-elles s'appliquer aux facteurs sous-jacents structurels ou comportementaux qui permettent la position dominante collective ou sont-elles limitées à la sanction ou à la correction du comportement abusif présumé ?
- Dans quelles affaires avez-vous engagé des poursuites ? Avez-vous publié des principes ou des orientations sur les priorités de votre approche de la mise en œuvre ?

<sup>65</sup> Voir ABA Comments Canada (15 avril 2009) (publication dans laquelle il est recommandé de clarifier la « position dominante collective » afin d'éviter de paralyser la conduite concurrentielle des entreprises qui cherchent à se conformer aux lignes directrices); ABA Comments Malaysia (15 juin 2012) (même recommandation) ; ABA Comments COMESA (20 août 2013) (dans laquelle il est fortement recommandé que les pays membres du COMESA suppriment toute référence à la position dominante collective dans leur projet de lignes directrices).

<sup>66</sup> RIC (2008), « Recommended Practices on Dominance/Substantial Market Power Analysis », consultable sur <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc317.pdf>.

<sup>67</sup> RIC (2011) « Unilateral Conduct Workbook Chapter 3: Assessment of Dominance », consultable sur <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc752.pdf>. Le RIC admet toutefois que certains pays reconnaissent la notion de position dominante collective.

(« Dans certains pays, la définition de la position dominante s'applique également à la « position dominante collective », c'est-à-dire aux cas où plusieurs entreprises détiennent collectivement un pouvoir de marché ». Le présent manuel se borne à examiner le comportement individuel des entreprises et n'aborde pas la position dominante collective. »)

## 6. Outils complémentaires

41. De nombreux pays ont eu recours à d'autres outils pour combler les éventuelles lacunes. La présente section en examine brièvement cinq :

- Outils relatifs aux méthodes de concurrence déloyales (États-Unis) ;
- Loi ciblant une pratique de facilitation particulière (Australie) ;
- Enquêtes sur le marché (Royaume-Uni, Mexique, Islande) ;
- Loi ciblant une structure de marché particulière (Israël) et
- Dispositions (provisoires) relatives au contrôle des prix (Belgique).

42. Certains de ces outils sont de portée générale tandis que d'autres visent des pratiques, des structures de marché ou des évolutions tarifaires spécifiques. Ils diffèrent également en fonction des approches correctives, certains étant utilisés pour interdire/punir un comportement, et d'autres pour apporter la possibilité de modifier les conditions structurelles sous-jacentes du marché. Leur existence pourrait laisser entendre (tout au moins implicitement) que le législateur est préoccupé par l'efficacité des instruments classiques de lutte contre les comportements anticoncurrentiels (dans les pays concernés). Bien sûr, ces outils ont été adoptés dans des contextes économiques et juridiques différents et, dans certains cas, pour des motifs autres ou plus généraux que ceux qui sont examinés ici. De plus, l'expérience de leur mise en œuvre concrète semble assez limitée jusqu'à présent. Cela pourrait indiquer que les affaires ayant un rapport avec des lacunes dans la législation sont rares dans la pratique ou que les autorités de la concurrence utilisent ces outils avec prudence compte tenu des possibles effets faux positifs/paralysants pouvant découler d'une mise en œuvre excessive. En outre, certains d'entre eux sont relativement nouveaux et il reste à voir comment ils pourront s'appliquer à mesure que l'expérience augmentera. Ils apportent néanmoins des exemples intéressants des différents éléments qui peuvent caractériser un outil dont l'objet est de combler des lacunes dans la législation.

### 6.1 Méthodes de concurrence déloyales

43. Aux termes de l'article 5 du *FTC Act*, la FTC a le pouvoir d'interdire le recours à des « méthodes de concurrence déloyales ». La Cour suprême a estimé que la portée de l'article 5 va au-delà du *Sherman Act* et des autres lois américaines sur la concurrence<sup>68</sup>. Au fil du temps, la FTC s'est parfois prévalu de ce pouvoir pour s'attaquer à différentes pratiques dont les effets sont anticoncurrentiels mais qu'il serait difficile de contester aux termes des dispositions de la législation sur les ententes ou la monopolisation. Mentionnons par exemple la communication unilatérale d'informations à des concurrents induisant des effets anticoncurrentiels, dite « invitation à la collusion ». Les problèmes posés par ce comportement tiennent au fait de fournir aux concurrents des informations qui leur permettent d'atteindre un équilibre

---

<sup>68</sup> Voir les affaires *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*, 405 US 233 (1972) (Dans laquelle il est conclu que la loi, l'historique de son application et les affaires traitées antérieurement autorisent la Commission, aux termes de l'article 5, à définir et proscrire une pratique concurrentielle déloyale, même si celle-ci n'enfreint pas la lettre ou l'esprit du droit de la concurrence) ; et *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 US 447 (1986) (« Le critère de « concurrence déloyale » énoncé dans le *FTC Act* est forcément difficile à cerner du fait qu'il englobe non seulement les pratiques qui violent le *Sherman Act* et les autres lois sur la concurrence [...] mais aussi celles qui, de l'avis de la Commission, vont à l'encontre de l'intérêt général pour d'autres raisons ») (soit dit en passant).

collusoire<sup>69</sup>. Toutefois, un acte unilatéral à lui seul ne satisfait pas l'exigence d'« entente » énoncée dans l'article premier du *Sherman Act*. En conséquence, depuis les années 90, la FTC n'a obtenu un règlement que dans quelques poursuites engagées relativement à ce comportement au termes de l'article 5 du *Sherman Act*<sup>70</sup>.

44. L'article 5 appelle plusieurs observations. Premièrement, il s'agit d'une interdiction « de principe » souple plutôt qu'une « règle » ou une « interdiction « formelle<sup>71</sup> ». Deuxièmement, cet article ne peut être appliqué que par la FTC, organisme administratif spécialisé, ce qui restreint son utilisation opportuniste dans les litiges privés. Troisièmement, dans les affaires individuelles de violation de l'article 5 (dans lesquelles il n'y a pas de violation présumée des autres lois sur la concurrence), la FTC limite en général les mesures correctives à l'interdiction de recommencer la pratique (par exemple, interdiction des communications unilatérales ayant causé le problème de concurrence) au lieu de demander des dommages-intérêts et des sanctions punitives.

45. Il y a toutefois eu des débats fréquents sur la portée de l'article 5 et le risque d'effet paralysant qu'il pourrait avoir sur le comportement légitime des entreprises en l'absence de principes de limitation ou d'orientations émanant de l'autorité de la concurrence sur ce qui est de nature à constituer une « méthode de concurrence déloyale<sup>72</sup> ». Dans les années 80, les tribunaux ont annulé des décisions, notamment dans les affaires *Boise Cascade*<sup>73</sup> et *Ethyl*<sup>74</sup>, en raison, du moins partiellement, de la difficulté de formuler des

<sup>69</sup> Voir OCDE (2012a). Par exemple, un cas limite serait celui où une entreprise a communiqué de manière privée et en détail ses intentions de tarification future à ses concurrentes sur un marché concentré.

<sup>70</sup> *Ibid.* Voir l'examen des affaires *U-Haul International* (2010), *Valassis Communications* (2006), *Stone Container* (1998), *Precision Moulding* (1996), *AE Clevite* (1993), *YKK (U.S.A.)* (1993) et *Quality Trailer Products Corp.* (1992).

<sup>71</sup> Par exemple, voir *Ethyl Corp v FTC*, 729 F.2d 128, 136 (2d Cir. 1984) (« Le Congrès, lors de la rédaction de l'article 5, a renoncé à définir explicitement les méthodes de concurrence et les pratiques qui sont préjudiciables à la concurrence et a laissé tomber un projet de liste de pratiques prohibées parce qu'il aurait fallu définir un trop grand nombre de pratiques, sans compter qu'il était impossible de prévoir les pratiques encore plus nombreuses qui pourraient naître de l'imagination fertile des entreprises ».)

<sup>72</sup> Pour un exemple récent, voir le discours du Commissaire de la FTC, Joshua D. Wright (26 février 2015) « *Section 5 Revisited: Time for the FTC to Define the Scope of Its Unfair Methods of Competition Authority* », sur [www.ftc.gov/public-statements/2015/02/section-5-revisited-time-ftc-define-scope-its-unfair-methods-competition](http://www.ftc.gov/public-statements/2015/02/section-5-revisited-time-ftc-define-scope-its-unfair-methods-competition).

<sup>73</sup> *Boise Cascade Corp. v. FTC*, 637 F.2d 573 (9th Cir. 1980). (« Dans ce contexte, au moins, où les parties conviennent que la pratique procédait d'une évolution naturelle de la concurrence liée à l'émergence du secteur du contreplaqué en pin du sud et où il n'existe aucune preuve de complot manifeste, autoriser à conclure à une violation de l'article 5 fondée sur le principe selon lequel la simple utilisation répandue de la pratique fait de celle-ci un début de menace sur la concurrence brouillerait la distinction entre comportement coupable et comportement innocent d'une entreprise. »)

<sup>74</sup> *Ethyl Corp v FTC*, 729 F.2d 128, 136 (2d Cir. 1984) (« Lorsqu'une pratique commerciale est contestée par la Commission, même si comme dans le cas présent, elle ne viole pas une loi sur la concurrence ou une autre loi et, par nature, ne relève pas de la collusion, de la coercition, de la pratique de prix d'éviction ou de l'exclusion, les critères utilisés pour déterminer si elle est « déloyale » au sens de l'article 5 doivent être élaborés avec l'objectif de faire une distinction entre le comportement normalement acceptable de la part des entreprises et celui qui est déraisonnable ou inacceptable. Procéder autrement ouvrirait la voie à l'administration arbitraire ou capricieuse de l'article 5 ; la FTC pourrait, lorsqu'elle estime que les entreprises n'atteignent pas leur potentiel concurrentiel maximum, interdire certaines pratiques dans l'espoir que ses interventions augmentent la concurrence (...). La Commission a le devoir de définir les conditions dans lesquelles un comportement réputé faciliter l'uniformité des prix serait déloyal, de manière à ce que les entreprises aient une idée des comportements qu'elles peuvent adopter de façon licite, plutôt que d'être confrontées à une absence totale de prévisibilité. »)

principes de limitation qui auraient procuré aux entreprises une plus grande certitude sur la ligne de démarcation entre comportement licite et comportement illicite.

## 6.2 *Loi ciblant une pratique de facilitation particulière*

46. L'Australie apporte un exemple d'interdiction plus ciblée et plus formelle. En 2011, l'*Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) a été investie de nouveaux pouvoirs pour interdire « la divulgation anticoncurrentielle de signaux et d'informations sur les prix<sup>75</sup>. » Les dispositions comprennent entre autres : 1) une interdiction *per se* des divulgations privées d'informations sur les prix aux concurrents si cela ne s'inscrit pas dans le cours normal des affaires<sup>76</sup> ; et 2) une *interdiction générale* des divulgations d'informations<sup>77</sup> (de manière publique ou privée) dans le but de réduire sensiblement la concurrence sur un marché<sup>78</sup>. Sont prévues des sanctions civiles à hauteur de 10 millions AUD, de 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise ou de trois fois ses bénéfices, selon le plus élevé des trois montants concernés.

47. Ces nouvelles dispositions ont été conçues pour combler une lacune dans la législation australienne en ce qui concerne les activités anticoncurrentielles qui ne relèvent pas de « l'entente ou de l'accord » entre les entreprises, selon l'interprétation des tribunaux<sup>79</sup>. Toutefois, en plus de s'attacher à un type particulier de pratique de facilitation, ces dispositions s'appliquent pour l'heure au seul secteur bancaire et concernent seulement la collecte de dépôts ou le consentement d'avances ou de prêts. Même s'il est possible de les étendre à d'autres secteurs par le biais de la réglementation, cela n'a pas encore été fait.

48. Un panel indépendant mis sur pied par le gouvernement australien pour mener un examen de la politique de la concurrence (le *Harper Review*) a recommandé récemment d'abroger ces nouvelles dispositions et d'étendre les dispositions en vigueur en Australie sur les ententes anticoncurrentielles aux « pratiques concertées » ayant pour but ou pour effet probable d'affaiblir sensiblement la concurrence (comme l'a fait l'UE<sup>80</sup>). L'ACCC a proposé d'aller au-delà de la définition suggérée par le panel et de poursuivre une réflexion sur l'interdiction *per se* de certaines pratiques concertées<sup>81</sup>.

## 6.3 *Enquêtes sur les marchés*

49. Le régime d'enquêtes sur les marchés mis en place au Royaume-Uni est un exemple d'outil de nature réglementaire (et non pas conçu dans une optique d'interdiction) utilisé pour traiter les insuffisances de la législation. L'autorité britannique de la concurrence (*Competition and Markets Authority* (CMA)) a le

<sup>75</sup> On trouvera de plus amples informations sur cette disposition sur le site de l'ACCC : [www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/price-signalling](http://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/price-signalling).

<sup>76</sup> L'interdiction *per se* n'exige pas la preuve d'un objectif ou d'un effet anticoncurrentiel et s'applique indépendamment du fait que des informations sur les prix passés, actuels ou futurs sont divulguées.

<sup>77</sup> L'interdiction générale concerne les informations sur les prix, la capacité ou la stratégie commerciale.

<sup>78</sup> Les interdictions comprennent de nombreuses exceptions, comme la divulgation d'informations sur les prix à une entreprise apparentée, la divulgation autorisée par une autre loi ou en vertu d'une telle loi ou exigée en vertu des règles sur les valeurs mobilières, et les divulgations fortuites.

<sup>79</sup> Voir OCDE (2012a) (« L'approche globale de l'Australie en matière de droit de la concurrence fondé sur des règles, associée aux résultats de nombreuses décisions de justice, a abouti à une situation inédite dans ce pays, où il était considéré que les pratiques de facilitation ne pouvaient pas faire l'objet de poursuites efficaces aux termes de la législation existante .») »

<sup>80</sup> Rapport final du *Harper Review* (mars 2015) consultable sur <http://competitionpolicyreview.gov.au/final-report/>.

<sup>81</sup> Réponse de l'ACCC au projet de rapport du *Harper Review* (novembre 2014), consultable sur [www.accc.gov.au/system/files/Competition%20Policy%20Review%20-%20ACCC%20submission%20to%20Draft%20Report%20-%202026%20November%202014.pdf](http://www.accc.gov.au/system/files/Competition%20Policy%20Review%20-%20ACCC%20submission%20to%20Draft%20Report%20-%202026%20November%202014.pdf).

pouvoir de réaliser des enquêtes d'envergure sur les marchés<sup>82</sup> afin de déterminer si certaines de leurs caractéristiques entraînent des effets défavorables à la concurrence. Ces caractéristiques définies de manière large par la loi concernent la structure du marché en cause (concentration, obstacles à l'entrée) et le comportement des acteurs présents sur le marché (fournisseurs ou clients). Si la CMA estime qu'une caractéristique ou un ensemble de caractéristiques du marché engendre des effets défavorables à la concurrence, elle est habilitée à imposer une série de mesures correctives<sup>83</sup> (comportementales ou structurelles, sous réserve de considérations liées à la rationalité et à la proportionnalité) et/ou à faire des recommandations aux régulateurs du secteur concerné ou au gouvernement. Les décisions de la CMA peuvent faire l'objet de recours devant le Tribunal d'appel de la concurrence du Royaume-Uni.

50. L'une des théories du préjudice sur laquelle la CMA peut fonder une enquête sur un marché est celle du « comportement coordonné entre entreprises ». Cette théorie est considérée explicitement comme allant au-delà des dispositions sur les ententes et l'abus de position dominante<sup>84</sup>. Jusqu'à présent, elle a été examinée dans plusieurs enquêtes ayant porté notamment sur les marchés suivants :

- **Énergie (*en cours*)<sup>85</sup>** : Enquête sur une théorie de « coordination tacite au moyen d'annonces publiques de prix », afin de déterminer si les six grands énergéticiens utilisent les annonces de prix pour indiquer leur intentions aux entreprises concurrentes de manière à leur permettre d'ajuster leur comportement en conséquence.
- **Agrégats, ciment, et béton prêt à l'emploi<sup>86</sup>** : L'enquête a conclu que la structure et le comportement des entreprises du secteur du ciment restreignaient la concurrence en favorisant la coordination entre les trois principaux fabricants. Les mesures correctives portaient sur la cessions d'actifs d'une usine de ciment pour permettre la création d'un nouveau fabricant, et sur

<sup>82</sup> On trouvera de plus amples informations et des orientations sur le régime d'enquête sur les marchés en vigueur au Royaume-Uni sur le site de la CMA : [www.gov.uk/competition/markets](http://www.gov.uk/competition/markets).

<sup>83</sup> La capacité d'imposer des mesures correctives est l'une des caractéristiques qui distingue une enquête sur un marché d'une « étude » de marché, outil plus courant de sensibilisation utilisé par de nombreuses autorités de la concurrence pour mieux saisir le fonctionnement d'un marché et qui débouche seulement, en règle générale, sur la production d'un rapport contenant des recommandations non contraignantes (sauf si une violation de la loi est détectée).

<sup>84</sup> Voir les lignes directrices de la CMA relatives aux enquêtes sur les marchés (*Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies*) : « Le seul objet d'une enquête sur un marché concerne les éventuels effets sur la concurrence de certaines caractéristiques de ce marché [...] Alors que l'action répressive exercée dans certaines affaires de comportement coordonné peut relever du cadre de l'article 101 du TFUE ou du chapitre premier de la loi britannique sur la concurrence de 1998 (CA98), la CMA peut enquêter sur toutes les formes de coordination. Toute forme de coordination peut réduire l'incertitude stratégique des concurrents au détriment de leurs clients et, selon son ampleur, entraîner des effets défavorables à la concurrence. » Voir aussi les orientations de la CMA sur le renvoi d'une enquête sur le marché (*CMA guidance on Market Investigation References*) : « Les caractéristiques qui peuvent entraîner des effets défavorables à la concurrence sur un marché oligopolistique peuvent aller au-delà des conditions que la jurisprudence a estimées nécessaires pour conclure à l'exercice d'une position dominante collective, c'est-à-dire à la réussite de la stratégie de collusion tacite des entreprises d'un oligopole. En outre, la jurisprudence ne donne pas suffisamment d'indications sur ce qui constitue un abus de position dominante collective. Pour toutes ces raisons, le renvoi d'une enquête sur un marché permettra de traiter des problèmes de concurrence plus importants que ne pourrait le faire le recours à la loi sur la concurrence de 1998 et, par conséquent, constituer une meilleure manière de faire. »

<sup>85</sup> Voir [www.gov.uk/cma-cases/energy-market-investigation](http://www.gov.uk/cma-cases/energy-market-investigation).

<sup>86</sup> Voir [www.gov.uk/cma-cases/aggregates-cement-and-ready-mix-concrete-market-investigation](http://www.gov.uk/cma-cases/aggregates-cement-and-ready-mix-concrete-market-investigation).

des dispositions visant à limiter les flux d'informations et de données sur la production de ciment, ainsi que les annonces de prix.

- **Service de contrôle légal des comptes<sup>87</sup>** : L'enquête a porté sur une théorie, finalement abandonnée, selon laquelle les conditions du marché incitaient à la coordination ou encore selon laquelle les quatre principaux cabinets d'audit avaient recours à la collusion tacite.

51. L'autorité britannique de la concurrence ne dispose pas des mêmes pouvoirs que ses homologues ailleurs dans le monde, mais certains pays ont récemment doté leur autorité de la concurrence de pouvoirs similaires. En 2014, le Mexique a introduit une disposition permettant à l'autorité de la concurrence de mener des enquêtes dans le but de recenser d'éventuels « obstacles à la concurrence » et, le cas échéant, d'arrêter des mesures pour les supprimer. Ces obstacles sont définis globalement comme étant « toute caractéristique du marché, fait, ou comportement des agents économiques qui entrave ou fausse le processus de libre concurrence<sup>88</sup> ». Cette disposition a été introduite, du moins en partie, sur la foi d'une étude selon laquelle les ménages mexicains consacraient près du tiers de leur budget à l'achat de produits fabriqués sur des marchés monopolistiques ou « très oligopolistiques<sup>89</sup> ».

52. De même, l'Autorité islandaise de la concurrence a été dotée en 2011 de pouvoirs d'enquête qui lui permettent de « prendre des mesures contre de toute situation ou tout comportement qui restreint la concurrence, même si ce dernier ne viole pas les interdictions contenues dans la Loi sur la concurrence elle-même<sup>90</sup> ». Comme au Mexique et au Royaume-Uni, les pouvoirs d'enquêter sur le marché sont assortis de la possibilité d'imposer des mesures correctives, et notamment des mesures correctives structurelles comme la cession d'actifs. La première enquête de l'Autorité islandaise de la concurrence porte sur le marché des carburants<sup>91</sup>.

#### 6.4 *Loi ciblant une structure de marché en particulier*

53. L'Autorité israélienne de la concurrence est un exemple à part. En 2011, la nouvelle Loi sur les entreprises concentrées en oligopoles est venue s'ajouter à la Loi sur les pratiques commerciales restrictives<sup>92</sup>. La Loi a été introduite pour reconnaître « la nécessité de réagir aux problèmes de concurrence causés par l'existence d'oligopoles dans l'économie israélienne<sup>93</sup> » et s'applique lorsque les trois conditions suivantes sont réunies :

- Un petit groupe d'entreprises représente collectivement plus de 50 % du marché ;

<sup>87</sup> Voir [www.gov.uk/cma-cases/statutory-audit-services-market-investigation](http://www.gov.uk/cma-cases/statutory-audit-services-market-investigation).

<sup>88</sup> Article 3.IV de la Loi mexicaine sur la concurrence (*Ley Federal de Competencia Económica*). Traduction non officielle, texte consultable en espagnol seulement sur <http://www.cfc.gob.mx/cofece/index.php/normateca>.

<sup>89</sup> OCDE (2011), « Évaluation et recommandations in Études économiques de l'OCDE : Mexique 2011, p. 34.

<sup>90</sup> Voir le rapport annuel sur l'évolution de la politique de la concurrence remis à l'OCDE par l'Islande en 2012 (DAF/COMP/AR(2013)4). La version anglaise de la législation applicable est consultable sur <http://en.samkeppni.is/competition-rules/legislation/>.

<sup>91</sup> Voir <http://en.samkeppni.is/published-content/news/nr/2209>.

<sup>92</sup> Une version anglaise non officielle de la Loi se trouve sur le site de l'Autorité israélienne de la concurrence : [www.antitrust.gov.il/eng/Antitrustlaw.aspx](http://www.antitrust.gov.il/eng/Antitrustlaw.aspx).

<sup>93</sup> Rapport annuel sur l'évolution de la politique de la concurrence remis à l'OCDE par Israël en 2011 (DAF/COMP/AR(2012)5).

- La concurrence ou les conditions de concurrence sont limitées<sup>94</sup> entre les membres du groupe ou sur le marché où ils exercent leurs activités ; et
- L'adoption de mesures correctives peut éviter un préjudice ou un risque de préjudice grave à la concurrence, accroître sensiblement la concurrence, ou encore créer les conditions d'une augmentation sensible de la concurrence sur le marché<sup>95</sup>.

54. Lorsque ces conditions sont remplies, le directeur général de l'Autorité israélienne de la concurrence peut demander aux oligopoleurs de réduire les coûts de changements de fournisseur ou les obstacles à l'entrée, ou de mettre fin aux activités qui facilitent l'adaptation au comportement des autres entreprises du groupe (comme l'échange d'informations). Le directeur général peut également demander à un tribunal d'exiger des mesures structurelles comme la cession d'actifs. Ce pouvoir est donc similaire au pouvoir d'enquêter sur un marché qui existe au Royaume-Uni pour ce qui est de l'approche des mesures correctives, mais suppose une analyse plus formelle. On retrouve également des similitudes avec une disposition relative à la position dominante collective, puisque la démonstration d'un comportement abusif n'est pas exigée.

55. Deux spécialistes du droit israélien de la concurrence ont souligné l'utilité de la Loi compte tenu du fait qu'Israël est une petite économie :

56. « L'importance de ce nouveau pouvoir tient au fait qu'il permet à l'Autorité de la concurrence de surmonter l'une des principales faiblesses du droit de la concurrence, qui concerne le traitement de la coordination oligopolistique. Il s'agit d'une grave insuffisance de la législation, en particulier dans les petites économies, où les conditions naturelles du marché ne permettent de soutenir qu'un petit nombre d'entreprises sur la plupart des marchés et où les obstacles à l'entrée sont souvent importants. De fait, les autres outils avec lesquels on a tenté de régler ce problème se sont révélés peu efficaces<sup>96</sup> ».

57. Jusqu'à présent, l'Autorité israélienne de la concurrence a appliqué la nouvelle disposition aux contrats exclusifs entre les fournisseurs de lait pour nourrissons et les hôpitaux et aux pratiques ayant pour effet d'empêcher l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché de la manutention des conteneurs dans les ports<sup>97</sup>.

### **6.5 Dispositions relatives au contrôle (provisoire) des prix**

58. En 2013, l'Autorité belge de la concurrence s'est vue accorder un pouvoir limité de contrôle des prix lors de l'insertion d'une nouvelle disposition concernant la « concurrence et l'évolution des prix » dans le Code de droit économique<sup>98</sup>. En particulier, lorsque l'Observatoire des prix, un organisme administratif indépendant placé auprès du ministère de l'Économie, constate « un problème en matière de prix ou de marges, une évolution anormale des prix ou un problème structurel de marché », il peut faire rapport de ses constatations à l'Autorité belge de la concurrence. L'Autorité entend les parties intéressées

<sup>94</sup> En résumé, la Loi dispose que les conditions caractéristiques d'une concurrence restreinte existent sur un marché en présence d'obstacles à l'entrée et d'au moins deux des facteurs suivants : (1) coûts de changement de fournisseur ; (2) participations croisées ; (3) symétrie des parts de marché ; (4) homogénéité des produits ; (5) nombre important de transactions ; et (6) transparence du marché.

<sup>95</sup> Cette exigence contraste avec la décision du tribunal dans l'affaire *Ethyl Corp v FTC*, *supra* note 74.

<sup>96</sup> Indig et Gal (2013).

<sup>97</sup> Rapport annuel sur l'évolution de la politique de la concurrence remis à l'OCDE par Israël en 2013 (DAF/COMP/AR(2014)5).

<sup>98</sup> On trouvera de plus amples informations sur cette disposition sur le site de l'Autorité belge de la concurrence : [http://economie.fgov.be/en/entreprises/competition/price\\_evolution/](http://economie.fgov.be/en/entreprises/competition/price_evolution/).

et décide du bien-fondé d'imposer des « mesures provisoires » fixées pour une période maximale de six mois. Les décisions de l'Autorité belge de la concurrence sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Bruxelles. Parallèlement, le ministre de l'Économie présente au gouvernement un plan consistant en un « changement structurel du fonctionnement du marché dans le secteur concerné ». En conséquence, le pouvoir d'exercer un contrôle provisoire des prix dont dispose l'Autorité de la concurrence peut être considéré comme une forme de réglementation temporaire des prix mise en œuvre pendant que le gouvernement élabore une solution à long terme<sup>99</sup>.

59. De nombreuses questions demeurent en suspens quant à l'application de cette nouvelle disposition. Premièrement, on ignore encore quels types d'évolutions des prix ou des structures du marché seront considérés comme posant un problème aux termes de la législation. La disposition est formulée en termes généraux et son insertion dans le Code de droit économique laisse à penser qu'elle s'applique à des types de problèmes plus larges que ceux qui seraient couverts par les dispositions déjà existantes sur les ententes et l'abus de position dominante. De même, on ne sait pas au juste quelles mesures provisoires l'Autorité de la concurrence pourrait imposer. Selon les commentateurs, ces mesures concerneraient vraisemblablement, entre autres, le plafonnement des prix, le gel des prix, le blocage des clauses d'indexation, et la limitation du nombre d'options tarifaires<sup>100</sup>. La disposition de loi précise que les mesures provisoires devraient être imposées dans les seuls cas où il s'avère urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un dommage grave, immédiat et difficilement réparable pour les entreprises concernées ou pour les consommateurs, ou de léser l'intérêt général. Elle n'a pas encore été appliquée et il reste à voir si et comment elle le sera.

#### Questions (outils complémentaires)

- Votre pays dispose-t-il d'un outil complémentaire (ou encore, lui avez-vous recommandé un tel outil) pour traiter les problèmes de concurrence sur les marchés oligopolistiques, au-delà des outils classiques de lutte contre les ententes, les abus de position dominante et les fusions ayant des effets anticoncurrentiels ? Sur quoi s'appuie la mise en place de cet outil complémentaire ? Quels types de lacunes est-il censé traiter ? Quelles sont ses points forts et ses points faibles ?
- Dans l'idéal, quelles caractéristiques (procédures, critères substantiels, sanctions/mesures correctives) devrait posséder cet outil des points de vue suivants :
  - Erreurs de type I et II ;
  - Prévisibilité/ certitude juridique/ Risques d'effets paralysants ;
  - Facilité de mise en application pratique/ Souplesse/ Ressources nécessaires ;
  - Équité à l'égard des parties concernées ;
  - Coordination avec la sphère privée de la mise en œuvre du droit de la concurrence
- Se pourrait-il que les outils complémentaires utilisés pour combler les lacunes de la législation soient plus nécessaires dans certains types d'économies (petites économies ou économies périphériques qui ne peuvent faire vivre qu'un petit nombre d'entreprises, économies reposant davantage sur des secteurs enclins à la collusion ?)

<sup>99</sup> La réglementation permanente des prix des oligopoles a été envisagée comme une possibilité théorique dans les travaux spécialisés, comme le montre Sagi (2007). Cependant, si l'on excepte certains dispositifs naturels de type monopolistique qui nécessitent une réglementation sectorielle, la régulation permanente des prix des oligopoles a été rejetée dans une large mesure parce qu'impossible à mettre en place et/ou trop intrusive pour les marchés.

<sup>100</sup> Voir « *The Belgian Competition Authority receives price control powers* », alerte Linklaters, décembre 2013, sur [www.linklaters.com/pdfs/mkt/brussels/131212\\_Alert\\_Price\\_Control\\_Powers.pdf](http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/brussels/131212_Alert_Price_Control_Powers.pdf).

## 7. Conclusions

60. La possible existence d'une lacune dans l'application du droit de la concurrence qui permettrait à des oligopoles d'atteindre et de maintenir des résultats collusoires sans enfreindre la législation applicable aux ententes est une préoccupation permanente du droit et de la politique de la concurrence. Ce problème se double de la nécessité de calibrer les règles juridiques de manière à ce qu'elles ne soient pas excessives ou imprévisibles. Le présent document examine les points forts et les points faibles de différents outils qui existent dans le monde, afin de stimuler la discussion. De nombreux points se dégagent de l'étude :

- Le contrôle des fusions constitue une possible solution *ex ante* au risque de collusion tacite en permettant aux autorités de la concurrence, lorsqu'elles sont confrontées à des fusions de nature à rendre les marchés plus propices à la coordination, à décider des mesures correctives ou à interdire ces fusions. Toutefois, les théories du préjudice résultant des effets coordonnés peuvent se révéler difficiles à appliquer dans la pratique. Les facteurs qualitatifs utilisés pour déterminer si les marchés incitent à la coordination sont parfois contrastés et difficiles à mesurer, et les outils quantitatifs ne sont guère développés ou difficiles à appliquer dans le cadre des contraintes temporelles et informationnelles d'un examen *ex ante*.
- La notion d'abus de position dominante collective ou conjointe est admise dans certaines législations et dans d'autres non. En principe, les dispositions applicables à ce type de pratique pourraient être utilisées pour interdire le comportement abusif (par exemple, les pratiques d'éviction) adopté par un groupe d'entreprises et qui les aide à maintenir les résultats d'une collusion tacite.
- De nombreuses autorités de la concurrence ont accès à des outils de mise en œuvre complémentaires qui peuvent servir à combler de possibles lacunes. Ces outils diffèrent tant en substance qu'en ce qui concerne l'approche retenue en matière de mesures correctives. Certains d'entre eux sont utilisés pour interdire des pratiques commerciales spécifiques de nature à entraîner des résultats collusoires (par exemple certaines formes d'échanges d'informations ne relevant pas du droit des ententes) tandis que d'autres, de nature plus réglementaire, peuvent servir à corriger certaines caractéristiques du marché ou des structures du marché (et, dans un cas, les évolutions des prix) jugées défavorables à la concurrence.
- La mise en œuvre équilibrée du droit de la concurrence sur les marchés oligopolistiques est toujours aussi difficile. Les différences observées ont sans doute leur explication, mais il serait néanmoins utile que les autorités de la concurrence partagent leurs expériences pour élaborer une terminologie, des principes ou des approches analytiques uniformes.

## ANNEXE A – OUTILS QUANTITATIFS POUR L'ANALYSE DES EFFETS COORDONNÉS DES FUSIONS

1. La présente annexe donne un aperçu des travaux récemment publiés sur les outils quantitatifs utilisés pour analyser les effets coordonnés des fusions. Elle résume également certaines affaires récentes.
2. Les travaux empiriques réalisés ces derniers temps recensent deux approches quantitatives principales reposant soit sur 1) la simulation de fusion, soit 2) sur l'analyse des pressions à la hausse sur les prix.
3. L'encadré ci-dessus donne des indications préliminaires sur la simulation de fusion.

### La simulation de fusion dans le cadre de l'analyse des effets unilatéraux

La simulation des effets unilatéraux des fusions commence par le choix d'un modèle économique afin de décrire comment les entreprises se concurrencent sur le marché à l'étude avant la fusion. Ce modèle est calibré à l'aide d'informations sectorielles, obtenues avant la fusion, sur les prix, les coûts ou les marges, de même que sur les parts de marché. À partir du modèle calibré et de la nouvelle structure de participation résultant de la fusion, les simulations illustrent les prix après la fusion et d'autres variables d'intérêt. Par conséquent, en supposant que la fusion soit la seule évolution importante survenue dans le secteur, ses effets sont analysés en comparant les différentes variables avant et après la fusion.

En ce qui concerne le choix de modèle, une forme du modèle de Bertrand de concurrence par les prix est souvent utilisée sur les marchés de produits différenciés. Dans ce modèle, les entreprises se font une concurrence fondée sur les prix qu'elles facturent aux clients et fournissent les quantités demandées par les consommateurs pour ces prix. Les principales hypothèses sont fondées sur le repérage des groupes de produits ou de marques constituant les substituts les plus proches lorsqu'il n'est pas possible de les évaluer directement à partir des données à l'aide des techniques économétriques. D'autres choix de modèles sont possibles pour réaliser une simulation de fusion, comme l'indiquent Werden et Froeb (2011). Toutefois, comme l'ont noté Epstein et Rubinfeld (2004), l'utilisation de ce modèle est très répandue parce qu'il est « intuitivement plausible et maniable sur le plan analytique ». La différenciation des produits confère aux entreprises un certain degré de pouvoir de marché. Le cadre d'analyse, en fonction du secteur examiné, peut permettre la prise en compte d'un pouvoir de marché variable, allant d'un degré très limité à un degré très important.

L'adaptation du modèle de simulation aux données préalables à la fusion nécessite le choix d'une fonction de demande des consommateurs. Il existe de nombreuses formes fonctionnelles utilisées pour l'estimation de la demande, comme l'ont mentionné le RIC (2011) et Epstein et Rubinfeld (2004). À l'aide de données sur le marché, notamment sur les prix, les coûts ou les marges et les quantités vendues, la calibration du modèle produit des estimations des élasticités-prix et des élasticités croisées entre tous les produits du marché. Ces estimations donnent une indication du pouvoir de marché et du schéma de substitution lorsque les prix changent.

En supposant que le type de concurrence ne change pas après la fusion et que la fonction de demande (et, partant, les élasticités) demeurent inchangées, le modèle de simulation de fusion calcule l'équilibre après la fusion et le changement de propriétaire. Les prévisions relatives aux effets des fusions diffèrent (sensiblement) selon la forme fonctionnelle de la demande. La fiabilité des résultats dépend par conséquent de la justesse du modèle de demande, des hypothèses nécessaires pour saisir les données sur les coûts ou les marges (moins facilement accessibles que les informations sur les prix et les volumes), et du comportement concurrentiel modélisé des entreprises (c'est-à-dire du choix de modèle). On trouvera notamment dans le document OCDE (2011) un examen des avantages et des limites des simulations de fusions dans un contexte d'effets unilatéraux.

### 1. Modèles de simulation de fusion

4. Quelques études s'appuient sur les modèles de simulation de fusion conçus pour l'évaluation des effets unilatéraux dans le but d'élaborer une approche adaptée aux effets coordonnés. La présente section

décrit les études réalisées antérieurement sur les effets coordonnés par des auteurs tels que Kovacic et al. (2006), Davis (2006), Sabbatini (2006) et Davis et Sabbatini (2011).

5. Kovacic et al. (2009) plaident pour que le cadre de modélisation des effets unilatéraux des fusions soit enrichi de manière à décrire la coordination et quantifier les avantages qui en découlent. Ces auteurs modélisent la coordination entre entreprises comme s'il s'agissait d'une (nouvelle) fusion. Dans ce cadre, ils évaluent les incitations qu'ont les entreprises à coordonner leur comportement après la fusion et vérifient à quel groupe d'entreprises la coordination rapporterait le plus. La justification sous-jacente est que « plus la coordination des comportements rapporte, plus les entreprises seront vraisemblablement disposées à assumer les coûts et les risques qu'elle entraîne. »

6. Comme de nombreux auteurs de modèles de simulation des effets unilatéraux des fusions, Kovacic *et al.* (2009) postulent un modèle de concurrence par les prix pour des produits différenciés, c'est-à-dire pour des services supposés être des substituts imparfaits. Le modèle est calibré d'après le marché des services hospitaliers avant fusion, pour faire en sorte que les parts de marché réelles soient aussi les parts de marché à l'équilibre de ce modèle. La comparaison des rendements de la coopération avant et après l'acquisition, pour chaque groupe d'entreprises « participantes », montre jusqu'à quel point les bénéfices augmenteraient et pour quel groupe d'entreprises elle serait le plus rentable. Par exemple, la coopération entre les grands hôpitaux, conjuguée à la fusion, entraînerait une augmentation de 65 % des bénéfices combinés de ces derniers par rapport à ceux d'avant la fusion.

7. Dans une veine similaire, Kovacic et al. (2009) et Gayle et al. (2011) modélisent la concurrence dans le secteur des marchés publics. Ils appliquent la méthode décrite ci-dessus à la fusion réalisée en 2009 entre les fabricants de produits chimiques BASF et Ciba<sup>101</sup>. Cette fusion a été évaluée aux États-Unis et dans l'UE<sup>102</sup>. Sur le marché en cause, les fabricants se font concurrence pour remporter des marchés de fourniture de produits chimiques à des acheteurs. Les parts de marché détenues avant la fusion servent à calibrer le modèle, l'hypothèse étant que le résultat est un équilibre non coopératif. Compte tenu des antécédents de collusion entre l'entreprise occupant la position dominante et BASF, les auteurs examinent si la fusion augmente les avantages que les deux entreprises retirent de la coopération. Ils constatent qu'avant la fusion, la coordination aurait accru leurs bénéfices communs de 30 % alors qu'après la fusion, elle aurait permis à Ciba-BASF et à l'entreprise en position dominante d'accroître leur rendement de 40 %. L'étude montre que les avantages de la coordination augmentent encore plus lorsque les parties qui fusionnent détiennent des parts de marché comparables et, qu'après la fusion, leur taille est comparable à celle de la plus grande entreprise présente sur le marché. Gayle et al. (2011) concluent en outre que dans leur modèle, l'amélioration de l'efficacité économique peut accroître le rendement attribuable aux effets coordonnés.

8. Kovacic et al. (2009) et Gayle et al. (2011) font l'hypothèse que les entreprises qui coordonnent leur comportement agissent comme une seule entreprise née de la fusion de l'ensemble des entreprises qui coordonnent leur comportement. Cependant, comme l'ont observé Jayaratne et Ordoover (2013), « il se peut que dans le cadre d'une collusion tacite ou d'une collusion explicite, les entreprises qui adoptent un comportement coordonné n'optimisent pas leurs bénéfices communs et n'agissent pas comme le ferait une

<sup>101</sup> Communiqué de presse de la FTC, 2 avril 2009, « *FTC Intervenes in BASF's Proposed \$5.1 Billion Acquisition of Ciba Holding Inc.*, » consultable sur <http://www.ftc.gov/opa/2009/04/basf.shtm>.

Affaire n° COMP/M.5355-BASF/CIBA, consultable sur [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5355\\_20090312\\_20212\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5355_20090312_20212_en.pdf).

<sup>102</sup> L'application porte sur un produit chimique fabriqué par les deux parties. Il s'agit du DMA3, « un produit intermédiaire dans la production de produits chimiques utilisés dans les industries de l'assainissement et du papier, ou en tant que monomère spécial » (Gayle et al., 2011).

seule entreprise, mais choisissent plutôt d'adopter des règles et des procédures par l'effet desquelles elles renoncent à leurs bénéfices pour stabiliser la coordination. » Dans ce cas, il se peut que la modélisation ne s'étende pas facilement à l'analyse de la coordination.

9. En outre, le cadre d'analyse décrit ci-dessus fournit un modèle de mesure de l'ampleur des incitations possibles à coopérer mais ne prouve pas que les entreprises coopéreront réellement. Dans de nombreux marchés, qu'il y ait ou non des fusions, la modélisation de la coopération augmenterait les bénéfices en raison de l'internalisation du report de la clientèle sur d'autres produits. De plus, la modélisation de la coopération tacite comme s'il s'agissait d'une fusion complète laisse à penser qu'il s'agit d'une limite supérieure, étant donné que la coopération tacite et/ou l'alignement des incitations n'équivalent d'aucune façon à la propriété intégrale et à la gestion conjointe.

10. Davis et Huse (2010) se fondent sur un modèle de simulation de fusion pour évaluer la probabilité d'une coordination dans le secteur des serveurs de réseaux. Leur étude est le « premier modèle empirique de simulation de fusion du point de vue des effets coordonnés sur un marché différencié ». Sa nouveauté provient du fait que contrairement aux études précédemment mentionnées, le modèle n'est pas calibré mais repose sur des paramètres estimés empiriquement d'après des données. Les auteurs étudient les effets (unilatéraux et coordonnés) de l'acquisition de Compaq par HP, en 2002. Du côté de l'offre, ils posent l'hypothèse d'une concurrence par les prix à la Bertrand avec des produits différenciés. Le fonction de demande de serveurs est évaluée au moyen d'une base de données riche comportant des informations sur le prix et la quantité de serveurs vendus par l'entreprise dans une région donnée au fil du temps<sup>103</sup>. Les auteurs simulent les effets de la fusion dans un cadre statique et selon un modèle dynamique, ce qui leur permet d'analyser les interactions répétées<sup>104</sup> entre concurrents. Leur cadre de modélisation permet la prise en compte des asymétries de coûts, des entreprises aux produits multiples, et des facteurs d'actualisation spécifiques aux entreprises. En se fondant sur l'estimation des élasticités-prix, les auteurs comparent les bénéfices résultant de la coopération, du non-respect de l'accord et d'un équilibre non coopératif. L'un des principaux enseignements de cette étude est que dans un cadre dynamique, permettant des interactions répétées, la fusion réduit l'écart entre le rendement de la coordination et celui du non-respect de l'accord et, partant, diminue les incitations à la coopération. Cela implique que les modèles de « jeu statique » surestiment peut-être les incitations à coopérer.

11. Davis et Huse (2010) étendent leur modèle pour permettre la prise en compte, notamment, de facteurs comme (i) les contacts multi-marchés ; (ii) une frange concurrentielle ; et (iii) la menace d'amendes imposées par l'autorité de la concurrence aux entreprises qui ont recours à la collusion tacite. Dans le cas, plus fréquent, où les entreprises se concurrencent sur plusieurs marchés, les auteurs arrivent à des résultats similaires à ceux de l'affaire de référence, c'est-à-dire qu'« après la fusion, l'incitation à adopter un comportement de collusion tombe. » Dans la deuxième extension, qui correspond à un modèle intégrant une frange concurrentielle, les auteurs assouplissent l'hypothèse initiale selon laquelle toutes les entreprises présentes sur le marché coordonnent leur comportement dans l'équilibre collusoire. Ils s'intéressent plutôt à d'autres ensembles d'entreprises qui coordonnent leur comportement et constatent que certaines entreprises retirent davantage de bénéfices lorsque le groupe d'entreprise dominantes est plus restreint que lorsque la coordination intervient à l'échelle d'un secteur. Ils expliquent qu'en général, on s'attend à ce qu'un petit groupe d'entreprises qui coordonnent leur comportement peut amoindrir les prix et

<sup>103</sup> De plus, l'ensemble de données comprend des données sur les caractéristiques des produits. Les auteurs estiment un modèle logit multinomial et s'intéressent principalement à deux marchés distincts, c'est-à-dire celui des serveurs de moins de 4 000 dollars et celui des serveurs compris entre 4 001 et 10 000 dollars.

<sup>104</sup> Dans le jeu répété, les rendements sont définis comme la valeur présente nette des produits futurs, actualisée de manière appropriée. Les taux d'actualisation de chaque entreprise sont estimés d'après le marché boursier et les informations tirées des états financiers. Pour évaluer la stabilité de l'équilibre collusoire, Davis et Huse (2010) introduisent des contraintes relatives à la compatibilité des incitations pour chaque entreprise.

les bénéfiques. Les auteurs observent toutefois que certaines des entreprises qui coordonnent tacitement leur comportement au sein d'un groupe peuvent être considérablement limitées par des entreprises marginales, et d'autres non. Dans ce cas, la meilleure solution qui s'offre à ce groupe d'entreprises est de « sacrifier » les bénéfiques des entreprises sur lesquelles s'exercent les contraintes les plus fortes. Lorsque Davis et Huse étendent le modèle pour y intégrer l'action menée contre les ententes, ils constatent que la sanction peut dissuader la collusion sur le marché étudié s'il y a fort à parier que les amendes seront lourdes et que le comportement sera détecté.

12. Sabbatini (2014), dans un tour d'horizon des travaux de recherche, note que ceux-ci « reposent tous sur l'hypothèse peu probable d'un seul équilibre collusoire. » L'auteur n'exclut donc pas la possibilité qu'il existe différents dispositifs de collusion pour faire ressortir le fait que si les entreprises s'aperçoivent « qu'un dispositif de collusion spécifique (par exemple, d'optimisation conjointe des bénéfiques) est irréalisable », elles exploreront sans doute d'autres moyens de coordonner leur comportement plutôt que de revenir à la concurrence parfaite. Son étude propose un ensemble d'indicateurs qui pourraient aider les autorités de la concurrence à évaluer une fusion. Ces indicateurs varient en fonction des caractéristiques du marché, c'est-à-dire la différenciation des produits, le nombre de concurrents et leur symétrie. L'approche suggérée par Sabbatini (2014) peut être mise en œuvre à partir des mêmes informations qu'une simulation des effets unilatéraux d'une fusion. Le cadre analytique est appliqué au projet de fusion entre AT&T et T-Mobile présenté aux États-Unis en 2011, et abandonné par les parties à la suite d'une plainte des autorités américaines de la concurrence. Comme dans d'autres études, la concurrence est modélisée suivant une concurrence par les prix à la Bertrand avec différenciation des produits<sup>105</sup>. L'étude évalue les effets de la fusion envisagée et les compare avec ceux d'une fusion entre concurrents de moindre taille, comme Sprint et T-Mobile. Les résultats montrent que la fusion entre AT&T et T-Mobile, à la suite de laquelle le marché aurait été dominé par deux entreprises de premier plan mais aurait compté un petit concurrent, aurait entraîné moins d'effets anticoncurrentiels qu'une fusion ayant abouti à la formation de trois concurrents de taille comparable. Sabbatini (2014) note que ses résultats diffèrent de ceux obtenus à partir des comparaisons des indices HHI, étant donné que la concentration seule n'est pas une variable de substitution appropriée pour le risque de collusion.

## 2. Mesure des pressions à la hausse sur les prix

13. Une autre partie des travaux repose sur la mesure des pressions à la hausse sur les prix (test UPP) pour réaliser une analyse des effets unilatéraux<sup>106</sup>. L'encadré ci-dessous, qui reprend un document de l'OCDE (2011), résume les caractéristiques de cette méthode dans le cadre de l'étude des effets unilatéraux.

<sup>105</sup> Sabbatini (2014) utilise des informations librement accessibles sur les parts de marché, les prix moyens et le nombre de consommateurs. De plus, ses hypothèses concordent avec celles retenues pour la mesure des pressions à la hausse sur les prix élaborée par Moresi et al. (2011) et appliquée à la même fusion.

<sup>106</sup> Farrell et Shapiro (2010) ont proposé l'indice des pressions à la hausse sur les prix (UPP) en s'inspirant d'une idée déjà formulée par O'Brien et Salop. Ces méthodes de mesure sont expliquées dans le document OCDE (2011).

### Mesure des pressions à la hausse sur les prix dans le cadre de l'analyse des effets unilatéraux

Les lignes directrices américaines sur les fusions horizontales reconnaissent que l'approche fondée sur les pressions à la hausse sur les prix est une méthode quantitative fournissant une indication simplifiée sur l'incitation unilatérale qu'auraient les parties à augmenter les prix après une fusion. Dans une fusion entre des entreprises qui vendent des produits constituant des substituts, les motivations des parties à fixer leurs prix évolueront *après la fusion*. Le relèvement des prix pratiqué par une des entreprises parties à une fusion conduira à une diminution des ventes et des bénéfices mais sera au moins partiellement compensé par une augmentation des ventes et des bénéfices de l'autre partie à la fusion. En raison de cette internalisation du transfert des ventes, inexistante avant la fusion, les deux parties ont une incitation à relever les prix après la fusion.

Comme l'explique le document OCDE (2011), « Il est possible d'obtenir une approximation de ces pressions à la hausse sur les prix à l'aide de deux variables : le ratio de diversion entre les deux entreprises et leurs marges brutes. Plus le ratio de diversion de l'entreprise 1 vers l'entreprise 2 est élevé, plus les contraintes concurrentielles exercées par l'entreprise 2 sur l'entreprise 1 avant la fusion sont fortes, et plus l'atténuation des contraintes concurrentielles consécutive à cette concentration sera marquée. Plus la marge brute est importante avant la fusion, plus le coût d'une diminution des ventes (résultant d'une hausse de prix) avant la fusion est élevé, et plus ce coût sera faible après la fusion si ces ventes reviennent à l'autre partie à la fusion. Par conséquent, pour un niveau donné de marge brute, plus le ratio de diversion est élevé, plus l'incitation à augmenter les prix est forte après la fusion. De même, pour un ratio de diversion donné, plus la marge brute est importante avant la fusion, plus l'incitation à relever les prix est forte. Cet effet sera réduit si la fusion débouche sur une réduction des coûts marginaux puisque celle-ci tendra à exercer des pressions à la baisse sur les prix. »

Plusieurs mesures s'inscrivent dans le prolongement de cette intuition première. La version de la mesure des pressions à la hausse sur les prix utilisée dans les lignes directrices américaines sur les fusions horizontales est l'indice brut des pressions à la hausse sur les prix (GUPPI, *Gross Upward Pricing Pressure Index*<sup>107</sup>). Comme l'explique le document OCDE (2011) le GUPPI est défini comme suit : « GUPPI du produit 1 =  $\frac{\text{Valeur des ventes détournées vers le produit 2}}{\text{Manque à gagner dû à la réduction du volume de ventes du produit 1}}$ . »

Source : OCDE (2011), Synthèse, p. 78.

14. Moresi et al. (2011) proposent une mesure des pressions à la hausse sur les prix dans le cas du parallélisme de comportement accommodant. Cette mesure est fondée sur les incitations unilatérales qu'a chaque entreprise à relever les prix avant et après une fusion. Comme dans l'analyse des effets unilatéraux, les incitations des entreprises dépendent des hypothèses relatives aux facteurs de « diversion », et sont affectées par les marges réalisées par les entreprises sur le produit. Le modèle saisit une forme très spécifique de coordination, le parallélisme de comportement accommodant, notion introduite dans les lignes directrices américaines sur les fusions horizontales publiées en 2010. Comme l'indiquent ces lignes directrices, et ainsi qu'il est décrit plus haut, le parallélisme de comportement accommodant « englobe les situations dans lesquelles la réaction de chaque entreprise rivale aux actions des autres entreprises est individuellement rationnelle, n'est pas motivée par des représailles ou la dissuasion, et ne vise pas non plus à maintenir sur le marché le résultat d'un accord. »

15. Les auteurs élaborent cet indice pour un modèle de concurrence par les prix avec des produits différenciés et étudient la coordination des deux entreprises principales sur le marché (et seulement ces deux entreprises). Ils analysent une situation dans laquelle chacune des deux entreprises principales décide d'augmenter ou non le prix de son produit. Moresi et al. (2011) établissent les conditions dans lesquelles une augmentation du prix serait rationnelle du point de vue de chacune des deux entreprises. Pour celle qui décide l'augmentation, la perte de bénéfice temporaire devrait être inférieure à la valeur actuelle nette des gains réalisés pendant toutes les périodes subséquentes. L'autre entreprise aurait intérêt à l'imiter si

<sup>107</sup> Pour un examen des origines de cette mesure, voir Shapiro, C. 2010, « *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: from hedgehog to fox in forty years* », p. 722 et suivantes, *Antitrust Law Journal*, vol. 77.

l'évolution permanente des bénéficiaires qu'elle pourrait en attendre dépasse le gain à court terme qu'elle réaliserait en ne le faisant pas. Ces deux conditions sont utilisées pour restreindre l'ensemble d'augmentations de prix qui serait soutenable dans le cadre d'un parallélisme de comportement accommodant.

16. Moresi et al. (2011) définissent leur indice des pressions coordonnées à la hausse sur les prix comme étant « la plus forte augmentation de prix que les deux entreprises qui coordonnent leur comportement seraient disposées à engager et à imiter. » L'augmentation de cet indice après une fusion peut être utilisée pour évaluer la probabilité d'un comportement coordonné.

17. L'un des avantages de l'indice des pressions coordonnées à la hausse sur les prix est qu'il peut être chiffré à partir de données limitées et n'exige pas de calculs complexes. Les données (ou hypothèses) nécessaires concernent les marges, les élasticités, les quantités et les ratios de diversion. Toutefois, cette approche souffre de limites évidentes. Les auteurs expliquent que l'indice n'est pas conçu pour saisir pleinement l'équilibre du marché, à la différence des modèles de simulation de fusions, et recommandent de l'étayer par d'autres données concrètes. De plus, lorsqu'une certaine forme de coordination existe déjà avant la fusion, l'indice des pressions coordonnées à la hausse sur les prix n'augmentera sans doute pas énormément après la fusion et peut donc prêter à confusion. L'analyse repose sur un certain nombre d'hypothèses. Chaque entreprise tient pour acquis le prix courant demandé par sa concurrente et présume que celle-ci n'augmentera pas ses prix. En outre, les seules réactions s'offrant à l'autre entreprise consistent soit à s'aligner sur l'augmentation de prix de sa concurrente (en pourcentage), soit à maintenir son prix constant.

18. Le cadre de calcul de l'indice des pressions coordonnées à la hausse sur les prix est appliqué, comme dans l'étude Sabbatini (2014), au marché américain de la téléphonie mobile, et plus particulièrement aux entreprises de premier plan Verizon Wireless et AT&T. Les auteurs constatent que le projet de fusion entre AT&T et T-Mobile soulèverait des préoccupations concernant un parallélisme de comportement accommodant entre Verizon and AT&T<sup>108</sup>. Ces résultats diffèrent de ceux qu'obtient Sabbatini (2014). Cela s'explique par le fait que Moresi et al. (2011) s'intéressent surtout à la coordination entre deux entreprises seulement et ne peuvent donc pas évaluer le rôle perturbateur que peuvent tenir des petits concurrents dans la coordination, comme dans le modèle utilisé par Sabbatini (2014).

### 3. Remarques sur les méthodes quantitatives

19. Werden et Froeb (2011) rendent compte du débat sur l'utilisation des simulations de fusions plutôt que de l'indice des pressions à la hausse sur les prix pour analyser les effets unilatéraux des fusions. Certains auteurs, comme Farrell et Shapiro (2010), estiment que la simulation de fusion nécessite beaucoup de données et est difficilement compréhensible par des non-spécialistes. Ils pensent également que la simulation de fusion présente des risques de définition erronée du modèle de concurrence sous-jacent, en particulier dans des secteurs complexes. Ils recommandent l'utilisation de l'indice des pressions à la hausse sur les prix comme dispositif de filtrage dans le cadre du contrôle des fusions. Simons et Coate (2010) signalent que les modèles de simulation de fusion exigent des « estimations assez précises d'un système de demande », estimations qu'ils jugent irréalisables. D'autres économistes, comme Epstein et Rubinfeld (2010) et Hausman (2010), ont plaidé en faveur de la simulation de fusion. Ils soulignent notamment que la simulation de fusion donne des résultats faciles à comprendre sur d'éventuelles augmentations des prix.

20. En ce qui concerne les effets coordonnés, Gayle et al. estiment que les « filtres fondés sur les pressions à la hausse sur les prix ne sont pas appropriés dans les fusions soulevant des problèmes possibles

<sup>108</sup> Besen et al. (2013) font un compte rendu de l'analyse économique réalisée par les conseillers de Sprint dans le cadre du projet de transaction. Ils abordent les effets coordonnés.

d'effets coordonnés. » Sabbatini (2014) souligne également les limites de l'indice des pressions coordonnées à la hausse sur les prix, qui n'intègre pas les réactions des entreprises qui ne coordonnent pas leur comportement<sup>109</sup>.

21. Toutes les techniques reposent sur des hypothèses qui doivent être exposées de manière précise pour permettre une interprétation juste des résultats. Tel est également le cas des mesures relativement simples comme celle de l'indice des pressions à la hausse sur les prix et de l'indice des pressions coordonnées à la hausse sur les prix. De plus, bien que les élasticités-prix doivent dans l'idéal faire l'objet d'estimations économétriques, elles sont souvent calibrées ou hypothétiques, ce qui diminue la fiabilité des résultats. Enfin, comme l'ont montré Davis et Huse (2010) dans une simulation de fusion, un cadre statique risque de surestimer l'importance des effets coordonnés, ce dont il faut tenir compte lorsque l'on tire des conclusions fondées sur un modèle simplifié n'intégrant pas d'effets dynamiques.

#### **4. Exemples de données économiques utilisées dans les affaires de mise en œuvre du droit de la concurrence**

22. Les méthodes décrites ci-dessus ne semblent pas encore être mises en œuvre dans les affaires de fusion par les autorités de la concurrence (sauf dans l'affaire survenue au Portugal évoquée ci-dessous). Cela ne signifie pas pour autant que les données quantitatives ne sont pas prises en compte parallèlement aux données qualitatives. Il semble que les autorités de la concurrence utilisent différents indices comme la stabilité des prix, des marges et des parts de marché dans le temps ou sur différents marchés, les réactions des concurrents aux annonces de prix, les analyses prix-concentration, la corrélation des prix entre entreprises concurrentes, le comportement des clients en matière de changement de fournisseur, etc. Ces indices peuvent être utilisés pour compléter l'évaluation qualitative menée pour déterminer si les marchés sont propices à la coordination<sup>110</sup>. On trouvera ci-dessous un bref résumé de certaines affaires se rapportant à ces questions traitées par l'UE, le Portugal et le Royaume-Uni.

23. Dans sa décision de 2008 concernant l'affaire ABF/GBI<sup>111</sup>, la Commission européenne a estimé que l'acquisition, par l'entreprise du secteur de l'alimentation ABF, des activités de GBI liées à des produits de levure, était de nature à conduire à une coordination tacite. Elle a autorisé la transaction sous réserve de l'adoption de mesures correctives soumises par les parties. Dans cette affaire, la Commission a notamment étudié des données concernant les niveaux de prix dans les pays affectés par la transaction. Il a été constaté que l'évolution des prix dans le temps différait sensiblement entre les pays concernés, élément qui a été pris en compte dans la définition du marché géographique adoptée par la Commission. La Commission a également réalisé une analyse des données relatives à la fixation des prix par chaque entreprise et note dans sa décision que sur le marché espagnol de la levure comprimée, « les prix moyens des trois concurrents restaient relativement stables dans les années antérieures à 2006. À compter de 2006, l'on observait une augmentation simultanée des prix pour les trois producteurs<sup>112</sup>. » Les trois entreprises en place n'ont pas réagi lorsqu'un petit

<sup>109</sup> Sabbatini (2014) observe que « Moresi et al. (2011) proposent une extension de l'indice des pressions à la hausse sur les prix actuellement utilisé pour évaluer les effets unilatéraux. La principale faiblesse de cette extension provient du caractère bilatéral de l'indice, qui convient pour l'estimation des effets unilatéraux mais non pour celle des effets coordonnés, qui suppose en général la présence de plusieurs entreprises. »

<sup>110</sup> Par exemple, dans une affaire de fusion de deux entreprises de ciment survenue en 2014, la Commission européenne a examiné les parts de marché dans le temps et constaté que celles-ci avaient très peu varié dans certaines régions géographiques, malgré des variations sensibles de la demande. Les données analysées concernaient également les changements de fournisseur et les marges brutes dans le temps. Voir la décision rendue par la Commission le 9 septembre, affaire M.7054 – Cemex / Holcim Assets.

<sup>111</sup> Décision de la Commission du 23 septembre 2008, affaire n° M.4980 — ABF/GBI Business.

<sup>112</sup> Décision de la Commission du 23 septembre 2008, affaire M.4980 — ABF/GBI Business, paragraphe 222.

concurrent a progressivement abaissé ses prix pendant une certaine période. Cet élément faisait partie des facteurs évalués dans l'examen portant sur la capacité de conclure une entente sur les conditions de la coordination, notamment des indications antérieures d'une coordination passée.

24. Les effets coordonnés ont également été analysés à l'aide de données économiques dans le cadre d'une affaire antérieure concernant le projet de concentration de Sony et BMG<sup>113</sup>. La Commission a autorisé le projet en 2007 et à la suite d'un recours formé par Impala, une association d'éditeurs musicaux indépendants, la Cour de justice<sup>114</sup> « a validé le modèle économique de la coordination tacite, dont elle a décrit les aspects les plus importants » (Neven et de la Mano, 2009<sup>115</sup>). Dans sa communication des griefs, la Commission a estimé que la fusion « renforcerait une position dominante collective sur le marché de la musique enregistrée détenue par les cinq principaux producteurs (Universal, Sony-BMG, Warner et EMI) et reposant sur la coordination des prix » (Luebking et Ohrlander, 2009).

25. La Commission a cherché des preuves de la coordination en examinant les évolutions des prix sur les cinq principaux marchés européens (la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et le Royaume-Uni) entre 1998 et 2003. La Commission a notamment analysé des données concernant les prix moyens de gros facturés par les cinq principales entreprises pour les albums les plus vendus et a constaté que ces prix avaient évolué de manière similaire. Par la suite, cette constatation a été modifiée dans le texte de la décision à la lumière d'une analyse approfondie des prix. Les données se rapportaient aux contrats passés entre les principaux producteurs et au moins dix des principaux fournisseurs de services musicaux sur quinze marchés européens entre 2004 et 2007. En se fondant sur ces données, la Commission a conclu que les grandes maisons de disque « cherchent toutes à optimiser leurs recettes sur la musique enregistrée fournie au format numérique » (Décision de la Commission, affaire M.3333, paragraphe 102).

26. Dans une affaire de fusion entre banques notifiée en 2006<sup>116</sup> à la *Portuguese Autoridade da Concorrência*, un modèle de simulation de fusion a été utilisé pour évaluer les éventuels effets coordonnés, suivant la méthode de Kovacic et al. (2006). La fusion entre BCP et BPI a été autorisée sous réserve de l'application de mesures correctives, notamment la cession des participations des banques dans le principal acquéreur de cartes de crédit du Portugal et la cession de certaines succursales. Brito et al. (2008) décrivent l'analyse effectuée et ses résultats. Ils examinent les marchés des prêts hypothécaires et des prêts à court terme (c'est-à-dire des découverts et des comptes courants sécurisés) consentis aux petites et moyennes entreprises. Les auteurs estiment une fonction de demande sur chacun des deux marchés en utilisant un important ensemble de données transversales obtenu auprès des principales banques portugaises et comportant des informations sur les clients. Leurs estimations des élasticités montrent que la demande de prêts hypothécaires et celle de prêts à court terme sont relativement élastiques aux prix<sup>117</sup>. La coordination entre les banques est modélisée selon une concurrence par les prix à la Bertrand avec des produits différenciés. Brito et al. (2008) estiment que la fusion augmenterait la probabilité de collusion tacite entre les trois principales banques. Les bénéfices retirés par ces banques sur le marché des prêts hypothécaires augmenteraient de 54 % si elles coopéraient après la fusion. L'augmentation serait encore plus marquée sur le marché du crédit à court terme, où les bénéfices communs augmenteraient de 275 % en cas de collusion.

<sup>113</sup> Décision de la Commission du 3 octobre 2007, affaire M.3333 — Sony/BMG.

<sup>114</sup> Cour de Justice, arrêt du 10 juillet 2008, affaire C-413/06 P, Bertelsmann et Sony Corporation of America contre Impala.

<sup>115</sup> Luebking et Ohrlander (2009) décrivent le déroulement de cette affaire à compter de l'autorisation initiale de 2004.

<sup>116</sup> Concentration operation Ccent. 15/2006 - BCP/BPI.

<sup>117</sup> L'élasticité de la demande dépend de la part de marché présumée de l'option extérieure. Cependant, pour des parts de marché présumées situées entre 5 et 30 %, la demande demeure élastique pour chaque banque prise individuellement.

27. Au Royaume-Uni, une coentreprise entre Anglo American et Lafarge a été notifiée en 2011 et examinée par l'OFT (Phase 1) puis par la *Competition Commission* (Phase 2<sup>118</sup>). La coentreprise concernait les activités menées au Royaume-Uni par ces entreprises dans le secteur de la production de ciment, d'agrégats, d'asphalte et de béton prêt à l'emploi. Les autorités ont estimé que la coentreprise risquait d'entraîner une diminution sensible de la concurrence. Parmi les théories du préjudice, elles ont évoqué le risque d'effets coordonnés. Les autorités ont estimé que la transaction augmenterait sensiblement la probabilité d'un comportement coordonné sur le marché du ciment en vrac. Le rapport final décrit le cadre d'analyse et les données examinées par les autorités.

28. L'évaluation a consisté à rechercher des preuves d'une coordination préexistante et de la présence des trois conditions établies dans les lignes directrices britanniques sur les fusions, à savoir (i) la capacité d'atteindre et de surveiller une coordination ; (ii) la soutenabilité interne ; et (iii) la soutenabilité externe. Pour dégager des conclusions sur ces questions, les données et les informations suivantes ont été analysées :

- *Production, ventes et capacité* : les autorités ont constaté que les parts de production étaient relativement stables dans le temps malgré des évolutions sensibles de la demande pendant la période étudiée, des cessions d'entreprises et une capacité excédentaire importante. Elles ont également observé que les producteurs de ciment ont de nombreuses sources d'informations à leur disposition sur les résultats du secteur, ce qui pourrait les aider à coordonner leur comportement. En outre, les données ont montré que la capacité de production inutilisée permettrait aux producteurs de ciment de punir le non-respect d'un éventuel accord de collusion.
- *Comportement des consommateurs* : les données analysées portaient sur la régularité des achats, la concentration de la base de clientèle, et une enquête sur la diversification des sources d'approvisionnement. Ces données ont permis d'évaluer si les entreprises pouvaient, à partir de l'observation des résultats du marché, conclure au non-respect de l'accord de collusion.
- *Annonces de prix* : les autorités ont réalisé une analyse pour savoir dans quelle mesure les augmentations de prix réalisées suivaient réellement. Elles ont conclu que les « lettres d'annonces de prix pouvaient aider les producteurs de ciment britanniques à s'entendre sur le choix du moment et l'évolution des prix à la hausse ou à la baisse<sup>119</sup>. »
- *Analyse de la concentration des prix des ventes de ciment* : les résultats de cette analyse ne sont pas tout à fait probants. L'analyse a montré que les prix du ciment pratiqués par Lafarge n'étaient pas sensiblement affectés par ceux des deux autres producteurs, Cemex et Hanson. L'autorité de la concurrence a reconnu que ces estimations pouvaient correspondre à deux scénarios : (i) une coordination entre les fabricants ; ou (ii) une concurrence intense. Toutefois, à la lumière des autres données examinées, il a été estimé qu'elles concordaient avec une coordination préexistante sur le marché.

---

<sup>118</sup> <https://www.gov.uk/cma-cases/anglo-american-plc-lafarge-s-a-merger-inquiry#anticipated-joint-venture-between-anglo-american-plc-and-lafarge-sa>.

<sup>119</sup> Competition Commission (2012), *A report on the anticipated construction materials joint venture between Anglo American PLC and Lafarge S.A.*, par. 6.148.

## BIBLIOGRAPHIE

- ABA Comments Canada (2009), *Joint Comments of the American Bar Association's Sections of Antitrust Law and International Law on the Canadian Competition Bureau's Draft Updated Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions (Sections 78 and 79 of the Competition Act)*, 15 avril, voir : [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/comments\\_7879comp.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_7879comp.authcheckdam.pdf).
- ABA Comments Malaysia (2012), *Joint Comments of the American Bar Association's Sections of Antitrust Law and International Law on the Malaysian Competition Commission's Draft Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions (Chapter 2 of the Competition Act)*, 15 juin, voir : [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/at\\_comments\\_malaysia.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_malaysia.authcheckdam.pdf).
- ABA Comments COMESA (2013), *Joint Comments of the American Bar Association's Sections of Antitrust Law and International Law on the COMESA Draft Guidelines on Public Interest and Application of Articles 16 and 19 (Horizontal and Vertical Business Practices) and 18 (Abuse of Dominance)*, 20 août, voir : [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/at\\_comments\\_sil\\_161918.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_sil_161918.authcheckdam.pdf).
- Besen, S., S. Kletter, S. Moresi, S. Salop et J. Woodbury (2013), « An economic analysis of the AT&T-Mobile USA wireless merger », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 9, n° 1, pp. 23–47.
- Brito, D., P. Pereira et T. Ribeiro (2008), « Merger Analysis in the Banking Industry: the Mortgage Loans and the Short Term Corporate Credit Markets », dans les actes de la IV Conferencia sobre Desenvolvimento Económico Português no Espaço Europeu, voir : <https://www.bportugal.pt/pt-PT/EstudosEconomicos/Conferencias/Documents/2008DesenvEcon/DBrito.pdf>.
- Brito, D., P. Pereira et J. Ramalho (2013), « Mergers, coordinated effects and efficiency in the Portuguese non-life insurance industry », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 31, n° 5, pp. 554–568.
- Coate, M. (2012), « Collusion Theories in Merger Analysis: Still Alive and Kicking », *Competition Policy International Journal*, printemps, voir : <http://ssrn.com/abstract=2101785>.
- Compte, O., F. Jenny et P. Rey (2002), « Capacity Constraints, Mergers and Collusion », *European Economic Review*, vol. 46, n° 1, pp. 1-29.
- Davies, S., M. Olczac et H. Coles (2011), « Tacit Collusion, Firm Asymmetries and Numbers: Evidence from EC Merger Cases », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 29, n° 2, pp. 221-231.
- Davis, P. et P. Sabbatini (2011), « On the anatomy and application of coordinated effects theories of harm in merger cases », document non publié, [http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/Macci/SummerInstitute/Papers/SI\\_Davis.pdf](http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/Macci/SummerInstitute/Papers/SI_Davis.pdf).

- Davis, P. et C. Huse (2010), « Estimating the ‘coordinated effects’ of mergers », document de travail, Commission de la concurrence du Royaume-Uni, <http://catalogue.polytechnique.fr/site.php?id=298&fileid=1759>.
- Davis, P. (2006), « Coordinated effects merger simulation with linear demands », document de travail, Commission de la concurrence du Royaume-Uni, [http://www.bijkl.org/files/2757\\_peter\\_davis\\_-\\_coordinated\\_effects\\_merger\\_simulation\\_with\\_linear\\_demands.pdf](http://www.bijkl.org/files/2757_peter_davis_-_coordinated_effects_merger_simulation_with_linear_demands.pdf).
- Engel, C. (2015), « Tacit Collusion - The Neglected Experimental Evidence », *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, Bonn 2015/4, voir : [http://www.coll.mpg.de/pdf\\_dat/2015\\_04online.pdf](http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2015_04online.pdf).
- Epstein, R. et D. Rubinfeld (2010), « Understanding UPP », *B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, n° 1, art. 21.
- Epstein, R. et D. Rubinfeld (2004), « Effects of Mergers Involving Differentiated Products », Rapport technique pour la Commission européenne, COMP/B1/2003/07, voir : [http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/effects\\_mergers\\_involving\\_differentiated\\_products.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/effects_mergers_involving_differentiated_products.pdf).
- Farrell, J. et C. Shapiro (2010), « Antitrust evaluation of horizontal mergers: An economic alternative to market definition », *B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, n° 1, art. 9.
- Ezrachi, A. et M. Stucke (2015), « Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition », voir : <http://ssrn.com/abstract=2591874>.
- Fonseca, M. et H-T. Normann (2012), « Explicit vs. tacit collusion—The impact of communication in oligopoly experiments », *European Economic Review*, vol. 56, n° 8, novembre, pp. 1759-1772, voir : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0014292112001237>.
- Freeman, P. (2008), « Market Investigations and Oligopolistic Markets », in Hawk, B. (dir. pub.), *International Antitrust Law & Policy*, Juris Publishing, pp. 653-674.
- Ganslandt, M. et P-J. Norbäck (2004), « Do Mergers Result in Collusion? », voir : <http://ssrn.com/abstract=967814>.
- Gayle, W., R. Marshall, L. Marx et J-F. Richard (2011), « Coordinated Effects in the 2010 Horizontal Merger Guidelines », *Review of Industrial Organization*, vol. 39, n° 1-2, pp. 39-56.
- Gudofsky, J., E. Kriaris et L. Vital (2010), « Abuse of Joint Dominance: Is the Cure Worse than the Disease? », Conférence annuelle en droit de la concurrence, Association du Barreau canadien, voir : [www.cba.org/cba/cle/PDF/COMP10\\_Gudofsky\\_paper.pdf](http://www.cba.org/cba/cle/PDF/COMP10_Gudofsky_paper.pdf).
- Harrington, J. (2013), « Evaluating Mergers for Coordinated Effects and the Role of ‘Parallel Accommodating Conduct’ », *Antitrust Law Journal*, vol. 78, n° 3.
- Hausman, J. (2010), « 2010 Merger Guidelines: Empirical analysis », *Antitrust Source*, vol. 10, octobre.
- Hawk, B. et G. Motta (2008), « Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of a Problem », Treviso Conference on Antitrust Between EC Law and National Law, huitième édition ; *Fordham Law Legal Studies Research Paper*, n° 1301693, voir : <http://ssrn.com/abstract=1301693>.

- Hay, G. (2013), « Anti-competitive Agreements: The Meaning of 'Agreement' », *Cornell Law Faculty Working Papers*, n° 105, voir : [http://scholarship.law.cornell.edu/clsops\\_papers/105](http://scholarship.law.cornell.edu/clsops_papers/105).
- Hemphill, S. et T. Wu (2013), 'Parallel Exclusion', *Yale Law Journal*, vol. 122, *Columbia Law and Economics Working Paper*, n° 445, voir : <http://ssrn.com/abstract=1986407>.
- Horstmann, N., J. Kraemer et D. Schnurr (2015), 'How Many Competitors Are Enough to Ensure Competition? — A Note on Number Effects in Oligopolies', voir : <http://ssrn.com/abstract=2535862>.
- Huck, S., H-T Normann et J. Oechssler (2004), « Two are few and four are many: number effects in experimental oligopolies », *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 53, pp. 435-446, voir : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167268103001380>.
- Iacobucci, E. et R. Winter (2011), « Abuse of Joint Dominance in Canadian Competition Policy », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 60, n° 2, pp. 219-237.
- RIC (2011), « The role of economists and economic evidence in merger analysis », présenté lors de la 12<sup>e</sup> Conférence annuelle du RIC, <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc903.pdf>.
- Indig, T. et M. Gal (2013), « New Powers - New Vulnerabilities? A Critical Analysis of Market Inquiries Performed by Competition Authorities », in Di Porto, F. et J. Drexler (dir. pub.), *Competition Law as Regulation*, Edward Elgar, voir : <http://ssrn.com/abstract=2333068>.
- Jayarathne, J. et J. Ordovery (2013), « Coordinated Effects: Evolution of Practice and Theory », voir : <http://www.law.georgetown.edu/cle/materials/Antitrust15/Merger%20Enforcement%20and%20Policy/Coordinated%20effects%20chapter%20avril%209%202013.pdf>.
- Kaplow, L. (2011a), « On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law », *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, n° 691, voir : <http://ssrn.com/abstract=1873430>.
- Kaplow, L. (2011b), « An Economic Approach to Price Fixing », *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, n° 694, voir : <http://ssrn.com/abstract=1873412>.
- Kaplow, L. (2011c), « Direct Versus Communications-Based Prohibitions on Price Fixing », *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, n° 703, voir : <http://ssrn.com/abstract=1892095>.
- Kovacic, W., R. Marshall, L. Marx et H. White (2011), « Plus Factors and Agreement in Antitrust Law », *Michigan Law Review*, vol. 110, n° 3, pp. 393-436.
- Kovacic, W., R. Marshall, L. Marx et S. Schulenberg (2009), « Quantitative analysis of coordinated effects », *Antitrust Law Journal*, vol. 76, n° 2.
- Kovacic, W., R. Marshall, L. Marx et S. Schulenberg (2006), « Coordinated effects in merger review: Quantifying the payoffs from collusion », in Hawk, B. (dir. pub.), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute Review*, Juris Publishing.
- Kühn, K-U., Matutes, C. et B. Moldovanu (2001), « Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms », *Economic Policy*, vol. 16, n° 32, avril, pp. 167-204.
- Luebking, J. et P. Ohrlander (2009), « The Joint Venture SonyBMG: final ruling by the European Court of Justice », *Competition Policy Newsletter*, 2009, n° 2.

DAF/COMP(2015)2

- Mehra, S. (2014), « De-Humanizing Antitrust: The Rise of the Machines and the Regulation of Competition », *Temple University Legal Studies Research Paper*, n° 2014-43, voir : <http://ssrn.com/abstract=2490651>.
- Mezzanotte, F. (2010), « Using Abuse of Collective Dominance in Article 102 TFEU to Fight Tacit Collusion: The Problem of Proof and Inferential Error », *World Competition*, vol. 33, n° 1, pp. 77-102, voir : <http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=WOCO2010005>.
- Moresi, S., D. Reitman, S. Salop et Y. Sarafidis (2011), « Gauging Parallel Accommodating Conduct Concerns with the CPPI », voir : <http://ssrn.com/abstract=1924516>.
- Motta, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, (Royaume-Uni).
- OCDE (2013a), *Policy Roundtable on Competition in Road Fuel*, DAF/COMP(2013)18.
- OCDE (2013b), *Policy Roundtable on Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels*, DAF/COMP(2013)27.
- OCDE (2012a), *Policy Roundtable on Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects*, DAF/COMP(2012)17.
- OCDE (2012b), *Policy Roundtable on Leniency for Subsequent Applicants*, DAF/COMP(2012)25.
- OCDE (2011), *Policy Roundtable on Economic Evidence in Merger Analysis*, DAF/COMP(2011)23.
- OCDE (2010), *Policy Roundtable on Information Exchanges between Competitors Under Competition Law*, DAF/COMP(2010)37.
- OCDE (2009), *Policy Roundtable on Experience with Direct Settlements in Cartel Cases*, DAF/COMP(2008)32, <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44178372.pdf>.
- OCDE (2008), *Policy Roundtable on The Interface between Competition and Consumer Policies*, DAF/COMP/GF(2008)10.
- OCDE (2007a), *Policy Roundtable on Facilitating Practices in Oligopolies*, DAF/COMP(2008)24.
- OCDE (2007b), *Policy Roundtable on Trade Associations*, DAF/COMP(2007)45.
- OCDE (2006), *Policy Roundtable on Plea Bargaining*, DAF/COMP(2007)38.
- OCDE (2006), *Policy Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*, DAF/COMP/GF(2006)7.
- OCDE (1999), *Policy Roundtable on Oligopoly*, DAFFE/CLP(99)25.
- Petit, N. (2012), « The Oligopoly Problem in EU Competition Law », in Liannos, I. et D. Geradin (dir. pub.), *Research Handbook in European Competition Law*, Edward Elgar, septembre, voir : <http://ssrn.com/abstract=1999829>.
- Petit, N. et N. Neyrinck (2011), « Collective dominance: An overview of national case law », *e-Competitions*, n° 39129, octobre, voir : <http://orbi.ulg.ac.be/handle/2268/106843>.

- Petit, N. et D. Henry (2010), « Why the EU Merger Regulation Should Not Enjoy a Monopoly Over Tacit Collusion - A Close Look at Five Common Misconceptions », voir : <http://ssrn.com/abstract=1545506>.
- Posner, R. (1969), « Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach », *21 Stanford Law Review*, p. 1562.
- Sabbatini, P. (2014), « The Coordinated Effect of a Merger with Tacit and Egalitarian Collusion », document non publié, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2333367](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2333367).
- Sabbatini, P. (2006), « How to simulate the coordinated effects of a merger », *Collana Temi e Problemi, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, vol. 12, [http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc\\_download/2659-tp012.html](http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/2659-tp012.html).
- Sagi, G. (2007), « The Oligopolistic Pricing Problem - A Suggested Price Freeze Remedy », voir : <http://ssrn.com/abstract=992567>.
- Simons, J. et M. Coate (2010), « Upward pressure on price analysis: Issues and implications for merger policy », *European Competition Journal*, vol. 6, n° 2, pp. 377-396.
- Tucker, D. (2013), « A Survey of Evidence Leading to Second Requests at the FTC », *Antitrust Law Journal*, vol. 78, n° 3, voir : <http://ssrn.com/abstract=2215678>.
- Werden, G. et L. Froeb (2011), « Choosing Among Tools for Assessing Unilateral Merger Effects », *Vanderbilt Law and Economics Research Paper*, n° 11-19, voir : <http://ssrn.com/abstract=1804243>.

### **Lignes directrices sur les fusions**

- Lignes directrices sur les fusions de l'Australie (2008) <https://www.accc.gov.au/publications/merger-guidelines>
- Lignes directrices sur les fusions du Canada (2011) <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03420.html>
- Lignes directrices de l'UE sur l'appréciation des concentrations horizontales (2004) et non horizontales (2011) [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/notices\\_on\\_substance.html](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/notices_on_substance.html)
- Lignes directrices sur les fusions de l'Allemagne\* (2012) [http://www.bundeskartellamt.de/EN/Mergercontrol/mergercontrol\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/EN/Mergercontrol/mergercontrol_node.html)
- Lignes directrices sur les fusions du Japon\* (2004) [http://www.jftc.go.jp/en/policy\\_enforcement/mergers/index.files/110713.2.pdf](http://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index.files/110713.2.pdf)
- Lignes directrices sur les fusions de la Corée\* (2011) <http://eng.ftc.go.kr/legalauthority/recentlaw.jsp?pageId=0401>
- Lignes directrices sur les fusions horizontales des États-Unis (2010) <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>

\*Traductions anglaises, non officielles.